

Université de Montréal

La transparence dans l'arbitrage d'investissement :  
*apports du cadre juridique international aux réticences du Brésil face au mécanisme de RDIE*

*Par*

Ladislau de Sena Junior

Faculté de droit

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de Maîtrise  
en droit (LL.M), option droit général

Décembre 2021

© Ladislau de Sena Junior, 2021



Université de Montréal

Unité académique : Faculté de droit

---

*Ce mémoire intitulé*

**La transparence dans l'arbitrage d'investissement :**  
***apports du cadre juridique international aux réticences du Brésil face au mécanisme de RDIE***

*Présenté par*

**Ladislau de Sena Junior**

*A été évalué par un jury composé des personnes suivantes*

**Konstantia Koutouki**  
Président-rapporteur

**Hervé A. Prince**  
Directeur de recherche

**Lukas Vanhonnaeker**  
Membre du jury



## Résumé

La transparence est un enjeu fréquemment amené au débat dans plusieurs domaines, tant politique, économique et social que juridique. Dans le droit international de l'investissement, le débat est relié surtout aux questions relatives à l'arbitrage d'investissement, au rôle dévolu aux arbitres, aux sentences arbitrales affectant notamment l'intérêt public. Intensifié depuis la moitié des années 2000, ce débat questionne la transparence des institutions arbitrales, la transparence durant les négociations d'accords d'investissements et la transparence dans la procédure de l'arbitrage d'investissement. Sans ignorer les évolutions des deux premières dimensions, cette dernière a connu des développements récents intéressants en ce qui concerne l'ouverture de l'instance, la publication des documents de procédure, et des sentences, la participation publique aux audiences ainsi que celle de tiers en qualité d'*amici curiae*. Néanmoins, la transparence demeure un enjeu difficile à concilier avec la confidentialité, qui demeure une pratique très présente en arbitrage. Dans ce sens, le Brésil a toujours eu une position réticente vis-à-vis du mécanisme de Règlement des différends entre un investisseur et un État (RDIE). Bien qu'il y ait eu quelques initiatives de négociations des accords d'investissements qui prévoyaient un tel mécanisme, elles n'ont jamais été concrétisées. L'objectif de ce travail est de démontrer que les réticences du Brésil face au mécanisme de RDIE sont dans une certaine mesure appuyées sur le manque de transparence qui a marqué ce mode de règlement des différends relatifs aux investissements depuis ses origines. Afin de vérifier cette hypothèse de recherche, une étude des principaux enjeux que pose l'arbitrage d'investissement à travers l'analyse de la doctrine, du cadre juridique et procédural de l'arbitrage d'investissement ainsi que du contentieux arbitral d'investissement proprement dit a été menée dans le cadre de ce mémoire. Il en ressort que les récents progrès en matière de transparence dans l'arbitrage d'investissement aident à réduire les réticences du Brésil au mécanisme d'arbitrage investisseur État, mais n'ont pas été suffisants pour inverser sa position et permettre l'inclusion du mécanisme de RDIE dans les récents accords internationaux d'investissements signés par ce pays.

**Mots-clés :** transparence, arbitrage, investissement, arbitrage d'investissement, Brésil, corruption, RDIE, TBI, intérêt public, risque.



## Abstract

Transparency is an issue that is frequently brought up for debate in several areas, political, economic and social as well as legal. In international investment law, the debate is mainly related to questions relating to investment arbitration, the role of arbitrators, arbitration awards affecting in particular the public interest. Intensified since the mid-2000s, this debate questions the transparency of arbitral institutions, transparency during investment agreement negotiations and transparency in the investment arbitration proceedings. Without ignoring the developments of the first two dimensions, the latter has experienced interesting recent developments with regard to the opening of proceedings, the publication of procedural documents and sentences, public participation in hearings as well as that of third parties as *amici curiae*. Nevertheless, transparency remains a difficult issue to reconcile with confidentiality, which remains a very common practice in arbitration. In this sense, Brazil has always had a reluctant position vis-à-vis the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) mechanism. Although there were a few initiatives to negotiate investment agreements that provided for such a mechanism, they never materialized. The objective of this work is to demonstrate that Brazil's reluctance to the ISDS mechanism is to some extent based on the lack of transparency that has characterized this method of resolving investment disputes since its inception. In order to verify this research hypothesis, a study of the main issues raised by investment arbitration through the analysis of the doctrine, the legal and procedural framework of investment arbitration as well as investment arbitration litigation itself was conducted within the framework of this thesis. It emerges that recent advances in transparency in investment arbitration help reduce Brazil's reluctance to investor-state arbitration mechanism but have not been sufficient to reverse its position and allow the inclusion of the ISDS mechanism in the recent international investment agreements signed by this country.

**Keywords:** transparency, arbitration, investment, investment arbitration, Brazil, corruption, ISDS, BIT, public interest, risk.



## Resumo

A transparência é um questão frequentemente colocada em debate em vários domínios: político, econômico e social, bem como jurídico. No direito internacional do investimento, o debate está principalmente voltado às questões relativas à arbitragem de investimentos, ao papel dos árbitros e às sentenças arbitrais que afetam, em particular, o interesse público. Intensificado desde meados dos anos 2000, esse debate questiona a transparência das instituições arbitrais, a transparência na negociação dos acordos de investimentos e a transparência no procedimento de arbitragem de investimentos. Sem ignorar as evoluções das duas primeiras dimensões, esta última passou por interessantes desenvolvimentos recentes no que diz respeito à divulgação da abertura de processos de arbitragem, à publicação de peças e documentos processuais e sentenças arbitrais, à participação pública em audiências assim como a de terceiros na qualidade de *amici curiae*. No entanto, a transparência continua sendo uma questão de difícil conciliação com a confidencialidade, que continua sendo uma prática muito presente na arbitragem. Nesse sentido, o Brasil sempre teve uma posição reticente em relação ao mecanismo de Solução de Controvérsias entre Investidor e Estado (SCIE). Embora tenha havido algumas iniciativas na negociação de acordos de investimento que previam tal mecanismo, elas nunca se concretizaram. O objetivo deste trabalho é demonstrar que a posição reticente do Brasil ao mecanismo SCIE é, em certa medida, baseada na falta de transparência que marca este método de resolução de disputas relativas ao investimento desde suas origens. Para verificar esta hipótese de pesquisa, foi realizado, no âmbito desta dissertação, um estudo das principais questões suscitadas pela arbitragem de investimentos através da análise da doutrina, do quadro jurídico e processual da arbitragem de investimentos e do próprio contencioso arbitral de investimentos. A conclusão é que os avanços recentes na transparência na arbitragem de investimentos ajudam a reduzir a relutância do Brasil ao mecanismo de arbitragem investidor-Estado, mas não foram suficientes para reverter sua posição e permitir a inclusão do mecanismo de SCIE nos recentes acordos internacionais de investimento assinados por esse país.

**Palavras-chave:** transparência, arbitragem, investimento, arbitragem de investimentos, Brasil, corrupção, SCIE, TBI, interesse público, risco.



# Table des matières

Résumé.....	5
Abstract.....	7
Resumo.....	9
Table des matières .....	11
Liste des tableaux.....	17
Liste des figures.....	19
Liste des sigles et abréviations.....	21
Remerciements .....	25
Introduction.....	27
Chapitre 1 : Les grands enjeux de la transparence dans l'arbitrage d'investissement .....	37
Section 1.1 : La notion de transparence dans l'arbitrage d'investissement.....	39
Paragraphe 1.1.1 : Transparence et confiance : une relation immanente, une tendance....	39
Paragraphe 1.1.2 : Notions de base sur l'arbitrage d'investissement .....	43
Paragraphe 1.1.3 : La confidentialité et l'émergence de la transparence dans l'arbitrage d'investissement .....	47
Division A : La transparence dans l'arbitrage d'investissement vers la consistance des décisions.....	49
Division B : Les étapes d'incidences de la transparence en droit international qui ont des répercussions dans l'arbitrage d'investissement.....	51
Division C : La transparence dans l'étape de la procédure de RDIE .....	54
Section 1.2 : La transparence dans l'arbitrage d'investissement et l'intérêt public.....	59
Paragraphe 1.2.1 : La notion d'intérêt public en droit administratif.....	61
Division A : La transparence administrative comme outil de gouvernance .....	63

Division B : La transparence administrative au Brésil .....	66
Paragraphe 1.2.2 : La difficile conciliation entre confidentialité et transparence dans l'arbitrage en matière d'investissements.....	71
Section 1.3 : La transparence dans l'arbitrage d'investissement et la corruption .....	74
Paragraphe 1.3.1 : Le lien entre le manque de transparence et la corruption .....	75
Paragraphe 1.3.2 : Le rôle des institutions de contrôle à l'égard des accords en matière d'investissements.....	79
Chapitre 2 : L'encadrement juridique de la transparence dans l'arbitrage d'investissement .....	83
Section 2.1 : Les différentes sources du droit de l'investissement et la transparence dans les RDIE .....	84
Paragraphe 2.1.1 : Les sources traditionnelles du droit de l'investissement .....	84
Division A : Les accords internationaux d'investissement comme source du droit de l'investissement.....	85
I) La transparence dans les All.....	95
II) La transparence des définitions dans les All.....	100
Division B : Les autres sources traditionnelles non conventionnelles du droit de l'investissement.....	105
I) La coutume internationale.....	105
II) Les principes généraux de droit .....	107
III) La jurisprudence et la doctrine .....	108
Paragraphe 2.1.2 : L'impact des sources nationales dans la transparence de l'arbitrage d'investissement .....	109
Division A : La source nationale dans l'étape durant l'admission de l'investissement ...	109
Division B : La source nationale dans l'étape suivant l'admission de l'investissement...	110

Division C : L'harmonisation des sources nationales avec les engagements internationaux .....	113
Paragraphe 2.1.3 : La contribution de la <i>soft law</i> pour la transparence de l'arbitrage d'investissement .....	115
Division A : Le rôle de la <i>soft law</i> dans le droit de l'investissement .....	116
Division B : Les instruments de manifestation de la <i>soft law</i> dans le droit de l'investissement.....	118
Section 2.2 : Les règles procédurales pour promouvoir la transparence en matière d'arbitrage d'investissement .....	120
Paragraphe 2.2.1 : Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence .....	121
Paragraphe 2.2.2 : La Convention de Maurice sur la transparence.....	125
Paragraphe 2.2.3 : La transparence dans l'arbitrage d'investissement selon la Convention du CIRDI et ses règlements.....	129
Section 2.3 : La transparence dans la jurisprudence arbitrale relative à l'investissement .....	135
Paragraphe 2.3.1 : La jurisprudence comme source des décisions judiciaires.....	135
Paragraphe 2.3.2 : La jurisprudence arbitrale en matière d'investissements et son rapport avec la transparence .....	137
Division A : La jurisprudence sur la transparence de la procédure arbitrale.....	139
I) Methanex c. États-Unis .....	140
II) United Parcel Service of America (UPS) c. Canada .....	145
III) Aguas del Tunari c. Bolivie .....	147
IV) Apotex c. États-Unis.....	149
Division B : La transparence comme question de fond de la jurisprudence arbitrale.....	150
Chapitre 3 : La transparence dans le cadre brésilien de règlement de différends en matière d'investissements.....	155

Section 3.1 : Le cadre juridique de règlement de différends en matière d'investissements au Brésil .....	155
Paragraphe 3.1.1 : L'évolution de l'arbitrage en matière d'investissements au Brésil .....	157
Division A : La position favorable du Brésil à l'arbitrage impliquant les personnes publiques .....	158
Division B : La position réticente du Brésil au mécanisme de RDIE .....	161
I) Les réactions du Brésil lors des travaux préparatoires de la Convention du CIRDI ..	163
II) Les réactions aux AI soumis à l'appréciation du Parlement brésilien .....	167
III) Les raisons actuelles du Brésil pour ne pas adopter le mécanisme de RDIE .....	168
Paragraphe 3.1.2 : La transparence dans le modèle d'ACFI .....	170
Division A : La définition d'investissement dans l'ACFI.....	171
Division B : Les autres dispositions qui concernent la transparence .....	174
Section 3.2 : Les apports internationaux pour une meilleure transparence dans le mécanisme de règlement des différends de l'ACFI .....	179
Paragraphe 3.2.1 : Les apports du Règlement de la CNUDCI sur la transparence .....	179
Paragraphe 3.2.2 : L'application de règles de transparence de l'arbitrage du CIRDI .....	181
Paragraphe 3.2.3 : Les apports de différentes natures qui favorisent la transparence dans l'arbitrage en matière d'investissements.....	184
Division A : Les apports concernant la clarté des définitions .....	184
Division B : Les apports à la clause anticorruption .....	185
Division C : Les apports aux dispositions relatifs au droit de réglementer.....	188
Division D : Les apports concernant la conduite des arbitres.....	189
Conclusion .....	191
Références bibliographiques.....	197
Conventions.....	197

Traités bilatéraux et multilatéraux.....	198
Législation.....	199
Affaires .....	200
Monographies .....	201
Textes dans des ouvrages collectifs .....	204
Articles de périodiques.....	207
Communications à des congrès ou colloques et thèses .....	211
Rapports .....	211
Pages et documents Web.....	212



## Liste des tableaux

<b>Tableau 1.</b> – Les principaux traits distinctifs et similarités entre l’arbitrage commercial international et l’arbitrage en matière d’investissements .....	58
---	----



## Liste des figures

<b>Figure 1.</b> – Les dimensions de la transparence dans le droit international .....	52
<b>Figure 2.</b> – Les trois situations d’obligation de transparence dans le droit d’investissement ..	54
<b>Figure 3.</b> – Nombre d’All accumulés jusqu’au 31 décembre 2020. ....	88
<b>Figure 4.</b> – Nombre d’All signés par an jusqu’au 31 décembre 2020. ....	90
<b>Figure 5.</b> – % d’affaires enregistrées par institution d'arbitrage entre 1987 et le 31 juillet 2020 .....	92
<b>Figure 6.</b> – Instrument invoqué pour établir le consentement à la compétence du CIRDI .....	93
<b>Figure 7.</b> – Règlement d'arbitrage adopté par l’All.....	121
<b>Figure 8.</b> – Flux d’IDE entrant au Brésil et en Amérique du Sud.....	156



## Liste des sigles et abréviations

ACEUM : Accord Canada–États-Unis–Mexique

ACFI : Accord sur la coopération et la facilitation des investissements

AECG : Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne

ALENA : Accord de libre-échange nord-américain

APPRI : Accord sur la promotion et la protection réciproque des investissements

APIE : Accord concernant la promotion et la protection des investissements

All : Accords internationaux d'investissement

CCI : Chambre de commerce internationale

CIJ : Cour internationale de justice

CIRDI : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

CPA : Cour permanente d'arbitrage (en anglais Permanent Court of Arbitration)

CRCICA : Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration

FMI : Fonds monétaire international

HKIAC : Hong Kong International Arbitration Centre

IBA : International Bar Association

ICDR : International Centre for Dispute Resolution

IDE : Investissement direct étranger (voir FDI en En)

IDI : Investissement direct international (même qu'IDE)

IISD : International Institute for Sustainable Development

ISDS : Investor-state dispute settlement (voir RDIE en Fr)

LCIA : London Court of International Arbitration (en français Cour d'arbitrage international de Londres)

MCCI : Moscow Chamber of Commerce and Industry

MERCOSUR : Marché commun de l'Amérique du Sud

MTBE : methyl tertiary-butyl ether

NPF : Traitement de la nation la plus favorisée

OMC : Organisation mondiale du commerce

ORIE : Organisations régionales d'intégration économique

PCFI : Protocole de coopération et de facilitation des investissements intra-MERCOSUR

Petrobras : Petróleo Brasileiro S.A.

PPP : Partenariat public-privé ou partenariats public-privé

RDIE : Règlement des différends entre un investisseur et un État (voir ISDS en En)

RSE : Responsabilité sociale de l'entreprise

SUMOC : Superintendência da Moeda e do Crédito (autorité monétaire avant la création de la Banque centrale du Brésil)

TBI : Traité bilatéral d'investissement

TJE : Traitement juste et équitable

TN : Traitement National

UPS : United Parcel Service of America

*À mes parents Ladislau et Rosalina (in memoriam), en reconnaissance de leurs efforts dans le passé pour ma formation et également à mes enfants Igor, Lara et Lucca pour qui je consacre mes efforts dans le présent afin qu'ils réussissent dans le futur.*

*À mon épouse, Yoná, pour sa compagnie et sa complicité à travers les temps difficiles et les temps heureux.*



## Remerciements

Tout d'abord, comme mes parents nous l'ont toujours appris, je remercie Dieu pour la vie et pour l'opportunité de relever ce défi.

Je remercie le professeur Hervé A. Prince d'avoir accepté de diriger ma recherche, pour sa patience et ses commentaires judicieux sur la rédaction du mémoire, ainsi que de m'avoir fait découvrir le monde académique du droit de l'investissement.

Ce travail ne serait pas possible sans quelqu'un à mes côtés depuis plus de 20 ans, qui encourage mes projets devenus aussi les siens, et qui prend si bien soin de notre famille. Après tant de défis relevés et de luttes remportées, merci, Yoná, pour ta camaraderie et ta complicité. Des aventures et défis nombreux nous attendent.

De près ou de loin, mon cher frère Tarcísio, mon ami, mon *pote*, je te remercie pour ton soutien afin que je puisse me consacrer à cette étude.

Faire des études à l'étranger n'est pas une tâche facile et je ne pouvais manquer de remercier l'aimable famille Leclerc et Proulx pour leur soutien logistique et fraternel dès le début de l'idée. Éric, mon éternel homologue, et Judith, vous êtes toujours dans nos pensées.

Il serait difficile d'énumérer tous les professeurs qui m'ont encouragé à relever ce défi, mais je ne peux manquer d'en citer quelques-uns qui ont joué un rôle important en cours de route et je les en remercie : au Brésil, les professeurs Marcos Nóbrega pour le soutien initial et l'encouragement aux études de droit et d'économie, et Gustavo Justino pour la recommandation de matériel d'arbitrage impliquant l'administration publique; au Canada, aux professeurs Sibidi E. Darankoum pour avoir encouragé l'étude de l'arbitrage, François le Borgne pour ses précieux conseils en droit international, Kévin Moustapha et Patrice Deslauriers pour leurs cours enthousiasmants et leurs généreux encouragements à mon projet académique.

Je ne pouvais manquer de remercier Son Excellence Flavio Marega, ambassadeur du Brésil actuellement chef de la mission de ce pays en Algérie, qui bienveillamment m'a envoyé le fichier de sa thèse présentée dans le cadre du Cours de hautes études du Itamaraty (ministère des

Affaires étrangères du Brésil) qui a beaucoup contribué dans la compréhension de la position brésilienne sur le thème.

Je remercie les ministres de la Cour des comptes du Pernambuco pour la dispense partielle d'activités professionnelles me permettant de me consacrer à cette activité.

Enfin, je serai éternellement reconnaissant à mes parents, Ladislau et Rosalina, qui même s'ils ne sont plus ici avec nous, seront extrêmement heureux de cette réalisation.

# Introduction

La transparence est aujourd'hui identifiée comme une problématique caractéristique de la société occidentale<sup>1</sup>. Non sans raison, la transparence est au centre des débats dans le droit international de l'investissement<sup>2</sup>. Des enjeux tels que la relation entre la transparence et la confiance, le risque et les attentes légitimes des investisseurs, l'intérêt public et la corruption sont davantage soulevés par tous les acteurs concernés.

Dans la vie en société, la recherche de mécanismes qui équilibrent les attentes des différents intérêts est quelque chose de dynamique et sans limites. Le droit de l'investissement n'est pas différent. Cette branche du droit international, dont l'objectif principal est de protéger les intérêts

---

<sup>1</sup> Andrea BIANCHI, « On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law », dans Andrea BIANCHI et Anne PETERS (dir.), *Transparency in International Law*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2013 à la page 1.

<sup>2</sup> Depuis le début des années 2000, le débat notamment sur la transparence de la procédure dans l'arbitrage d'investissement s'est intensifié. Voir par exemple : COMMISSION DU LIBRE-ÉCHANGE DE L'ALENA, « Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 (31 juillet 2001) », *Affaires mondiales Canada*, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=fra>> (consulté le 30 juillet 2021); OCDE, *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et états*, No. 2005/01, Paris, FR, Éditions OCDE, 2005, en ligne : <<https://www.oecd.org/fr/corruption/Recommandation-Cooperation-Developpement-Corruption-FR.pdf>> (consulté le 15 avril 2021); Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, « In search of transparency and consistency : ICSID reform proposal », (2005) 2-5 *TDM*, en ligne : <<https://lk-k.com/wp-content/uploads/In-Search-of-Transparency-and-Consistency-ICSID-Reform-Proposals.pdf>> (consulté le 12 juin 2019); Susan D FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », (2005) 73-4 *FLR* 1521-1625, en ligne : <<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/10/>> (consulté le 12 juin 2019); Séverine MENETREY, « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », (2012) 1 *RA-CFA*, en ligne : <<http://hdl.handle.net/10993/10776>> (consulté le 11 avril 2019); Akira KOTERA, « Regulatory Transparency », dans Peter MUCHLINSKI, Federico ORTINO et Christoph SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, en ligne : <<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199231386.001.0001/oxfordhb-9780199231386-e-16>> (consulté le 10 mai 2020); Joachim DELANEY et Daniel Barstow MAGRAW, « Procedural Transparency », dans Peter MUCHLINSKI, Federico ORTINO et Christoph SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012; Gabriele RUSCALLA, « Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard? », (2015) 3-1 *GJIL*; EUROPEAN FEDERATION FOR INVESTMENT LAW AND ARBITRATION (EFILA), *A response to the criticism against ISDS*, Bruxelles, 2015, p.14-16, en ligne : <[https://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA\\_in\\_response\\_to\\_the\\_criticism\\_of\\_ISDS\\_final\\_draft.pdf](https://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA_in_response_to_the_criticism_of_ISDS_final_draft.pdf)> (consulté le 23 juin 2018); Joanna LAM et Güneş ÜNÜVAR, « Transparency and participatory aspects of investor-state dispute settlement in the EU 'new wave' trade agreements », (2019) 32-4 *LJIL* 781-800.

économiques des investisseurs étrangers dans le pays d'accueil de l'investissement<sup>3</sup>, est constamment remise en cause et réalimentée par l'arbitrage d'investissement.

L'arbitrage comme moyen de résolution des conflits, parmi d'autres moyens traditionnels (voie juridictionnelle, conciliation et médiation), n'est pas un mécanisme nouveau. Toutefois, en s'appliquant aux contentieux d'investissement, il a acquis de nouveaux contours, le faisant évoluer. Confronté aux intérêts antagonistes entre l'investisseur et l'État, les intérêts publics et privés, il a changé certains paradigmes liés à l'une de ses principales caractéristiques, la confidentialité, pour faire place à la transparence.

Ce qui a suscité de vives critiques, c'est principalement le fait que ce type d'arbitrage est considéré comme cause d'importantes pertes financières à l'État d'accueil par le biais d'une procédure arbitrale peu claire, fondée sur des normes de protection dont le contenu est vague et ambigu, engendrant des décisions arbitrales controversées et sans cohérence. En outre, l'augmentation du contentieux arbitral a accru la crainte de l'État de violer les normes de protection des investisseurs et des investissements, restreignant son droit de réglementer et de mettre en œuvre des politiques publiques légitimes, notamment dans les domaines de la santé, des droits de la personne et de l'environnement.

Malgré toutes les interrogations portées sur le mécanisme d'arbitrage, au-delà des questions de politique économique ou idéologique, les États ont intensifié la conclusion de traités bilatéraux et multilatéraux pour la protection, la promotion et la facilitation des investissements, la plupart avec la clause d'arbitrage d'investissement, espérant récupérer une partie des ressources financières qui abondaient dans les années 1990. Ces instruments se sont multipliés pour attirer les investissements, passant de quelque 400 traités datant du début des années 1990, pour atteindre près de 2 000 traités au début de la décennie suivante et plus de 3 000 dans les années 2010<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Arnaud de NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 3e éd., Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2020, p. 7; Charles LEBEN, « Droit international des investissements : Un survol historique », dans Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2015, p. 1-79 à la page 1.

<sup>4</sup> CNUCED, *World Investment Report 2021: investing in sustainable recovery*, Geneva, United Nations Publications, 2021, en ligne : <[https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_en.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021).

La doctrine est unanime à souligner que cette multiplication a été stimulée non seulement par le contexte économique, mais aussi par la compréhension favorable à l'égard de l'investisseur émise par les tribunaux arbitraux entre la fin des années 1980 et le début des années 1990, dans les cas classiques *SSP c. Égypte*<sup>5</sup> et *AAPL c. Sri Lanka*<sup>6</sup>.

L'arbitrage d'investissement s'est consolidé dans un mouvement d'alimentation continu. Plus le nombre de décisions contraires aux politiques nationalistes et protectionnistes est élevé, plus l'intérêt de l'investisseur pour les marchés offrant une telle sécurité est grand. Par conséquent, l'intérêt de l'État à proposer un accord d'investissement comportant la clause spéciale de consentement à l'arbitrage s'est accru. Ainsi, l'investisseur a commencé à se sentir plus protégé avec la garantie supplémentaire de l'arbitrage contre le traitement discriminatoire, contre les expropriations injustifiées et sans indemnisation et contre les traitements inférieurs aux attentes des normes minimales de protection et de sécurité des investissements.

Le problème, ce sont les excès. Si, d'une part, des excès ont été commis par les États, notamment pendant la période de décolonisation, privant l'investisseur de sa propriété et frustrant ses attentes de profit<sup>7</sup>, d'autre part, l'investisseur s'est tourné vers un tribunal privé, en dehors des frontières de l'État d'accueil de l'investissement, tribunal qui rend des décisions fondées sur des règles favorables à l'investisseur, de plus en plus incohérentes, découlant parfois d'un effort

---

<sup>5</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, 1988 CIRDI-ICSID Case No. ARB/84/3 (decision on jurisdiction), en ligne : <<https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-southern-pacific-properties-middle-east-limited-v-arab-republic-of-egypt-decision-on-jurisdiction-thursday-14th-april-1988>> (consulté le 20 juillet 2019).

<sup>6</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, 1990 CIRDI-ICSID Case No. ARB/87/3, en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/96>> (consulté le 20 juillet 2019).

<sup>7</sup> Avant la Seconde Guerre mondiale, certains pays ont justifié l'expropriation sans compensation financière aux fins de la réforme agraire ou de la nationalisation des ressources pétrolières comme une option légitime pour atteindre leurs objectifs politiques socio-économiques. Durant la période postcoloniale qui coïncide avec la période d'après-guerre, comme l'une des conséquences d'un « nouvel ordre économique international », une vague de nationalisme et d'hostilité aux capitaux étrangers a entraîné des expropriations forcées et violentes, conduisant à la recherche de nouveaux mécanismes de protection des capitaux étrangers. À ce sujet, voir par exemple : Muthucumaraswamy SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Third, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2010, p. 21-23, 69-73; Gus VAN HARTEN, *Investment treaty arbitration and public law*, coll. Oxford monographs in international law, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 13-18; Kate MILES, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, coll. Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 74-79; Renaud BEAUCHARD, *L'assujettissement des nations : controverse autour du règlement des différends entre états et investisseurs*, Paris, FR, Éditions Charles Léopold Mayer, 2017, p. 25-29.

herméneutique créatif, qui porte atteinte aux finances publiques et qui limite le pouvoir de régulation de l'État<sup>8</sup>.

Cela n'est pas resté sans réactions, car la multiplication des affaires<sup>9</sup> qui affectaient l'intérêt public a attiré l'attention des organisations internationales et de la société civile qui, par des intérêts et des moyens divers, cherchent des moyens d'intervenir, en quête d'un équilibre entre les intérêts publics et privés.

Il convient de rappeler que dans le monde du droit, le flou et l'ambiguïté du langage sont connus depuis longtemps et, par conséquent, la question de l'interprétation est en soi un défi dès qu'il s'agit de transparence. Ainsi, le thème de la transparence dans l'arbitrage d'investissement couvre plusieurs domaines des sciences juridiques, économiques, sociologiques et politiques.

En ce sens, il est opportun de souligner le débat sociologique sur le rapport entre transparence et confiance. Il est admis que la transparence est un mécanisme efficace pour accroître la confiance, et celle-ci, à son tour, selon la théorie de Luhmann, est responsable de la réduction de

---

<sup>8</sup> Les règles favorables aux investisseurs et les décisions incohérentes des tribunaux arbitraux n'ont pas seulement affecté les pays en développement, mais aussi les pays développés. Se référant aux États-Unis et au Canada dans le cadre de l'ALENA, Sornarajah note que : « [d]isputes brought against the latter two states [États-Unis et Canada] have shown the extent of the adverse use to which treaty principles could be put and the types of claims that inventive lawyers could make based on the texts of treaties, thus opening a Pandora's Box of problems for states [...] », voir : M. SORNARAJAH, préc., note 7, p. 24-25; Voir aussi : Muthucumaraswamy SORNARAJAH, « The clash of globalizations and the international law on foreign investment », (2003) 10-2 *Canadian Foreign Policy Journal* 1-20, 7-10, DOI : 10.1080/11926422.2003.9673321; Une avalanche d'arbitrages d'investissements au début des années 2000 a contribué à aggraver la crise économique argentine. Voir par exemple : G. VAN HARTEN, préc., note 7, p. 1-3; Concernant l'évaluation disproportionnée des indemnités en cas d'expropriation, voir : R. BEAUCHARD, préc., note 7, p. 83-86; Yves NOUVEL, « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », (2003) 5-3 *International Law FORUM du droit international* 198-204, DOI : <https://doi.org/10.1163/138890303322398396>; Pour un aperçu du conflit entre le pouvoir de réglementation des États en matière d'environnement et les standards de protection des investissements étrangers, voir : K. MILES, préc., note 7, p. 154-211.

<sup>9</sup> Voir par exemple : *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, 2000 CIRDI-ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/671>> (consulté le 22 juillet 2020); *Methanex Corporation v. United States of America*, 2005 CNUDCI-UNCITRAL (Final Award of the Tribunal on jurisdiction and merits on 3 August 2005), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/683>> (consulté le 22 juillet 2020); *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, 2005 CIRDI-ICSID Case No. ARB/02/3 (Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction on 21 October 2005), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/57>> (consulté le 30 juillet 2021); *United Parcel Service of America Inc. (UPS) v. Government of Canada*, 2007 CIRDI-ICSID Case No. UNCT/02/1 (Award on the Merits), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/1138>> (consulté le 22 juillet 2021); *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (II)*, 2018 PCA Case No. 2009-23 Court permanent d'arbitrage - Track II, en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/257>> (consulté le 30 juillet 2021).

la complexité des possibilités futures<sup>10</sup>. En d'autres termes, avec un environnement d'investissement transparent, on réduit les asymétries informationnelles et on diminue les risques, en augmentant la confiance et la prévisibilité de la part des personnes impliquées dans une transaction économique. Soit dit en passant, il s'agit également d'une hypothèse valable de la théorie économique sur l'asymétrie de l'information<sup>11</sup> et l'aléa moral<sup>12</sup>, et elle soutient également la théorie juridique sur les attentes légitimes<sup>13</sup>.

Cependant, l'arbitrage d'investissement a importé pendant un certain temps les mécanismes de l'arbitrage commercial international et s'est développé avec lui, sacrifiant en quelque sorte la transparence.

Une autre question importante concerne l'intérêt public. La société civile reconnaît les valeurs de transparence administrative et de droit à l'accès à l'information comme fondamentales pour une bonne gouvernance, en influençant la mise en œuvre des politiques publiques et la lutte contre la corruption. Ainsi, les arbitrages d'investissement ont dû s'adapter à ces nouvelles exigences d'intérêt public. D'ailleurs, si l'on admet que la transparence est inhérente à la société contemporaine, il faut aussi reconnaître que l'intérêt public est le trait distinctif de l'arbitrage d'investissement<sup>14</sup>.

Pour tenter de concilier ces enjeux, les solutions mises en avant ont consisté à accroître la transparence institutionnelle des organes qui administrent les arbitrages, la transparence de la négociation des accords d'investissement et la transparence de la procédure d'arbitrage d'investissement. Cette dernière a subi les changements les plus visibles. Malgré certaines

---

<sup>10</sup> Niklas LUHMANN, *La confiance : un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, coll. Études sociologiques, Paris, Economica, 2006, p. 25-34.

<sup>11</sup> Paulo Furquim de AZEVEDO, « Organização industrial », dans Diva Benevides PINHO et Marco Antonio S. de VASCONCELLOS (dir.), *Manual de Economia : equipe de professores da USP*, 5a éd., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 203-226 aux pages 219-220.

<sup>12</sup> Jan PAULSSON, « Moral Hazard in International Dispute Resolution », (2010) 25-2 *IRFIL* 339-355, DOI : <https://doi.org/10.1093/icsidreview/25.2.339>.

<sup>13</sup> Julien CAZALA, « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », (2009) t. XXIII, 1-1 *Revue internationale de droit économique* 5-32.

<sup>14</sup> Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêt public », *RLAAI* 2004.32.9-15, en ligne : <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44129>> (consulté le 12 juin 2019).

restrictions, on constate l'ouverture de l'instance arbitrale grâce à l'accès aux documents et aux audiences et à la possibilité de participation de tiers en qualité d'*amici curiae*.

Les États, les organisations internationales, la société civile et les entreprises transnationales ont accordé une grande importance à ces enjeux comme moyens de maintenir la coopération et le développement économiques. Ainsi, à travers des instruments juridiques divers y compris la *soft law*, ces acteurs ont introduit d'importantes réformes au système d'arbitrage en matière d'investissements, y compris les règles substantielles des accords d'investissement<sup>15</sup> en protégeant le droit de l'État de réglementer ses politiques publiques dans les domaines de la santé, des droits de l'homme, de l'environnement et de la sécurité publique, entre autres domaines sensibles.

En conséquence, l'arbitrage d'investissement a eu son moment d'émergence, a atteint son sommet et a trouvé une relative stabilité, tout en continuant d'être remis en cause. Aujourd'hui, le mécanisme connaît quelques reculs en soulevant la discussion sur son remplacement, son retrait ou son abandon<sup>16</sup>.

Au Brésil, le mouvement de libéralisation des marchés des années 1990 avec la vague de privatisation et de protection des investissements étrangers n'est pas passé inaperçu. Cependant, l'arbitrage d'investissement n'a pas évolué comme ailleurs. Le Brésil a toujours été réticent à l'adoption du mécanisme d'arbitrage investisseur État en le percevant avec une certaine méfiance<sup>17</sup>. Pendant un temps, ses raisons pour ne pas adopter un tel mécanisme étaient fondées

---

<sup>15</sup> Walid Ben HAMIDA, « Droit des Investissements et Ordre Substantiel », (2009) 6-22 *Revista Brasileira de Arbitragem* 130-143, ligne : <http://www.kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\RBA\RBA2009025.pdf> (consulté le 30 juin 2021).

<sup>16</sup> Walid Ben HAMIDA, « Où va l'arbitrage d'investissement? », dans Filali OSMAN et Ahmet Cemil YILDIRIM (dir.), *Où va l'arbitrage international? De la crise au renouveau*, coll. Journées d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb, Istanbul, LexisNexis, 2016, p. 395-417 à la page 406; Kate MILES, « Investor-State Dispute Settlement: Conflict, Convergence, and Future Directions », dans Marc BUNGENBERG, Christoph HERRMANN, Markus KRAJEWSKI et Jörg Philipp TERHECHTE (dir.), *European Yearbook of International Economic Law 2016*, Cham, Springer International Publishing, 2016, p. 273-308, DOI : 10.1007/978-3-319-29215-1\_12; Charles-Emmanuel CÔTÉ, « L'arbitrage entre investisseur et État face aux derniers accords commerciaux régionaux », (2020) 1 *International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation* 195-206, DOI : 10.21608/ijdl.2020.48860.1033.

<sup>17</sup> FLAVIO MAREGA, *O Mecanismo Arbitral de Solução de Controvérsias Investidor Estrangeiro-Estado nos Acordos Internacionais sobre Investimentos: Implicações para o Brasil*, (Thèse - fichier fourni par l'auteur), Brasília-DF, XLVIII Curso de Altos Estudos do Ministério das Relações Exteriores - Instituto Rio Branco, 2005, p. 42.

sur des hypothèses erronées relativement à la compréhension du modèle institutionnalisé des années 1960, ou pour des raisons plus idéologiques ou politiques que juridiques<sup>18</sup>.

Ainsi, il n'a pas adhéré à la Convention de Washington de 1965 (la Convention du CIRDI)<sup>19</sup>, bien qu'ayant participé aux travaux préparatoires et apporté des contributions<sup>20</sup>, et n'a ratifié aucun des traités bilatéraux signés dans les années 1990 ni les protocoles du Marché commun de l'Amérique du Sud (MERCOSUR) qui prévoyaient la résolution des conflits par le moyen de l'arbitrage investisseur État<sup>21</sup>. Il n'y a pas de données précises indiquant que cette position

---

<sup>18</sup> Certains attribuent ces réticences à l'influence des doctrines latino-américaines, de Calvo et de Drago qui privilégient le recours aux tribunaux judiciaires nationaux et aux lois internes pour résoudre les controverses relatives aux investissements. À ce sujet voir : Celso de Tarso PEREIRA, « O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI - ICSID) », 35-140 (out./dez. 1998) *Revista de informação legislativa* 87-93, en ligne : <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/420/r140-09.pdf?sequence=4&isAllowed=y>> (consulté le 17 octobre 2021) à la page 91; Bernardo M. CREMADES, « State contracts in Brazil: an international arbitration perspective », ano 3-n. 9, abr./jun., 2006 *Revista de Arbitragem e Mediação* 44-61 aux pages 56-58; FLAVIO MAREGA, préc., note 17 aux pages 14-16, 38-42; Jean KALICKI et Suzana MEDEIROS, « Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID, BITs, and investor-state arbitration », ano 4-n. 14, jul./set., 2007 *Revista de Arbitragem e Mediação* 57-86 aux pages 60-62,69.

<sup>19</sup> BANQUE INTERNATIONALE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DÉVELOPPEMENT, *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 19 mars 1965, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf>> (consulté le 25 avril 2020).

<sup>20</sup> Les travaux préparatoires de la Convention du CIRDI ont été conduits dans le cadre de réunions consultatives régionales (Addis Abeba, Santiago du Chili, Genève et Bangkok), puis négociés par un Comité juridique à Washington. Le représentant brésilien Francisco da Cunha Ribeiro, conseiller juridique de la surintendance de la monnaie et du crédit (SUMOC), a participé aux réunions consultatives qui ont eu lieu à Santiago du Chili, du 3 au 7 février 1964, et aux réunions du Comité juridique, du 23 novembre au 11 décembre 1964. Odilon de Camargo Penteado, de l'Ambassade du Brésil au Chili, a participé aux réunions consultatives à Santiago du Chili, et Wilson do Egito Coelho, avocat de la SUMOC, a participé aux réunions du Comité juridique. Voir : CIRDI, *Historique de la Convention CIRDI : Documents Relatifs à l'Origine et à l'Élaboration de la Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'Autres États*, Réimprimée en 2009, III (Documents en Français), Washington, D.C., Publication CIRDI, 1968, p. 495, 502, 512, 529, 537, 538, 546, 547, 647, 667, 668, 679, 686, 704, 705, 713, 734, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/publications/the-history-of-the-icsid-convention>> (consulté le 25 avril 2021); CIRDI, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Reprinted in 2009, I (Documents in English), Washington, D.C., ICSID Publication, 1970, p. 362, 364, 366, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/publications/the-history-of-the-icsid-convention>> (consulté le 25 avril 2021); FLAVIO MAREGA, préc., note 17, p. 30-31, 38.

<sup>21</sup> Pour tous les traités d'investissement signés par le Brésil, voir : CNUCED, « International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub », en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>> (consulté le 21 juillet 2021); Dans le cadre du MERCOSUR, le recours au mécanisme d'arbitrage a été prévu dans le *Protocole de Colonia sur la promotion et la protection réciproque des investissements dans le MERCOSUR* et dans le *Protocole de Buenos Aires sur la promotion et la protection des investissements provenant d'États non membres du MERCOSUR*, les deux de 1994. Pour tous les documents de ce bloc régional de libre-échange composé de l'Argentine, du Brésil, du Paraguay et de l'Uruguay, voir : « Consulta - Mercosur », en ligne : <[https://www.mre.gov.py/tratados/public\\_web/ConsultaMercosur.aspx](https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx)> (consulté le 21 juillet 2021); Arno Dal Ri JR, « Tentativas de regulamentação da solução de litígios em matéria de investimentos internacionais no

provoque un impact majeur sur l'attraction des investissements par rapport à d'autres mesures économiques qui stabilisent l'économie<sup>22</sup>. Au contraire, en raison de sa force économique en Amérique latine, le pays est resté le plus grand bénéficiaire de flux d'investissements étrangers à long terme.

Face à un sujet aussi vaste, sans oublier les questions de fond, cette recherche s'est concentrée sur les questions de procédure, car elles ont fait l'objet de réformes plus récentes. La discussion sur les clauses de protection substantielles mérite une recherche spécifique.

En ce qui concerne la question juridique qui nous intéresse, l'hypothèse que nous posons est que les réticences du Brésil face au mécanisme d'arbitrage investisseur État sont dans une certaine mesure appuyées sur le manque de transparence qui a marqué ce mode de règlement des différends relatifs aux investissements depuis ses origines. Étant donné que, ces dernières années, le mécanisme a connu des réformes importantes, privilégiant la transparence, la question qui se pose est de savoir si ces réformes du cadre juridique international de l'investissement sont capables de réduire ces réticences.

Afin de vérifier cette hypothèse de recherche, une étude de la doctrine, du cadre juridique et procédural de l'arbitrage d'investissement, ainsi que du contentieux arbitral d'investissement et quelques contributions sont ici présentées. Dans cette optique, le mémoire est divisé en trois chapitres.

Dans le premier chapitre, certains des principaux enjeux de la transparence dans l'arbitrage d'investissement sont étudiés, la notion même de transparence, sa relation avec la confiance et

---

âmbito do Mercosul », dans Arno Dal Ri JR et Aline Beltrame MOURA (dir.), *Jurisdição internacional: interação, fragmentação, obrigatoriedade.*, Ijuí-RS, Ed. Unijuí, 2014.

<sup>22</sup> Selon une étude de la CNUCED, il y a plusieurs caractéristiques des pays qui influent sur l'attractivité des IDE ainsi que de « [...] facteurs des interactions [entre elles] qui peuvent accroître ou réduire l'attrait d'un pays pour les investisseurs étrangers. Les AI sont un des éléments du cadre institutionnel de l'investissement étranger et ne sont donc qu'un des nombreux facteurs pris en considération par les entreprises pour choisir la destination de leurs investissements. Ils ne peuvent donc jamais être à eux seuls un argument suffisant pour attirer des IED. D'autres caractéristiques des pays d'accueil, et en particulier les facteurs économiques, jouent un rôle plus important ». Voir : CNUCED, *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct*, coll. Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York and Geneva, United Nations Publications, 2009, en ligne : <[https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20095\\_fr.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20095_fr.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021).

les attentes légitimes, la notion d'arbitrage d'investissement, la relation entre la confidentialité et la nécessité de transparence pour la cohérence des décisions, ses étapes d'incidence et la transparence dans la procédure d'arbitrage. Également dans ce chapitre, les enjeux liés à la transparence et son rapport avec l'intérêt public et la lutte contre la corruption sont abordés, ainsi que la contribution des institutions de contrôle externe comme garantes de la transparence, notamment dans la phase de négociation de traités.

Au deuxième chapitre, le cadre juridique et procédural de l'arbitrage d'investissement est étudié par l'analyse des sources du droit international de l'investissement, avec un examen approfondi des sources conventionnelles d'où certaines contributions et innovations ont été tirées. De plus, nous faisons un survol des sources non conventionnelles. Quoiqu'elles occupent une place modeste dans le droit de l'investissement, nous ne pouvons pas négliger l'importance de la coutume, des principes généraux du droit, de la jurisprudence et de la doctrine. De plus, nous portons une attention particulière aux sources nationales et à la *soft law*. En ce qui a trait aux principales règles du cadre procédural d'arbitrage liées à la transparence dans l'arbitrage d'investissement, les principales réglementations ont été explorées. À la fin de ce chapitre, nous examinerons quelques cas du contentieux arbitral entourant la thématique.

Dans le troisième chapitre, nous aborderons le cadre juridique brésilien relatif à la transparence dans le règlement des différends en matière d'investissements, par l'analyse de l'évolution de l'arbitrage au Brésil, en explorant spécialement la position réticente du pays au mécanisme de RDIE, et par l'étude du modèle d'accord de coopération et de facilitation des investissements (ACFI) qui se distingue en présentant des aspects particuliers relatifs à la décision brésilienne de rester à l'écart de la clause de l'arbitrage investisseur État. Enfin, dans ce dernier chapitre, et sans prétendre épuiser le sujet, certaines contributions présentées pourraient être adoptées par le modèle brésilien de traité d'investissement ou du moins utilisées pour stimuler le débat auprès des autorités brésiliennes quant aux avantages et inconvénients de ces apports, à la lumière de l'expérience internationale. En conclusion, sont faits les commentaires finaux liés à la vérification de l'hypothèse de recherche et la suggestion de nouvelles avenues pour de futurs travaux de recherche.



# Chapitre 1 : Les grands enjeux de la transparence dans l'arbitrage d'investissement

La transparence désigne la capacité d'un matériau, corps ou substance de permettre le passage des rayons de lumière et ainsi laisser voir à travers<sup>23</sup>. En matière économique et politique, surtout en affaires gouvernementales, ce terme est employé pour désigner la « qualité de ce qui exprime la vérité sans la transformer, de ce qui est limpide »<sup>24</sup>, ou tout simplement pour se référer à la « divulgation de l'information au public »<sup>25</sup>.

Il convient de noter que dans ce sens figuré, le mot transparence est en soi un concept vague et ambigu. La dimension de ce qui est transparent ou même le degré de la transparence sont nuancés par des adverbes qui permettent de qualifier certaines affaires politiques ou procédurales de différentes façons.

Quand on parle d'un *gouvernement peu transparent*, il s'agit d'un gouvernement qui cache des informations ou qui ne permet pas l'accès à toute l'information qu'il produit. Inversement, quand on parle d'un *gouvernement plus transparent*, c'est pour établir une comparaison avec d'autres gouvernements ou pour exprimer un désir ou la volonté d'une gestion plus ouverte ou accessible au public. Par ailleurs, quand on parle d'une *politique peu transparente*, on veut faire référence à une politique qui n'est pas claire, qui laisse des lacunes à combler, ou même qui comporte des dispositions équivoques.

À la fin des années 1980, pour donner un exemple, le mot « *glasnost* » a été véhiculé comme une politique de transparence que l'Union soviétique (URSS) essayait de mettre en place, associée à une politique de restructuration économique, la « *perestroïka* ». Son objectif était de changer la direction de ce pays vers une nation plus ouverte et économiquement plus développée. Malgré

---

<sup>23</sup> ÉDITIONS LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, v° « transparence », en ligne : <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/transparence/79194>> (consulté le 19 juin 2019). Du point de vue étymologique, le mot « transparence » est dérivé « du latin médiéval *transparens*, 'qui apparaît à travers' ». En anglais, le mot *transparency* est sa traduction directe, mais *openness* est également utilisé dans le contexte politique et administratif, v. à cet égard : ANTIDOTE10, *Dictionaries*, bilingual v2.1, Druide informatique inc., 2019, v° « transparence »; ANTIDOTE10, *Dictionaries*, bilingual v2.1, Druide informatique inc., 2019, v° « openness ».

<sup>24</sup> Antidote 10, *transparence*, préc., note 23.

<sup>25</sup> *Id.*

l'échec de ces deux politiques, ces mouvements sont considérés comme des marques importantes de la fin de la Guerre froide et de l'éclatement de l'URSS<sup>26</sup>. Cette expérience de la politique russe met en évidence le lien entre la transparence et la croissance économique.

Dans le contexte de ce travail, en ce qui concerne les critiques formulées à propos des mécanismes de règlement des différends entre un investisseur et un État (RDIE), on entend dire que de tels « mécanismes ne sont *pas suffisamment transparents* »<sup>27</sup>.

À partir de ces exemples de l'emploi du mot « transparence » et ses dérivés, on constate une contradiction dans son propre concept, c'est-à-dire que la transparence est parfois affaiblie dans son principal attribut : la clarté.

À cet égard, il est de noter que le problème de l'interprétation est inhérent à l'incomplétude des concepts empiriques<sup>28</sup>. Ainsi, ces concepts tels que la transparence présentent dans plusieurs cas la possibilité d'imprécision<sup>29</sup>.

La transparence s'insère, de cette façon, dans ce contexte flou du langage. Voilà la raison pour laquelle on se demande : Est-elle une condition, une valeur, un principe, un « mythe »<sup>30</sup>? Quels sont les grands enjeux de la transparence? Quel est son rapport avec l'arbitrage d'investissement?

Dans ce chapitre, nous essayerons de comprendre les enjeux liés à ce thème, d'une façon descriptive et comparative.

---

<sup>26</sup> « Changing relations between the Superpowers - Revision 5 - National 4 History », *BBC Bitesize*, en ligne : <<https://www.bbc.com/bitesize/guides/zk64jxs/revision/5>> (consulté le 25 juin 2019); V. aussi : « Glasnost | Soviet government policy », *Encyclopedia Britannica*, en ligne : <<https://www.britannica.com/topic/glasnost>> (consulté le 24 juin 2019).

<sup>27</sup> Alexandre GAUTHIER, *Mécanismes de règlement des différends entre un investisseur et un État : d'où viennent-ils et qu'est-ce que l'avenir leur réserve?*, N° 2015-115-F, coll. Études générales, Ottawa, CA, Bibliothèque du Parlement, 2015, en ligne : <<https://bdp.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2015-115-f.pdf>> (consulté le 15 février 2019).

<sup>28</sup> Friedrich WAISMANN, « Verifiability », dans Antony FLEW et Gilbert RYLE (dir.), *Logic and Language (first Series): essays*, Oxford, Blackwell, 1955, p. 117-144.

<sup>29</sup> *Id.*

<sup>30</sup> L. Yves FORTIER et Renée THÉRIAULT, « La transparence de l'arbitrage international à l'ère des différends investisseurs-États : du mythe à la réalité », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner : études de droit international privé et de droit du commerce international*, coll. Collection CÉDÉ, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011.

## **Section 1.1 : La notion de transparence dans l'arbitrage d'investissement**

Le thème de la transparence dans l'arbitrage d'investissement concerne plusieurs domaines de la science. D'une part, elle concerne tant le droit à l'interne, tels le droit public (droit constitutionnel, droit administratif, droit de l'environnement, droit fiscal) et le droit privé (civil law et common law), qu'à l'externe, le droit international, sans oublier ses interfaces avec le droit communautaire européen. D'autre part, il convient d'observer que ce thème est traversé par plusieurs branches des sciences sociales comme l'économie, la sociologie et la science politique entre autres. Sans prétendre épuiser le sujet, nous traiterons dans les paragraphes suivants de quelques aspects importants qui constituent ce travail.

### **Paragraphe 1.1.1 : Transparence et confiance : une relation immanente, une tendance**

Les relations sociales sont davantage complexes. Ces relations sont influencées surtout par les nouvelles technologies de l'information et de communication ainsi que par les avancées de la science. La vitesse avec laquelle la communication se propage, l'énorme quantité de données et d'informations disponibles, l'accroissement significatif des flux d'argent et du commerce international et la hausse de l'espérance de vie moyenne ne sont que des exemples d'événements qui font éclater de nouveaux et complexes problèmes au sein de la société moderne et contemporaine.

Pour affronter ces problèmes, il faut faire des choix et prendre des décisions parmi plusieurs possibilités disponibles. Niklas Luhmann nous explique qu'il faut des mécanismes pour réduire une telle complexité afin que l'humanité puisse vivre en paix et faire ses échanges dans un environnement et une ambiance de coopération<sup>31</sup>.

Selon Luhmann, la confiance est un mécanisme qui sert à la réduction de la complexité sociale<sup>32</sup>. Il est nécessaire d'avoir une certaine dose de confiance dans les « médias de communication »<sup>33</sup>,

---

<sup>31</sup> N. LUHMANN, préc., note 10, p. 1-8.

<sup>32</sup> *Id.*, p. 25-34.

<sup>33</sup> *Id.*, p. 60-61.

le « pouvoir politique »<sup>34</sup>, le système juridique<sup>35</sup> et, de même, dans des situations du quotidien tel que faire confiance à un chauffeur de taxi, au professeur ou à une gardienne de son enfant<sup>36</sup> ou encore, dans le contexte de cette étude, au pays d'accueil d'investissements, aux arbitres de tribunal d'arbitrage et à l'efficacité des sentences arbitrales étrangères, entre autres. Sans confiance, l'homme « n'arriverait même pas à quitter son lit »<sup>37</sup>.

Sur le plan personnel, Luhmann constate que :

La confiance est alors l'attente généralisée que l'autre fera usage de sa liberté, du potentiel inquiétant de ses possibilités d'action, dans le sens de sa personnalité ou, plus précisément, dans le sens de la personnalité qu'il a présentée et manifestée socialement comme sienne. Est digne de confiance celui qui est fidèle à ce qu'il a communiqué sur lui-même, consciemment ou non<sup>38</sup>.

Il va de soi que la relation entre transparence et confiance est une relation intime, intrinsèque, inhérente. Cette relation est établie par le soutien que la transparence confère à la confiance. La transparence opère comme un mécanisme social qui engendre la confiance<sup>39</sup>. Par la transparence d'informations, il est possible d'évaluer les risques; de faire des distinctions entre les gains et les pertes; entre les avantages et inconvénients; c'est-à-dire qu'on réduit l'asymétrie d'information<sup>40</sup> pour bien évaluer une prise de décision.

En dernière instance, la transparence permet aux décideurs et aux citoyens de prendre une décision éclairée en s'appuyant sur des données fiables avec un risque calculé. « Celui qui fait

---

<sup>34</sup> *Id.*, p. 63.

<sup>35</sup> Peter JUNG, « La protection de la confiance en droit des contrats », dans Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Peter JUNG (dir.), *La confiance : 11èmes journées bilatérales franco-allemandes, Paris, 22 et 23 novembre 2012*, 12, coll. Droit comparé et européen, Paris, FR, Société de législation comparée, 2013, p. 31-50 à la page 33. Selon cet auteur, « [...] on peut se fier au système juridique, c'est-à-dire à sa constitutionnalité, à l'impartialité de ses institutions, à ses mécanismes de contrôle ou à sa capacité de résoudre des conflits de manière rapide, efficace et juste. »

<sup>36</sup> N. LUHMANN, préc., note 10, p. 26 et 52.

<sup>37</sup> *Id.*, p. 1; À cet égard v. aussi : Niklas LUHMANN, « Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives », dans Diego GAMBETTA (dir.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford, UK, Basil Blackwell Ltd, 1988, p. 94-107.

<sup>38</sup> N. LUHMANN, préc., note 10, p. 43.

<sup>39</sup> N. LUHMANN, préc., note 37.

<sup>40</sup> Ejan MACKAAY, *Law and economics for civil law systems*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2013, p. 417-419. Cet auteur fait une analyse de l'asymétrie d'information dans la prise d'une décision économique. V. aussi : P. F. de AZEVEDO, préc., note 11 aux pages 219-221. Cet auteur analyse la théorie économique de l'agence dans le contexte de l'organisation industrielle. Selon cette théorie, l'asymétrie d'information est une caractéristique fondamentale de la relation principal-agent. Pour l'essentiel, le principal, pour avoir un retour économique, dépend de l'agent qui lui seul détient certaines informations.

confiance anticipe l'avenir. Il agit comme s'il était certain de l'avenir »<sup>41</sup>. Une fois que la transparence – soit une condition, une valeur ou un principe – agissant dans le présent laisse supposer que l'action future attendue sera accomplie comme prévu, le lien entre la confiance et la transparence est démontré.

La confiance est, au fond, une avance risquée ou dans les mots du sociologue allemand Luhmann : « le problème de la confiance [peut être exposé] en tant que problème de la performance initiale risquée (*riskante Vorleistung*) »<sup>42</sup>.

La confiance inconditionnelle est seulement possible dans un contexte familial ou dans un groupe assez petit de la société où les possibilités de choix sont limitées, ce qui nous amène, dans ce cas, à la compréhension de la confiance comme une approche de la solidarité<sup>43</sup>.

Néanmoins, quand on dit qu'accroître la transparence augmente la confiance, cela ne veut pas dire que tous les risques sont écartés. Une certaine dose de risque est inhérente aux prises de décisions et est considérée comme un aspect de la vie moderne associé à la pensée libérale<sup>44</sup>. À cet égard, Luhmann observe que :

Only in early modern times did a new term (*riesgo, rischio, risk*) appear to indicate that unexpected results may be a consequence of our decisions, and not simply an aspect of cosmology, an expression of the hidden meanings of nature or the hidden intentions of God. This discovery of 'risk' as a general feature of life - roughly replacing what had previously been known as fortuna - does not facilitate the task of religion, but it adds another dimension to human experience. It becomes ever more typical and understandable that decisions cannot avoid risk. Such awareness of risk - the risks of technological development or of investment, of marriage or of prolonged education - is now a very familiar aspect of everyday life, but it does not necessarily convey a cosmological or religious meaning<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> N. LUHMANN, préc., note 10, p. 9.

<sup>42</sup> *Id.*, p. 25.

<sup>43</sup> N. LUHMANN, préc., note 37.

<sup>44</sup> Niklas LUHMANN, *Risk : a sociological theory*, English translation originally published: New York: A. de Gruyter, C1993, traduit par Rhodes BARRETT, Abingdon, Oxon ; England, Routledge, Taylor & Francis Group, 2017, p. 23; v. aussi : N. LUHMANN, préc., note 37.

<sup>45</sup> N. LUHMANN, préc., note 37.

Qui plus est, la confiance peut aussi être associée aux principes généraux du droit tels l'attente légitime, l'estoppel<sup>46</sup> et la bonne foi qui sont soulevés à maintes reprises lorsqu'on remet en question l'applicabilité du standard du traitement juste et équitable inclus dans les accords de libre commerce et traités de promotion et protection d'investissements.

À ce sujet, Julien Cazala observe, par exemple, la proximité entre l'argument de l'attente légitime et celui de « la confiance légitime »<sup>47</sup>. Il reconnaît cependant que tous les deux expriment la même notion sous différents angles, en signalant que :

On peut en effet affirmer que ces deux expressions renvoient à deux représentations distinctes de la même notion, fondée l'une sur les conséquences de la confiance (les attentes), l'autre sur la confiance elle-même. La confiance génère les attentes. Ce n'est que le stade auquel le juge se réfère pour analyser la situation qui entraîne dissociation entre les deux appellations.<sup>48</sup>

Même si les investisseurs ont des « attentes économiques »<sup>49</sup> et des « attentes juridiques »<sup>50</sup> fondées sur des contrats et des traités d'investissements, Cazala souligne qu'ils ne doivent pas s'attendre à ce que tous les risques soient éliminés. Un investisseur doit vivre avec des risques dans des circonstances raisonnables.

Sornarajah est également d'avis que le standard de traitement juste et équitable est une expression à l'interprétation large qui comporte la notion des attentes légitimes ainsi que celle de la transparence. Par ailleurs, il suggère que ce standard ne doit pas être considéré de façon isolée du contexte où il se produit sous peine de causer lui-même l'injustice<sup>51</sup>.

En fin de compte, on observe que l'exigence de transparence est une tendance étendue à tous les secteurs, soit public ou privé, comme moyen de renforcer la prévisibilité et la confiance dans tout système. La relation entre transparence et confiance est donc, très intime. Cette relation

---

<sup>46</sup> Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « La confiance légitime et l'estoppel », dans John CARTWRIGHT (dir.), *Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law*, 4, coll. Droit Privé Comparé et Européen, Paris, Société de Législation Comparée, 2007, p. 321-348; Pour la discussion si la base légale de l'estoppel provient du droit coutumier ou des principes généraux du droit, voir : I. MACGIBBON, « Estoppel in International Law », (1958) 7 *International & Comparative Law Quarterly* 468-513.

<sup>47</sup> J. CAZALA, préc., note 13.

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> *Id.*

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> M. SORNARAJAH, préc., note 7, p. 204.

n'est pas une panacée à tous les problèmes, puisqu'il n'y a aucun moyen d'éliminer tous les risques inhérents. La place à être colmatée par la confiance sera toujours présente, car les possibilités de choix pour une prise de décision sont immenses et incertaines.

Force est de constater que le renforcement de la transparence entraîne l'augmentation des attentes. Ce qui revient à dire que la transparence renforce davantage la confiance.

### **Paragraphe 1.1.2 : Notions de base sur l'arbitrage d'investissement**

Les origines de l'arbitrage comme mode alternatif de résolution de différends remontent à l'Antiquité hellénique et gréco-romaine; il est passé par le Moyen Âge avant de parvenir à l'époque moderne et contemporaine. Bien qu'on soupçonne la pratique arbitrale en ancien Orient, notamment en Égypte et en Syrie, Michel de Taube se plaît à affirmer que la Grèce antique est « le véritable berceau de l'arbitrage international »<sup>52</sup>.

À la suite de l'évolution de l'arbitrage à travers les temps, en réglant des litiges de différentes natures telles que la rectification de tracés de frontières et de propriété territoriale<sup>53</sup>, la protection des marchands<sup>54</sup> et ainsi de suite, on arrive dans le monde moderne où l'éclosion de l'arbitrage commercial international prend ses contours contemporains<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Mikhail Aleksandrovich TAUBE, *Les origines de l'arbitrage international : antiquité et Moyen Âge*, Paris, FR, Hague Academy collected courses, 1932, p. 5-6, 11-14, en ligne : <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.hague/recueil0042&collection=hague>> (consulté le 15 décembre 2018). Le baron Michel de Taube ou Mikhail Aleksandrovich Taube fut professeur de droit international à l'Université de Saint-Petersbourg (1899-1911) et membre de la Cour permanente d'Arbitrage de La Haye (1909-1922). Selon Taube, une centaine de documents qui datent de l'époque entre le milieu du VII<sup>e</sup> siècle et le milieu du II<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ sont les évidences qui soutiennent sa constatation. Ce professeur observe que d'autres auteurs sont arrivés à la même constatation : Redslob, dans son ouvrage sur l'histoire générale du droit international; M. Politis dans son exposé de l'évolution de la Justice internationale; ainsi que Ruggiero, Raeder, Westermann, Tod, entre autres, qui se rapportent à l'histoire de la pratique arbitrale.

<sup>53</sup> *Id.*, p. 27 et 28; 42-45; 66-69; 80 et 81; 93 et 94.

<sup>54</sup> *Id.*, p. 71 et 72.

<sup>55</sup> Arnaud de NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2017, p. 25-30 et 227 et 228.; V. aussi : « International Chamber of Commerce - History », ICC - *International Chamber of Commerce*, en ligne : <<https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/history/>> (consulté le 1<sup>er</sup> juillet 2019). À l'époque actuelle, la marque la plus visible de l'arbitrage commercial international fut la création de la Cour internationale d'arbitrage, en 1923, au sein de la Chambre de commerce internationale (CCI), fondée environ quatre ans avant, en 1919, par les efforts après-guerre des entrepreneurs qui se sont intitulés « [t]he merchants of peace » pour rétablir le commerce transfrontalier et assurer aux vainqueurs de la Première Guerre mondiale que leurs règles puissent être appliquées en dehors de leurs territoires afin de favoriser les investissements. Aujourd'hui, après environ cent ans d'histoire, la CCI conserve toujours son importance dans la communauté internationale des marchands, bien qu'il y ait d'autres

Ainsi, l'arbitrage entre États et l'arbitrage commercial sont devenus des moyens courants de résoudre les conflits internationaux entre nations et dans le milieu des marchands. Du point de vue du consentement, ces deux mécanismes émergent de la volonté expresse des parties dans une convention. Alors que dans le premier, le consentement est donné par une disposition expresse d'un traité, dans le second, le moyen utilisé est une disposition contractuelle (clause compromissoire) ou un engagement après la naissance d'un conflit (compromis).

Dans une situation intermédiaire où l'État a besoin d'établir une relation d'investissement avec un sujet de droit privé, on trouve l'arbitrage international en matière d'investissements prévu dans les contrats internationaux de concessions d'infrastructures. Ce genre de contrat est aussi connu comme contrat d'investissement ou contrat d'État. Pour Charles Leben, dans ce type de contrat, les nations exportatrices de capitaux ont trouvé un moyen de garantir une protection de leurs investisseurs « [...] par l'insertion dans les contrats d'investissement de clauses de droit applicable se référant au droit international et/ou aux principes généraux de droit [...] »<sup>56</sup>. Selon cet auteur, le contrat d'État est ainsi la « [...] première forme d'internationalisation du droit des investissements »<sup>57</sup>. À ce sujet, Karim Benyekhlef précise que « [l]es contrats d'États concernent habituellement des accords de développement économique en matière d'exploitation des ressources minières et pétrolières par des entreprises étrangères sur le sol de pays en voie de développement »<sup>58</sup>. Selon Alain Prujiner, sans avoir besoin de recourir à la protection diplomatique de leurs États d'origine « [l]es investisseurs étrangers [...] ont acquis la possibilité d'un règlement direct de leurs différends avec l'Etat hôte, par l'incorporation de clauses d'arbitrage dans les contrats les liant avec cet Etat »<sup>59</sup>.

---

cours d'arbitrage commercial international également importantes, telles que la London Court of International Arbitration (LCIA); la Cour permanente d'arbitrage (CPA) et l'Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC); autant d'autres organes ne cessent d'apparaître.

<sup>56</sup> C. LEBEN, préc., note 3 à la page 59.

<sup>57</sup> *Id.*

<sup>58</sup> Karim BENYekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, 2e éd., Montréal, Qc, Les Éditions Thémis, 2015, p. 321, note de bas de page 1111.

<sup>59</sup> Alain PRUJINER, « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », (2005) Issue 1 *Revue de l'Arbitrage (Comité Français de l'Arbitrage)* 63-99, en ligne : <<https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn26753>> (consulté le 20 juillet 2020), aux pages 67-68.

Cependant, il était nécessaire de trouver un moyen de protéger les investisseurs et investissements étrangers des litiges découlant de mesures prises ou omises par l'État d'accueil de l'investissement, même si ce dernier n'a signé aucun contrat avec l'investisseur. L'arbitrage d'investissement est donc né avec cette mission de protéger les investissements étrangers<sup>60</sup>, soit par l'inclusion dans un traité d'investissement d'une clause d'arbitrage pour la résolution de conflits en matière d'investissements soit par l'édiction d'une loi nationale qui prévoit le recours au mécanisme. Il est courant de définir l'arbitrage d'investissement comme un moyen de règlement de différends entre un investisseur et un État (RDIE), appelé en anglais *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS).

Par ce mécanisme, en cas de litige, à l'instar de l'arbitrage prévu dans un contrat d'État, un investisseur ressortissant d'un État étranger peut poursuivre l'État d'accueil de l'investissement devant un tribunal arbitral international, directement, sans intervention diplomatique. La principale différence est que pour saisir un tribunal d'arbitrage fondé sur un contrat d'État, il faut alléguer une violation d'une clause contractuelle. Dans le cas d'un TBI ou d'une loi nationale, c'est la violation d'une clause conventionnelle ou d'un article de loi qui doit être invoquée.

Une autre différence constatée entre l'arbitrage fondé sur un contrat d'État et l'arbitrage fondé sur un traité ou une loi nationale est liée au consentement à l'arbitrage. Alors que dans le premier le consentement est donné dans le contrat, dans les deux derniers, l'État manifeste son consentement dans un traité ou dans une loi. Cela veut dire que dans un arbitrage fondé sur un traité ou une loi, l'État peut être attiré devant un tribunal arbitral même s'il n'a pas un contrat avec l'investisseur. Ces formes d'engagement ont conduit certains juristes à appeler l'arbitrage d'investissement « arbitrage unilatéral »<sup>61</sup> ou « *arbitration without privity* »<sup>62</sup> pour souligner le caractère de l'arbitrage sans lien contractuel. Bref, un État peut être poursuivi par un sujet de droit privé dans un tribunal d'arbitrage international simplement pour avoir pris des mesures de

---

<sup>60</sup> *Id.* aux pages 66-67.

<sup>61</sup> W. B. HAMIDA, préc., note 16 à la page 395.

<sup>62</sup> Jan PAULSSON, « Arbitration Without Privity », 10-2-Fall 1995 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 232-257, en ligne : <<https://academic.oup.com/icsidreview/article/10/2/232/657651>> (consulté le 11 août 2021).

politique publique affectant les investissements, même s'il n'a pas de contrat signé avec l'investisseur.

Si l'on considère que l'arbitrage d'investissement est un type d'arbitrage commercial international ou duquel il dérive, il est logique qu'il existe des principes partagés entre les deux types. Pour cette raison, il faut être prudent avec les limites des principes qui sont incorporés à l'un ou à l'autre. La confidentialité et la transparence, par exemple, sont des principes qui sont souvent en conflit.

Le manque de transparence dans les affaires de pays en développement, surtout pendant la période de décolonisation, ainsi que des décisions politiques opaques qui affectaient les investisseurs sont alléguées comme des causes qui ont conduit à la création du mécanisme de protection aux investisseurs de l'arbitrage d'investissement<sup>63</sup>. Par conséquent, l'arbitrage en matière d'investissements découle de la nécessité de combler un écart qui laissait les investisseurs démunis de protection désormais face à une puissance disposant des moyens suffisants pour imposer des pertes importantes à l'investisseur : soit l'État hôte.

Dans ce sens, Arnaud de Nanteuil explique que le contentieux d'investissement « emprunte à la fois aux techniques classiques du droit international et aux méthodes particulières de l'arbitrage commercial »<sup>64</sup>.

À propos du développement de l'arbitrage commercial international ainsi que les premiers pas de l'arbitrage d'investissement, il ne faut pas oublier que plusieurs conventions ont établi leurs lignes directrices<sup>65</sup>. La convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la Convention de New York de 1958)<sup>66</sup> et la convention de

---

<sup>63</sup> R. BEAUCHARD, préc., note 7, p. 27-30.

<sup>64</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 243.

<sup>65</sup> R. BEAUCHARD, préc., note 7, p. 110.

<sup>66</sup> CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, (1958) New York, promulguée au Brésil par le Décret n. 4.311/2002, en ligne : <[https://treaties.un.org/doc/Treaties/1959/06/19590607%2009-35%20PM/Ch\\_XXII\\_01p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1959/06/19590607%2009-35%20PM/Ch_XXII_01p.pdf)> (consulté le 25 avril 2020).

Washington de 1965 (la Convention du CIRDI)<sup>67</sup> qui a conçu le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ont beaucoup contribué à cet égard. Ce dernier est un organe de la Banque Mondiale qui est devenue « la principale institution au monde dédiée au règlement des différends relatifs aux investissements internationaux »<sup>68</sup>.

Ainsi, l'arbitrage s'est consolidé non seulement dans le réseau privé (arbitrage commercial international), mais en outre dans le cadre de conflits en matière d'investissements impliquant un État et un investisseur ressortissant d'un autre État (arbitrage d'investissement).

Finalement, il convient de souligner que le but de ce paragraphe est d'introduire une notion de base d'arbitrage d'investissement adaptée aux fins de cette étude. Il n'est pas prévu à ce stade de discuter le contenu d'une définition plus approfondie du mécanisme de RDIE. Tout au long de cette recherche, d'autres éléments qui complètent la notion de l'arbitrage d'investissement seront progressivement introduits, tels que la définition de ce qui est considéré comme un investissement, que nous verrons plus loin.

### **Paragraphe 1.1.3 : La confidentialité et l'émergence de la transparence dans l'arbitrage d'investissement**

La confidentialité dans l'arbitrage commercial international est une des principales caractéristiques appréciées par les commerçants. Grâce à ce trait particulier, des informations sensibles ou des secrets commerciaux peuvent être protégés de l'exposition au public au cours d'une procédure d'arbitrage. En outre, la nécessité de maintenir des relations durables ainsi que la réputation des parties sont d'autres facteurs protégés lorsque les différends sont résolus sans être exposés au public.

À l'inverse, la transparence dans l'arbitrage en matière d'investissements est une exigence de la part des États d'accueil de l'investissement et de la société civile qui découle du droit d'accès à l'information publique, une caractéristique davantage présente dans les démocraties actuelles. À

---

<sup>67</sup> BANQUE INTERNATIONALE POUR LA RECONSTRUCTION ET LE DÉVELOPPEMENT, *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 19 mars 1965, en ligne : < <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf> > (consulté le 25 avril 2020).

<sup>68</sup> CIRDI, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *À propos du CIRDI*, en ligne : < <https://icsid.worldbank.org/fr/a-propos> > (consulté le 20 avril 2020).

cet égard, Andrea Bianchi observe que la « [t]ransparency has become one of the fundamentally distinctive traits of contemporary Western culture »<sup>69</sup>.

Si d'un côté, la confidentialité est appréciée par ceux qui veulent garder certaines informations protégées du public, de l'autre côté, elle empêche le contrôle des précédents, du fait que les arbitres ne sont pas censés suivre une jurisprudence ou être liés à une décision parfois même inconnue<sup>70</sup>.

Delaney et Magraw ont constaté plusieurs avantages de la transparence dans l'arbitrage d'investissement ainsi que quelques inconvénients. Du côté des avantages, ils les ont classés en neuf catégories<sup>71</sup> : « Higher Quality Decision-Making », « Democratic Values and Realization of Human Rights », « Consistency », « Public Participation », « Implementation », « Accountability », « Legitimacy », « Systemic Reform », « Demonstration ».

Concernant les inconvénients, ces auteurs ont souligné : l'augmentation du coût et du temps de la procédure dû à certaines nouvelles tâches, comme pour tenir le public informé<sup>72</sup> et la possibilité de divulgation accidentelle des secrets d'État ou des informations commerciales confidentielles, mettant en péril la confidentialité requise dans certaines affaires<sup>73</sup>.

Dans cet ordre d'idées, force est de constater que la confidentialité est la règle dans l'arbitrage commercial international et que la transparence a tendance à prédominer dans l'arbitrage d'investissement. À chaque étape de l'arbitrage d'investissement, la transparence semble être une incontournable garantie pour la qualité des résultats attendus par les parties intéressées. En fin de compte, la confidentialité, d'un seul coup, s'oppose à la consistance et à la transparence des sentences arbitrales<sup>74</sup>. Deux des principes chers à l'intérêt public.

---

<sup>69</sup> A. BIANCHI, préc., note 1 à la page 1.

<sup>70</sup> Josefa SICARD-MIRABAL, « Precedential Value of International Arbitral Awards », dans ARTHUR W. ROVINE (dir.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2015*, 9, Leiden, The Netherlands, Brill | Nijhoff, 2017, p. 72-86

<sup>71</sup> J. DELANEY et D. B. MAGRAW, préc., note 2 aux pages 761-763.

<sup>72</sup> J. DELANEY et D. B. MAGRAW, préc., note 2.

<sup>73</sup> *Id.*

<sup>74</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 2.

## Division A : La transparence dans l'arbitrage d'investissement vers la consistance des décisions

La consistance des décisions rendues dans le cadre des arbitrages d'investissement a fréquemment été accusée d'être fluide, sans cohérence et même contradictoire. Une des raisons de cette opacité a été attribuée, entre autres, au fait que les arbitres ne sont même pas tenus de suivre leurs propres décisions<sup>75</sup>.

À cet égard, Kaufmann-Kohler affirme que :

Transparency is about opening the doors of the hearing room. Consistency is about delivering coherent decisions and avoiding contradictory results that undermine the credibility of investment arbitration overall and jeopardize the development of investment law<sup>76</sup>.

Dans un article de Susan D. Franck publié en 2005, il est possible de constater l'effervescence de la « crise de légitimité »<sup>77</sup> que traversait l'arbitrage en matière d'investissements probablement en raison de l'absence d'une structure suffisamment développée et cohérente de décisions<sup>78</sup>.

Cette même auteure affirme que l'existence de plusieurs traités bilatéraux d'investissements (TBI) et accords de libre commerce avec différentes dispositions en faveur de l'investisseur ont engendré un « *patchwork of mechanisms* »<sup>79</sup> qui conduisent à des décisions contradictoires. Cela provoque une crise de confiance pour les parties impliquées. Le résultat est un état d'obscurité juridique au lieu d'une situation de stabilité incitative aux investisseurs<sup>80</sup>. Pour illustrer cette situation, elle note que :

---

<sup>75</sup> Chris HAMBY, « The court that rules the world – Global Supercourt: Inside The Global “Club” That Helps Executives Escape Their Crimes », *BuzzFeed News* (28 août 2016), en ligne : <<https://www.buzzfeednews.com/article/chrishamby/super-court>> (consulté le 12 juin 2019).

<sup>76</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 2.

<sup>77</sup> Susan D FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », 73-4 *Fordham Law Rev.* 1521-1625, en ligne : <<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/10/>> (consulté le 12 juin 2019).

<sup>78</sup> S. D. FRANCK, préc., note 2.

<sup>79</sup> *Id.*, 1523.

<sup>80</sup> *Id.*

As investment arbitration is still in its infancy but in the middle of its first "growing pains," it is appropriate to help the jurisprudence develop, acknowledge the difficulties in the current framework, and find ways to minimize the looming legitimacy crisis. In this manner, investment arbitration will not be thrown out with the proverbial bathwater and international arbitration will be firmly on track to promote international justice<sup>81</sup>.

Pour faire face à cette crise, Franck a suggéré deux solutions : l'une est la création d'une cour indépendante et permanente pour l'interprétation et l'uniformisation de décisions en matière d'investissements, à l'instar d'une cour d'appel étatique; l'autre est l'augmentation de la transparence de la procédure<sup>82</sup>.

Déjà à cette époque, Franck se plaignait du manque de transparence de la procédure d'arbitrage que « [...], even though a Sovereign is involved, the dispute resolution process is not transparent [...], there is minimal access to the pleadings and there is little opportunity for *amici curiae* participation, and often the decisions themselves are confidential and not made available to the public »<sup>83</sup>.

Les différentes règles incluses dans les milliers de TBI et le manque de transparence de la procédure constituent ainsi un défi pour la consolidation et crédibilité des décisions rendues dans le cadre de l'arbitrage d'investissement. Grâce aux critiques comme celle que l'on vient de voir, les chercheurs et les institutions ont été encouragés à étudier le sujet plus attentivement et à prendre en compte ces effervescents enjeux dans la réglementation des arbitrages d'investissement. Un premier pas consiste à essayer de comprendre les étapes d'incidences de la transparence pour savoir où intervenir.

---

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

<sup>82</sup> *Id.*, 1610-1625.

<sup>83</sup> *Id.*, 1544-1545.

## **Division B : Les étapes d'incidences de la transparence en droit international qui ont des répercussions dans l'arbitrage d'investissement**

D'une manière générale, les chercheurs ont du mal à préciser la définition du mot *transparence* en raison justement de son caractère flou. Tout effort dans cette direction reste incomplet et peut ouvrir un arsenal des possibilités<sup>84</sup>. Ainsi, au lieu d'essayer d'obtenir une définition complète et fermée du concept de transparence en droit international, il est possible de reconnaître des étapes dans lesquelles la transparence y exerce une influence.

Selon Gabriele Ruscalla, en droit international, le concept de transparence a trois dimensions : « [i]nstitutional transparency », « [l]egislative transparency » et « [p]rocedural transparency »<sup>85</sup>. La transparence institutionnelle concerne les aspects de la transparence des institutions du droit international, en tant que telles, par exemple leurs règles de fonctionnement, de reddition de comptes<sup>86</sup> (accountability), de divulgation des rapports, etc. La transparence législative s'occupe des aspects liés à la procédure de création des normes du droit international, tels que la légitimité et la participation de la société civile concernées. La transparence dans la procédure, à son tour, concerne les aspects du déroulement de l'instance dans les tribunaux internationaux<sup>87</sup>.

On peut représenter ces trois dimensions graphiquement :

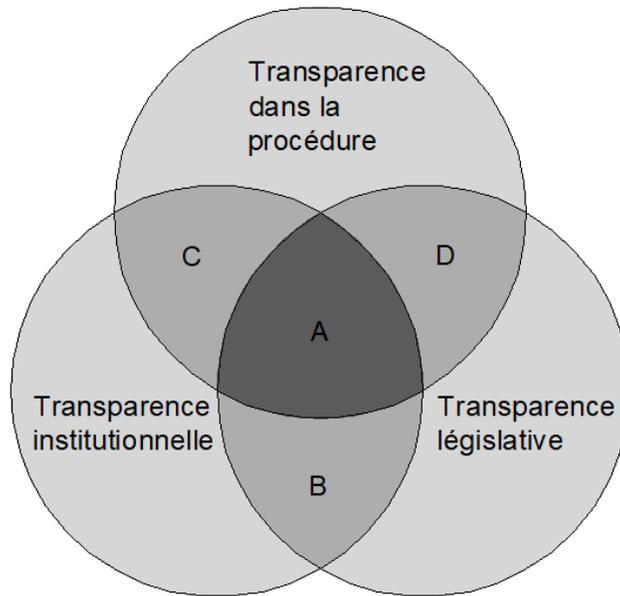
---

<sup>84</sup> A. BIANCHI, préc., note 1.

<sup>85</sup> G. RUSCALLA, préc., note 2.

<sup>86</sup> Pour l'expression « reddition de comptes » on utilise la définition adoptée par l'Office québécois de la langue française : « Rapport présenté par une Administration pour rendre compte de sa gestion au public, dans lequel elle communique des informations utiles à cette fin, par exemple des informations sur l'état de ses finances à une date donnée, sur sa performance financière pour une période déterminée ou sur l'efficacité de certaines activités ou de certains programmes ». Fiche terminologique : reddition de comptes, en ligne : <[http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id\\_Fiche=507210](http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=507210)> (consulté le 20 avril 2020).

<sup>87</sup> G. RUSCALLA, préc., note 2.



Légende :

A = transparence institutionnelle + transparence législative + transparence dans la procédure

B = transparence institutionnelle + transparence législative

C = transparence institutionnelle + transparence dans la procédure

D = transparence législative + transparence dans la procédure

**Figure 1.** – Les dimensions de la transparence dans le droit international

Source : Figure créée par l’auteur à partir de la classification de Ruscalla<sup>88</sup>.

D’après la Figure 1 ci-dessus, on peut observer des zones d’intersection : deux à deux (B, C ou D) ou même l’intersection de ces trois dimensions (A). On aura une transparence maximale en droit international lorsque ces trois dimensions seront combinées (A), et la moindre, lorsque seulement une des trois se produira.

À leur tour, lors de l’analyse de la transparence dans le droit international des investissements, Joana Lam et Güneş Ünüvar ont observé trois contextes dans lesquels la transparence est mise en évidence, soit : « in disclosure obligations »; « in treaty negotiations » et « in ISDS »<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> *Id.*

<sup>89</sup> J. LAM et G. ÜNÜVAR, préc., note 2.

Le premier contexte est celui de la transparence dans les obligations de divulgation qui concernent les règles de divulgation des normes et règlements mis en œuvre par les gouvernements des pays hôtes afin de contrôler le flux d'IDE et par conséquent l'investisseur étranger<sup>90</sup>. Cet aspect met les investisseurs étrangers sur le même pied que les États hôtes et leurs nationaux pour ce qui est des informations ayant un impact sur les investissements. On peut rapprocher cet aspect à l'obligation de publicité du droit administratif.

Avant même l'engagement de l'État à un traité ou accord de libre commerce, la transparence dans la phase de négociations d'un traité<sup>91</sup> est un deuxième aspect très important pour la reddition des comptes considérant l'efficacité de l'activité financière du gouvernement. Dans cette étape, il est possible, *a priori*, d'identifier des aspects nuisibles aux finances de l'État. À cet égard, le Gouvernement canadien affirme sans crainte que « [l]es négociations de l'AECG [l'Accord économique et commercial global] ont été les négociations commerciales les plus ouvertes et les plus transparentes de l'histoire du Canada [...] », surtout parce qu'il a mené des consultations auprès des groupes concernés, tout en tenant la population informée<sup>92</sup>. Il est à noter que cette obligation se rapproche aussi de la transparence administrative.

La troisième situation est celle de la transparence dans le mécanisme de RDIE. Cet aspect est essentiellement lié aux obligations de transparence dans la procédure qui, tel qu'on a déjà vu, concerne les aspects de l'accès public aux documents et au déroulement de l'instance dans les tribunaux internationaux.

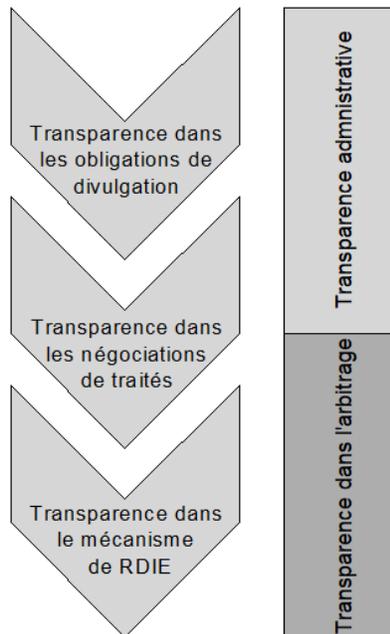
On peut représenter ces trois situations observées par Lam et Ünüvar de la manière suivante :

---

<sup>90</sup> *Id.*

<sup>91</sup> *Id.*

<sup>92</sup> Gouvernement du Canada, *Mythes et réalités* [Le gouvernement du Canada a négocié en secret l'accord de libre-échange avec l'Union européenne (UE)], Ottawa, Gouvernement du Canada, 2018, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/facts-faits.aspx?lang=fra>> (page consultée le 5 mars 2019).



**Figure 2.** – Les trois situations d’obligation de transparence dans le droit d’investissement  
 Source : Figure créée par l’auteur à partir de la classification de Lam et Ünüvar<sup>93</sup>.

Il est possible d’observer que cette classification apporte l’idée d’une séquence de situations/actions traversées par la transparence (Fig. 2). De plus, la transparence dans les deux premières situations se présente comme corollaire de la transparence administrative.

Dans l’ensemble, à partir de ces deux perspectives, on peut constater que la transparence dans chaque étape décrite peut effectivement influencer la consistance des décisions et garantir que les parties reconnaissent l’autorité des arbitres pour interpréter et faire appliquer les règles.

Aux fins de cette recherche nous allons nous concentrer sur l’étape de la transparence dans le mécanisme de RDIE.

### **Division C : La transparence dans l’étape de la procédure de RDIE**

Comme on l’a déjà mentionné, la transparence dans l’arbitrage d’investissement est davantage une exigence de la part des États d’accueil de l’investissement et de la société civile. Lam et

<sup>93</sup> J. LAM et G. ÜNÜVAR, préc., note 2.

Ünüvar soulignent que ce mécanisme de RDIE a un important impact sur l'intérêt public et cela justifie la demande pour transparence<sup>94</sup>.

Quelques pays réfutent l'idée d'avoir des accords de libre commerce ou traités en matière d'investissements qui contiennent un tel mécanisme de protection. Le Brésil, par exemple, n'a jamais ratifié un seul traité avec cette disposition et d'autres pays qui l'ont fait, les ont plus tard dénoncés (Afrique du Sud, Équateur, Indonésie, République tchèque, Venezuela notamment)<sup>95</sup>. Une des raisons alléguées est principalement le manque de transparence qui entoure d'autres raisons telles le manque d'impartialité et d'indépendance des arbitres, le manque de clarté de sentences, la tendance à favoriser les investisseurs de plus grandes puissances et l'ingérence des entreprises transnationales dans les décisions politiques par la voie de décisions arbitrales<sup>96</sup>.

En revanche, d'autres études semblent suggérer que les critiques en ce qui a trait au manque de transparence sont parfois exagérées. L'*European Federation for Investment Law and Arbitration* (EFILA), un *think tank* dans le domaine du droit de l'investissement, a conduit une étude qui analyse plusieurs critiques relatives au mécanisme RDIE. Parmi ces critiques, l'enjeu du manque de transparence est ainsi observé :

Criticism 3 deals with the claim of a lack of transparency, but the truth is that the majority of arbitral proceedings take place under ICSID rules and the ICSID awards have been published on the ICSID website for several years and the new UNCITRAL Transparency Rules introduce the same level of transparency for UNCITRAL proceedings [...]<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> *Id.*

<sup>95</sup> Emmanuel GAILLARD, « L'avenir des traités de protection des investissements », dans Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2015, p. 1027-1047 aux pages 1027-1028; CNUCED, *World Investment Report 2008: Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge*, New York and Geneva, United Nations Publications, 2008, p. 65, en ligne : <[https://unctad.org/system/files/official-document/wir2008\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2008_en.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021); CNUCED, *World Investment Report 2009: Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*, New York and Geneva, United Nations Publications, 2009, p. 32, en ligne : <[https://unctad.org/system/files/official-document/wir2009\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2009_en.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021); CNUCED, *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: an action plan*, New York and Geneva, United Nations Publications, 2014, p. 114, en ligne : <[https://unctad.org/system/files/official-document/wir2014\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2014_en.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021).

<sup>96</sup> Paolo QUATTROCCHI, « From ISDS to a permanent investment court : a politics-based reform? », dans Hervé Agbodjan PRINCE (dir.), *Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) : esprit et dynamique d'un bilatéralisme nouveau*, Montréal, Qc, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 227-264 à la page 425.

<sup>97</sup> EUROPEAN FEDERATION FOR INVESTMENT LAW AND ARBITRATION (EFILA), préc., note 2.

Dans le même sens, Nanteuil observe que les statistiques montrent l'inverse de ce qui est propagé. Il est d'avis qu'il existe une « profonde méconnaissance du système »<sup>98</sup> RDIE qui provoque des soucis légitimes. Cependant, il reconnaît l'importance de ces enjeux pour le perfectionnement de ce système de protection de l'investisseur<sup>99</sup>.

Il n'est pas étonnant que d'autres pays soient maintenant défenseurs dudit système de protection. Tout dépend de quel côté du conflit il se trouve. La Chine par exemple, auparavant réticente, est maintenant défenseure d'une telle protection une fois qu'elle est devenue un important exportateur de capitaux<sup>100</sup>. Koweït, Turquie, Émirats arabes unis, Japon, Île Maurice et Tanzanie ne sont que des exemples de pays qui ont conclu, depuis 2013, des traités avec un mécanisme RDIE ancré dans la croyance qu'il s'agit d'un important effet incitatif pour l'investissement<sup>101</sup>.

À propos de la portée de la transparence dans la procédure de RDIE, Séverine Menetrey a examiné les cinq aspects qui l'encerclent, soit : « l'ouverture de la procédure arbitrale [...], la publication de documents [...], la publication des sentences [...], l'accès du public aux audiences [...] et [...] la participation de tiers en qualité d'*amici curiae* [...] »<sup>102</sup>.

À partir de ces aspects, Menetrey a conclu que l'étendue de la transparence, hormis la participation d'*amici curiae*, est limitée au consentement des parties et, de cette manière, il n'existe pas encore un « droit à la transparence »<sup>103</sup>, mais plutôt une concession d'accès et de participation à certains aspects au cas par cas. Cette limitation, à son avis, rapproche l'arbitrage d'investissement à l'arbitrage commercial international<sup>104</sup>.

Autrement dit, si dans l'arbitrage d'investissement on peut consentir la confidentialité à certains aspects en gardant la transparence comme règle, dans l'arbitrage commercial international la règle, pour l'instant, est la confidentialité, la transparence demeurant l'exception.

---

<sup>98</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 55, p. 473.

<sup>99</sup> *Id.*

<sup>100</sup> E. GAILLARD, préc., note 95 aux pages 1029-1030.

<sup>101</sup> *Id.* à la page 1030.

<sup>102</sup> S. MENETREY, préc., note 2.

<sup>103</sup> *Id.*

<sup>104</sup> *Id.*

De toute manière, sans l'intention d'offrir un cadre théorique, mais simplement de soulever quelques traits distinctifs de l'arbitrage commercial international et de l'arbitrage d'investissement, on peut résumer dans le tableau ci-dessous quelques aspects importants observables dans les deux types d'arbitrage, d'après ce que nous avons vu plus haut :

ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL	ARBITRAGE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS
<b>CONFIDENTIALITÉ</b>	<b>CONFIDENTIALITÉ</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Prévues en clause contractuelle</li> <li>✓ Moins flexible</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Prévues en clause contractuelle, conventionnelle ou loi d'investissement</li> <li>✓ Plus flexible</li> </ul>
<b>TRANSPARENCE</b>	<b>TRANSPARENCE</b>
<p>Transparence institutionnelle</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Transparence des règles de fonctionnement des tribunaux, de reddition des comptes, de divulgation des rapports, etc.</li> </ul>	<p>Transparence institutionnelle</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Transparence des règles de fonctionnement des tribunaux, de reddition des comptes, de divulgation des rapports, etc.</li> </ul>
<p>Transparence dans l'étape de négociation du contrat</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ La confidentialité est la règle</li> <li>✓ Sans la participation du public</li> </ul>	<p>Transparence dans l'étape de négociation de l'accord en matière d'investissements</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Le niveau de transparence dépend des exigences du droit interne de chaque État (transparence administrative, gouvernance, reddition de comptes).</li> <li>✓ Participation de la société civile (ONG, syndicats et associations professionnelles, médias, etc.)</li> </ul>
<p>Transparence dans la procédure</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Par consentement des parties</li> <li>✓ Selon les lois du siège de l'arbitrage</li> <li>✓ Participation de tiers intéressés dans la qualité d'<i>amici curiae</i> sur demande du tribunal arbitral</li> </ul>	<p>Transparence dans la procédure</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Publication de documents d'ordonnances et sentences</li> <li>✓ L'accès du public aux audiences</li> <li>✓ Intervention d'<i>amici curiae</i> sur requête de la société civile</li> </ul>

CONSISTANCE/COHÉRENCE	CONSISTANCE/COHÉRENCE
✓ Moins susceptible de suivre les décisions précédentes	✓ Plus susceptible de suivre les décisions précédentes
INTÉRÊTS EN JEU	INTÉRÊTS EN JEU
<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Continuité des relations commerciales entre les parties</li> <li>✓ Intérêts commerciaux</li> <li>✓ Réputation de l'entreprise</li> <li>✓ Secrets industriels</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Continuité de l'activité économique dans les pays hôtes</li> <li>✓ Matière d'intérêt public (i.e. santé, sécurité, environnement) v. Intérêts commerciaux</li> <li>✓ Réputation de l'entreprise</li> <li>✓ Secrets industriels</li> <li>✓ Transparence administrative (publicité)</li> </ul>

**Tableau 1.** – Les principaux traits distinctifs et similarités entre l'arbitrage commercial international et l'arbitrage en matière d'investissements  
Source : Tableau créé par l'auteur, inspiré des sources précitées<sup>105</sup>

En dernière analyse, la notion de transparence dans l'arbitrage d'investissement est liée à la notion de confiance dans le mécanisme de la part de tous les acteurs. Du côté de l'investisseur, en cas d'un différend, il est important de compter sur un mécanisme de résolutions de conflits qui n'est pas assujetti à l'État d'accueil de l'investissement. De cette manière, il aura confiance que la balance ne va pas pencher d'un seul côté. Pour les deux parties, la consistance de décisions, avec résultats cohérents, sans contradictions, est importante pour la satisfaction des attentes et de la prévisibilité. Pour la société civile, l'accès aux audiences, aux documents et décisions rendues ainsi que la possibilité de participation et interventions dans l'instance va lui permettre de satisfaire son droit à l'information et influencer d'une certaine manière sur l'avenir de l'État d'accueil.

Mais, est-il possible d'envisager des mécanismes qui pourraient garantir une procédure libre et transparente et à laquelle la société civile pourrait faire confiance ?

<sup>105</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 2; S. D. FRANCK, préc., note 2; G. RUSCALLA, préc., note 2; J. LAM et G. ÜNÜVAR, préc., note 2; S. MENETREY, préc., note 2.

## Section 1.2 : La transparence dans l'arbitrage d'investissement et l'intérêt public

Gabrielle Kaufmann-Kohler affirme que l'intérêt public est le notable caractère distinctif entre l'arbitrage commercial international et l'arbitrage d'investissement<sup>106</sup>. À son avis, ce facteur est le responsable de l'augmentation des exigences de transparence de la procédure et de la consistance de décisions<sup>107</sup> dans ce dernier type d'arbitrage. Mais, en quoi consiste un tel caractère?

La notion d'intérêt public<sup>108</sup>, comme nous l'avons vu à propos du concept de transparence, est une notion floue. Non pas parce qu'elle n'a pas une définition établie, mais parce qu'elle admet un contenu qui peut varier dans le temps et selon le lieu où le concept est utilisé. Ce qui est de l'intérêt public dans une culture peut ne pas l'être dans une autre. De même, une chose peut ne pas être considérée comme étant dans l'intérêt public à un moment donné et peut l'être à un autre. Cela entre dans la catégorie des concepts juridiques indéterminés qui peuvent avoir un contenu complété par le juge ou par l'arbitre<sup>109</sup>.

Selon Pierre Trudel, « [la] notion [d'intérêt public] se présente comme un postulat expliquant la raison d'être et la finalité des règles de droit »<sup>110</sup>. Cela exprime sa fonction plutôt que son contenu<sup>111</sup>. De toute manière, c'est « l'évolution de la société »<sup>112</sup> qui va définir un contenu plus

---

<sup>106</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 2.

<sup>107</sup> *Id.*

<sup>108</sup> Les locutions « intérêt public », « intérêt général », « intérêt des citoyens », « intérêt commun », bien qu'elles comportent des particularités et des variations sémantiques, sont souvent utilisées sans établir de distinctions entre elles. Dans ce travail, nous utiliserons l'expression « intérêt public », plus usitée au Québec et au Brésil qu'en France qui, semble-t-il, privilégie l'expression « intérêt général ». Pour des exemples d'emploi de ces expressions, voir : Pierre TRUDEL, « L'intérêt public: son rôle et les rouages de sa détermination », dans Yves-Marie MORISSETTE, Wade MACLAUCHLAN et Monique OUELLETTE (dir.), *La transparence dans le système judiciaire*, Montréal, Qc, Institut canadien d'administration de la justice, éditions Thémis, 1994, p. 33-43; Noël SIMARD, *Pour un élargissement de la notion d'intérêt public*, Ottawa, CA, Table-ronde de l'APEC tenue au Centre d'éthique de l'Université Saint-Paul, 29 janvier 2003, en ligne : <[https://ustpaul.ca/upload-files/EthicsCenter/activities-notion\\_interet\\_public.pdf](https://ustpaul.ca/upload-files/EthicsCenter/activities-notion_interet_public.pdf)> (consulté le 20 avril 2020); Éditions Larousse, « Expressions : intérêt général - Encyclopédie Larousse », en ligne : <[https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/intérêt\\_général/187258](https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/intérêt_général/187258)> (consulté le 19 juin 2019);

<sup>109</sup> Emerson GABARDO et Maurício Corrêa de Moura REZENDE, « O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro - *The concept of public interest in brazilian administrative law* », *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 2017.115.267-318.

<sup>110</sup> P. TRUDEL, préc., note 108.

<sup>111</sup> E. GABARDO et M. C. de M. REZENDE, préc., note 109, 292.

<sup>112</sup> Patrice CHRÉTIEN, Nicolas CHIFFLOT et Maxime TOURBE, *Droit administratif*, 15<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2016, p. 6.

précis de ce qu'on veut exprimer avec cette notion. On ne peut pas négliger le fait que son contenu normatif est à maintes reprises circonscrit « dans le droit par le truchement des décisions des juges »<sup>113</sup>.

À propos de la difficulté de préciser un contenu de ce qui est l'intérêt public, Guillermo Andrés Muñoz présente une analogie avec le concept de l'amour ainsi :

*Ahora lo que pasa es que es difícil de definir. Si opera, opera, pero es difícil de definir. Un poco con el interés público, pasa como con el amor: quién no se anima a decir que ha sentido que conoce lo que es el amor, que sus venas han latido a través del amor, que el ritmo de su pulso se ha movido a través de esa cosa ancestral que es el amor? Sin embargo cuando al amor se lo quiere definir, es como si desapareciera, como si perdiera fuerzas, como si perdiera todo. Entonces, es mejor no definirlo.*<sup>114</sup>

L'analogie de Muñoz peut en quelque sorte conduire au désespoir de penser que, comme pour l'amour, il vaut mieux ne pas esquisser une notion d'intérêt public de crainte de perdre de vue le concept lui-même. Mais si l'on n'a pas une définition précise, au moins certains éléments de contour peuvent servir de balise.

En droit brésilien, par exemple, certains<sup>115</sup> cherchent cette balise dans l'article 3 de la constitution qui est rédigé en ces termes :

Art. 3. Les objectifs fondamentaux de la République fédérative du Brésil sont les suivants:

I - construire une société libre, juste et solidaire;

II - garantir le développement national;

III - éradiquer la pauvreté et la marginalisation et réduire les inégalités sociales et régionales;

---

<sup>113</sup> P. TRUDEL, préc., note 108.

<sup>114</sup> Guillermo Andrés MUÑOZ, « El Interés Público es como el Amor », dans Romeu Felipe BACELLAR FILHO et Daniel Wunder HACHEM (dir.), *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, Belo Horizonte, BR, Fórum, 2010, p. 21-31 à la page 30.

<sup>115</sup> Romeu Felipe BACELLAR FILHO, « A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro », dans Romeu Felipe BACELLAR FILHO et Daniel Wunder HACHEM (dir.), *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, Belo Horizonte, BR, Fórum, 2010, p. 89-116; Voir aussi : E. GABARDO et M. C. de M. REZENDE, préc., note 109, 307-309.

IV - promouvoir le bien de tous, sans préjugés d'origine, de race, de sexe, de couleur, d'âge ou toute autre forme de discrimination<sup>116</sup>.

En conséquence, la notion d'intérêt public serait trouvée à l'intérieur de ces objectifs. Ainsi, toute action visant à atteindre de tels objectifs serait dans l'intérêt public et serait donc légitimée par la constitution ainsi que par les lois qui réglementent leur concrétisation.

Par ailleurs, l'intérêt public est perçu comme étant l'antithèse de l'intérêt privé. De ce point de vue, l'intérêt public est en jeu lorsqu'un conflit entre un investisseur et un État est soumis à un arbitrage d'investissement. Cela soulève des intérêts diffus<sup>117</sup> et collectifs, des intérêts d'utilisateurs et même des intérêts de l'État, dans la mesure où des services publics ou politiques publiques sont atteints directement ou indirectement par un différend.

Finalement, la notion d'intérêt public dans l'ordre juridique est intimement liée au droit administratif, comme nous le verrons plus loin.

### **Paragraphe 1.2.1 : La notion d'intérêt public en droit administratif**

Dans un sens plus large, toutes les règles de droit sont créées en fonction de l'intérêt public et assujetties à un contexte évolutif marqué à maintes reprises par les décisions des juges<sup>118</sup>. Toutefois, le sens courant de l'expression intérêt public ou intérêt général<sup>119</sup> est généralement

---

<sup>116</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil de 1988 (en français)*, art. 3 (Version française par Jacques Villemain et Jean François Cleaver à partir du Texte constitutionnel du 5 octobre 1988 modifié par les Amendements constitutionnels 1/1992 à 17/1997 et par les Amendements constitutionnels de révision 1/1994 à 6/1994), en ligne : <[www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/br/br117fr.pdf](http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/br/br117fr.pdf)> (consulté le 19 juin 2019).

<sup>117</sup> Alexandra ARAGÃO, « Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* 2015.Hors-série 22, en ligne : <<http://journals.openedition.org/vertigo/16284>> (consulté le 14 mai 2021) Selon Alexandra Aragão : « [...] les *intérêts diffus* concernent un groupe plus ou moins étendu de personnes, ayant un certain nombre de caractéristiques communes, unies par un intérêt commun et partageant une communion de fait dans l'exploitation ou la jouissance du bien. Les titulaires des intérêts diffus sont ainsi indéterminés (et dans la plupart des cas, indéterminables), ils sont à peine unis par des circonstances de fait (et non pas par un rapport juridique), comme par exemple [*sic*] être habitant de la même région, utilisateur du même parc, amoureux d'oiseaux, vivre dans les mêmes conditions socio-économiques (par exemple, sans assurance personnelle ou familiale, sans eau courante et sans égout [*sic*], etc.). Le titulaire des intérêts diffus est la communauté et non pas l'individu. Dans les intérêts diffus, il n'y a pas de lien juridique entre les individus entre eux ou avec la partie adverse. Ce sont des groupes plus vastes, potentiellement toute l'humanité. Les intérêts diffus sont des intérêts sans porteur défini. ».

<sup>118</sup> P. TRUDEL, préc., note 108.

<sup>119</sup> Pour les locutions équivalentes voir, *supra*, note 102.

perçu comme une « [c]onception de ce qui est bénéfique à l'ensemble des membres d'une communauté »<sup>120</sup>.

Par ailleurs, dans un sens politique, cette notion est liée à l'activité de l'État qui consiste à « entreprendre des actions qui présentent une valeur ou une utilité pour tous ceux sur lesquels s'exerce son autorité – et de les faire prévaloir sur certains intérêts particuliers [...] »<sup>121</sup>.

Tel qu'enseigné par la doctrine du droit et de la science politique français, l'intérêt public a toujours été « une notion capitale du droit public »<sup>122</sup>, même si une définition précise de cette notion s'avère une tâche difficile à accomplir<sup>123</sup>.

Selon Julien Broch, en France, l'expression intérêt général est connue depuis la moitié du XVI<sup>e</sup> siècle et, dès lors, la notion a toujours maintenu une prééminence sur l'intérêt particulier<sup>124</sup>. En outre, cet auteur reconnaît « [qu'] il n'est pas possible de penser l'État sans l'intérêt général, car il est vrai que sans cette orientation des individus vers des fins au moins en partie collectives, ceux-ci ne serait [sic] que des monades livrées à leurs appétits, souvent déréglés »<sup>125</sup>.

Un rapport du Conseil d'État, en réaffirmant l'importance de cette notion pour le droit public français, essaie de trancher la conception de l'intérêt public en deux : d'une part une « conception utilitariste »<sup>126</sup>, comme « la somme des intérêts particuliers »<sup>127</sup>, en fin de compte liée à un intérêt purement économique et d'autre part, une « conception volontariste »<sup>128</sup> qui perçoit l'intérêt public comme au-delà de la simple somme des intérêts individuels, raison qui justifie

---

<sup>120</sup> ÉDITIONS LAROUSSE, « intérêt général », dans Encyclopédie Larousse, en ligne : <[https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/int%C3%A9r%C3%AAt\\_g%C3%A9n%C3%A9ral/187258](https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/int%C3%A9r%C3%AAt_g%C3%A9n%C3%A9ral/187258)> (consulté le 20 avril 2020).

<sup>121</sup> *Id.*

<sup>122</sup> Julien BROCH, « L'intérêt général avant 1789. Regard historique sur une notion capitale du droit public français », (2017) 95-1 *Rev. Hist. Droit Fr. Étrang.* 1922- 59-86, en ligne : <[www.jstor.org/stable/26546843](http://www.jstor.org/stable/26546843)> (consulté le 21 avril 2020).

<sup>123</sup> J. BROCH, préc., note 122.

<sup>124</sup> *Id.*

<sup>125</sup> *Id.*

<sup>126</sup> CONSEIL D'ÉTAT, « Réflexions sur l'intérêt général-Rapport public 1999 », *Cons. D'État* 1998, en ligne : <<https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/reflexions-sur-l-interet-general-rapport-public-1999>> (consulté le 20 avril 2020).

<sup>127</sup> *Id.*

<sup>128</sup> *Id.*

l'intervention de l'État. Pour le Conseil d'État, cette dernière conception est celle adoptée par le droit public français<sup>129</sup>.

Bref, force est de constater le lien entre l'intérêt public et l'État qui fonctionne pour garantir qu'il sera respecté. Dans cette perspective, se soulève la transparence administrative comme un trait de l'administration publique plus moderne et efficace qui adhère aux valeurs et principes républicains de la publicité, de la participation et de la reddition des comptes, entre autres.

### **Division A : La transparence administrative comme outil de gouvernance**

Considérant la définition courante telle que déjà vue et selon laquelle la transparence est la « qualité d'une chose qui laisse paraître toute la réalité [...], qui exprime la réalité sans l'altérer »<sup>130</sup>, Jean-Louis Bergel comprend la transparence comme un « principe directeur de gouvernance »<sup>131</sup> qui devrait s'appliquer *a priori* dans le processus législatif ainsi qu'aux textes des lois qui en découlent. Gouvernance est également un terme vague, auquel la Banque mondiale fait référence comme « the manner in which power is exercised in the management of a country's economic and social resources for development »<sup>132</sup>. Ce terme couvre la forme du régime politique, la procédure régissant la gestion de ressources sociales et économiques et la capacité de créer et de mettre en œuvre des politiques publiques<sup>133</sup>.

En tant que principe de gouvernance, la transparence administrative découle directement de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>134</sup>. Selon son article 15, « [l]a société a le

---

<sup>129</sup> *Id.*

<sup>130</sup> Jean-Louis BERGEL, « Transparence et législation », dans Dominique CUSTOS (dir.), *Transparency, a governance principle. La transparence, un principe de gouvernance*, coll. À la croisée des droits - droits international, comparé et européen, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2014, p. 11-21 à la page 11.

<sup>131</sup> J.-L. BERGEL, préc., note 130.

<sup>132</sup> THE WORLD BANK, *Governance and development*, Washington, D.C., The International Bank for Reconstruction and Development / THE WORLD BANK, 1992, p. 3 et 58 note 1. La Banque mondiale adopte cette définition du WEBSTER'S NEWER UNIVERSAL UNABRIDGED *Dictionary*, London, Dorset & Baber, 1979.

<sup>133</sup> THE WORLD BANK, préc., note 132. Selon la définition de la Banque mondiale : "Governance, in general, has three distinct aspects: (a) the form of political regime (parliamentary or presidential, military or civilian, and authoritarian or democratic); (b) the processes by which authority is exercised in the management of a country's economic and social resources; and (c) the capacity of governments to design, formulate, and implement policies, and, in general, to discharge government functions. The first aspect clearly falls outside the Bank's mandate. The Bank's focus is, therefore, on the second and third aspects".

<sup>134</sup> Emmanuel AUBIN, « La protection constitutionnelle de la transparence administrative », (2018) N° 59-2 *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 35-45.

droit de demander compte à tout agent public de son administration »<sup>135</sup>. Cette disposition normative est également connue, car elle a inspiré la création de Cours des comptes dans plusieurs pays avec pour objectif principal d'exercer un rôle de vérificateur externe de l'administration publique.

À ce propos, Emmanuel Aubin observe que la transparence administrative permet aux usagers de surveiller l'action de la gestion publique et également de s'y adresser pour obtenir des informations concernant leurs intérêts, ainsi que d'être encouragés à participer et à influencer sur le processus de décision<sup>136</sup>. Aubin observe que le Conseil constitutionnel français considère la transparence administrative protégée par la constitution, bien qu'il existe des informations qui doivent être gardées en tant que secrets d'État<sup>137</sup>.

De cette manière, l'administration de l'État doit compter sur des agents publics habilités à dévoiler leurs actes, sauf s'il leur est interdit de les divulguer pour des raisons de sécurité ou de protection des droits individuels également protégés par la Constitution.

Quoique l'administration publique dispose des prérogatives d'un pouvoir qui lui permettent d'imposer certaines contraintes sur ses citoyens et l'utilisateur en général, elle doit, en revanche, être légitimée par la transparence de ses actes en respectant les lois et à la constitution, sans quoi l'on ne saurait la qualifier comme une administration démocratique et qui préserve la primauté du droit.

Pour le membre du Conseil d'État français Jean-Marc Sauvé, la transparence constitue un « pilier » de l'action publique qui renforce la confiance du citoyen dans les institutions<sup>138</sup>. Selon lui, la transparence est une « composante du droit à une bonne administration »<sup>139</sup> qui agit

---

<sup>135</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, *Déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789*, (1789) DDHC, en ligne : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>> (consulté le 20 avril 2020).

<sup>136</sup> E. AUBIN, préc., note 134.

<sup>137</sup> *Id.*

<sup>138</sup> Jean-Marc SAUVÉ, *Transparence, valeurs de l'action publique et intérêt général*, Exposé d'ouverture du Colloque organisé par Transparency International France sur le thème : Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ?, Paris, FR, 5 juillet 2011, en ligne : <[https://www.transparency-france.org/wp-content/uploads/2016/04/Colloque-2011\\_Les-limites-de-la-transparence.pdf](https://www.transparency-france.org/wp-content/uploads/2016/04/Colloque-2011_Les-limites-de-la-transparence.pdf)> (consulté le 20 janvier 2019).

<sup>139</sup> *Id.*

comme un « facteur de meilleure efficacité de l'action publique »<sup>140</sup>. Il ajoute que « la transparence accrue des activités administratives doit aussi se concilier avec la nécessité de protéger le bon fonctionnement de l'économie et, notamment, la libre concurrence »<sup>141</sup>. Il conclut que « la transparence, enfin, doit être conciliée avec le respect des secrets nécessaires à la protection des intérêts fondamentaux légitimes de l'État ou à la sérénité du processus de décision publique »<sup>142</sup>.

Dans ce sens, jusqu'ici, on peut décrire la transparence administrative comme un principe régissant la façon de bien gérer un pays, unité d'une fédération, province, municipalité ou quelle que soit l'institution publique qui a besoin de rendre compte de son action aux citoyens et usagers. Par ricochet, cela provoque un impact positif dans l'économie de l'unité administrative en question.

Dans cet ordre d'idées, on dirait que la transparence dans l'arbitrage en matière d'investissements peut s'insérer dans le même cadre que le système de transparence administrative du pays d'accueil de l'investissement. Ce qui est un paradoxe puisque l'idée communément admise est que les lois du pays d'accueil ne sont pas suffisamment explicites pour garantir une protection adéquate de la transparence à l'égard de l'investisseur étranger et ainsi, un traité est engendré pour combler ces éventuels vides.

À cet égard, Dolzer affirme que « [...] an investment treaty will limit the sovereign right of a state to subject foreign investors to its domestic administrative legal system »<sup>143</sup>. Mais de toute manière, « [t]he impact on domestic law that follows from the acceptance of such a regime is today normally perceived as a necessary consequence of an investment-friendly climate rather than a negative aspect which should be avoided in principle »<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> *Id.*

<sup>141</sup> *Id.*

<sup>142</sup> *Id.*

<sup>143</sup> Rudolf DOLZER, « The impact of international investment treaties on domestic administrative law », *NYU Journal of International Law and Politics* (1 novembre 2006), p.953-972 à la page 953, en ligne : <<https://www.iilj.org/publications/the-impact-of-international-investment-treaties-on-domestic-administrative-law/>> (consulté le 20 avril 2020).

<sup>144</sup> *Id.* à la page 955.

En revanche, en dépit de son apparence contradictoire, la transparence administrative comme outil de gouvernance semble être une bonne pratique non seulement pour les deux parties impliquées dans un traité, mais aussi pour le citoyen du pays d'accueil de l'investissement.

La transparence administrative ne doit pas être considérée comme une fin en soi, mais comme un moyen ou un outil pour accroître la bonne gouvernance et comme un moyen d'attirer et d'impliquer la participation des parties directes et des tiers concernés par les décisions administratives. La publicité n'est qu'un moyen ou un aspect plus explicite de son intention.

Mais à bien considérer les choses, cela ne serait possible que dans un pays qui compte sur une démocratie consolidée où la primauté du droit est effective.

### **Division B : La transparence administrative au Brésil**

Au Brésil, comme en France<sup>145</sup>, la transparence administrative découle des sources constitutionnelles du droit administratif, ayant pour fondement essentiel la publicité de l'action administrative. D'autres principes traditionnels de l'administration publique, tels que la légalité, l'impersonnalité, la moralité et l'efficacité<sup>146</sup>, sont accomplis plus efficacement grâce à la transparence administrative.

Dans la constitution brésilienne, la transparence administrative est également liée à l'accès à l'information. L'article 5, XXXIII, et l'article 37, § 3, II, stipulent que :

[Version française]<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Selon Emmanuel Aubin, "[l]'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 est, à cet égard, souvent invoqué comme étant la base constitutionnelle de la transparence administrative en tant qu'il dispose que « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* » ", voir : E. AUBIN, préc., note 134, 36; En effet, en ce qui concerne les exigences de transparence des actes de l'administration publique, la Révolution française avec ses idées de liberté, fraternité et égalité a été un phare pour la constitution de pays démocratiques un peu partout dont au Brésil qui a connu environ deux cents ans d'influence intellectuelle française. Ce n'est qu'après 1960 que cette influence a été remplacée par celle des États-Unis. Voir : Antonio Junqueira de AZEVEDO, « *Influência do direito francês sobre o direito brasileiro (Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993, a convite da Universidade de Paris I)* », (1994) 89-0 *RFDUSP*, en ligne : <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67243>> (consulté le 21 juin 2019).

<sup>146</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil de 1988*, art. 37, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> (consulté le 19 juin 2019).

<sup>147</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil de 1988 (en français)*, préc., note 116, art. 5, par. XXXIII.

Art. 5. Tous sont égaux devant la loi; est garantie à tout Brésilien et à tout étranger résidant au Brésil l'inviolabilité du droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sûreté et à la propriété, selon les termes suivants :

[...]

XXXIII - Chacun a le droit de recevoir des organes publics des informations le concernant ou d'intérêt collectif ou général; ces informations sont transmises dans les délais fixés par la loi, sous peine de responsabilité, à l'exception de celles dont le secret est indispensable à la sûreté de la société et de l'État.

[Traduction par l'auteur]<sup>148</sup>

Art. 37. L'administration publique directe et indirecte de l'un quelconque des pouvoirs de l'Union, des États, du district fédéral et des municipalités respectera les principes de légalité, d'impersonnalité, de moralité, de publicité et d'efficacité et, également, les principes suivants :

[...]

§ 3 : La loi réglementera les formes de participation des usagers à l'administration publique directe et indirecte, réglementant notamment :

[...]

II - L'accès des usagers aux dossiers administratifs et aux informations sur les actes du gouvernement, sous réserve des dispositions de l'art. 5, paragraphes X et XXXIII. (pour le règlement, voir la *Lei n° 12.527/2011*<sup>149</sup>).

Il est curieux de noter que la constitution brésilienne de 1988, considérée comme l'une des plus longues et trop détaillées avec ses 250 articles, ne mentionne pas le mot transparence à l'instar des six constitutions précédentes depuis 1824. Toutefois, en 2012, pour la première fois, ce mot a été introduit dans le chapitre régissant la culture, en affirmant que le système national de la culture doit être régi par le principe de transparence et le partage d'informations<sup>150</sup>. Depuis lors, on peut remarquer deux autres ajouts du mot transparence au texte constitutionnel, l'un en 2019 concernant la structuration des organes de pensions publiques<sup>151</sup> et l'autre en 2020 concernant

---

<sup>148</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil de 1988*, préc., note 146, art. 37; La nouvelle rédaction de l'article 37 de la Constitution brésilienne a été introduite par l'Amendement constitutionnel 19/1998. Pour cette raison, elle ne fait pas partie de la version française, précitée : *Constitution de la République fédérative du Brésil de 1988 (en français)*, préc., note 116.

<sup>149</sup> *Loi brésilienne sur l'accès à l'information*, Lei n° 12.527, de 2011, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm)> (consulté le 22 mai 2018).

<sup>150</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil de 1988*, préc., note 146, art. 216-A, paragraphe 1, division IX.

<sup>151</sup> *Id.*, art. 40, paragraphe 22, division VII.

le contrôle et la reddition des comptes des fonds d'éducation publics<sup>152</sup>. Ceci nous permet de constater que le vocable transparence n'a été incorporé dans les dispositions de cette constitution de 1988 qu'au cours de cette dernière décennie.

D'ailleurs, la transparence dans l'action gouvernementale est fortement guidée non seulement par la constitution et la loi d'accès à l'information qui en découle<sup>153</sup>, mais aussi par l'entremise de la loi de responsabilité budgétaire<sup>154</sup>. Celle-ci est une loi complémentaire qui comble une disposition constitutionnelle expresse<sup>155</sup>.

Cette loi budgétaire, visant *a priori* les finances publiques, dans ses articles 48 et 48-A, prévoit des mécanismes d'incitation à la participation populaire par la voie de séances publiques et d'accès numérique à l'information de toutes dépenses et recettes publiques, ainsi que de tous états financiers de toute la sphère de l'administration publique.

Plusieurs autres lois brésiliennes qui ont trait à un compromis financier, fiscal ou même environnemental, à tous les niveaux fédératifs, explicitent leurs exigences de transparence. Voyons par exemple les lois suivantes :

- *Lei nº 8.666/1993* – Loi sur l'appel d'offres/accès aux marchés publics
  - L'article 39 oblige la réalisation d'une séance publique chaque fois que le montant d'un appel d'offres dépasse un seuil prédéfini.
  - Le paragraphe 1<sup>o</sup> de l'article 43 exige que la séance d'appel d'offres se déroule en audience publique.
  
- *Lei nº 8.987/1995* – Loi sur la concession des services publics

---

<sup>152</sup> *Id.*, art. 212-A, division IX, alinea d.

<sup>153</sup> *Loi brésilienne sur l'accès à l'information*, préc., note 149.

<sup>154</sup> *Loi brésilienne sur la responsabilité budgétaire*, Lei Complementar n<sup>o</sup> 101, de 2001, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)> (consulté le 22 mai 2018).

<sup>155</sup> Le cadre normatif fédéral brésilien est composé en grande partie de lois ordinaires et en moindre proportion de lois complémentaires. La seule différence entre les deux est le quorum exigé pour leur approbation par le parlement. Les premières sont des lois approuvées par majorité simple du parlement, tandis que les deuxièmes exigent la majorité absolue. Quoiqu'il n'y ait pas de hiérarchie entre elles, on dirait qu'une loi complémentaire est plus difficile à être modifiée ou abrogée qu'une loi ordinaire.

- Selon l'article 14, la concession d'un service public est assujettie à la procédure d'un appel d'offres.
- *Lei nº 9.307/1996* – Loi générale d'arbitrage
  - Selon le paragraphe 3<sup>o</sup> de l'article 2, l'arbitrage impliquant une personne publique doit respecter le principe de publicité.
- *Lei nº 11.079/2004* – Loi des partenariats public-privé
  - Dans la même direction que la loi sur la concession des services publics (*Lei nº 8.987/1995*), cette loi couvre certains modèles économiques de concessions dans lesquelles l'administration publique est engagée à une contrepartie financière. Elle prévoit également le mécanisme d'appel d'offres (article 10) et de consultation publique (article 10 [IV]).
  - Le paragraphe V de l'article 4<sup>o</sup>, qui traite des lignes directrices, impose la transparence des procédures et de décisions.
- *Lei nº 12.846/2013* – Loi sur l'imputation de responsabilité objective administrative et civile de personnes morales pour leurs actes contre l'administration publique, nationale ou étrangère – Loi anticorruption.
  - Cette loi est la responsable pour stimuler la mise en œuvre d'innombrables programmes de compliance chez les entreprises privées.
- *Lei nº 13.303/2016* – Loi sur la réglementation générale des sociétés d'État de toutes les sphères de la République fédérative du Brésil.
  - À l'instar de la Loi sur la gouvernance des sociétés d'État (RLRQ c G-1.02) du Québec, la loi brésilienne à cet effet prévoit, entre autres dispositions, des principes et règles de gouvernance pour toutes les sociétés d'État y compris des règles minimales en matière de transparence (articles 6<sup>o</sup> à 10 et 12). De surcroît, une procédure d'appel d'offres spécifique (articles 28 à 67) est également prévue.

- *Lei nº 14.133/2021* – Loi sur l'appel d'offres/accès aux marchés publics et contrats (nouvelle loi qui remplace la *Lei nº 8.666/1993*)
  - L'article 5 soulève la transparence comme un des principes qui doivent être observés dans l'application de cette loi.
  - Les paragraphes 2 et 5 de l'article 17 disposent que la procédure d'appel d'offres qui n'est pas effectuée par voie électronique doit être menée par voie d'une séance publique qui sera enregistrée en audio et en vidéo.
  - L'article 21 permet à l'administration publique de tenir des séances publiques ainsi que des consultations publiques au sujet de l'appel d'offre.
  - L'article 154 prévoit que le choix des arbitres et des tribunaux arbitraux ainsi que des comités de *dispute boards* doivent observer des critères isonomiques, techniques et transparents.

Finalement, pour combler le cadre de transparence administrative au Brésil, il est à noter que les lois régissant l'exploitation des ressources énergétiques, minières et d'infrastructures imposent également des exigences de transparence, sous réserve de la confidentialité requise dans certains cas. Voyons par exemple :

- *Lei nº 9.472/1997* – Loi générale des télécommunications, les articles 3°, 38 à 45, 54 à 57).
- *Lei nº 9.478/1997* – Loi sur l'exploitation des réserves de pétrole, articles 8° (IV, XVII et XXIV), 8°-A (§ 2° - IV), 10, 17 à 20 et 36 à 42.
- *Lei nº 11.445/2007* – Loi sur les lignes directrices et des politiques pour le traitement de l'eau potable et l'assainissement, gestion des déchets urbains et des eaux pluviales. Les articles 11 (IV), 19 (§ 5°) et 51 exigent des consultations et audiences publiques. L'article 26 cible la publicité.

Qui plus est, la production législative contemporaine des unités fédératives du Brésil est également abondante au sujet de la transparence administrative<sup>156</sup>.

Il en résulte clairement qu'une plus grande ouverture sur les actes administratifs et leur procédure ont sans doute un impact sur le comportement des agents publics vis-à-vis de leurs obligations concernant la prise de décisions. La motivation des actes, la publicité des appels d'offres, l'accès à l'information, la participation du public à des audiences de consultation et séances publiques, la reddition de comptes, les contrôles interne et externe sont davantage reconnus parmi les éléments importants de la transparence administrative.

### **Paragraphe 1.2.2 : La difficile conciliation entre confidentialité et transparence dans l'arbitrage en matière d'investissements**

Comme nous l'avons déjà vu plus haut, la transparence dans l'arbitrage en matière d'investissements permet de satisfaire non seulement l'intérêt public, mais aussi les intérêts privés lorsqu'on parle de confiance, de consistance de décisions, de prévisibilité et de droit à l'information et à la participation dans la procédure. À l'inverse, la confidentialité dans l'arbitrage est appréciée par les entreprises et investisseurs privés pour préserver certains secrets, mais parfois c'est l'ordre public qu'elle protège.

Évidemment, la confidentialité et la transparence sont, du fait de leur nature, difficilement conciliables. L'une ne peut être privilégié qu'aux dépens de l'autre. Si l'on augmente la transparence, le secret est menacé. À l'inverse, si l'on augmente la confidentialité, l'accès est limité.

Non sans raison, l'étendue de la transparence dans l'arbitrage d'investissement est accusée d'être limitée particulièrement parce qu'elle dépend du consentement des parties<sup>157</sup>. Ainsi, des questions qui affectent l'ordre public telles que le principe du contradictoire, la fraude, la corruption, l'impartialité des arbitres peuvent ne pas être suffisamment examinées si des tiers

---

<sup>156</sup> La République fédérative du Brésil est composée de vingt-six États, d'un district fédéral et 5570 municipalités. Toutes ces unités fédératives ont des compétences constitutionnelles pour la production législative, soit exclusives, partagées ou complémentaires.

<sup>157</sup> S. MENETREY, préc., note 2.

intéressés ou la société civile organisée ne savent même pas qu'un différend existe. Cela soulève la question sur la limite de la confidentialité en arbitrage d'investissement. Y aurait-il des questions qui devraient être dévoilées sans avoir le consentement des parties ?

Au nom de l'ordre public, des actes législatifs, juridiques ou administratifs sont reconnus comme acceptables pour satisfaire l'intérêt public à condition qu'ils aient été déterminés par un mandataire investi de l'autorité nécessaire pour les poser. Même si les arbitres sont autorisés à se prononcer sur des questions d'ordre public, la transparence reste un moyen important de préserver l'intérêt public. De cette manière, il semble qu'une question d'ordre public pourrait être invoquée comme fondement pour la levée du voile de la confidentialité. On pourrait alors statuer que l'ordre public est là pour garantir ce qui est de l'intérêt public.

Bien que la notion d'ordre public soit si vaste qu'une approche pour la définir ou la limiter est presque toujours vouée à l'échec<sup>158</sup>, il y a certains aspects qui peuvent être considérés. La notion normative d'ordre public est généralement présentée comme une règle impérative dotée des valeurs d'une société auxquelles on ne peut déroger<sup>159</sup>. C'est-à-dire que l'autonomie de la volonté est limitée par l'ordre public.

Dans la doctrine brésilienne, de nombreux exemples en matière d'ordre public interne évoquent la constitution, le Code civil, le Code de la procédure civile, la loi sur la protection du consommateur entre autres statuts. L'ordre public oblige les juges à se prononcer sur des questions concernant les fonctions sociales de la propriété, de l'entreprise ou du contrat; la bonne foi; les principes directeurs de la procédure; les clauses contractuelles abusives, etc<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> Pierre CATALA, « L'ordre public: rapport de synthèse », dans *L'ordre public*, Journées libanaises t. XLIX (Beyrouth, Liban), coll. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris, FR, L.G.D.J., 1998, p. 1-14; voir aussi : FAYEZ HAGE-CHAHINE, « L'ordre public dans l'économie : rapport général », dans *L'ordre public, op. cit.*, p. 17-50, aux pages 17-18. Ces deux auteurs réaffirment la difficulté d'établir une définition fermée et limitée de l'ordre public en se référant à Philippe MALAURIE qui, déjà dans les années 1950, signalait une vingtaine de définitions de l'ordre public dans son ouvrage *L'ordre public et le contrat (Étude de droit civil comparé - France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Tome I, Reims, Matot-Braine, 1953.

<sup>159</sup> Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR, « Arbitragem, os precedentes e a ordem pública », dans BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ*, Brasília, 2019, p. 193-224 aux pages 204-206.

<sup>160</sup> Nelson NERY JR et Rosa Maria Andrade NERY, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 10<sup>e</sup> éd., São Paulo-BR, Revista dos Tribunais, 2007, p. 669.

L'évolution de l'ordre public au-delà du droit interne permet de parler d'un ordre public international ou transnational qui protège des valeurs dites universelles<sup>161</sup> telles que les droits de la personne, la liberté du flux commercial, l'environnement, la responsabilité sociale des entreprises, etc.

Peu importe la sphère de l'ordre public, la nécessité de prendre en compte l'intérêt public est présente chaque fois qu'une partie privée et une partie publique sont impliquées dans un différend. Cette particularité est un caractère intrinsèque de l'arbitrage en matière d'investissements<sup>162</sup>.

En revanche, la confidentialité dans une procédure d'arbitrage peut être exigée en raison de l'ordre public pour la protection de l'État ou des citoyens. Les exemples les plus souvent mentionnés à cet égard sont ceux en matière de sécurité publique ou internationale. Un contrat international du ministère de la Défense du Brésil pour l'achat de navires militaires a été classé comme étant confidentiel pour cinq ans en raison du risque de mettre en péril la planification ou des opérations stratégiques des Forces armées selon l'article 23, V, de la loi sur l'accès à l'information<sup>163</sup>.

Finalement, l'une des techniques pour la prise de décisions utilisées par les tribunaux lorsque deux principes sont en voie de collision est la recherche d'un équilibre entre ces principes en ayant recours à la proportionnalité. Alors, lorsque se présente le cas où il faut décider entre transparence et confidentialité, cette technique peut s'avérer utile. Comme on le sait, ce pouvoir d'arbitrer entre l'un ou l'autre principe peut comporter des intérêts subjectifs. Luc Tremblay affirme que :

[...] le modèle de la proportionnalité implique une évaluation de la proportionnalité proprement dit (ou dans un sens étroit) entre les sacrifices qu'une mesure gouvernementale impose à une valeur donnée et les bénéfices qu'elle contribue à réaliser en favorisant une valeur concurrente. Les juges doivent donc mesurer et comparer les pertes et les gains qui découlent d'une restriction à un droit

---

<sup>161</sup> F. HAGE-CHAHINE, préc., note 158 aux pages 21-22.

<sup>162</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 2.

<sup>163</sup> *Loi brésilienne sur l'accès à l'information*, préc., note 149.

conformément à ce qu'on nomme généralement le processus d'« équilibrage » (ou de « balancing »)<sup>164</sup>.

Évidemment, l'utilisation d'une telle technique laisse aux juges et arbitres une large marge d'appréciation grâce au pouvoir discrétionnaire qui leur est conféré. Face à tant de concepts souples tels que gouvernance, intérêt public, ordre public, proportionnalité, et compte tenu des critiques concernant notamment la consistance et la cohérence des arbitrages, l'indépendance et l'impartialité des arbitres qui jettent des doutes sur le mécanisme d'arbitrage en matière d'investissements, la transparence semble inéluctable.

Dans cette réflexion sur une hypothèse de conciliation entre transparence et confidentialité dans l'arbitrage en matière d'investissements, on ne constate qu'une marge étroite de possibilités. Il ne reste que des sujets liés à la sécurité publique ou d'autres d'un controversable ordre public. Devant à un tel dilemme, on doit réfléchir aux valeurs à préserver, en considérant la transparence comme règle et la confidentialité comme exception.

### **Section 1.3 : La transparence dans l'arbitrage d'investissement et la corruption**

Outre les enjeux vus précédemment, le manque de transparence est souvent pointé comme l'une des causes de la corruption dans les secteurs les plus variés. En d'autres mots, l'augmentation de la transparence est potentiellement capable de réduire la corruption à des niveaux supportables, si l'on peut parler de tolérance à l'égard d'un mal qui affecte largement les gouvernements et les organes institutionnellement faibles et qui sape le développement des pays.

Le lien entre le manque de transparence et la corruption ainsi que le rôle des institutions de contrôle pour faire face à ce problème sont les sujets qui seront abordés dans les paragraphes suivants.

---

<sup>164</sup> Luc B. TREMBLAY, « Le fondement normatif du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle », dans Luc B. TREMBLAY et Grégoire C. N. WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes = The limitation of Charter rights : critical essays on R. v. Oakes*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 77-114 à la page 84.

### **Paragraphe 1.3.1 : Le lien entre le manque de transparence et la corruption**

À l'heure actuelle, les institutions multilatérales de coopération financière et de surveillance économique, les organisations de la société civile, les chercheurs, les médias, ainsi que les institutions consacrées à l'arbitrage sont unanimes pour reconnaître que la transparence a une forte influence sur la lutte contre la corruption. Tous mettent l'accent sur l'importance d'augmenter la transparence pour réduire la corruption. Cependant, l'augmentation de la transparence n'implique pas un effet linéaire de réduction de la corruption. Il y a des facteurs importants pour la maximisation des résultats attendus.

De la part des institutions multilatérales, l'ancienne directrice générale du Fonds monétaire international (FMI), Christine Lagarde, a annoncé en 2018 de nouvelles mesures prises par le Fonds « visant à renforcer l'action en matière de gouvernance et de corruption dans [ses] pays membres »<sup>165</sup>. Par cette annonce, Lagarde précise les effets pervers de la corruption dans le développement d'un pays, en affirmant :

[...] qu'un haut niveau de corruption implique une baisse significative de la croissance, de l'investissement, de l'investissement direct étranger et des recettes fiscales. Un recul du 50<sup>e</sup> au 25<sup>e</sup> centile d'un indice de corruption ou de gouvernance se traduit par une chute d'au moins un demi-point du PIB par habitant et par une diminution de 1,5 à 2 % du ratio investissement/PIB<sup>166</sup>.

À son avis, la corruption équivaut à une « taxe sur l'investissement »<sup>167</sup> qui restreint et décourage l'investisseur. Pour surmonter cet obstacle, une étude du FMI suggère une ample réforme institutionnelle qui repose sur la transparence, la gouvernance et la responsabilité. La planification d'une telle réforme a comme point de départ plusieurs indicateurs de contrôle de l'économie et des finances de l'État dont on souligne « la transparence et l'impartialité de la réglementation du marché »<sup>168</sup>.

---

<sup>165</sup> Christine LAGARDE, « Jeter la lumière sur les zones d'ombre de la mauvaise gouvernance et de la corruption », *IMFblog* (22 avril 2018), en ligne : <<https://www.imf.org/external/french/np/blog/2018/042218f.htm>> (consulté le 10 décembre 2018).

<sup>166</sup> *Id.*

<sup>167</sup> *Id.*

<sup>168</sup> *Id.*

Sur ce chemin, des spécialistes du département des finances publiques du FMI soulignent l'importance de la transparence dans la gestion et le contrôle des sociétés d'État pour la réduction de la corruption en ces termes :

Les pays doivent encourager les gestionnaires à accroître leur rendement et inciter les organismes compétents à bien surveiller les entreprises publiques. La transparence totale de ces dernières est essentielle au renforcement de leur responsabilisation et à la réduction de la corruption.<sup>169</sup>

Ces déclarations de la direction et du personnel du FMI démontrent que cette importante institution multilatérale est fermement convaincue que la transparence est un facteur important de réduction de la corruption. Voilà pourquoi elle guide sa stratégie de lutte contre la corruption en augmentant la transparence de ses propres actions en tant qu'institution et en tant qu'inducteur de l'exécution des politiques publiques dans ses pays membres.

De façon pareille, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), qui réunit 37 pays membres, un en voie de le devenir et cinq pays considérés partenaires clés, a déjà souligné à maintes reprises la corrélation inversement proportionnelle qui se joue entre transparence et corruption. Cette corrélation est fortement observée dans la passation de marchés publics surtout dans l'adjudication et la gestion de contrats de services et de travaux de construction d'infrastructures<sup>170</sup>. Sur ce point, l'OCDE signale qu'elle :

[...] dispose d'un arsenal d'instruments juridiques et de recommandations pour lutter contre la corruption dans toutes ses formes, y compris par la criminalisation de la corruption dans le commerce international, la promotion de la responsabilité sociale des entreprises, la protection des donneurs d'alerte et l'exigence de l'intégrité et de la transparence dans l'octroi des marchés publics<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Vitor GASPAR, Paulo MEDAS et John RALYEA, « Les entreprises publiques à l'ère de la COVID-19 », *IMF Blog* (2020), en ligne : <<https://www.imf.org/fr/News/Articles/2020/05/06/blog-state-owned-enterprises-in-the-time-of-covid-19>> (consulté le 7 mai 2020).

<sup>170</sup> OCDE, *Examen d'intégrité dans les marchés publics du Québec, Canada : Une approche stratégique contre les risques de corruption*, 2020, en ligne : <<https://www.oecd-ilibrary.org/content/publication/g2g95003-fr>> (consulté le 15 avril 2021); v. aussi : OCDE, *Prévention de la corruption dans les marchés publics*, 2016, en ligne : <<https://www.oecd.org/gov/public-procurement/publications/prevention-corruption-marches-publics.pdf>> (consulté le 15 avril 2021); v. aussi : OCDE, *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale : Une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers*, 2014, en ligne : <<https://www.oecd-ilibrary.org/content/publication/9789264226623-fr>> (consulté le 15 avril 2021).

<sup>171</sup> OCDE (2014), préc., note 170, p. 3.

Les efforts de l'OCDE dans ce domaine se reflètent également dans la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Selon cette convention, la transparence est reconnue comme étant une disposition efficace de lutte contre la corruption<sup>172</sup>.

Du côté de la société civile, il existe plusieurs groupes organisés, aussi appelés Organisations non gouvernementales (ONG), qui ont un rôle important dans la supervision de la gestion publique en matière de corruption et ils mettent de l'avant la transparence comme moyen d'atteindre leur objectif. Un exemple est l'ONG *Transparency International* qui, dans son énoncé de mission, réaffirme la transparence comme moyen de lutte contre la corruption. Quoi qu'il en soit, cette ONG reconnaît que la transparence n'est qu'un point de départ d'une démarche difficile pour combattre la corruption dans les administrations publiques<sup>173</sup>.

Cette constatation est également partagée par des chercheurs de l'Université de Göteborg. Ils ont observé que la transparence est potentiellement utile pour réduire la corruption, mais cela « [...] must be accompanied by reforms to strengthen the capacity of people to access and process information as well as impose sanctions [...] »<sup>174</sup>. Selon ces auteurs, les éléments de renforcement de cette capacité sont la publicité et la reddition de comptes. Le premier s'occupe de la diffusion de ce qui a été rendu accessible grâce à l'incidence de la transparence et le deuxième s'occupe de la vérification et de l'éventuelle sanction aux responsables<sup>175</sup>.

En outre, plus le contrôle de la transparence exercé par des agents non gouvernementaux est élevé, plus l'impact de la transparence sur la réduction de la corruption est grand<sup>176</sup>. Autrement dit, si le contrôle de la transparence est exclusivement entre les mains de l'État, l'information peut faire l'objet de plusieurs manipulations telles que sous-déclarations, inversion des priorités,

---

<sup>172</sup>OCDE, *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, 21 novembre 1997, en ligne : <[https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery\\_FR.pdf](https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf)> (consulté le 15 avril 2021).

<sup>173</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL, « About: Our mission », *www.transparency.org*, en ligne : <<https://www.transparency.org/en/about>> (consulté le 2 juin 2019).

<sup>174</sup> Catharina LINDSTEDT et Daniel NAURIN, « Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption », *Int. Polit. Sci. Rev.* 2010, en ligne : <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0192512110377602>> (consulté le 30 mai 2020).

<sup>175</sup> *Id.*

<sup>176</sup> *Id.*

minimisation ou maximisation des points contre ou en faveur de l'administration, ce pour quoi un contrôle de la transparence par des tiers – tels les médias, les ONG – s'avère plus efficace pour lutter contre la corruption<sup>177</sup>.

De plus, l'augmentation de la transparence n'a pas le même impact dans des sociétés à bas niveau d'éducation que dans celles à haut niveau<sup>178</sup>. Ceci est certainement dû à la plus grande capacité de ces derniers d'absorber et d'interpréter des données ainsi que d'exiger du respect de leurs droits en tant que citoyens.

En soulignant le rôle des médias et du journalisme d'investigation<sup>179</sup> qui met en évidence la transparence comme moyen pour faire face à la corruption, le réseau formé par l'ONG *Transparency International – Chapter Brazil* et *Chapter Peru* – et le véhicule médiatique web brésilien *JOTA* a compilé une vaste banque des données produites par la coopération internationale en matière de partage des informations sur les procédures de l'opération « *Lava-jato* »<sup>180</sup>. La base de données, selon ce réseau, a produit un contenu qui a alimenté les autorités d'enquêtes d'au moins neuf pays d'Amérique latine<sup>181</sup>.

Dans l'ensemble, il est à noter les efforts que plusieurs acteurs non gouvernementaux ont consacrés à la transparence pour lutter contre la corruption. Si l'on considère qu'une efficace lutte contre la corruption est un incitatif à l'investissement, il faut renforcer non seulement la

---

<sup>177</sup> *Id.*

<sup>178</sup> *Id.*

<sup>179</sup> GLOBAL INVESTIGATIVE JOURNALISM NETWORK (GIJN), « Page Web (Le Réseau international de journalisme d'investigation) », en ligne : <<https://gijn.org/gijn-en-francais/>> (consulté le 2 juin 2019).

<sup>180</sup> Jonathan WATTS, « Operation Car Wash: The biggest corruption scandal ever? », *The Guardian*, sect. World news (1 juin 2017), en ligne : <<https://www.theguardian.com/world/2017/jun/01/brazil-operation-car-wash-is-this-the-biggest-corruption-scandal-in-history>> (consulté le 1 juillet 2019); v. aussi : Claire GATINOIS et Nicolas BOURCIER, « Brésil : tout comprendre à l'opération "Lava Jato" », *Le Monde* (26 mars 2017), en ligne : <[https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2017/03/26/affaire-petrobras-retour-sur-les-trois-annees-qui-ont-marque-le-bresil\\_5100932\\_3222.html](https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2017/03/26/affaire-petrobras-retour-sur-les-trois-annees-qui-ont-marque-le-bresil_5100932_3222.html)> (consulté le 1 juillet 2019); v. aussi : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, « Entenda o caso — Caso Lava Jato », en ligne : <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>> (consulté le 18 juillet 2019).

<sup>181</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL et JOTA, « Transparency International Brazil and JOTA present previously unreleased data and documents from Odebrecht investigations in Latin America », *www.transparency.org*, en ligne : <[https://www.transparency.org/news/pressrelease/transparency\\_international\\_brazil\\_and\\_jota\\_present\\_previously\\_unreleased\\_da](https://www.transparency.org/news/pressrelease/transparency_international_brazil_and_jota_present_previously_unreleased_da)> (consulté le 2 juin 2019); v. aussi : Vladimir ARAS, « International cooperation and other catalysts for anticorruption prosecution », *JOTA Info* (29 mai 2019), en ligne : <<https://www.jota.info/especiais/international-cooperation-and-other-catalysts-for-anticorruption-prosecution-29052019>> (consulté le 3 juin 2019).

transparence, mais encore les autres facteurs tels que la divulgation par les médias, les mécanismes de vérification et les sanctions externes. La transparence toute seule est capable d'imposer un effet réducteur sur la corruption, mais cet effet peut être amplifié pour produire de meilleurs résultats.

Bref, la recherche d'une plus grande transparence dans l'arbitrage d'investissement constitue donc un moyen particulièrement efficace de réduire la corruption.

### **Paragraphe 1.3.2 : Le rôle des institutions de contrôle à l'égard des accords en matière d'investissements**

On peut énumérer une série d'institutions de contrôle de l'action publique tel que le parlement, le pouvoir judiciaire, la police, la banque centrale, les autorités de marchés financiers et les organisations de la société civile, entre autres. Un examen minutieux de toutes ces institutions dépasserait le cadre de ce travail. Compte tenu du fait que le contrôle de l'action publique par les parlements en ce qui concerne les finances et les budgets publics se réalise généralement avec le soutien d'une Institution supérieure de contrôle (ISC)<sup>182</sup>, nous concentrerons notre attention sur de telles institutions notamment sur leur contribution pour la transparence dans l'arbitrage d'investissement.

Ces institutions spécialisées de l'audit externe sont également connues comme institution de contrôle externe, bureau national de vérification ou Cour des comptes. Les ISC fonctionnent parfois comme une branche du pouvoir judiciaire ou comme un tribunal administratif indépendant et ont leurs juridictions définies à l'échelle nationale ou sous-nationale.

Les ISC sont vouées fondamentalement au contrôle des finances et budgets publics par des audits des états financiers. Toutefois, on observe qu'elles se consacrent davantage au contrôle d'un domaine plus vaste qui va de l'environnement à la construction des infrastructures, de

---

<sup>182</sup> Pour les mandats des Institutions Supérieures de Contrôle (ISC), v. p. ex. : *Constitution de la République fédérative du Brésil de 1988*, préc., note 146, art. 70 et 71; v. aussi : *La Constitution belge*, en ligne : <[https://www.senate.be/doc/const\\_fr.html#c37](https://www.senate.be/doc/const_fr.html#c37)> (consulté le 20 juin 2019); v. aussi : *La Constitution française du 4 octobre 1958*, en ligne : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>> (consulté le 20 juin 2019); Au Canada, le contrôle externe au niveau fédéral est réalisé par le Bureau du vérificateur général du Canada (BVG) d'après la *Loi sur le vérificateur général*, L.R.C. (1985), ch. A-17. Au niveau sous-national, chaque province a son Bureau d'audit.

concessions de services publics et de l'analyse de politiques et programmes publics, en passant par des étapes au-delà de leurs fonctions traditionnelles, dans une intervention proactive préventive<sup>183</sup>.

L'audit de performance<sup>184</sup>, par exemple, est l'un des moyens par lesquels le contrôle externe va au-delà de l'analyse comptable. Par ce moyen, une politique publique est analysée non seulement sous l'angle de la légalité et de la comptabilité, mais aussi sous celui de l'efficacité et de l'efficacités. En d'autres mots, les résultats d'une action publique sont évalués par son coût financier, mais également par son plein effet auprès du citoyen visé.

En cherchant à satisfaire leurs buts, ces institutions de contrôle fondent leurs actions sur les piliers : transparence, bonne gouvernance et reddition des comptes (responsabilité publique)<sup>185</sup>. De cette manière, la lutte contre la corruption est l'une de leurs principales missions<sup>186</sup>. Une décision d'investissement dans les domaines de l'infrastructure publique ou du marché public doit donc tenir compte du rôle de contrôle de l'ISC sur l'objet.

Un peu partout dans le monde, ces institutions prêtent main-forte aux parlements par force d'exigences légales spécifiques en matière financière ou fiscale. Cela constitue un pouvoir de tutelle sur l'administration publique bien au-delà de la formulation et communication d'avis et de simples recommandations. À l'heure actuelle, on discute à savoir si ce contrôle externe va au-delà de ses pouvoirs, mais il est sans doute appréciable qu'une institution aussi spécialisée puisse être à la surveillance des dépenses publiques dans toutes les sphères de l'État<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> INTOSAI (ORGANISATION INTERNATIONALE DES INSTITUTIONS SUPÉRIEURES DE CONTRÔLE DES FINANCES PUBLIQUES), *Développement durable : rôle des institutions supérieures de contrôle*, GUID 5202, Vienne, Autriche, INTOSAI, 2019.

<sup>184</sup> INTOSAI, *Les concepts généraux de l'audit de performance*, GUID 3910, Vienne, Autriche, INTOSAI, 2019.

<sup>185</sup> INTOSAI, *60 ans d'INTOSAI et 50 ans de Secrétariat général*, Vienne, Autriche, INTOSAI, 2013; v. aussi : INTOSAI, *Principes fondamentaux du contrôle des finances publiques*, ISSAI 100, Vienne, Autriche, INTOSAI, 2019; v. aussi : INTOSAI, *Principes de transparence et de responsabilité*, GUID 9040, Vienne, Autriche, INTOSAI, 2019; v. aussi : INTOSAI, *La Bonne gouvernance pour les biens publics*, GUID 5260, Vienne, Autriche, INTOSAI, 2019; v. aussi : OCDE, *Brazil's Federal Court of Accounts: insight and foresight for better governance*, coll. OECD Public Governance Reviews, Paris, FR, OECD Publishing, 2017.

<sup>186</sup> INTOSAI, *Lignes directrices pour l'audit de la prévention de la corruption*, GUID 5270, Vienne, Autriche, INTOSAI, 2019.

<sup>187</sup> Pour un aperçu des activités du Bureau du vérificateur général du Canada (BVG) voir, en ligne : <[https://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/au\\_fs\\_f\\_371.html](https://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/au_fs_f_371.html)> (consulté le 20 juin 2020); Pour un aperçu de la Cour des comptes du Brésil au niveau fédéral voir, en ligne : <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>> (consulté le 20 juin 2020); v. aussi : OCDE (2017), préc., note 185; Au sujet des efforts d'uniformisation des audits gouvernementaux à l'échelle mondiale, voir

En matière d'investissements, l'étape des travaux préparatoires d'un traité d'investissement ou d'un accord de libre-échange est cruciale non seulement pour la protection adéquate des investisseurs, mais aussi pour la protection de la gouvernance du pays d'accueil de l'investissement. Une disposition mal engendrée peut endommager sérieusement les finances d'un pays.

Le cas de l'Argentine est souvent mentionné comme un exemple qui a mal tourné pour le gouvernement. Ce pays a été pris avec une grave crise financière et économique au milieu des années 1990 et tout de suite après, au début des années 2000, plusieurs investisseurs l'ont poursuivi dans des cours arbitrales. Selon Harten, ces poursuites ont été entamées sur la base d'un système d'arbitrage peu transparent :

Since 2001 foreign investors in Argentina—such as Enron and Azurix of the United States; Vivendi and Suez of France; Siemens of Germany; Gas Natural of Spain; and National Grid of the United Kingdom—have brought dozens of legal claims against the country under an obscure system of international arbitration, established by an array of investment treaties concluded in the 1990s between Argentina and the major capital-exporting states of Western Europe and North America. By 2006 more than 30 claims were pending against Argentina for an estimated \$17 billion in claimed compensation, amounting to nearly the entire annual budget of the national government.<sup>188</sup>

[Nous soulignons]

En analysant l'arbitrage impliquant une société d'État en Belgique, Keutgen affirme qu'aux fins de contrôle de la part de la Cour des comptes belge, il suffit d'examiner « la sentence arbitrale qui prononce des condamnations et non l'ensemble des documents de la procédure »<sup>189</sup>. À cet effet, il ajoute qu'il serait prudent, lorsqu'une entreprise publique est impliquée dans un

---

en ligne l'INTOSAI (Organisation internationale des Institutions Supérieures de Contrôle des Finances publiques) : <<https://www.intosai.org/fr/>> (consulté le 20 juin 2020); v. aussi : NATIONS UNIES, *Résolution ONU*, (2014) 69/228. Promouvoir et favoriser l'efficacité, le respect du principe de responsabilité, l'efficacité et la transparence dans les administrations publiques en renforçant les institutions supérieures de contrôle des finances publiques, en ligne : <<https://undocs.org/fr/A/RES/69/228>> (consulté le 20 juin 2020).

<sup>188</sup> G. VAN HARTEN, préc., note 7, p. 2.

<sup>189</sup> Guy KEUTGEN, « La confidentialité », dans Davi RENDERS, Pierre DELVOLVÉ et Thierry TANQUEREL (dir.), *L'arbitrage en droit public*, coll. Centre d'études constitutionnelles et administratives (Collection) 31, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 299-318 aux pages 316 et 317.

arbitrage, « [p]our éviter toute contestation ultérieure »<sup>190</sup>, de prévoir une clause de transparence dans ces engagements que limitait la confidentialité typique des affaires privées.

Mais à bien considérer les choses, dans la phase d'arbitrage la marge de manœuvre de l'ISC est moins grande. Il serait plus efficace si l'ISC était capable de formuler un avis d'institution indépendante *a priori* en examinant la politique publique d'affaires étrangères concernant les accords de protections d'investissements, leurs risques et leurs impacts pour les finances du pays, ainsi que l'opportunité de s'engager dans un traité qui prévoit une clause de RDIE. Le seul fait d'examiner la négociation permet de jeter de la lumière sur la question en attirant l'attention de groupes de pression, ONG et médias en privilégiant la transparence.

Au Brésil, en matière d'investissements, la Banque centrale est l'organe chargé de recevoir et conserver les informations sur les flux des IDE<sup>191</sup>. Toutefois, en ce qui a trait aux négociations d'un traité de protection d'investissements, au moins dans la première étape, ce sont les techniciens du ministère de l'Économie, du ministère des Affaires étrangères, ainsi que ceux de la Banque centrale qui s'occupent des négociations<sup>192</sup>. L'étape suivante est celle de la ratification qui est à la charge du parlement. L'ISC intervient rarement au cours de ces étapes.

Bref, les ISC rassemblent différentes compétences dans différents domaines de l'administration publique. Leur indépendance, ainsi que leur mission ancrée dans les piliers de la transparence, de la bonne gouvernance et de la responsabilité publique font des institutions d'audit externe des entités vouées à la lutte contre la corruption qui peuvent contribuer énormément à la transparence dans l'arbitrage d'investissement, notamment dans la phase de négociation de traités.

---

<sup>190</sup> G. KEUTGEN, préc., note 189.

<sup>191</sup> *Loi brésilienne sur l'investissement étranger*, Lei n° 4.131, de 1962, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)> (consulté le 22 mai 2018).

<sup>192</sup> MINISTÉRIO DA ECONOMIA, « Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimentos », *Acordos de cooperação e facilitação de investimentos - ACFI* (29 septembre 2016), en ligne : <<https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/negociacoes-internacionais-de-investimentos/nii-acfi>> (consulté le 20 septembre 2020). (Página atualizada em 25/06/2020).

## Chapitre 2 : L'encadrement juridique de la transparence dans l'arbitrage d'investissement

Comme il a été précisé au chapitre précédent, la transparence dans l'arbitrage d'investissement implique plusieurs enjeux d'intérêts publics et privés qui s'affrontent. Relevant du droit de l'investissement, son cadre juridique est assez large. Ses règles découlent de sources nationales et internationales ainsi que transnationales<sup>193</sup>, supranationales<sup>194</sup> et transgouvernementales<sup>195</sup>. Il importe de souligner que ses dernières évolutions terminologiques expriment mieux les relations entre États nationaux, investisseurs étrangers et réseaux intergouvernementaux<sup>196</sup>, contribuant du même coup au développement du domaine.

Afin de mieux comprendre comment ces sources s'articulent pour promouvoir la transparence dans l'arbitrage d'investissement, nous ferons une incursion dans les principales sources du droit de l'investissement, dans les instruments et institutions dédiés aux règlements d'arbitrage ainsi que dans les contentieux relatifs à l'investissement.

---

<sup>193</sup> Selon M. Merle, « [l]'e "international" qualifierait ainsi les rapports "entre" des unités closes sur elles-mêmes et communiquant par l'entremise de représentants ou de mandataires qualifiés ; le "transnational" qualifierait les échanges partant d'initiatives privées et s'exerçant "à travers" les frontières des sociétés étatiques. Quant au "supranational", il évoque le dépassement du stade des rapports interétatiques et le transfert de souveraineté à des organes décisionnels [...]. Le concept de transnationalité nous invite donc à prêter attention aux phénomènes "internationaux" qui mettent en présence des acteurs non étatiques, et à évaluer la place que ce réseau de relations occupe par rapport à celui qui s'établit entre les Etats ». V. Marcel MERLE, « Le concept de transnationalité », dans RENÉ-JEAN DUPUY (dir.), *Humanité et droit international : Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 1991, p. 223-231 à la page 225.

<sup>194</sup> M. MERLE, préc., note 193.

<sup>195</sup> La définition de transgouvernementalisme selon R. Keohane et J. Nye est : « We define transgovernmental relations as sets of direct interactions among sub-units of different governments that are not controlled or closely guided by the policies of the cabinets or chief executives of those governments. » V. Robert O. KEOHANE et Joseph S. NYE, « Transgovernmental Relations and International Organizations », (1974) 27-1 *World Politics* 39-62, 43, DOI : 10.2307/2009925; Le rôle décisif du transgouvernementalisme dans le nouvel ordre mondial est un aspect central dans l'ouvrage de Anne-Marie Slaughter. V. Anne-Marie SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, New Jersey, USA, Princeton University Press, 2004.

<sup>196</sup> Pour un aperçu des théories du réseau voir K. BENYEKHEF, préc., note 58, p. 691-728.

## Section 2.1 : Les différentes sources du droit de l'investissement et la transparence dans les RDIE

Le droit de l'investissement est considéré comme étant une branche du droit international public qui concentre « [...] l'ensemble des règles spéciales qui régissent les relations entre un opérateur étranger et les autorités publiques de l'État sur le territoire duquel il cherche à entreprendre une activité économique [...] »<sup>197</sup>.

Cela explique pourquoi les sources du droit de l'investissement sont considérées non seulement celles de l'article 38 (1) du Statut de la Cour internationale de justice (Statut de la CIJ) – les mêmes qui sont établies pour le droit international public soit les conventions internationales, la coutume internationale, les principes généraux de droit, la jurisprudence et la doctrine<sup>198</sup> – mais aussi les législations nationales qui sont consacrées au sujet de l'investissement étranger ou à la régulation administrative des flux de capitaux, les réglementations émanant d'organismes internationaux ainsi que d'autres sources souples du droit – la *soft law*<sup>199</sup>.

Bref, c'est dans toutes ces sources que nous pouvons trouver des dispositions concernant la transparence dans l'arbitrage d'investissement. Nous allons d'abord nous pencher sur les sources traditionnelles et ensuite sur les autres sources nationales et la *soft law*.

### Paragraphe 2.1.1 : Les sources traditionnelles du droit de l'investissement

Les accords internationaux d'investissement (AII) sont les instruments les plus utilisés parmi les sources traditionnelles du droit de l'investissement de l'article 38 (1) du Statut de la CIJ. Dans un même ensemble de documents d'une convention, généralement un traité<sup>200</sup>, se trouvent le droit

---

<sup>197</sup> Sébastien MANCIAUX, « Les règles du droit des investissements internationaux s'opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire ? », (2012) t. XXVI-4 *Revue internationale de droit économique* 49-62, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2012-4-page-49.htm>> (consulté le 21 avril 2020).

<sup>198</sup> NATIONS UNIES, *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, art. 38 (1) (San Francisco) [SCIJ], en ligne : <<https://www.icj-cij.org/fr/statut>> (consulté le 20 mai 2021).

<sup>199</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 14; V. aussi : A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 57-171; V. aussi : M. SORNARAJAH, préc., note 7, p. 79-97; et, à l'égard du droit souple, voir : K. BENYKHEF, préc., note 58, p. 556-571, 722, 723, 772-776.

<sup>200</sup> Selon la Convention de Vienne, « [l']expression "traité" s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière ». V. : NATIONS UNIES, *Convention de Vienne sur le droit des traités*, Entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Recueil des Traités vol. 1155, p. 331 (1969), art. 2 (1) (a), en

matériel applicable à l'arbitrage d'investissement ainsi que presque toutes les règles de procédure ou de façon supplétive, les renvois. Pour cette raison, nous accorderons une attention plus approfondie aux sources conventionnelles (Division A), sans négliger la place occupée par les autres sources traditionnelles dites non conventionnelles (Division B).

### **Division A : Les accords internationaux d'investissement comme source du droit de l'investissement**

Les accords internationaux d'investissement (All) couvrent les traités bilatéraux et multilatéraux, régionaux et transrégionaux, ainsi que des traités de libre commerce avec provisions sur la promotion et la protection de l'investissement. La multiplication des All, notamment des traités bilatéraux d'investissement (TBI) à partir des années 1990, comme nous le verrons ci-dessous, est attribuée non seulement au succès du mécanisme de RDIE<sup>201</sup> sur le segment des investisseurs, mais aussi à l'augmentation du capital mondial disponible des pays développés qui a mené à la mondialisation et à la vague des privatisations dans les pays en développement orchestrés en grande partie par les entreprises transnationales. De ce fait, les TBI sont les instruments les plus utilisés comme source du droit international de l'investissement.

À l'instar de tous les All, le TBI résulte de deux fondements importants du droit international, l'autonomie de la volonté des États et la coopération entre eux. La notion de souveraineté entoure ces deux fondements, puisque l'expression de la volonté découle du pouvoir souverain de faire des choix et de donner un consentement dans un objectif de coopération. À cet égard, il importe de souligner, sans être naïf, qu'en matière de coopération économique, l'État dit « souverain » n'a pas toujours le pouvoir de faire des choix libres et éclairés. Ce sont les circonstances historiques et économiques environnantes qui l'obligent à faire certains « choix ». On ne peut pas oublier que dans les rapports et relations Nord-Sud, ou plus précisément entre les États développés et les États en développement, le déséquilibre des forces économiques et politiques est plus évident et la capacité d'influencer ou même d'imposer les règles d'un All découle de ces rapports de forces.

---

ligne : <[https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch\\_XXIII\\_01.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf)> (consulté le 15 avril 2021).

<sup>201</sup> Pour la définition du mécanisme de RDIE, lire *supra*, Chapitre 1, Section 1.1, Paragraphe 1.1.2.

En revanche, il convient de rappeler que les doctrines latino-américaines (doctrines de Calvo et de Drago) contre la protection diplomatique abusive des pays exportateurs et la prédominance du droit national appliqué aux étrangers<sup>202</sup> ainsi que les vagues de décolonisations et de nationalisations après la Seconde Guerre mondiale ont contribué à susciter les craintes des pays exportateurs et la nécessité de renforcer leur politique de protection des investissements à l'étranger<sup>203</sup>.

Devant ces faits et suivant les considérants de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la source conventionnelle a « [...] un rôle fondamental dans l'histoire des relations internationales [...] »<sup>204</sup> comme « [...] moyen de développer la coopération pacifique entre les nations, quels que soient leurs régimes constitutionnels et sociaux [...] »<sup>205</sup>. Bien que le droit international ait toujours occupé une place incertaine et instable, il demeure un instrument pour tenter d'équilibrer ces forces inégales dans un esprit de pacification et réalisation des idéaux de justice<sup>206</sup>.

Cette brève digression a comme intention de montrer que les règles de protection des investisseurs convenues dans un TBI ne reflètent pas toujours un consensus équitable des parties dans le but de coopérer, mais plutôt les intérêts du plus fort. L'État moins nanti se voit obligé d'accepter le moins mauvais accord. Ces conditions de départ défavorables sont potentiellement des niches pour déclencher de futurs différends qui aboutiront devant un tribunal arbitral.

Dans le cas des accords multilatéraux, les difficultés à concilier des intérêts sont plus importantes et de nombreuses clauses d'exclusion, exceptions et réserves sont observées, générant une centaine de règles qui se chevauchent.

---

<sup>202</sup> Ces doctrines de Calvo et de Drago, ont été formulées par des juristes argentins dont elles ont pris leurs noms, entre la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et le début du XX<sup>e</sup> siècle. R. BEAUCHARD, préc., note 7, p. 25-27; V. aussi : K. MILES, préc., note 7, p. 50-51; V. aussi : M. SORNARAJAH, préc., note 7, p. 36-38; V. aussi : C. LEBEN, préc., note 3 aux pages 11-12.

<sup>203</sup> K. MILES, préc., note 7, p. 81.

<sup>204</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 200.

<sup>205</sup> *Id.*

<sup>206</sup> Nico KRISCH, « International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order », (2005) 16-3 *EJIL* 369-408, en ligne : <<http://www.ejil.org/pdfs/16/3/301.pdf>> (consulté le 22 novembre 2020).

Si, d'une part, les TBI ont contribué à faciliter les flux d'IDE, d'autre part, la multitude de règles de protection créées impacte la transparence même de ces règles et rend leur traitement par les tribunaux arbitraux plus difficile. Bien que les règles de protection partent d'un tronc commun standardisé, un grand nombre d'interprétations se traduisent par le manque de cohérence des décisions dont nous avons déjà parlé.

D'un point de vue historique, il est commun de faire référence au traité entre l'Allemagne et le Pakistan de 1959<sup>207</sup> comme étant le premier AII comprenant des dispositions de promotion et de protection de l'investissement<sup>208</sup>. La création du CIRDI en 1965<sup>209</sup> est l'évènement qui institutionnalise l'arbitrage d'investissement, contribuant grandement à la popularité du mécanisme de RDIE. Le traité entre les Pays-Bas et l'Indonésie de 1968<sup>210</sup> et le traité entre l'Italie et le Tchad de 1969<sup>211</sup> sont les deux premiers traités à contenir une clause d'arbitrage investisseur État, ce dernier étant entré en vigueur plus tôt que l'autre.

Cependant, ce n'est qu'après la sentence arbitrale dans l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*<sup>212</sup> en 1990 reconnaissant le consentement de l'offre d'arbitrage par le biais d'un TBI que ce mécanisme de RDIE a gagné en crédibilité. Cette provision dans un traité est considérée comme étant un incitatif important pour l'investisseur puisqu'il constitue un des moyens de consentement anticipé, « de

---

<sup>207</sup> *Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan tendant à encourager et à protéger les investissements*, (1963) 457 UNTS 23 (Signé à Bonn le 25 novembre 1959, entré en vigueur le 28 avril 1962), en ligne : <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20457/volume-457-I-6575-French.pdf>> (consulté le 20 juillet 2021).

<sup>208</sup> Certains soutiennent qu'en fait, les origines lointaines de ces types d'accords de promotion et de protection d'investissements remontent à la période coloniale entre les XVIIIe et XIXe siècles. V. à cet égard : K. MILES, préc., note 7, p. 19; V. aussi : M. SORNARAJAH, préc., note 7, p. 19-21; V. aussi : C. LEBEN, préc., note 3 aux pages 64-65.

<sup>209</sup> *Convention de Washington*, préc., note 19.

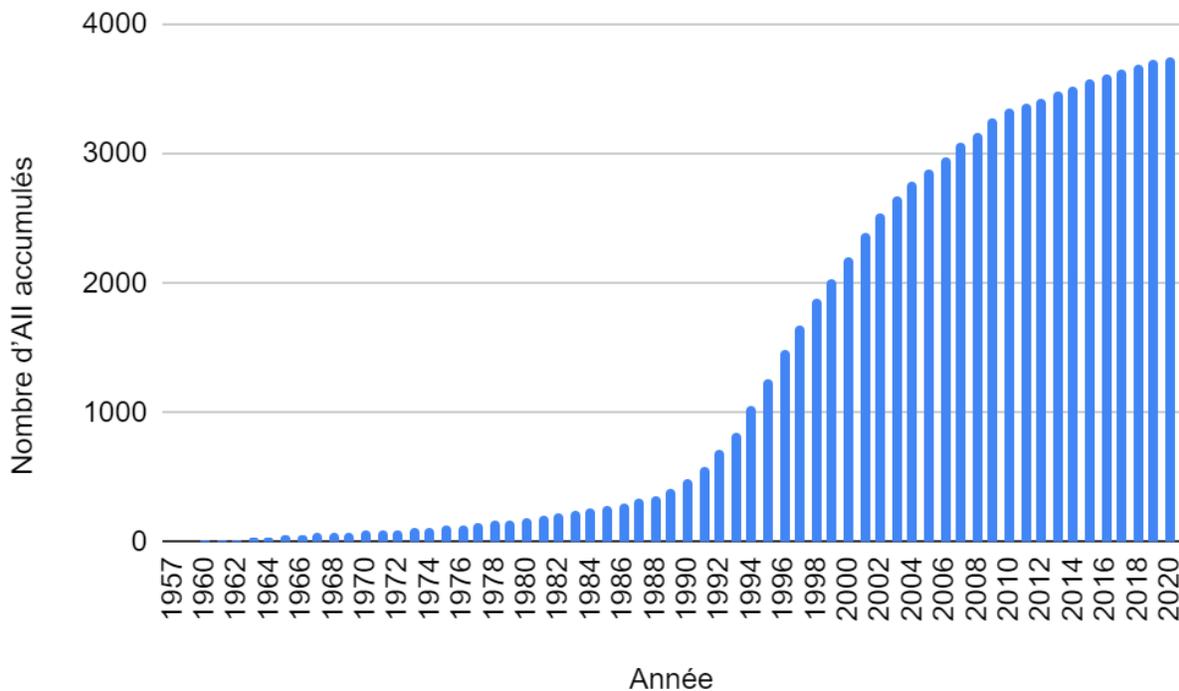
<sup>210</sup> *Accord de coopération économique entre le gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le gouvernement de la République d'Indonésie*, art. 11 (Signé à Djakarta le 7 juillet 1968, entré en vigueur le 4 novembre 1971), en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3330/download>> (consulté le 20 juillet 2021).

<sup>211</sup> *Accord entre le gouvernement de la République italienne et la République du Tchad pour protéger et encourager les investissements en capital*, art. 7 (Signé à Rome le 11 juin 1969, entré en vigueur le 11 juin 1969), en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/659/download>> (consulté le 20 juillet 2021).

<sup>212</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, préc., note 6, paragraphe « 38. From the above-stated summary of the arguments advanced by each of the two Parties to sustain his position, it becomes clear that the only point on which they agree is the applicability of the Sri Lanka/U.K. Bilateral Investment Treaty as the primary source of law [...] ».

manière différée et non simultanée »<sup>213</sup> ou encore « dissocié ou décalé »<sup>214</sup> de l'État à l'arbitrage. Par ce moyen, l'investisseur peut revendiquer les protections soi-disant négociées au préalable dans l'All en évitant le recours à un tribunal judiciaire du pays d'accueil de l'investissement parfois réputé plus assujéti aux intérêts de l'État ou plus susceptible aux pressions populaires et à la politique locale<sup>215</sup>.

Dans le graphique ci-dessous (Fig. 3), on peut observer le nombre d'All signés depuis 1957 accumulés jusqu'au 31 décembre 2020. Sans exclure les All qui ont pris fin par leurs propres dispositions ou ceux qui ont été dénoncés, le nombre d'All accumulés dépasse 3 750.



**Figure 3.** – Nombre d'All accumulés jusqu'au 31 décembre 2020.

Source : graphique préparé par l'auteur à partir de données tirées de la CNUCED<sup>216</sup>.

<sup>213</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 52.

<sup>214</sup> W. B. HAMIDA, préc., note 16 à la page 395.

<sup>215</sup> Voir, par exemple, les cas dans lesquels l'investisseur accuse le gouvernement d'agir de manière partielle, que ce soit en raison de la corruption ou de la pression populaire : *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (II)*, préc., note 9; *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, préc., note 9.

<sup>216</sup> CNUCED, préc., note 4, p. 122.

Dans les années 1990, une multiplication des AII est fortement notée. En 1990, la quantité d'AII connue était d'environ 400. En 2000, la quantité cumulative d'AII signés dépasse 1 900. En 2010, presque 3 000 AII se sont accumulés et en 2020, se sont accumulés 3 360 AII signés, soit 2 943 TBI et 417 autres traités avec provisions sur l'investissement<sup>217</sup>. À l'heure actuelle, 2 614 AII sont en vigueur, soit 2 290 TBI et 324 autres traités avec provisions sur l'investissement<sup>218</sup>. Parmi ces derniers, on retrouve notamment l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) qui vient d'être remplacé par l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)<sup>219</sup>; l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne (UE)<sup>220</sup>; l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP); le Marché commun de l'Amérique du Sud (MERCOSUR); le Traité sur la charte de l'énergie (TCE); l'ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA).

Dans le graphique ci-dessous (Fig. 4), on peut observer le nombre d'AII signés par an depuis 1957 jusqu'au 31 décembre 2020. La quantité moyenne d'AII signés pendant les décennies de 1990-2000 et de 2000-2010 a été d'environ 150 et 120 AII par an, respectivement. Dans cette dernière décennie (2010-2020), la quantité moyenne d'AII signés est tombée à 26 par an.

Certains attribuent cette baisse du nombre d'AII signés à une « stabilisation après l'euphorie »<sup>221</sup> initiale et à la saturation de ces instruments économiques<sup>222</sup>. D'autres ont déjà mentionné en 2011 que les deux tiers du stock mondial d'IDE étaient déjà couverts par les AII existants, laissant un tiers qui serait pulvérisé ou serait parmi les pays développés qui n'auraient pas besoin de protection entre eux par le biais d'un AII<sup>223</sup>. Ces derniers observateurs ont toutefois ajouté à cette

---

<sup>217</sup> *Id.* Selon la méthodologie de la CNUCED, la quantité cumulative d'AII présentée exclut les traités qui ont pris fin.

<sup>218</sup> CNUCED, préc., note 21. Dans la base de données du IIA Navigator consultée le 10 août 2021, il existe 2614 AII en vigueur, 720 ne sont pas en vigueur, 427 ont pris fin et un en négociation. Le Brésil, par exemple, a signé 27 traités, seulement deux ont été ratifiés par le parlement et probablement 14 traités de première génération ne seront jamais ratifiés.

<sup>219</sup> *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique*, L.C. 2020, c. 1. Cette loi a été sanctionnée le 13 mars 2020 en remplaçant l'ALÉNA qui était en vigueur depuis 1994.

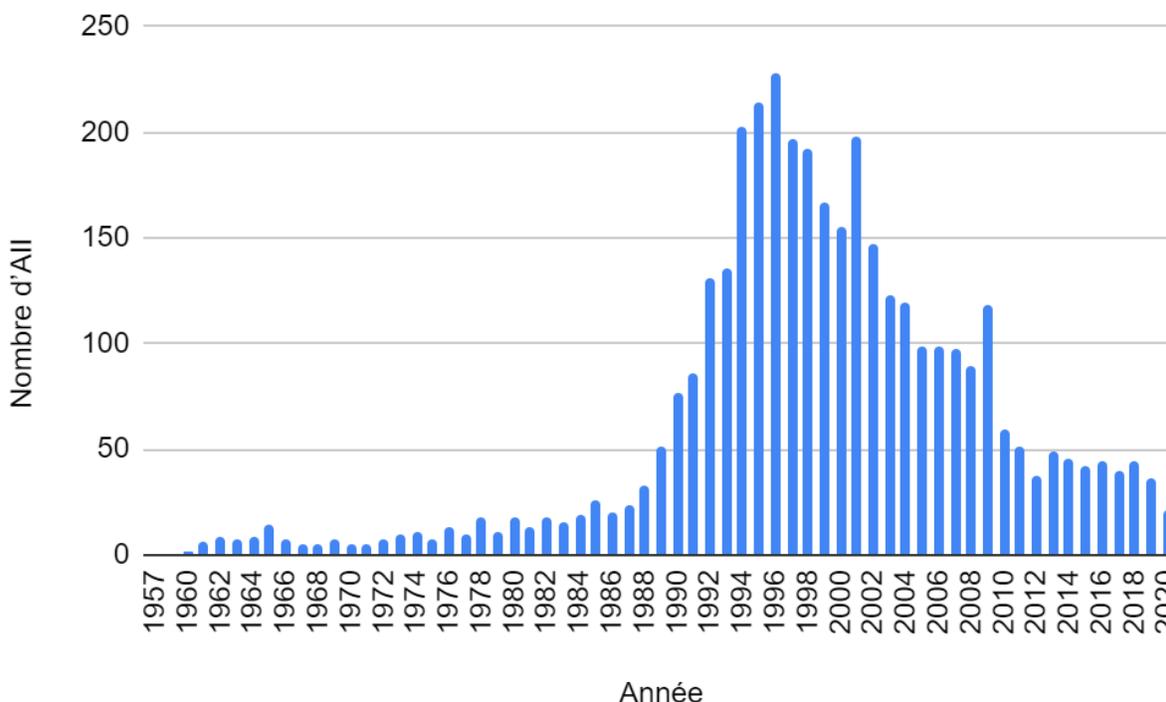
<sup>220</sup> *Loi de mise en œuvre de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, L.C. 2017, c. 6.

<sup>221</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 99.

<sup>222</sup> *Id.*

<sup>223</sup> CNUCED, *World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development*, New York and Geneva, United Nations Publications, 2011, p. 102-103, en ligne : <[https://unctad.org/system/files/official-document/wir2011\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2011_en.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021).

époque qu'il y avait quelques relations bilatérales avec un substantiel stock d'IDE qui n'étaient pas encore couvertes par un AII à l'instar de Brésil–Chine et Chine–États-Unis<sup>224</sup>.



**Figure 4.** – Nombre d'AII signés par an jusqu'au 31 décembre 2020.

Source : graphique préparé par l'auteur à partir de données tirées de la CNUCED<sup>225</sup>.

D'autres raisons qui peuvent expliquer cette baisse du nombre des nouveaux AII sont relatives à une certaine controverse sur l'efficacité des AII comme mécanisme d'incitation à l'IDE<sup>226</sup>, le chevauchement éventuel des protections avec les traités déjà existants et l'entrée en vigueur en 2009 du traité de Lisbonne selon lequel la responsabilité des IDE des États membres de la communauté européenne serait transférée à l'UE<sup>227</sup>. Par surcroît, il ne faut pas oublier qu'en 2011 le monde se remettait encore de l'impact de la crise financière mondiale au cours de laquelle les

<sup>224</sup> *Id.*

<sup>225</sup> CNUCED, préc., note 4, p. 122. Le nombre d'AII signés par an inclut ceux qui ont pris fin par leurs propres dispositions et ceux qui ont été dénoncés.

<sup>226</sup> CNUCED, préc., note 22.

<sup>227</sup> CNUCED, préc., note 223, p. 102-103.

entrées d'IDE ont chuté de 33 %, un chiffre similaire à celui qui se produit actuellement avec la crise économique due à la pandémie de COVID-19<sup>228</sup>.

Bien que cette étude n'ait pas pour objet une analyse économique des AII, on ne peut passer sous silence les interactions qui se produisent entre le système économique et le système juridique. L'impact de la confiance et le besoin de transparence dans l'ensemble des mécanismes de protection d'investissements sont sans doute un enjeu qui entoure les AII.

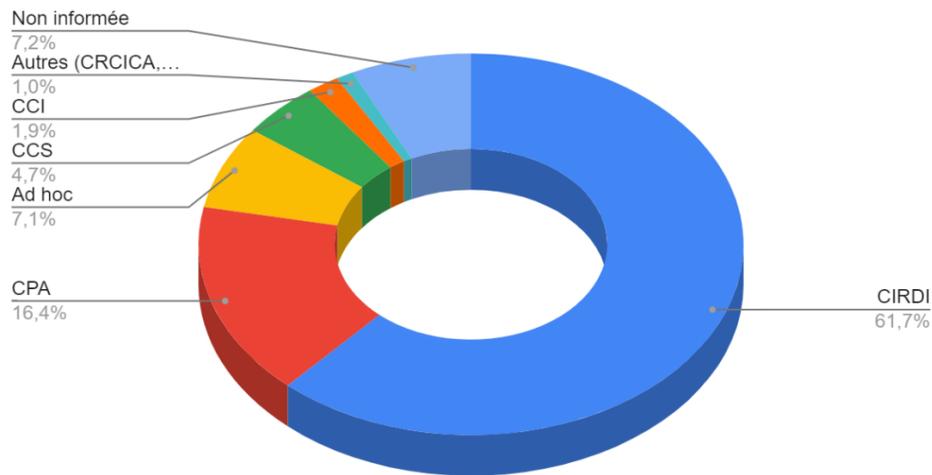
En parallèle à la croissance vertigineuse des AII pendant deux décennies, on a vu l'augmentation de requêtes d'arbitrage d'investissement avec le consentement de l'État donné dans les traités. Selon les chiffres de la CNUCED qui considère seulement les affaires fondées sur un AII, de 1 061 affaires accumulées connues de 1987 jusqu'au 31 juillet 2020<sup>229</sup>, 655 affaires ont été enregistrées au CIRDI, ce qui équivaut à environ 62 % des cas; 174 à la Cour permanente d'arbitrage (CPA), ce qui équivaut à environ 16 % du total; 75 affaires ont été administrées par un tribunal *ad hoc*, ce qui représente environ 7 %; 50 affaires ont été enregistrées à la Chambre de commerce de Stockholm (CCS), ce qui correspond à environ 5 %; et les 107 cas qui restent ont été enregistrés dans d'autres institutions<sup>230</sup> ou n'ont pas été répertoriés (10 %). Voyons le graphique (Fig. 5) ci-dessous :

---

<sup>228</sup> CNUCED, préc., note 4, p. 163.

<sup>229</sup> CNUCED, « Investment Dispute Settlement Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub », en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>> (consulté le 21 juillet 2021). « Full data release as of 31/07/2020 (excel format) ».

<sup>230</sup> CCI, LCIA, CRCICA (Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration), MCCI (Moscow Chamber of Commerce and Industry) et HKIAC (Hong Kong International Arbitration Centre).

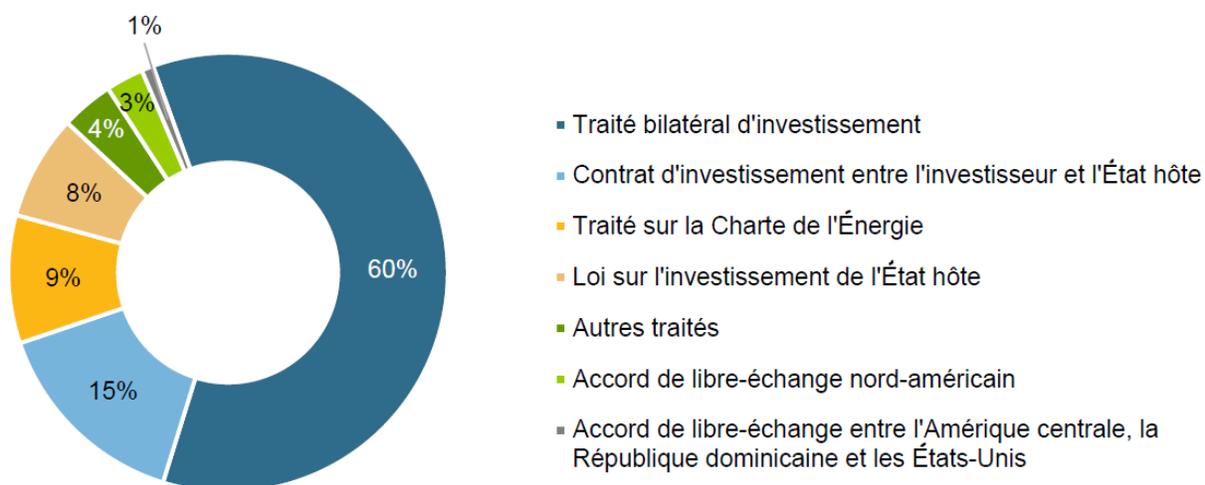


**Figure 5.** – % d'affaires enregistrées par institution d'arbitrage entre 1987 et le 31 juillet 2020  
 Source : graphique préparé par l'auteur à partir de données tirées de la CNUCED<sup>231</sup>

Pour donner l'ampleur de l'importance des AII comme sources primaires du droit de l'investissement, nous rapportons les statistiques du CIRD I – qui, comme le montre la figure 5 ci-dessus, administre la plupart des affaires – qui prend en compte toutes les 838 requêtes de RDIE enregistrées à ce centre d'arbitrage réparties par instrument utilisé par l'État pour donner son consentement au RDIE, soit par consentement donné dans un AII (traité bilatéral ou multilatéral, accords de libre-échange et autres), dans un contrat d'investissement (contrat d'État) ou dans une loi nationale sur l'investissement<sup>232</sup>. Voyons le graphique (Fig. 6) ci-dessous :

<sup>231</sup> CNUCED, préc., note 229.

<sup>232</sup> CIRD I, *Affaires du CIRD I – Statistiques*, Numéro 2021-2, 2021, p.7, 9 et 11, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/publications/affaires-du-cirdi-statistiques>> (consulté le 11 août 2021). Les 838 affaires enregistrées au CIRD I incluent les arbitrages (825 cas - 98,5%) et les conciliations (13 cas - 1,5%).



**Figure 6. –** Instrument invoqué pour établir le consentement à la compétence du CIRDI  
 Source : CIRDI, Affaires du CIRDI – Statistiques 1966 - 2021<sup>233</sup>

Ainsi, selon ces chiffres du CIRDI, on peut constater que la majorité des affaires enregistrées ont comme source primaire un AII (77 %). En dépit de ne pas avoir toutes les données des affaires d'arbitrage d'investissement qui surviennent dans le monde, les chiffres présentés par la CNUCED et le CIRDI donnent une estimation de ce que représentent les AII. On peut retenir trois conclusions : parmi les sources, le traité est l'instrument le plus utilisé pour établir le consentement à l'arbitrage d'investissement; parmi les institutions, le CIRDI administre la majorité des cas; et parmi les mécanismes de RDIE, l'arbitrage d'investissement est très largement le principal mécanisme utilisé. Par ailleurs, on ne peut pas sous-estimer les affaires résolues par voie administrative ou devant les tribunaux nationaux et qui ne sont pas répertoriés par les principales institutions internationales vouées au RDIE.

Il faut dire que cet essor des TBI n'est pas parvenu sans critiques. Les décisions de tribunaux arbitraux qui remettent en cause la souveraineté des États de réglementer et de mettre en œuvre leurs politiques publiques dans les domaines de l'environnement, du droit de la personne et de la santé ont attiré l'attention des observateurs. Le point central est toujours le mécanisme débalancé de RDIE.

<sup>233</sup> *Id.*, p. 11. Voir le graphique 6.

Un des opposants qualifie ledit mécanisme comme une « [...] justice d'exception au profit exclusif de certains plaideurs – les investisseurs directs étrangers [...] »<sup>234</sup>. Un autre observe dans le même sens que « [...] as merchants of adjudicative services, arbitrators have a financial stake in furthering the system's appeal to claimants and, as a result, the system is tainted by an apprehension of bias in favour of allowing claims and awarding damages against governments »<sup>235</sup>.

Exprimant une certaine appréhension, Walid Ben Hamida affirme que :

[...] l'arbitrage État investisseur accepté unilatéralement par les États est l'innovation la plus importante dans le droit de l'investissement depuis la fin du siècle dernier. [...] l'on assiste aujourd'hui à la naissance d'un contrôle de la légalité des agissements des États [...] nous entrons dans le nouveau millénaire avec un sentiment mélangé d'espoir et de crainte. Ce mécanisme peut devenir la meilleure ou la pire des choses, selon l'usage qu'en feront les personnes privées, selon l'usage qu'en feront les arbitres, sur lesquels pèse aujourd'hui une immense responsabilité<sup>236</sup>.

D'autres s'étonnent de la caractéristique envahissante de ce mécanisme envers l'arbitrage conventionnel et les risques de traiter les deux types d'arbitrage de manière similaire même s'ils sont de natures différentes<sup>237</sup>.

Finalement, la réflexion de Ben Hamida est assez claire sur la problématique actuelle à laquelle est confronté le mécanisme de RDIE, en ces paroles :

L'arbitrage d'investissement est aujourd'hui au cœur de toutes les controverses et les débats. L'avènement d'un arbitrage à la disposition des personnes privées bouleverse notre ordre juridique préétabli, efface progressivement les frontières entre nos disciplines juridiques traditionnelles et supprime le fossé entre le droit et la société. Ce mécanisme envahisseur et perturbateur marque une rupture chronologique avec notre héritage juridique, nos idées reçues et nos conceptions solidement ancrées. Derrière le mécanisme tel qu'il est conçu, se profilent, en filigrane, les termes d'un débat sur la souveraineté des États, la démocratie, le rôle des organisations non gouvernementales dans la société internationale, l'égalité, la justice, l'étendue du pouvoir législatif et judiciaire, l'organisation constitutionnelle des États, leur capacité à élaborer librement des règles et des politiques, les bienfaits ou les méfaits de la mondialisation.<sup>238</sup>

---

<sup>234</sup> Renaud BEAUCHARD, *supra*, note 45, p. 11.

<sup>235</sup> G. VAN HARTEN, *préc.*, note 7, p. 152-153.

<sup>236</sup> W. B. HAMIDA, *préc.*, note 16 à la page 398.

<sup>237</sup> A. PRUJINER, *préc.*, note 59.

<sup>238</sup> W. B. HAMIDA, *préc.*, note 16 à la page 398.

Après avoir sondé l'ampleur des AII, en particulier des TBI, ainsi que les critiques qui sont faites envers ces instruments, force est de constater l'importance de cette source pour le droit de l'investissement et sa prédominance dans le cadre juridique du RDIE. Dans les sous-divisions suivantes, nous donnerons un aperçu des règles de transparence dans ces instruments.

### ***1) La transparence dans les AII***

Dans la division antérieure, on a vu la prépondérance et l'importance des AII comme source du droit de l'investissement. En tant que source qui contient les règles de droit qui seront adoptées par les deux parties et seront appliquées par le tribunal arbitral en cas d'un différend, il est nécessaire que la rédaction de chacun de ces AII soit claire et transparente. En plus du fait que l'instrument lui-même doit avoir le caractère de transparence dans ses dispositions, il apporte des obligations de transparence qui doivent être observées dans les relations entre les parties et durant la résolution des conflits.

D'une façon générale, dans les AII, on trouvera : les définitions terminologiques adoptées par le traité et visant l'uniformisation du langage entre les parties; les règles substantielles de protection des investissements; les dispositions sur la promotion et la facilitation des investissements; le choix du mécanisme procédural de résolution des conflits en cas de violation du traité ou en cas d'interprétation du traité; les clauses de réserves, d'exceptions et d'exclusions; et, finalement, les renvois à d'autres sources<sup>239</sup>. Voilà pourquoi l'étape qui précède les traités, elle aussi, doit être transparente comme l'on a vu plus haut<sup>240</sup>.

Premièrement, il importe de souligner que les définitions terminologiques et les règles substantielles de protection des investissements combinées aux réserves, exceptions et exclusions sont les principaux points de conflits durant la mise en œuvre d'un traité, lors de la requête de l'arbitrage (recevabilité et compétence) et pendant le déroulement de l'instance arbitrale concernant l'interprétation des clauses de protection. C'est généralement là que la transparence et la cohérence des décisions sont remises en question.

---

<sup>239</sup> Pour des modèles de plusieurs AII, voir « IIA Navigator » : CNUCED, préc., note 21.

<sup>240</sup> Lire *supra*, Paragraphe 1.1.3, Division B.

Deuxièmement, les dispositions pour la promotion et la facilitation de l'investissement ainsi que, le cas échéant, le préambule du traité, doivent être considérés comme des clauses souples et peu contraignantes, tout en demeurant non négligeables. Des conflits fondés sur ce genre de clauses sont normalement associés à d'autres clauses de protection plus générales tels que le traitement juste et équitable (TJE). À cet égard, dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*<sup>241</sup> un manque de transparence a été invoqué par le demandeur comme violation de la clause de TJE, compte tenu du fait qu'une municipalité avait pris une mesure administrative contraignante contraire à la position du gouvernement fédéral. Malgré cela, en principe, les dispositions souples du traité ne sont considérées que des sources de nature interprétative et subsidiaire.

Troisièmement, le choix du mécanisme de règlement de différend en cas de violation du traité ou en cas d'interprétation du traité relève de la question procédurale, point sur lequel nous reviendrons dans la prochaine section. Ici, il importe de souligner qu'une grande étude de l'OCDE<sup>242</sup> fondée sur 1 660 TBI et autres AII couvrant 54 pays et portant sur les principales dispositions relatives au RDIE a montré que bien qu'il y ait une tendance à l'augmentation des dispositions de la procédure du RDIE dans les traités, ces dispositions ne font que de rares apparitions. La majorité des traités font le renvoi aux règles procédurales du CIRDI, CNUDCI et autres<sup>243</sup>. Cette étude a également souligné que :

Some ISDS provisions seek to increase the transparency of arbitral proceedings, and enhance the quality of decisions. In the sample, provisions have been found that deal with (a.) public access to procedures and decisions; (b.) involvement of experts, amici curiae, and non-disputing parties; and (c.) obligations to motivate arbitral awards. Such provisions, common in many countries' domestic laws, are rare in bilateral treaties.<sup>244</sup>

Pour en revenir aux clauses de protection des investissements, le contenu des AII est varié. Faire un inventaire des clauses de protection de l'IDE de tous les AII disponibles serait une tâche laborieuse, mais nous estimons qu'il convient de pointer quelques-unes des plus connus : clauses de traitement national (TN), selon lesquelles le traitement des investisseurs et des

---

<sup>241</sup> *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, préc., note 9.

<sup>242</sup> OCDE, *Dispute settlement provisions in international investment agreements: A large sample survey*, Paris, FR, Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, 2016, en ligne : <<https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291678.pdf>> (consulté le 15 avril 2021).

<sup>243</sup> *Id.*

<sup>244</sup> *Id.*, par. 110.

investissements étrangers ne doit pas être inférieur à celui accordé à un national; clause de garantie de traitement de la nation la plus favorisée (NPF), suivant lequel le traitement donné aux ressortissants d'un État ne doit pas être inférieur à celui accordé à un national dans les mêmes conditions; clause de traitement juste et équitable (TJE) qui couvre un nombre indéterminé de possibilités de protections dû à son aspect vague et générale, telle que la norme minimale de protection et sécurité, obligations de transparence de l'État ainsi que certains principes tels que la bonne foi; et clause de protection contre expropriation sans compensation<sup>245</sup>.

Il est courant qu'un traité fournisse en détail les règles substantielles pour la promotion et la protection des investissements et pour ce qui est de la procédure du RDIE, qu'elle fasse référence aux règles de procédure d'arbitrage du CIRDI, de la CNUDCI ou d'autres tribunaux arbitraux.

Sans aucun doute, la maturation de la jurisprudence elle-même a conduit à un plus grand encadrement de l'interprétation de ces normes de protection. Même si elle n'élimine pas toutes les incohérences, de grands progrès ont été accomplis.

En outre, les récents AII offrent quelques solutions innovatrices en faveur de la transparence dans la procédure de RDIE et du droit des parties contractantes de régler dans l'intérêt public. Tel est le cas du AECG qui au cours de son élaboration a profité de plus de 20 ans d'expertise depuis la mise en œuvre de l'ALENA ainsi que d'autres TBI et de la jurisprudence qui a été produite dans cette période. Ce traité entre le Canada et l'UE prévoit des dispositions plus précises, rend l'instance arbitrale publique, incorpore des règles de *soft law* et des organisations professionnelles d'intégrité dans le RDIE et, entre autres, suggère un mécanisme tout particulier d'arbitrage et de tribunal d'appel.

Les dispositions sur l'investissement sont traitées dans le Chapitre 8 de l'AECG. Les dispositions du RDIE sont concentrées dans la Section F qui couvre de l'article 8.18 jusqu'à l'article 8.45. En outre, les dispositions de l'article 8.1 à l'article 8.17 couvrent les définitions et le champ

---

<sup>245</sup> Voir, à cet égard, dans les articles 14.4 à 14.11, la liste des obligations qui doivent être respectées par les parties contractantes de l'Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM). *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis–Mexique*, préc., note 219.

d'application, les dispositions concernant l'établissement d'investissements et les clauses de protection (TN, NPF, expropriation, etc.) ainsi que les réserves et exceptions.

Les innovations majeures d'un tel mécanisme sont mises en évidence par la proposition de création d'un Tribunal spécifique et permanent, similaire aux tribunaux judiciaires et aux tribunaux internationaux, pour régler les différends qui découlent des investissements réalisés dans le cadre de l'AECG. Pour la création d'un tel tribunal, une attention particulière est portée en ce qui a trait : à la composition équitable et permanente du Tribunal, en tenant compte de la participation égale des parties impliquées, soit cinq de l'UE, cinq du Canada et cinq d'un pays tiers; à la qualification et au professionnalisme dans le déroulement du traitement des plaintes, étant donné que les membres du Tribunal doivent posséder des qualifications reconnues avec une expertise particulière en droit international et une l'expertise souhaitable en droit de l'investissement, commerce international et règlement des différends découlant des accords internationaux sur l'investissement ou des accords commerciaux internationaux; à l'institution d'un Tribunal d'appel en vertu de l'article 8.28; au Code de conduite qui préserve l'indépendance des membres de la Cour, conformément à l'article 8.30; à la transparence des procédures du Tribunal, conformément à l'article 8.36, qui incorpore les règles de la CNUDCI sur la transparence en l'adaptant à la réalité de l'AECG. De plus, toujours en vertu de l'article 8.36, le Tribunal tiendra des audiences accessibles au public, sauf exception, en conservant la nature ouverte et transparente du processus.

Il mérite de souligner les efforts de l'AECG pour essayer d'apporter de la clarté sur les dispositions afin d'écartier toute interprétation élastique, de garder le contrôle sur l'admission de l'investissement et également d'éviter des manœuvres évasives de traité shopping et forum shopping, telles que : la définition de l'expropriation indirecte à l'annexe 8-A; l'exclusion de la phase de pré établissement de l'IDE, soumise à la loi sur l'investissement, du champ d'application du RDIE selon l'Annexe 8-C; la protection du droit de réglementer des parties en matière de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle, comme prévu à l'article 8.9; la définition du TJE ainsi que la portée du standard de protection et sécurité intégrale, suivant l'article 8.10.

De plus, il convient de mentionner l'effort de tenir compte d'un certain alignement face aux exigences déjà existantes des conventions internationales, telles que la satisfaction aux exigences du règlement du CIRDI relative au consentement écrit pour la résolution des conflits et la Convention de New York relative à l'accord écrit. Il est important de noter que les innovations n'excluent pas des mécanismes de règlement à l'amiable par la procédure de consultation (article 8.19), ni la procédure de médiation (article 8.20). Enfin, il existe une disposition générale à l'article 27 sur la transparence dans la publication des lois et de toute règle affectant les parties intéressées. Cet article garantit également le droit d'accès à l'information publique et, le cas échéant, à une procédure administrative qui respecte la primauté du droit.

En ce qui concerne l'arbitrage d'investissement, l'AECG présente, selon Hervé A. Prince, un texte précis qui essaie de combler les déficiences du mécanisme de RDIE largement connues des observateurs spécialisés ainsi que du public en général. Bien qu'il soit d'avis qu'il s'agit d'un texte assez restrictif, limitatif des pouvoirs discrétionnaires des arbitres, il considère que « [...] l'arbitrage investisseur État tel qu'il est formalisé dans l'AECG offre des garanties de transparence et l'équilibre nécessaire entre préservation des intérêts nationaux et sécurisation des investissements étrangers »<sup>246</sup>.

Par ailleurs, Amissi M. Manirabona a déjà soulevé la nécessité d'une clause anticorruption dans l'AECG<sup>247</sup>. Bien qu'il existe une disposition à cet égard dans le champ d'application du RDIE à l'article 8.18 (3), qui considère que l'investissement qui a été réalisé par fraude, dissimulation, corruption ou abus de procédure affecte la condition de recevabilité. Cet article ne prévoit aucune responsabilité ou sanction aux agents publics ou privés impliqués. Manirabona suggère l'inclusion d'une disposition anticorruption plus complète, afin de couvrir des actes de corruption active et passive et agents publics et privés, inspiré des dispositions de la Convention de l'OCDE sur la lutte

---

<sup>246</sup> Hervé Agbodjan PRINCE, « Contribution de l'Accord économique et commercial entre le Canada et l'Union européenne (AECG) au débat sur la contestation de l'arbitrage investisseur État », (2015) 20-2 *Lex Electronica* 1-37, en ligne : <<https://www.lex-electronica.org/s/1409>> (consulté le 20 juillet 2021).

<sup>247</sup> Amissi M. MANIRABONA, « Transparence et intégrité dans l'intégration économique entre le Canada et l'Union européenne: nécessité d'une clause anticorruption dans l'AECG », (2015) 20-2 *Lex Electronica* 91-115, en ligne : <<https://www.lex-electronica.org/s/1417>> (consulté le 20 juillet 2021).

contre la corruption<sup>248</sup> combiné avec des dispositions de la Convention des Nations Unies contre la corruption<sup>249</sup> et d'autres AII qui ont déjà une telle disposition<sup>250</sup>.

Bref, la transparence dans les AII a beaucoup évolué et des exemples montrent leur niveau de sophistication. En ce qui a trait à la transparence dans le mécanisme de RDIE, il semble qu'un test de ce type de mécanisme plus complet et à grande échelle ait été fait, permettant d'identifier les avantages et les inconvénients, épurant le modèle. Le risque demeure la possible multiplication des dispositions contradictoires ou conflictuelles, engendrant une méfiance envers le système.

## ***II) La transparence des définitions dans les AII***

En règle générale, les AII actuels comportent des définitions très détaillées, mais il n'en a pas toujours été ainsi, ce qui a déjà causé trop de problèmes. Dans le cas *Loewen c. États-Unis*<sup>251</sup>, par exemple, le tribunal arbitral n'a pas accepté l'argument de la continuité de nationalité (continuous nationality) compte tenu du fait que l'entreprise demanderesse, durant le cours de la procédure, est passée sous le contrôle d'un national de l'État hôte. Même si le tribunal arbitral avait de fortes raisons pour reconnaître les graves erreurs du jugement de la cour de justice du Mississippi envers le demandeur, ce qui fut l'origine du différend, l'affaire a été décidée en faveur de l'argument de discontinuité de nationalité pour donner raison au défendeur (l'État). Voyons ce que dit la décision des arbitres :

Thus, in the claims settlement agreement between Iran and the United States arising out of the hostage crisis, the requirement of continuous nationality was specifically altered in the agreement. Many of the bilateral investment treaties, the so-called "BITs", contain specific modifications of the requirement. But such specific provisions in other treaties and agreements only hinder TLGI's contentions, since NAFTA has no such specific provision.

230. [...] As international law relaxed to allow aggrieved parties to pursue remedies directly, rather than through diplomatic channels, the need for a rigid rule of *dies ad*

---

<sup>248</sup> *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, préc., note 172.

<sup>249</sup> NATIONS UNIES, *Convention des Nations Unies contre la corruption*, (2003) Résolution 58/4 de l'Assemblée générale du 31 octobre 2003 (Mérida), en ligne : <[https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027\\_F.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf)> (consulté le 20 juin 2020).

<sup>250</sup> A. M. MANIRABONA, préc., note 247, 110-111.

<sup>251</sup> *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, 2003 CIRDI-ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/632>> (consulté le 19 juin 2020).

*quem* also was relaxed. But as was previously noted, such relaxations came about specifically in the language of the treaties. There is no such language in the NAFTA document and there are substantial reasons why the Tribunal should not stretch the existing language to affect such a change<sup>252</sup>.

[*Nous soulignons*]

Un autre exemple est relatif aux définitions d'*investissement* et d'*investisseur* – deux éléments importants pour la saisie d'un tribunal arbitral<sup>253</sup> –; elles sont beaucoup plus détaillées dans les plus récents AII que dans les traités de première génération. À cet égard, les plus récents AII signés par le Canada (AECG, ACEUM) ainsi que ses modèles de TBI (2004 et 2021)<sup>254</sup> offrent des exemples de rédactions précises pour définir l'investisseur et l'investissement couverts par le traité.

À titre d'exemple, prenons la définition du mot « investissement » dans le premier TBI signé entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959 :

#### **Article 8**

1. a) Par « investissement » il faut entendre le capital – devises, marchandises, droits de propriété, brevets et connaissances techniques – introduit dans le territoire de l'autre Partie pour y être investi sous diverses formes. Le mot « investissements » englobe aussi le produit desdits « investissements » remployé dans ces investissements.

b) Toute participation, toute société ou tout actif de nature analogue découlant de l'utilisation des avoirs susmentionnés sera assimilé à un « investissement ».<sup>255</sup>

---

<sup>252</sup> *Id.*

<sup>253</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 277-278, 288. Pour l'introduction de l'instance arbitrale, à l'instar de la procédure judiciaire, il est nécessaire que les conditions de recevabilité de l'action, la qualité pour agir et l'intérêt pour agir soient remplies. En d'autres termes, il faut que la demande soit introduite par celui qui est réputé investisseur et que le différend soit lié à un investissement visé par l'AII.

<sup>254</sup> Pour les modèles de TBI de plusieurs pays, voir « International Investment Agreements Navigator - Model Agreements » : CNUCED, préc., note 21; Pour le texte intégral du modèle de TBI 2021 du Canada, voir : GOUVERNEMENT DU CANADA, « Modèle d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) du Canada de 2021 », en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/index.aspx?lang=fra>> (consulté le 30 juillet 2021).

<sup>255</sup> *Traité entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan tendant à encourager et à protéger les investissements*, préc., note 207. Il faut souligner qu'un Échange de Notes a été fait entre les autorités des deux pays pour préciser l'interprétation du mot « investissement ». Ce document fait partie intégrante dudit traité. Cependant, aux fins de cette analyse, cela ne modifie pas les conclusions tirées.

Voyons maintenant la définition du même mot dans le dernier TBI signé par le Canada et la République de Moldova en 2018<sup>256</sup> :

#### **ARTICLE PREMIER**

[...]

« **investissement** » s'entend :

- a) d'une entreprise;
- b) d'une action ou d'un autre type de participation au capital social d'une entreprise;
- c) d'une obligation, d'une débenture ou d'un autre titre de créance d'une entreprise;
- d) d'un prêt à une entreprise;
- e) nonobstant les sous-paragraphes c) et d) de la présente définition, un prêt ou un titre de créance consenti 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;
- f) d'un droit de participation aux revenus ou aux bénéfices d'une entreprise;
- g) d'un droit de participation au partage d'actifs d'une entreprise en cas de dissolution;
- h) d'actifs liés à une activité économique exercée sur le territoire d'une Partie et financée par des capitaux ou d'autres ressources engagés sur ce territoire, par exemple au titre :
  - i) d'un contrat qui suppose la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de cette Partie, y compris d'un contrat clés en main, d'un contrat de construction ou d'une concession,
  - ii) d'un contrat dont la rémunération dépend en grande partie de la production, du chiffre d'affaires ou des bénéfices d'une entreprise;
- i) des droits de propriété intellectuelle;
- j) de tout autre bien corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, et de tout droit de propriété connexe acquis ou utilisé dans le but de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales,

**à l'exclusion :**

- k) d'une créance découlant exclusivement :

---

<sup>256</sup> *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de Moldova concernant la promotion et la protection des investissements* (Signé à Ottawa le 12 juin 2018, entré en vigueur le 23 août 2019), en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/moldova/fipa-apie/text-texte.aspx?lang=fra> (consulté le 20 juillet 2021).

i) soit d'un contrat commercial pour la vente d'un produit ou d'un service par un ressortissant ou une entreprise qui se trouve sur le territoire d'une Partie à une entreprise qui se trouve sur le territoire de l'autre Partie,

ii) soit de l'octroi de crédits dans le cadre d'une opération commerciale, comme le financement commercial,

l) de toute autre créance relative à des sommes d'argent, lorsqu'elle ne se rapporte pas aux catégories d'actifs visés aux sous-paragraphes a) à j);

« **investissement d'un investisseur d'une Partie** » s'entend d'un investissement détenu ou contrôlé directement ou indirectement par un investisseur de cette Partie;

« **investissement visé** » s'entend, à l'égard d'une Partie, de l'investissement sur le territoire de celle-ci d'un investisseur de l'autre Partie, qui existe à la date d'entrée en vigueur du présent accord, ou qui est fait ou acquis après cette date;<sup>257</sup>

Il est facile de voir la simplicité de la définition du mot « investissement » en 1959. Cela semblait évident. L'investissement n'était que le capital investi sous diverses formes, ses dérivés et ce qui pouvait être assimilé de la même manière. Cette définition laissait une très large marge d'interprétation à partir d'une courte liste non exhaustive. En revanche, la définition actuelle de 2018 contient une liste presque exhaustive, laissant très peu de place à l'interprétation, y compris la définition négative (les exclusions) et, en plus, deux noms de dérivés (investissement d'un investisseur d'une partie et investissement visé) sont ajoutés pour donner plus de précision.

Dans ce cas, il s'agit de déterminer si les conditions de recevabilité de l'action, la qualité et l'intérêt pour agir sont remplis. En d'autres termes, il faut que la demande soit introduite par celui qui est réputé investisseur et que le différend soit lié à un investissement visé par l'AI.

Il est à noter que cette précision terminologique n'a pas évolué sans controverse et n'est pas utilisée par tous les traités. Le mot investissement a déjà été au centre du débat à maintes reprises, notamment dans l'affaire *Fedax N.V. v. Venezuela*<sup>258</sup> en 1997, laquelle n'a pas produit une discussion approfondie sur le sujet<sup>259</sup> et dans l'affaire *Salini c. Maroc*<sup>260</sup> qui a marqué le critère

---

<sup>257</sup> *Id.*

<sup>258</sup> *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, 1997 CIRDI-ICSID Case No. ARB/96/3 (Decision on jurisdiction), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/432>> (consulté le 19 juillet 2021).

<sup>259</sup> Emmanuel GAILLARD, « Identify or define? Reflections on the evolution of the concept of investment in ICSID practice », dans Christina BINDER, Ursula KRIEBAUM, August REINISCH et Stephan WITTICH (dir.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 403-416.

<sup>260</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, 2001 CIRDI-ICSID Case No. ARB/00/4 (Decision on jurisdiction), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/documents/959>> (consulté le 19 juillet 2021).

plus fréquemment soulevé et appelé le « test Salini » qui établit qu'un investissement doit représenter un apport financier, avoir une durée longue, comporter un certain risque et contribuer au développement économique de l'État d'accueil »<sup>261</sup>.

Cette tendance de précision de la définition d'investisseur, bien qu'il n'en existe aucune forme rigide, est observée dans d'autres récents TBI. La rédaction apporte parfois une liste exhaustive comme on l'interprète du récent TBI entre le Japon et la Géorgie<sup>262</sup>, en ces termes :

(a) the term "investment" means every kind of asset owned or controlled, directly or indirectly, by an investor of a Contracting Party, that is made in the Territory of the other Contracting Party in accordance with applicable laws and regulations of the other Contracting Party, and that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take shall include:<sup>263</sup>

[Nous soulignons]

À première vue, cette technique d'écriture semble laisser plus de liberté pour cadrer le terme investissement, mais la liste est précédée de la commande « shall » pour imposer que la forme d'investissement se retrouve parmi les catégories détaillées.

Le TBI entre Hong Kong et les Émirats arabes unis de 2019<sup>264</sup> opte également pour une définition plus élaborée du terme investissement, mais elle propose une liste moins étendue et laisse place à l'interprétation en ceci qu'il s'agit d'une liste d'exemples non limitative puisqu'elle emploie l'expression « shall include in particular »; voyons comment la définition est écrite :

(d) "investment" means every kind of asset invested directly or indirectly by investors of one Contracting Party in the area of the other Contracting Party in accordance with its laws and regulations and shall include in particular:<sup>265</sup>

[Nous soulignons]

---

<sup>261</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 190-191.

<sup>262</sup> *Accord entre le Japon et la Géorgie pour la libéralisation, la promotion et la protection des investissements* (Signé à Tbilissi le 29 janvier 2021), en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6078/download>> (consulté le 20 juillet 2021). Ce TBI n'est pas encore en vigueur.

<sup>263</sup> *Id.*, art. 1 (a).

<sup>264</sup> *Accord entre le gouvernement de la région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine et le gouvernement des Émirats arabes unis pour la promotion et la protection réciproque des investissements* (Signé à Dubaï le 16 juin 2019, entré en vigueur le 6 mars 2020), en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5865/download>> (consulté le 20 juillet 2021).

<sup>265</sup> *Id.*, art. 1 (d).

Le TBI entre la Biélorussie et la Hongrie suit la même formule qui utilise une liste non limitative, mais en faisant plus clair ajoute l'expression « shall include, in particular, though not exclusively »<sup>266</sup>.

De la même manière, le TBI entre le Burkina Faso et la Turquie<sup>267</sup> contient une liste, mais utilise l'expression « sans être limité à », en laissant les possibilités ouvertes de ce qui peut être interprété comme investissement.

Bien que le modèle canadien semble plus détaillé, cela ne veut pas dire qu'il est un modèle à être adopté de manière généralisée. Toutefois, lorsqu'il s'agit de la transparence des définitions, il nous semble qu'une plus grande précision et une liste exhaustive sont des moyens d'apporter plus de clarté et moins de marge d'écart d'interprétation par les tribunaux arbitraux.

### **Division B : Les autres sources traditionnelles non conventionnelles du droit de l'investissement**

Les autres sources prévues dans l'article 38 (1) du Statut de la CIJ, la coutume internationale, les principes généraux de droit, la jurisprudence et la doctrine occupent une place subsidiaire en droit de l'investissement, mais qu'il ne faut pas négliger. En outre, certaines coutumes et principes ont été incorporés par des clauses dans les traités. Voyons ci-dessous un aperçu de ces sources.

#### ***1) La coutume internationale***

Quant à la coutume internationale, on sait qu'elle découle d'une pratique assez consolidée pour qu'elle devienne acceptable au sein d'un groupe à l'échelle internationale comme obligation juridique qui lie les parties (*opinio juris*)<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> Accord entre le gouvernement de la République de Biélorussie et le gouvernement de Hongrie pour la promotion et la protection réciproque des investissements, art. 1 (1) (Signé à Minsk le 14 janvier 2019, entré en vigueur le 28 septembre 2019), en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5915/download>> (consulté le 20 juillet 2021).

<sup>267</sup> Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement de la République de Turquie sur la promotion et la protection réciproque des investissements (Signé à Ankara le 11 avril 2019), en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5910/download>> (consulté le 20 juillet 2021). Ce TBI n'est pas encore en vigueur.

<sup>268</sup> M. SORNARAJAH, préc., note 7, p. 82; A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 119.

D'une part, elle est davantage insérée dans les clauses des AII<sup>269</sup>, c'est-à-dire que la coutume est devenue au fil du temps un ensemble de règles écrites conventionnelles parfois imposée par la jurisprudence. En effet, certaines clauses de standard minimum de protection de l'investisseur ou de l'investissement tel que le traitement juste et équitable ou l'interdiction d'une expropriation sans compensation ne sont que des exemples de ce phénomène<sup>270</sup>.

D'autre part, la coutume internationale est utilisée, selon Nanteuil, « [...] comme moyen d'interprétation des règles conventionnelles [...] »<sup>271</sup>. Cet auteur donne comme exemple les recours aux critères généraux et complémentaires d'interprétation des traités de la Convention de Vienne même pour les États qui n'ont pas ratifié cette convention<sup>272</sup>.

Il convient aussi de noter que, en ce qui concerne la formation d'une coutume internationale, le pouvoir d'un État peut s'avérer décisif pour dicter la norme coutumière<sup>273</sup>. Même si dans l'histoire récente ils ne sont pas toujours couronnés de succès, il reste plusieurs exemples de pays plus développés qui essaient d'imposer leurs coutumes par le biais de standards globaux de gouvernance et de la primauté du droit ou par la dissémination d'idées néolibérales sur le marché<sup>274</sup>.

Finalement, en guise d'exemple, Schreuer *et al.* ont identifié plusieurs normes de la coutume internationale qui ont été utilisées par des tribunaux arbitraux constitués sur les règles du CIRDI:

- principles of State responsibility [...];
- the principle of respect for acquired rights [...];
- consequences of a state of necessity [...];
- denial of justice [...];
- the standard of protection in case of an insurrection [...];
- nationalization in breach of a stabilization clause [...];
- expropriation requires compensation [...];

---

<sup>269</sup> Claire Crépet DAIGREMONT, « Les sources du droit international des investissements », dans Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2015, p. 83-117 à la page 111.

<sup>270</sup> *Id.* aux pages 111-113; Voir également : A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 120; Voir aussi : M. SORNARAJAH, préc., note 7, p. 82.

<sup>271</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 124.

<sup>272</sup> *Id.*; Pour la Convention de Vienne, voir : *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 200, art. 31 et 32.

<sup>273</sup> M. SORNARAJAH, préc., note 7, p. 84-85.

<sup>274</sup> *Id.*, p. 85.

- the *Chorzow Factory* standard [...] providing the appropriate measure of compensation for wrongful expropriation [...];
- a lawful nationalization requires a legislative enactment, taken for a *bona fide* public purpose, non-discrimination and appropriate compensation [...];
- not only tangible property rights but also contractual rights may be indirectly expropriated [...];
- jurisdiction is determined by reference to the date on which proceedings are instituted [...];
- is there a requirement to exhaust local remedies? [...]
- is it permissible to pierce the corporate veil to determine jurisdiction? [...]
- are shareholders protected under general international law? [...] <sup>275</sup>

## II) *Les principes généraux de droit*

Certains disent que les principes généraux de droit occupent une zone périphérique, même marginale<sup>276</sup>, avec un champ d'application étroit et un impact limité compte tenu de la généralité de telles normes. Il n'est pas rare qu'il existe une certaine confusion dans la détermination d'une norme ou d'une notion en tant que principe ou en tant que coutume, si bien que la Commission du droit international a décidé d'inclure cette problématique dans son programme de travail, ayant déjà produit deux rapports sur les enjeux qui entourent la « reconnaissance » d'un principe général de droit<sup>277</sup>.

De toute manière, il est possible de reconnaître dans la pratique arbitrale l'applicabilité de principes généraux de droit tels que notamment « [...] l'interdiction de l'abus de droit et de procédure [...] [le] principe de bonne foi [...] »<sup>278</sup>, la notion de droit acquis<sup>279</sup>, « [...] la règle *pacta sunt servanda*, l'*exceptio non adimpleti contractus*, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui et l'interdiction de l'enrichissement illégitime [ou sans cause] [...] »<sup>280</sup>.

Dans la pratique de tribunaux arbitraux constitués sur les règles du CIRDI, Schreuer *et al.* ont identifié les principes suivants :

---

<sup>275</sup> Christoph H. SCHREUER, Loretta MALINTOPPI, August REINISCH et Anthony SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2009, p. 606, 607.

<sup>276</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 131.

<sup>277</sup> Marcelo VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, *Deuxième rapport sur les principes généraux du droit*, A/CN.4/741, Genève, Nations unies - Commission du droit international - Soixante-douzième session, 2020, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/093/45/PDF/N2009345.pdf?OpenElement>> (consulté le 31 juillet 2021).

<sup>278</sup> C. C. DAIGREMONT, préc., note 269 à la page 113.

<sup>279</sup> M. SORNARAJAH, préc., note 7, p. 85.

<sup>280</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 14.

- good faith [...];
- prohibition of corruption [...];
- nobody can benefit from his or her own fraud (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) [...];
- general principles of contract law [...] including *pacta sunt servanda* [...] and the *exceptio non adimpleti contractus* [...];
- estoppel [...];
- unjust enrichment; [...]
- full compensation of prejudice resulting from a failure to fulfil contractual obligations [...];
- the principle of compensation in case of nationalization [...];
- general principles of due process [...];
- the claimant bears the burden of proof [...];
- *res judicata* [...];
- prohibition of abuse of right [...];
- the duty to mitigate damage [...];
- no one can transfer a better title than he or she has (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*) [...];
- valuation of damages [...].

En ce qui concerne la thématique de la transparence, il n'est pas possible d'affirmer qu'il existe un principe de transparence appliqué aux arbitrages, mais plutôt des règles appliquées aux arbitrages. Le principe de transparence est invoqué comme source matérielle pour la création de telles règles, dans la plupart des cas, des règles procédurales. En revanche, il semble que le principe de confidentialité est plus diffusé dans les arbitrages. En d'autres mots, les arbitres vont normalement appliquer les règles de transparence s'il y a des règles prévues (des règles accordées entre les parties avant ou durant la procédure), mais rarement sur un principe de transparence.

### **III) La jurisprudence et la doctrine**

Par rapport à la jurisprudence, les décisions de la Cour permanente de Justice internationale et de sa successeure la Cour internationale de Justice (CIJ) ainsi que les décisions de tribunaux arbitraux ne constituent pas des précédents contraignants. En conséquence elles ne constituent pas une source qui lie les arbitres. Tel que déjà mentionné, ces derniers ne sont même pas obligés de suivre leurs propres décisions<sup>281</sup>, ce qui soulève la critique fréquemment formulée concernant le manque de consistance des décisions observées dans la propre jurisprudence peu cohérente

---

<sup>281</sup> J. SICARD-MIRABAL, préc., note 70; C. HAMBY, préc., note 75.

et parfois contradictoire qui sape la confiance et nuit au développement de la discipline du droit de l'investissement<sup>282</sup>.

Néanmoins, on ne peut pas minimiser le fait que la jurisprudence demeure une force de persuasion qui aide à la consolidation et à l'éclaircissement des règles conventionnelles de la coutume et des principes généraux de droit. Nous reviendrons sur ce sujet ultérieurement à l'occasion de l'analyse de la transparence dans le contentieux relatif à l'investissement<sup>283</sup>.

Finalement, la doctrine constitue une source auxiliaire du droit de l'investissement, tout en ayant un considérable « [...] rôle d'éclaircissement de la pratique et peut être d'un précieux recours face à l'obscurité ou à l'ambiguïté de certaines dispositions »<sup>284</sup>.

### **Paragraphe 2.1.2 : L'impact des sources nationales dans la transparence de l'arbitrage d'investissement**

Après avoir présenté les sources internationales, nous verrons maintenant le rôle du cadre juridique national en tant que source du droit de l'investissement et son impact sur la transparence dans l'arbitrage d'investissement. Il est convenu que la source nationale a un impact sur deux étapes de l'investissement. L'une durant l'admission de l'investissement, l'autre après. En outre, il est important de vérifier l'harmonisation de la source nationale avec les autres sources déjà présentées.

#### **Division A : La source nationale dans l'étape durant l'admission de l'investissement**

Quant à l'étape durant l'admission de l'investissement, l'autonomie souveraine pour créer des règles d'acceptation de l'IDE relève de la compétence des États, cependant cette affirmation doit être prise avec réserve, du fait qu'il existe des rapports de forces différents entre les puissances économiques<sup>285</sup>, si bien que certains AII vont admettre la possibilité de couvrir la phase préalable à l'établissement de l'IDE en permettant, en cas d'un différend, qu'un tribunal arbitral puisse être

---

<sup>282</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 2.

<sup>283</sup> Lire *infra*, la Section 2.3.

<sup>284</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 145.

<sup>285</sup> K. BENYEKHLEF, préc., note 58, p. 327.

saisi pour y intervenir<sup>286</sup>. Cette hypothèse peut donner lieu à une demande fondée sur le standard du TN ou de la NPF<sup>287</sup> ou même sur le comportement de l'État contraire à ses engagements ou contre une loi locale en la matière<sup>288</sup>.

Nous n'allons pas nous étendre sur l'étape préalable à l'investissement dans cette étude<sup>289</sup>, néanmoins, il convient de mentionner, par souci d'éclaircissement et de transparence, que l'inclusion dans un AII d'une clause spécifique qui régit la matière s'avère une bonne pratique. Il est important de préciser si le recours au RDIE est accordé ou non dès l'admission de l'investissement.

Bref, dans la phase de pré établissement de l'investissement, dans la plupart des cas, c'est la loi nationale qui s'impose, à moins que les parties n'en conviennent autrement. Dans cette dernière situation, la discussion peut porter sur les normes de protection, ce qui va privilégier la source internationale.

### **Division B : La source nationale dans l'étape suivant l'admission de l'investissement**

Cette étape a lieu lorsque l'investissement est admis à s'établir sur le sol de l'État d'accueil et est ainsi assujéti aux centaines de lois et règlements administratifs provenant du fédéral et des unités fédérées, ce qui constitue peut-être des milliers de dispositions légales à être observées. À propos de cette étude, trois situations méritent être considérées : l'incidence générale de la source nationale, le consentement à l'arbitrage par le biais d'une loi nationale et l'incidence du droit national sur le contrat d'investissement.

Dans la première situation, la source nationale va toujours exercer une forme d'ingérence sur l'investissement et l'investisseur. En en citant quelques-unes, il est possible de constater que la

---

<sup>286</sup> D'après la base de données de la CNUCED, de 2574 AII répertoriés, il n'y a que 154 (5%) qui contiennent une disposition concernant le préétablissement de l'investissement. La plupart de ces AII sont les TBI signés par les États-Unis et les TBI signés par le Canada : IIA Navigator CNUCED, préc., note 21.

<sup>287</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 332-333.

<sup>288</sup> CNUCED, *International investment agreements: key issues*, I, coll. UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, New York and Geneva, United Nations Publications, 2004, p. 167, en ligne : <[https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit200410\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit200410_en.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021).

<sup>289</sup> Pour un aperçu à cet égard, voir : Walid Ben HAMIDA, « L'admission des investissements et des investisseurs », dans Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2015, p. 244-264; V. aussi : A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 329-334.

source nationale peut impacter sur divers champs d'intérêt de l'IDE : loi sur l'investissement, loi sur l'immigration, lois sur l'environnement, lois sur la sécurité et santé dans le travail, loi sur l'accès à l'information, lois fiscales, lois sur le budget gouvernemental, permis de construction, autorisations de travail, etc.

Par exemple, dans le domaine de l'énergie, il n'est pas rare que la construction des lignes de transport d'électricité traverse plusieurs municipalités ou d'autres unités fédérées ou même dépasse la frontière d'un État. On s'attend à ce que l'investisseur se conforme à plusieurs lois et règlements de différentes natures (environnementale, droit des peuples autochtones, etc.) et sphères (nationales et autres que nationales). Des autorisations doivent être émises souvent par les autorités locales, parfois en concurrence avec des lois du gouvernement central pouvant constituer des conflits de compétences législatives.

À cet égard, le modèle de TBI canadien inclut une disposition, suivant laquelle :

3. Le traitement [national] accordé par une Partie en application des paragraphes 1 [référant à l'investisseur] et 2 [référant à l'investissement] s'entend, en ce qui concerne un gouvernement autre que central, du traitement que ce gouvernement accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs, et aux investissements des investisseurs, de la Partie dont il fait partie<sup>290</sup>.

En conséquence, la mise en œuvre d'une loi locale ne peut pas constituer une violation des dispositions du TBI si elle a été appliquée de façon non discriminatoire entre les investisseurs nationaux et étrangers.

Dans la deuxième situation, le consentement de l'État à l'arbitrage par le biais d'une loi nationale sur l'investissement était présent dans la sentence de l'affaire classique *SPP c. Égypte*<sup>291</sup> en 1988 qui a reconnu à l'époque que le consentement de l'Égypte à l'arbitrage a été donné en fonction d'une disposition de sa loi sur l'investissement. Cette affaire est également restée dans les mémoires comme propagateur d'un tel mécanisme de consentement à l'arbitrage en tant qu'incitatif à l'investissement, ce qui fait qu'une cinquantaine des pays ont introduit des

---

<sup>290</sup> Modèle d'APIE – 2021 du Canada, article 5 (3). La même formule est utilisée en ce qui concerne le standard de protection de la NPF, selon l'article 6 (3). V. GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 254.

<sup>291</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, préc., note 5.

mécanismes similaires dans leur cadre de lois ou codes sur l'investissement<sup>292</sup>. On a vu plus haut, que dans l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*<sup>293</sup>, deux ans plus tard, le tribunal arbitral a également reconnu le consentement d'arbitrage de la part de l'État, en l'espèce par l'intermédiaire du TBI.

La troisième situation relève du contrat d'investissement ou contrat d'État. Cette forme d'accord entre l'État ou ses unités autres que fédérales de l'administration centrale ou décentralisée avec l'investisseur est peut-être un des premiers exemples du droit de l'investissement dans ses traits contemporains<sup>294</sup>. Ce type d'arrangement peut également être connu sous le nom de contrat international impliquant une personne publique.

Il importe de souligner que la clause compromissoire d'arbitrage international n'engendre pas de controverses majeures dans ce type de contrat. La controverse a été centrée pendant un certain temps sur la loi applicable à ce genre de contrat<sup>295</sup>. Dans un premier temps, le droit national a été la source qui a prévalu en donnant lieu par la suite au droit international et à ses manifestations<sup>296</sup>. En revanche, certains estimaient que le droit international ne pouvait pas être appliqué, car il ne s'appliquerait qu'entre États. La solution n'a été trouvée que par la jurisprudence qui a progressivement consolidé l'idée d'appliquer le choix des parties<sup>297</sup> et en certains cas, comme le laisse entendre l'article 42 de la Convention du CIRDI<sup>298</sup>, la loi nationale

---

<sup>292</sup> La CNUCED a compilé un échantillon de lois sur l'investissement et de lois sur la régulation des IDE (FDI screening laws) de 150 pays. Parmi ces pays, 39 ont édicté des lois avec des dispositions pour le consentement à l'arbitrage en vertu des règles du CIRDI et/ou de la CNUDCI. Les pays africains constituent la moitié et le reste, pour l'essentiel, se répartit entre les pays d'Europe de l'Est, les pays de l'ex-URSS et certains pays insulaires de l'océan Pacifique. V. : CNUCED, « Investment Laws Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub », en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws>> (consulté le 21 juillet 2021).

<sup>293</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, préc., note 6.

<sup>294</sup> C. LEBEN, préc., note 3 à la page 59.

<sup>295</sup> *Id.* aux pages 60-61.

<sup>296</sup> CNUCED, *Contrats d'État*, coll. Collection de la CNUCED sur les questions des accords internationaux d'investissement, New York and Geneva, United Nations Publications, 2004, p.6-7, en ligne : <[https://unctad.org/fr/system/files/official-document/iteiit200411\\_fr.pdf](https://unctad.org/fr/system/files/official-document/iteiit200411_fr.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021).

<sup>297</sup> Laurie ACHTOUK-SPIVAK, « Le droit applicable aux arbitrages en matière d'investissements », dans Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2015, p. 813-860 à la page 829.

<sup>298</sup> *Convention de Washington*, préc., note 19, art. 42 (1) (2) (3).

ou une combinaison entre les sources nationales et internationales ont été considérées tout en maintenant la prévalence du droit international<sup>299</sup>.

Par surcroît, avec l'essor du TBI, un conflit entre cette source et le contrat d'État a émergé. La solution consistant à privilégier le droit international par respect des engagements internationaux est entrée en collision avec le droit national qui a repris une certaine importance. Cette discussion a engendré la différenciation entre « treaty claims » et « contract claims » et plus tard sur la clause dite « parapluie » ou « umbrella clause » par laquelle le TBI couvrait également les engagements assumés par l'État dans un contrat d'investissement ou dans un acte unilatéral<sup>300</sup>.

De cette évolution, il ressort clairement que l'application du droit national comme source du droit de l'investissement a pris plusieurs contours. Dès son application exclusive, suivie d'un retrait presque complet, le droit national a connu un retour sous l'invocation par choix des parties et il met à l'épreuve en même temps, une harmonisation entre les sources. Loin d'épuiser la discussion, il est à noter que la source nationale peut générer des impacts sur la transparence dans l'arbitrage d'investissement précisément en raison de décisions incohérentes qui ont conduit à la crise de légitimité du système de RDIE.

### **Division C : L'harmonisation des sources nationales avec les engagements internationaux**

Une tentative d'harmoniser intégralement le cadre juridique interne avec les engagements internationaux qui découlent d'un traité ou d'un contrat d'investissement est un défi voué à l'échec. Il n'est pas rare qu'il en résulte un différend qui tombera sous le joug d'un arbitre qui prendra une décision par une « articulation entre les sources »<sup>301</sup> disponibles, en fondant sa décision soit sur une source nationale, soit sur une des sources internationales, soit sur un mélange des deux<sup>302</sup>.

---

<sup>299</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 41-45, 150-154; En l'absence de choix de la loi applicable, une discussion intéressante sur la portée de l'article 42 de la Convention du CIRDI est traitée dans : L. ACHTOUK-SPIVAK, préc., note 297 à la page 845 et seq.; Pour une meilleure compréhension du sujet, voir : C. H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH et A. SINCLAIR, préc., note 275, p. 603, 604 et 613-630.

<sup>300</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 155.

<sup>301</sup> *Id.*, p. 149-171.

<sup>302</sup> *Id.*

Cependant, il nous semble que le traité demeure la source primaire du moment qu'il contient des dispositions de renvoi au droit national, des réserves concernant le droit de réglementer, des exclusions et des exceptions qui toutes, renvoient au droit national. Enfin, une large marge de possibilités de dispositions peut en effet soumettre l'IDE au droit national. Une disposition du modèle du TBI canadien dans la section relative à la protection des investissements<sup>303</sup> tente de combler certains aspects, en apportant le droit de réglementer dans ces termes :

### **Article 3 Droit de réglementer**

Les Parties réaffirment le droit de chaque Partie de réglementer sur son territoire en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de l'environnement et la lutte contre le changement climatique; la protection sociale ou des consommateurs; ou la promotion et la protection de la santé, de la sécurité, des droits des peuples autochtones, de l'égalité des sexes et de la diversité culturelle.

Dans la même perspective, on peut mentionner le Chapitre 28 de l'ACEUM<sup>304</sup> dont le titre se réfère aux « Bonnes pratiques de réglementation ». Avec l'esprit de promouvoir et faciliter l'IDE, ce Chapitre a pour but d'exhorter la coopération, la coordination et la transparence en matière de réglementation au niveau du pouvoir exécutif (le gouvernement) afin de tenir en compte les conséquences de la réglementation sur l'économie, l'environnement, la santé, la sécurité ainsi que sur la société, tout en respectant le droit de réglementer dans les domaines sensibles.

Enfin, à notre avis, il n'est pas question de savoir si la source nationale joue ou non un rôle dans le RDIE. La réponse sera toujours oui. Mais la mesure de cette influence varie beaucoup. Il faut aussi convenir qu'un investisseur qui effectue des opérations de longue durée à l'étranger est censé bien connaître les risques de son opération<sup>305</sup>. Ces risques sont de natures variées (marché, institutionnel, environnemental, etc.) et possèdent un caractère dynamique, donc d'une évaluation complexe<sup>306</sup>, mais non négligeable. Non sans raison, le coût du risque fait partie de

---

<sup>303</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 254. Modèle d'APIE – 2021, article 3.

<sup>304</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, « Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM) », *Texte complet de l'ACEUM* (10 décembre 2019), ch. 28, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 30 juillet 2021).

<sup>305</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 59, 195-196.

<sup>306</sup> Atanu MUKHERJEE et Purnendu CHATTERJEE, « A Framework for Understanding and Modeling Risk in Mega-Projects and Its Impact on the Markets for Project Finance », (2015) 21-3 *The Journal of Structured Finance* 88, DOI : 10.3905/jsf.2015.21.3.088.

l'activité non seulement opérationnelle, mais aussi stratégique de la grande entreprise<sup>307</sup>. Un investisseur ne doit pas alléguer une telle méconnaissance de ces enjeux pour échapper à ces obligations et à son tour, l'État ne peut se réfugier dans son droit interne pour échapper à sa responsabilité.

Force est de constater que face à l'IDE, le droit national a une place limitée. En revanche, on note davantage l'insertion des mesures protectrices du droit de règlementer des États face aux abus commis. En conséquence, cette source dans le RDIE s'affaiblit, mais s'avère une source non négligeable. À bien considérer les choses, il nous semble que le droit international demeure privilégié en tant que source dans la pratique arbitrale, notamment la source conventionnelle.

### **Paragraphe 2.1.3 : La contribution de la *soft law* pour la transparence de l'arbitrage d'investissement**

Face à la pluralité et complexité des rapports et relations sociales et commerciales à l'échelle mondiale, de nouvelles manifestations normatives du droit ont pris de l'importance en tant que formes de réglementation plus souple du droit international. Ces instruments se sont multipliés, en résultant dans ce qui est connu comme la *soft law* ou droit mou<sup>308</sup> par opposition aux sources traditionnelles du droit aussi appelé *hard law* ou droit dur.

Cette nouvelle forme de normativité s'adapte bien au droit international compte tenu du fait que dans ce domaine, selon Isabelle Duplessis, prédomine également une « logique de coordination [plutôt qu'une] logique de subordination dans la production et l'application du droit »<sup>309</sup>. Intensifiée depuis les années 70<sup>310</sup>, la *soft law* se constitue comme étant une source alternative au droit étatique<sup>311</sup>. La question qui se pose dans le contexte de cette étude est de savoir quel est

---

<sup>307</sup> Patrick MIGNAULT, « La gestion du risque d'entreprise », dans Guy LEFEBVRE et Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Introduction au droit des affaires*, 2e éd., Montréal, Qc, Les Éditions Thémis, 2018, p. 107-127.

<sup>308</sup> Dans la doctrine, on peut trouver des expressions équivalentes telles que : droit doux, droit en devenir, pré-droit, droit souple, entre autres. V. : K. BENYKHLEF, préc., note 58, p. 24, 568.

<sup>309</sup> Isabelle DUPLESSIS, « Le vertige et la *soft law* : réactions doctrinales en droit international », *RQDI* 2007.Hors-série (Hommage à Katia Boustany). 245-268, 247, en ligne : <[https://www.persee.fr/doc/rqdi\\_0828-9999\\_2007\\_hos\\_1\\_1\\_1402](https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2007_hos_1_1_1402)> (consulté le 20 février 2020) .

<sup>310</sup> I. DUPLESSIS, préc., note 309; Filippa CHATZISTAVROU, « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *LPRPSH* 2005.15, en ligne : <<http://journals.openedition.org/leportique/591>> (consulté le 5 août 2021).

<sup>311</sup> K. BENYKHLEF, préc., note 58, p. 733-734.

le rôle joué par la *soft law* dans le droit de l'investissement et de quelle manière cette source se présente.

### **Division A : Le rôle de la *soft law* dans le droit de l'investissement**

En tant que « norme alternative »<sup>312</sup>, la *soft law* joue, aux côtés des sources traditionnelles, un rôle complémentaire, mais également important pour combler les vides réglementaires du droit de l'investissement. Suivant Julien Cazala, d'une part, ce rôle complémentaire est d'« inspiration »<sup>313</sup> lorsqu'il sert à la formation du droit dur, comme une sorte de source matérielle (sociale, idéologique, religieuse, etc.) ou comme un recours à l'interprétation. D'autre part, il s'agit d'« aspiration »<sup>314</sup> lorsqu'il est incorporé par les autres sources telles que les conventions et la coutume, changeant d'une espèce à l'autre<sup>315</sup>. Dans ce dernier cas, il n'est pas rare de trouver des renvois aux textes de *soft law* dans les All et des coutumes fondées sur ces textes. Lorsque ce phénomène de mutation se produit, la *soft law* ne serait plus elle-même, elle passerait à la classification de *hard law*<sup>316</sup>.

Les domaines les plus susceptibles de subir l'incidence de la *soft law* sont ceux qui par leur nature s'opposent aux intérêts de certains opérateurs économiques comme les droits de la personne et l'environnement<sup>317</sup>. Autrement dit, la *soft law* trouve son utilité dans de nouveaux champs auparavant inconnus de la logique de la pensée des marchands. La raison du manque d'intérêt des opérateurs du marché et de certaines sphères étatiques pour ces champs est liée aux menaces aux gains financiers des investisseurs. Non sans raison, ce genre des normes découle notamment de l'activité normative des organisations internationales, de la sphère opérationnelle des gouvernements, des ONG ainsi que de quelques opérateurs économiques. Ces derniers ont un intérêt particulier à réglementer par *soft law* les enjeux concernant le libre commerce et la

---

<sup>312</sup> *Id.*

<sup>313</sup> Julien CAZALA, « Le Soft Law international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2011.66.41-84, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2011-1-page-41.htm>> (consulté le 30 juillet 2021).

<sup>314</sup> *Id.*

<sup>315</sup> *Id.*

<sup>316</sup> *Id.*

<sup>317</sup> Olivia DANIC, « Droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement », dans Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2015, p. 83-117.

juste concurrence ainsi que le traitement équitable, tandis que la plupart des autres vont tenir compte de l'intérêt public.

C'est donc symptomatique que des normes des droits de la personne, de l'environnement et de la santé qui entrent souvent en collision avec le marché se multiplient sous forme de textes de *soft law*. On peut citer par exemple les objectifs de développement durable de l'ONU<sup>318</sup>. Bien qu'ils ne soient pas contraignants, ils indiquent les lignes directrices de développement durable qui sont incorporées par les États et organisations internationales, ainsi que certaines entreprises transnationales et ONG. Également, on a vu plus haut le rôle des organisations internationales (FMI, OCDE, INTOSAI) et des organisations sociales (Transparency International) envers la corruption<sup>319</sup>.

En outre, la *soft law* s'occupe non seulement de la réglementation du fond, mais aussi de la procédure. Dans ce dernier cas, des règles de transparence, d'éthique et de participation publique dans l'arbitrage d'investissement sont davantage observées et opèrent transversalement comme un outil qui injecte de la confiance à tous les intervenants.

En revanche, il y a des critiques selon lesquelles la croissance rapide et abondante de la *soft law*, en plus des changements rapides de son contenu, peut mettre en péril la sécurité juridique<sup>320</sup>. Certains notent le caractère casuistique de la *soft law* qui peut servir à justifier une décision qui, par d'autres moyens, ne le serait pas<sup>321</sup>. Malgré ces critiques, il est aujourd'hui inévitable de recourir à des sources de droits plus souples pour régler les conflits du contentieux de l'investissement. La *soft law* ne remplace pas l'activité normative conventionnelle et contraignante des États<sup>322</sup>, mais elle offre des instruments plus adaptés et plus flexibles face à l'évolution rapide induite par les mouvements du marché.

---

<sup>318</sup> NATIONS UNIES, « Les Objectifs de développement durable (ODD) », *Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD)* (2020), en ligne : <<https://www1.undp.org/content/undp/fr/home/sustainable-development-goals.html>> (consulté le 17 juillet 2021).

<sup>319</sup> À cet égard, lire *supra*, Chapitre 1, Section 1.3.

<sup>320</sup> F. CHATZISTAVROU, préc., note 310.

<sup>321</sup> J. CAZALA, préc., note 313.

<sup>322</sup> K. BENYEKHEF, préc., note 58, p. 569-570, 585-586.

## Division B : Les instruments de manifestation de la *soft law* dans le droit de l'investissement

Les textes de *soft law* présentent des caractéristiques communes : ils émanent d'une « négociation »<sup>323</sup> et sont des « actes à faible caractère contraignant »<sup>324</sup>. Faire l'inventaire de toutes les sortes de textes de *soft law* serait peine perdue, mais il est utile de mentionner la liste proposée par Duplessis, *ipsis litteris* :

[...] les déclarations des conférences intergouvernementales, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies, les recommandations des organisations internationales, les dispositions souples dans un traité, les conventions non ratifiées, les actes concertés non conventionnels, les gentlemen's agreements, les avis consultatifs, les opinions individuelles et dissidences des juges de la Cour internationale de justice (CIJ) ainsi que les codes de conduite ou initiatives privées volontaires émanant d'acteurs non étatiques comme les entreprises multinationales.<sup>325</sup>

À cette liste, nous pouvons ajouter tant d'autres documents tels que : « [...] les chartes, les programmes, les déclarations d'intention, les *guidelines*, les principes et autres positions prises en commun ou encore, des accords adoptés par les États [...] »<sup>326</sup>, ainsi que les travaux préparatoires et les actes unilatéraux des États<sup>327</sup>.

En articulant ces multiples textes de *soft law* dans l'arbitrage, cela résulte en ce qui est adéquatement qualifié par Marie-Claude Rigaud de « mouvement de syncrétisme juridique » qui ne s'arrêtera pas de croître<sup>328</sup>. En effet, en observant la procédure de l'arbitrage transnational, cette auteure souligne l'emprunt des *Règlements sur l'administration de la preuve* ainsi que les *Lignes directrices sur les conflits d'intérêts*, les deux édictées par l'International Bar Association

---

<sup>323</sup> I. DUPLESSIS, préc., note 309, 250.

<sup>324</sup> F. CHATZISTAVROU, préc., note 310, par. 14.

<sup>325</sup> I. DUPLESSIS, préc., note 309, 249-250.

<sup>326</sup> F. CHATZISTAVROU, préc., note 310, par. 14.

<sup>327</sup> J. CAZALA, préc., note 313.

<sup>328</sup> Marie-Claude RIGAUD, « Où va l'arbitrage d'investissement? », dans Filali OSMAN et Ahmet Cemil YILDIRIM (dir.), *Où va l'arbitrage international? De la crise au renouveau*, coll. Journées d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb, Istanbul, LexisNexis, 2016, p. 395-417 à la page 180.

(IBA)<sup>329</sup> comme déjà acquis dans la pratique arbitrale même s'ils ne sont expressément mentionnés.

À titre d'exemple, dans les traités d'investissements, on peut signaler le renvoi à la *soft law* dans le chapitre d'investissement de l'ACEUM, dont la disposition concernant le choix des arbitres<sup>330</sup> fait le renvoi aux *Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international*<sup>331</sup>. De la même manière, on rencontre ce renvoi dans le modèle de TBI du Canada<sup>332</sup>. Encore dans l'ACEUM, le renvoi aux *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*<sup>333</sup> est fait dans l'article sur la responsabilité sociale des entreprises<sup>334</sup> pour encourager les entreprises à adopter volontairement ces lignes directrices de gouvernance dans leur politique de responsabilité sociale. Dans ce dernier cas, il nous semble que, même si la disposition dans l'All pouvait porter un caractère contraignant, le libellé de la disposition indique clairement qu'il s'agit d'une mesure volontaire.

À la lumière de ce qui précède, force est de constater l'ampleur des textes de *soft law* qui créent des obligations internationales, soit par le poids de son influence, soit par son incorporation par d'autres sources contraignantes, notamment les conventions et les coutumes. Due à sa flexibilité, la *soft law* est également utile à des fins de transparence dans l'arbitrage d'investissement, car il s'agit d'une source produite par des parties autres que l'État, telles que les organisations internationales, les ONG et les entreprises transnationales qui dominent dans certains domaines et conduisent les arbitres à observer certains éléments d'intérêt public.

En revanche, si d'une part le recours aux diverses sources juridiques pour régler l'actuelle complexité est souhaitable, d'autre part, la prolifération de normes souples de contenu variable

---

<sup>329</sup> M.-C. RIGAUD, préc., note 328. Ces documents et d'autres documents de l'IBA peuvent être consultés sur le site Web de l'organisation : INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, « IBA guides, rules and other free materials » (30 juillet 2021), en ligne : <<https://www.ibanet.org/resources>>.

<sup>330</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 304. ACEUM, article 14.D.6 (5) (a).

<sup>331</sup> IBA, *Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international*, Londres, International Bar Association, 2014.

<sup>332</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 254. « Code de conduite des arbitres appelés à trancher des différends », article 3 (5), dans le Modèle d'APIE - 2021 Canada.

<sup>333</sup> OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE, Paris, FR, 2011, en ligne : <<https://doi.org/10.1787/9789264115439-fr>> (consulté le 15 avril 2021).

<sup>334</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 304. ACEUM, article 14.17.

risque de mettre en péril l'intégrité et la sécurité juridique du droit de l'investissement. Des règles excessives créées par divers acteurs risquent de rendre impossible l'idée de transparence une fois qu'augmentent les conflits et qu'ils perturbent la cohérence. Les décisions seraient toujours incertaines et imprévisibles, ce qui augmenterait le manque de confiance duquel on a discuté dans le chapitre en introduction de cette étude.

Bref, l'objectif de cet article n'est pas d'ouvrir une discussion sur ce genre de source, mais d'en montrer les principaux éléments et de souligner la réalité à laquelle le droit des investissements doit faire face et qui, par conséquent, doit être prise en compte par les tribunaux arbitraux.

## **Section 2.2 : Les règles procédurales pour promouvoir la transparence en matière d'arbitrage d'investissement**

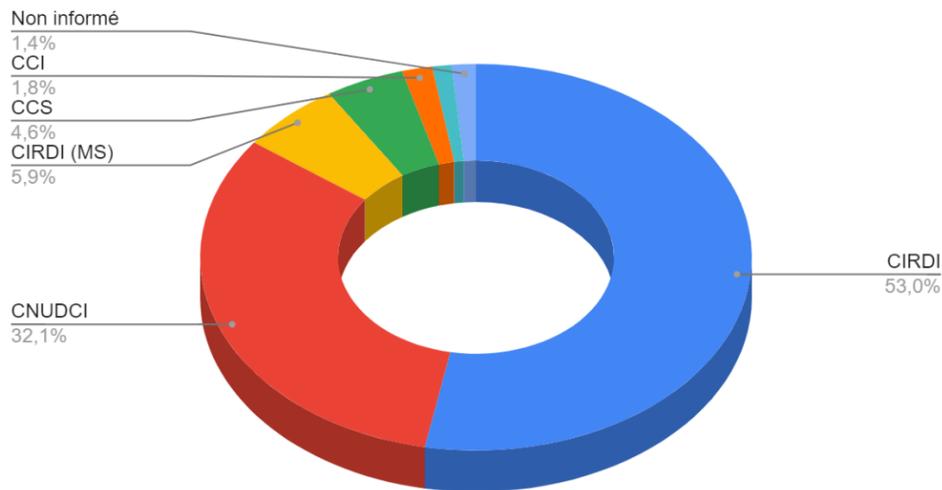
En parallèle avec la discussion entourant le manque de transparence des décisions arbitrales attribué à la pluralité des sources et à leurs dispositions équivoques, force est de constater que certaines règles de procédure d'arbitrage ont été reformulées afin de favoriser la levée du voile du secret dans l'arbitrage d'investissement. Les objectifs finaux de ces réformes ont été d'influer de façon positive, bien qu'indirectement, sur la consistance des décisions, en rendant des décisions qui ne soient pas remises en cause et en permettant la participation active de la société civile, tout en satisfaisant l'intérêt public. En règle générale, ces réformes ont consisté entre autres à créer ou à adapter des règles de procédure concernant la divulgation de l'affaire, la publicité et la disponibilité des documents de l'instance arbitrale, l'ouverture des audiences et la participation des tierces parties à l'instance.

Les règles de procédure d'arbitrage d'investissement les plus largement utilisées sont celles du CIRDI (la Convention du CIRDI, le Règlement d'arbitrage du CIRDI et le Règlement d'arbitrage du mécanisme supplémentaire du CIRDI) et celles de la CNUDCI (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI). Les règlements d'arbitrage de ces deux organisations internationales sont chargés d'encadrer 91 % des arbitrages institutionnels et *ad hoc* connus<sup>335</sup>. Les réglementations visant à

---

<sup>335</sup> Selon la CNUCED, qui considère seulement les affaires fondées sur un AII, le nombre d'affaires cumulées connues est de 1061, considérant le période de 1987 jusqu'au 31 juillet 2020. Voir CNUCED, préc., note 229. « Full data release as of 31/07/2020 (excel format) ».

promouvoir la transparence dans l'arbitrage d'investissement des principales institutions d'arbitrage seront présentées ci-dessous (Fig. 7).



**Figure 7. –** Règlement d'arbitrage adopté par l'AI

Source : graphique préparé par l'auteur à partir de données tirées de la CNUCED<sup>336</sup>.

### Paragraphe 2.2.1 : Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence

Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (le « Règlement sur la transparence ») a été incorporé au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en 2013 par le biais d'un nouveau paragraphe ajouté à l'article premier en ces termes :

4. Pour l'arbitrage entre investisseurs et États engagé en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs, le présent Règlement inclut le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (le "Règlement sur la transparence"), sous réserve de l'article premier de ce dernier<sup>337</sup>.

<sup>336</sup> *Id.*, « Full data release as of 31/07/2020 (excel format) ».

<sup>337</sup> CNUDCI, *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013)*, art. premier (4), en ligne : <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/uncitral-arbitration-rules-2013-f.pdf>> (consulté le 20 juillet 2020).

Ainsi, une fois que les parties ont choisi le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour régir la procédure, elles ne peuvent déroger aux règles du Règlement de la CNUDCI sur la transparence pour les arbitrages qui découlent d'un All conclu le 1<sup>er</sup> avril 2014 ou après cette date, sauf si l'All en dispose autrement<sup>338</sup>. En revanche, le tribunal arbitral a le pouvoir d'adapter les dispositions du Règlement sur la transparence selon le cas pour assurer l'objectif de transparence<sup>339</sup>.

Ces règles de transparence doivent être respectées par le tribunal arbitral à tout moment afin de s'assurer que le public intéressé par l'arbitrage est servi, ainsi que les intérêts des parties, de manière équitable et efficace<sup>340</sup>.

Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence vise à renforcer la transparence et non à limiter les règles déjà existantes portant sur la transparence dans les règles d'arbitrage, telles que la participation de tiers<sup>341</sup>.

Les dispositions du Règlement de la CNUDCI sur la transparence prévalent sur tout autre règlement d'arbitrage, sauf les dispositions du traité ou d'une loi applicable à l'arbitrage<sup>342</sup>.

Rien n'empêche d'utiliser le Règlement de la CNUDCI sur la transparence lors de procédures en cours par un règlement d'arbitrage autre que celui de la CNUDCI<sup>343</sup>.

Une fois qu'une demande d'arbitrage est déposée et reçue par le défendeur, le dépositaire doit mettre « à la disposition du public des informations concernant le nom des parties au litige, le secteur économique en cause et le traité en vertu duquel est faite la demande »<sup>344</sup>.

Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dispose d'une liste de tous les documents et informations qui doivent être mis à la disposition du public, soit la notification d'arbitrage et sa réponse; tous les mémoires, déclarations, conclusions des parties ou observations écrites des

---

<sup>338</sup> CNUDCI, *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, 1 avril 2014, art. premier (3) (a), en ligne : <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/uncitral-arbitration-rules-2013-f.pdf>> (consulté le 20 juillet 2020).

<sup>339</sup> *Id.*, art. premier (3) (b).

<sup>340</sup> *Id.*, art. premier (4) (a) (b).

<sup>341</sup> *Id.*, art. premier (5).

<sup>342</sup> *Id.*, art. premier (7) (8).

<sup>343</sup> *Id.*, art. premier (9).

<sup>344</sup> *Id.*, art. 2. Selon l'art. 8, le dépositaire est le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ou une institution désignée par la CNUDCI.

parties au traité non parties au litige et de tiers; les rapports d'experts et déclarations de témoins; les transcriptions d'audiences et les ordonnances, décisions et sentences du tribunal arbitral, ainsi qu'un tableau énumérant toutes les pièces<sup>345</sup>. D'autres documents qui ne font pas partie de la liste de l'article 3 paragraphes (1) et (2) sont assujettis à la décision du tribunal et au consentement des parties au sujet de la divulgation ainsi que du lieu où se déroulent les arbitrages<sup>346</sup>.

Certaines informations commerciales ou des informations qui doivent être protégées en raison d'une disposition du traité ou d'une législation, loi ou règlement peuvent être gardées confidentielles, assujetties à la consultation des parties au litige et sur le dernier mot du tribunal arbitral. Le document ou l'information qui pourraient compromettre le processus arbitral ou l'application de la loi, causer intimidation ou atteinte à l'intégrité des membres du tribunal, aux avocats ou aux témoins sont également assujettis aux mesures de restrictions d'accès et de divulgation<sup>347</sup>.

Un tiers qui désire soumettre des observations écrites, une fois qu'il est autorisé à le faire, doit s'identifier précisément en informant tout lien et conflits d'intérêt existant, le motif de son intérêt, ainsi que son exposé précis de faits ou de droit, de façon concise et en rapport avec l'arbitrage<sup>348</sup>. Le tribunal s'assure que ce tiers peut agir en qualité d'*amicus curiae* en « apportant un point de vue, une connaissance particulière ou un éclairage » qui aide à régler le litige<sup>349</sup>.

Une partie au traité non partie au litige peut être autorisée à présenter des observations sur des questions d'interprétation du traité ou même au sujet d'autres questions, après consultations des parties au litige, sans que cela ne soit interprété comme une protection diplomatique par l'une ou l'autre partie, ce qui n'est pas possible à ce stade de la procédure<sup>350</sup>.

Les audiences pour la production de preuves ou pour l'exposé oral sont publiques, sauf, tel que déjà mentionné, quand il faut garder la confidentialité de certaines informations ou l'intégrité du

---

<sup>345</sup> *Id.*, art. 3 (1).

<sup>346</sup> *Id.*, art. 3 (3).

<sup>347</sup> *Id.*, art. 7.

<sup>348</sup> *Id.*, art. 4 (1) (2) et (4).

<sup>349</sup> *Id.*, art. 4 (3).

<sup>350</sup> *Id.*, art. 5 (1) (2).

processus arbitral<sup>351</sup>. De cette manière, le tribunal arbitral doit consulter les parties sur les informations et audiences qu'ils souhaitent protéger ou garder confidentielles, mais c'est le tribunal qui décide si tel est le cas<sup>352</sup>. Cela est la principale différence entre le Règlement de la CNUDCI sur la transparence et les règlements d'autres institutions. La décision finale sur l'ouverture ou non de la divulgation d'informations, de documents ou des audiences, appartiendra au tribunal arbitral.

Dans les autres règlements, il n'est pas clair comment le tribunal arbitral devrait procéder au cas où une seule des parties ne consentirait pas à l'assouplissement de la confidentialité, laissant penser que chaque partie verrait son droit à la confidentialité garanti, à condition qu'il soit simplement défendu. Cela renforce l'argument de ceux qui soutiennent que la transparence dans les processus RDIE est limitée au consentement des parties<sup>353</sup>.

Il semble tout à fait cohérent que la consultation des parties sur ce qu'elles voudraient cacher fasse l'objet d'une évaluation par le tribunal arbitral afin qu'il puisse juger de la pertinence de maintenir le secret. Selon le règlement de la CNUDCI sur la transparence, il appartient au tribunal arbitral d'apprécier cette pertinence face à l'intérêt public en cause.

Finalement, l'article 8 du Règlement de la CNUDCI sur la transparence désigne le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ou une institution choisie par la CNUDCI comme dépositaire des informations publiées. À cet égard, un site web ([www.uncitral.org/transparency-registry](http://www.uncitral.org/transparency-registry)) a été créé dans le but de fonctionner comme un référentiel d'informations publiées par exigence du règlement.

Il est important de souligner la posture du Canada vis-à-vis la promotion du Règlement de la CNUDCI sur la transparence. Afin d'encourager l'utilisation du registre des informations sur ce

---

<sup>351</sup> *Id.*, art. 6; Cet article prévaut sur la disposition contraire de l'article 28 (3) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Voir : *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013)*, préc., note 337, art. 28 .

<sup>352</sup> *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, préc., note 338, art. 7 (3).

<sup>353</sup> S. MENETREY, préc., note 2; V. aussi : OCDE, *Droit international de l'investissement : un domaine en mouvement : Complément aux Perspectives de l'investissement international*, coll. Complément aux Perspectives de l'investissement international, Paris, FR, Éditions OCDE, 2006, p. 11-14, en ligne : <<https://doi.org/10.1787/9789264011670-fr>> (consulté le 15 juillet 2020).

site, le Gouvernement canadien a été le premier État à publier les informations concernant les décisions rendues au Canada dans le cadre de l'ALENA. « Il a été dit que la publication d'informations aurait une fonction pédagogique et montrerait le rôle que le registre était destiné à jouer en tant que référence mondiale pour la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités »<sup>354</sup>.

### **Paragraphe 2.2.2 : La Convention de Maurice sur la transparence**

La Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (Convention de Maurice sur la transparence) a été adoptée par la Résolution 69/116 de l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 2014<sup>355</sup>. En y adhérant, les États et organisations régionales d'intégration économique (ORIE) souhaitent étendre les effets du Règlement de la CNUDCI sur la transparence aux arbitrages fondés sur les AII conclus avant l'entrée en vigueur de ce règlement le 1<sup>er</sup> avril 2014<sup>356</sup>. Pour les AII conclus le 1<sup>er</sup> avril 2014 ou après cette date, il suffit d'indiquer le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI amendé en 2013<sup>357</sup> comme l'option ou une des options de règles pour la résolution d'un différend<sup>358</sup>. Ce nouveau règlement d'arbitrage, on a vu, fait un renvoi<sup>359</sup> au Règlement de la CNUDCI sur la transparence.

Deux lignes ont orienté les travaux du groupe de la CNUDCI lors de la préparation du projet de la convention citée. L'une a concerné la nécessité d'un cadre procédural sur la transparence dans l'arbitrage d'investissement, non pour les AII qui verraient le jour à partir de 2014 et qui seraient

---

<sup>354</sup> CNUDCI, *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, A/69/17, Vienne, Autriche, Nations Unies - Commission du droit international - Quarante-septième session (7-18 juillet 2014), p. 19, en ligne : <<https://undocs.org/fr/A/69/17>> (consulté le 31 juillet 2021), paragraphe 108.

<sup>355</sup> CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (New York, 2014) (Convention de Maurice sur la transparence)*, 2014, en ligne : <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/transparency-convention-f.pdf>> (consulté le 20 avril 2020).

<sup>356</sup> *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, préc., note 338. Ce règlement a été recommandé par la Résolution 68/109 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 2013. Selon l'article premier du règlement, il s'applique à l'arbitrage fondée sur un AII conclu à partir du 1er avril 2014, sauf si l'AII en dispose autrement.

<sup>357</sup> *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013)*, préc., note 337.

<sup>358</sup> Voir par exemple l'article 27 (6) (c) et (7) du modèle de TBI du Canada : GOUVERNEMENT DU CANADA, préc., note 254.

<sup>359</sup> *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013)*, préc., note 337, art. premier (4).

déjà couverts par le règlement, mais pour les plus de 3 000 AI signés avant le 1<sup>er</sup> avril 2014. L'autre ligne a porté sur la forme de la mise en œuvre de ce cadre, à savoir si on devait apporter une « recommandation », une « déclaration interprétative commune » conformément au paragraphe 3 a) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités »<sup>360</sup>, la faire « par amendement ou modification d'un traité pertinent conformément aux articles 39 à 41 de la Convention de Vienne »<sup>361</sup> ou finalement par le biais d'une convention. Il importe de souligner que dans la résolution qui a recommandé l'utilisation du Règlement de la CNUDCI sur la transparence, il avait déjà été suggéré aux États de prendre des mesures pour étendre l'utilisation des dispositions aux traités déjà signés<sup>362</sup>. La forme de la convention est alors venue répondre à cette recommandation sans obliger les États et ORIE à amender toutes leurs AI.

À l'heure actuelle, la Convention de Maurice sur la transparence compte sept pays où la convention a été ratifiée et est entrée en vigueur : Australie, Bolivie, Cameroun, Canada, Gambie, Maurice et Suisse<sup>363</sup>. Vers la fin de cette recherche, on a observé que le Bénin venait d'y adhérer, augmentant ainsi le nombre d'États qui s'intéressent à donner plus de transparence aux arbitrages d'investissement.

Par rapport au contenu, il importe de souligner que la Convention de Maurice est un document court, avec onze articles et qui utilise une technique considérée comme avantageuse et appropriée aux réformes multilatérales qui pourrait même être utilisée pour l'adoption et la mise en œuvre d'un éventuel tribunal des investissements ou d'un mécanisme d'appel lorsqu'il devient nécessaire d'étendre ces instruments aux AI existants<sup>364</sup>. Le groupe de travail de la CNUDCI a été

---

<sup>360</sup> CNUDCI, *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, A/68/17, Vienne, Autriche, Nations Unies - Commission du droit international - Quarante-sixième session (8-26 juillet 2013), p. 20-22, en ligne : <<https://undocs.org/fr/A/68/17>> (consulté le 31 juillet 2021).

<sup>361</sup> *Id.*

<sup>362</sup> *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, préc., note 338. Ce règlement a été recommandé par la Résolution 68/109 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 2013. .

<sup>363</sup> CNUDCI, « Textes et ratifications », *État: Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (New York, 2014)* (2021), en ligne : <<https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/transparency/status>> (consulté le 17 juillet 2021).

<sup>364</sup> Gabrielle KAUFMANN-KOHLER et Michele POTESTÀ, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?*, Geneva, Center for International Dispute Settlement, Geneva, 2016, p. 31, en ligne :

d'avis que « [...] la convention sur la transparence, à son entrée en vigueur, constituerait un traité successif créant de nouvelles obligations conformément à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [...] »<sup>365</sup>.

En plus de préciser son application à l'arbitrage fondée sur un All conclu avant le 1<sup>er</sup> avril 2014<sup>366</sup>, la Convention de Maurice permet d'appliquer les dispositions du Règlement de la CNUDCI sur la transparence même si l'arbitrage n'a pas été introduit selon le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI<sup>367</sup>.

La Convention de Maurice s'applique aux arbitrages entre un État (ou ORIE) et un investisseur étranger, à condition que l'État qui est partie à l'arbitrage ait adhéré à la Convention et que l'investisseur soit ressortissant d'un État qui y a également adhéré, ou que l'État qui est partie à l'arbitrage ait adhéré à la Convention et que l'investisseur ressortissant d'un État qui n'y a pas adhéré accepte l'application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence. Dans ces deux cas, il faut vérifier si l'État n'a pas formulé de réserve d'application autorisée par la Convention<sup>368</sup>.

La version la plus récente du Règlement de la CNUDCI sur la transparence doit être appliquée lors du déroulement de l'instance arbitrale, sauf si une partie a exprimé une réserve<sup>369</sup>. Souvent les All ne font que la mention au règlement d'arbitrage applicable à l'affaire, sans faire référence à une version en particulier. Dans ce cas, c'est la version la plus récente du règlement qui s'applique. Même si un All fait mention à un Règlement d'arbitrage de la CNUDCI plus ancien que la version qui incorpore le Règlement de la CNUDCI sur la transparence, nous sommes d'avis que ce dernier s'applique par force de la convention. Il resterait l'hypothèse inhabituelle d'un All signé après le 1<sup>er</sup> avril 2014 faisant référence à un Règlement d'arbitrage de la CNUDCI antérieur à la modification de 2013. Dans ce cas-là, la Convention de Maurice ne produirait aucun effet une fois

---

<[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids\\_research\\_paper\\_mauritius.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_research_paper_mauritius.pdf)> (consulté le 12 juin 2019).

<sup>365</sup> CNUDCI, préc., note 354, p. 6, paragraphe 25.

<sup>366</sup> *Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (New York, 2014) (Convention de Maurice sur la transparence)*, préc., note 355, art. premier (1).

<sup>367</sup> *Id.*, art. 2 (1) et (2).

<sup>368</sup> *Id.*

<sup>369</sup> *Id.*, art. 2 (3) et 3 (2).

que l'All serait hors du champ d'application. En effet, les règles de transparence de la CNUDCI ne s'appliqueraient à ce cas que par un accord entre les parties ou par une disposition de l'All.

Il convient d'observer que le Règlement de la CNUDCI sur la transparence prévoit qu'en cas de conflit entre une de ses dispositions et une disposition du règlement d'arbitrage applicable au cas, la disposition du Règlement de la CNUDCI sur la transparence prévaut<sup>370</sup>. Si le conflit est entre ce dernier et un All, les dispositions de l'All prévalent<sup>371</sup>. En revanche, selon le libellé de l'article 2 (4) de la Convention de Maurice, si l'État d'accueil (ou l'ORIE) de l'investissement et l'État duquel l'investisseur est un ressortissant sont parties à la convention, la règle applicable en cas de conflit privilégie la convention, donc les dispositions du Règlement de la CNUDCI sur la transparence prévalent<sup>372</sup>. Ceci revient à dire que si les deux parties ont adhéré à la Convention de Maurice, c'est parce qu'elles ont privilégié l'utilisation du Règlement de la CNUDCI sur la transparence sur quelque autre disposition contraire, même si cette disposition découle d'un All conclu avant le 1<sup>er</sup> avril 2014. Finalement, si l'une des deux parties (État d'accueil ou État d'origine de l'investisseur) n'a pas adhéré à la convention, les règles applicables en cas de conflit seront celles de l'All.

Pour clôturer l'article sur l'application, la Convention de Maurice ne permet pas la possibilité d'invoquer la clause de traitement de la NPF afin d'imposer ou éviter l'application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence<sup>373</sup>.

À leur tour, les articles 3 et 4 combinés permettent aux parties de formuler des réserves d'application de la Convention de Maurice à l'arbitrage fondé sur un All spécifique<sup>374</sup>, à l'arbitrage introduit sur les règles de la procédure autres que celles du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et/ou à l'arbitrage qui découle d'un All duquel l'État de l'investisseur n'a pas adhéré à la

---

<sup>370</sup> *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, préc., note 338, art. premier (7). Voir la deuxième phrase de ce paragraphe.

<sup>371</sup> *Id.*, art. premier (7) *in fine*. Voir la dernière phrase de l'article premier (7).

<sup>372</sup> *Id.*, voir la dernière phrase de l'article premier (7) du Règlement de la CNUDCI sur la transparence combinée avec l'article 2 (4) de la Convention de Maurice.

<sup>373</sup> *Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (New York, 2014) (Convention de Maurice sur la transparence)*, préc., note 355, art. 2 (5).

<sup>374</sup> *Id.*, art. 3 (1) (a).

convention<sup>375</sup>. Ces règles ont été expressément formulées pour éviter qu'une partie signe la Convention de Maurice et via les clauses de réserve se soustraie intégralement à l'application de la convention<sup>376</sup>. Il est également possible de déclarer qu'une nouvelle révision du Règlement de la CNUDCI ne sera pas applicable<sup>377</sup>.

Les articles 5 à 11 de la Convention de Maurice traitent des questions administratives et formelles tels que l'entrée en vigueur, le dépositaire de la Convention, les dispositions concernant la signature et ratification, l'obligation d'information des AI signés par l'ORIE, la procédure d'amendement de la convention et les conditions de dénonciation.

Bref, les inquiétudes sur la transparence du mécanisme de RDIE qui parmi les membres de la CNUDCI ont perduré aussi longtemps, au moins depuis 2008<sup>378</sup>, semblent avoir été amenuisées avec les deux documents produits (le Règlement sur la transparence et la Convention de Maurice). Sans aucun doute « cela contribue [...] à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé propice au règlement équitable et efficace des litiges internationaux relatifs aux investissements, [qui] renforce la transparence et favorise la bonne gouvernance »<sup>379</sup>, cependant, on ne saurait mesurer cette contribution sinon par la pratique arbitrale qui se déroulera dans les prochaines années sur les auspices de ces nouvelles règles.

### **Paragraphe 2.2.3 : La transparence dans l'arbitrage d'investissement selon la Convention du CIRDI et ses règlements**

Pour comprendre l'impact des dispositions normatives du CIRDI sur la transparence dans l'arbitrage d'investissement, il est nécessaire d'en connaître un peu plus sur cette organisation internationale et de savoir comment son cadre procédural s'articule avec les autres sources.

---

<sup>375</sup> *Id.*, art. 3 (1) (b) et (c).

<sup>376</sup> CNUDCI, préc., note 354, p. 9, paragraphe 46.

<sup>377</sup> *Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (New York, 2014) (Convention de Maurice sur la transparence)*, préc., note 355, art. 3 (2).

<sup>378</sup> CNUDCI, *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, A/63/17, Vienne, Autriche, Nations Unies - Commission du droit international - Quarante et unième session (16 juin-3 juillet 2008), p. 64, en ligne : <[https://undocs.org/fr/A/63/17\(SUPP\)](https://undocs.org/fr/A/63/17(SUPP))> (consulté le 31 juillet 2021).

<sup>379</sup> Cet extrait est tiré d'un considérant de la Résolution 69/116 du 10 décembre 2014, par laquelle la Convention de Maurice a été adoptée, v. *Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (New York, 2014) (Convention de Maurice sur la transparence)*, préc., note 355.

Tel que nous l'avons vu précédemment, le CIRDI a été créé en 1965 comme organe spécifique de la Banque mondiale de gestion et soutien administratif pour le règlement des différends en matière d'investissements qui inclut la constatation des faits<sup>380</sup>, la conciliation et l'arbitrage<sup>381</sup>. L'arbitrage constitue 98 % des affaires enregistrées au CIRDI depuis sa création<sup>382</sup>. Considérant l'ensemble des affaires connues tranchées par les tribunaux institutionnels et tribunaux *ad hoc*, le CIRDI est responsable de l'administration d'environ 62 % des cas d'arbitrages investisseur-État fondés sur un AII (voir la figure 5, ci-haut).

La Convention qui a institué le CIRDI (la Convention du CIRDI) a établi les règles de son organisation administrative, de la formation des listes de conciliateurs et d'arbitres et de son financement ainsi que son statut, immunités et privilèges<sup>383</sup>. En outre, à partir de l'article 25, la Convention du CIRDI établit sa compétence et stipule ses principales règles procédurales pour la gestion des affaires de conciliation<sup>384</sup> et d'arbitrage<sup>385</sup>.

Finalement, les articles restants régissent la modification de la composition d'une commission de conciliation et d'un tribunal<sup>386</sup>, déterminent la compétence pour fixer les frais de procédure<sup>387</sup>, disposent sur le lieu de la procédure<sup>388</sup>, prévoient le mode de règlement des différends entre États concernant l'interprétation ou l'application de la Convention du CIRDI<sup>389</sup> et établissent les procédures administratives pour l'amendement, signature et ratification, dénonciation, ainsi que d'autres dispositions à caractère formel de la convention<sup>390</sup>.

---

<sup>380</sup> La constatation des faits est une catégorie de procédure instituée par le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI qui est offert parmi les services du CIRDI. Voir : CIRDI, « Règlement régissant le mécanisme supplémentaire pour l'administration de procédures par le Secrétariat du CIRDI », *Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI*, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/resources/code-of-conduct>> (consulté le 20 juillet 2021).

<sup>381</sup> *Convention de Washington*, préc., note 19; V. aussi sur la page WEB « À propos du CIRDI » : CIRDI, préc., note 68.

<sup>382</sup> Affaires du CIRDI – Statistiques 1966 - 2021, CIRDI, préc., note 232, p. 9. Voir le graphique 3.

<sup>383</sup> *Convention de Washington*, préc., note 19, art. 1 à 24.

<sup>384</sup> *Id.*, art. 28 à 35.

<sup>385</sup> *Id.*, art. 36 à 55.

<sup>386</sup> *Id.*, art. 56 à 58.

<sup>387</sup> *Id.*, art. 59 à 61.

<sup>388</sup> *Convention de Washington*, préc., note 19, les articles 62 et 63.

<sup>389</sup> *Id.*, art. 64.

<sup>390</sup> *Id.*, art. 65 à 75.

En plus de gérer les affaires, le CIRDI participe à des événements en rapport avec ses compétences et coopère au développement du domaine avec d'autres organisations internationales telles que la CNUDCI et autres institutions d'arbitrage.

Ce résumé montre pourquoi cet organe est considéré « [...] l'acteur majeur de tout le droit international des investissements [...] »<sup>391</sup>. Cette consécration institutionnelle nous permet d'affirmer qu'une décision prononcée dans le cadre du CIRDI a tendance à constituer un précédent important dans les affaires arbitrales. Même si la sentence ne relève pas du ressort du CIRDI, mais de chaque tribunal d'arbitres formé pour trancher l'affaire, son cadre procédural influe sur la façon de décider des arbitres. Autrement dit, les règles procédurales du CIRDI peuvent établir des limites plus ou moins souples à l'égard de l'interprétation des arbitres.

Dans ce sens, pour d'aucuns, quoique le CIRDI établisse des conditions objectives pour certaines règles telles que la définition de sa sphère de compétence, il prévoit d'autres règles subjectives qui restent sous le total contrôle de l'interprétation des arbitres tels que la décision sur la recevabilité et pour statuer sur leur propre compétence<sup>392</sup>. Cette flexibilité laissée aux arbitres, bien qu'elle soit désirée, est souvent la cause de décisions inconsistantes et le motif de critiques sur la légitimité d'un tel for pour trancher des affaires d'intérêt public.

En dépit de son ampleur, la Convention du CIRDI est complétée par un ensemble d'autres documents, à savoir : le Rapport des Administrateurs qui constitue un compte rendu du travail préparatoire et sert à l'interprétation de certaines dispositions de la Convention<sup>393</sup>; le Règlement administratif et financier qui s'applique à l'organisation administrative et financière du CIRDI; le Règlement d'introduction des instances qui couvre l'étape entre le dépôt d'une requête de RDIE et son enregistrement; le Règlement de conciliation; et le Règlement d'arbitrage du CIRDI. Ce dernier intervient pour la constitution et le fonctionnement du tribunal arbitral et couvre les dispositions de la procédure jusqu'à la sentence et les voies de recours.

---

<sup>391</sup> C. LEBEN, préc., note 3 à la page 60.

<sup>392</sup> Hervé Agbodjan PRINCE et Edouard O. ONANA, « Contrôle et compétence en arbitrage Cirdi », dans Hervé Agbodjan PRINCE et Jean-Louis NAVARRO (dir.), *Le contrôle à travers le droit : une lecture franco-canadienne*, Montréal, Qc, Éditions Thémis, 2017.

<sup>393</sup> Au sujet de la *soft law* et de sa force contraignante, lire *supra*, Chapitre 2, Section 2.1, Paragraphe 2.1.3.

Il convient de noter qu'un arbitrage peut se dérouler dans un tribunal CIRDI en utilisant le Règlement d'arbitrage d'autres institutions, tant que la Convention du CIRDI est respectée. Bien entendu, on parle de cette obligation envers la Convention du CIRDI aux États qui y ont adhéré. Pour ceux qui n'y ont pas adhéré, le CIRDI met à leur disposition le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI et le Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire)<sup>394</sup>. Pour l'essentiel, ce dernier reflète presque toutes les procédures du Règlement d'arbitrage du CIRDI, inclut quelques dispositifs pour l'introduction de l'instance et fait le renvoi à quelques dispositions du Règlement financier. La principale différence concerne l'exécution de la sentence arbitrale, qui n'a pas le même effet qu'une sentence d'un tribunal local comme pour les arbitrages couverts par la Convention du CIRDI.

Quant aux règles de confidentialité de la procédure de RDIE dans le cadre du CIRDI, toute liberté est laissée aux parties pour décider du niveau de transparence à y conférer. En général, un tribunal CIRDI va respecter les règles établies dans l'AII, dans une loi nationale ou dans un contrat d'investissement ou, à défaut, l'accord des parties. De toute manière, l'article 44 de la Convention du CIRDI confère au tribunal arbitral une marge de manœuvre pour prendre une décision en l'absence d'une règle de procédure, tant que les dispositions de la Convention du CIRDI sont respectées.

En ce sens, dans un arbitrage CIRDI découlant d'un AII couvert par la Convention de Maurice, le tribunal arbitral doit se conformer à la fois à la Convention du CIRDI et son Règlement d'arbitrage et au Règlement de la CNUDCI sur la transparence. De même, les parties peuvent accorder l'utilisation de ce règlement sur la transparence dans toutes ces affaires CIRDI.

En outre, l'article 22 du Règlement administratif financier détermine que le Secrétaire général doit publier l'enregistrement de toutes les requêtes de conciliation ou d'arbitrage ainsi que, par consentements des parties, d'autres informations pertinentes au litige, en ces termes :

(1) Le Secrétaire général publie des informations appropriées sur les opérations du Centre, y compris l'enregistrement de toutes les requêtes de conciliation ou

---

<sup>394</sup> CIRDI, préc., note 380.

d'arbitrage, la date à laquelle chaque instance prend fin et la façon dont elle s'est terminée.

(2) Si les deux parties à une instance consentent à la publication :

- (a) des procès-verbaux des Commissions de conciliation ;
- (b) des sentences arbitrales ; ou
- (c) des procès-verbaux des audiences et des autres documents relatifs aux instances,

le Secrétaire général fera procéder à cette publication, sous la forme appropriée pour promouvoir le développement du droit international en matière d'investissements.

[Nous soulignons]

Par cette disposition, le CIRDI a créé ses propres mécanismes de transparence institutionnelle qui contribuent indirectement à la transparence dans l'arbitrage d'investissement. À cet égard, ses publications ainsi que sa base de données des affaires permettent une recherche parmi les 568 cas conclus dès sa première affaire ainsi que les 298 cas en cours<sup>395</sup>. Bien qu'il y ait des restrictions à certains documents, le fait de savoir qu'il y a une procédure d'arbitrage en cours est déjà une façon de jeter la lumière sur l'affaire et d'attirer l'attention de tiers intéressés.

En outre, par rapport aux audiences, l'article 32 (2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI dispose ainsi :

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>396</sup>.

[Nous soulignons]

En revanche, l'article 15 du Règlement d'arbitrage du CIRDI détermine que : « (1) [l]es délibérations du Tribunal ont lieu à huis clos et demeurent secrètes. (2) Seuls les membres du Tribunal prennent part aux délibérations. Aucune autre personne n'est admise sauf si le Tribunal

---

<sup>395</sup> CIRDI, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Affaires*, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/affaires>> (consulté le 20 juillet 2021). La première affaire enregistrée au CIRDI a été Holiday Inns S.A. and others c. Morocco (ICSID Case No. ARB/72/1).

<sup>396</sup> Le Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire) a la même disposition à l'article 39 (2).

en décide autrement ». De plus, dans ce sens plus restrictif, l'article 48 (5) de la Convention du CIRDI stipule qu'il « ne publie aucune sentence sans le consentement des parties ».

Par rapport à la participation d'*amici curiae*, l'article 37 (2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI<sup>397</sup>, de la même manière que l'article 4 du Règlement de la CNUDCI sur la transparence, stipule qu'une partie non contestante (un tiers pour la CNUDCI) peut être autorisée à déposer des observations écrites pour aider le tribunal à trancher l'affaire. Bien qu'il y ait des critères pour l'acceptation de la soumission, on observe que la disposition du Règlement du CIRDI est moins exigeante que celle du règlement de la CNUDCI. Ce dernier a été créé pour favoriser la transparence, mais le libellé de sa disposition est plus détaillé sur la forme de présentation et sur l'identification de l'*amicus curiae* et son devoir de révélation, y compris sur ses sources de financement<sup>398</sup>. Il nous semble que par ces exigences, la CNUDCI a préféré donner au tribunal un pouvoir pour mieux filtrer la soumission d'un tiers au bénéfice de l'intégrité et de l'efficacité de la procédure. Du fait que le Règlement de la CNUDCI sur la transparence est plus récent, il est logique qu'il ait incorporé une leçon apprise.

Enfin, on peut constater que hormis les obligations de publication de l'enregistrement de l'affaire qui relève de la compétence du Secrétaire général du CIRDI, la publication des documents, l'ouverture des audiences ainsi que la participation de l'*amicus curiae* dépendent du consentement des parties. La confidentialité semble être encore privilégiée dans l'ensemble des règlements du CIRDI. Néanmoins, cela n'empêche pas les tribunaux arbitraux de développer une jurisprudence favorable à la transparence, comme nous le verrons dans la section suivante.

Bref, pour que les règles des procédures d'arbitrage du CIRDI contribuent effectivement à la transparence dans l'arbitrage d'investissement, il faut que dans l'étape de négociations des AII et des contrats d'investissement, les règles de transparence soient clairement convenues entre les parties.

---

<sup>397</sup> Le Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire) a la même disposition à l'article 41 (3).

<sup>398</sup> *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, préc., note 338, art. 4 (1) (2) et (4).

## **Section 2.3 : La transparence dans la jurisprudence arbitrale relative à l'investissement**

Nous avons vu plus haut que la jurisprudence joue un rôle auxiliaire en tant que source de droit de l'investissement, mais la force de persuasion qu'elle exerce sur les décisions arbitrales ne peut pas être négligée. Ainsi, en poursuivant l'objectif de cette étude, il convient d'investiguer la place de la transparence dans la jurisprudence arbitrale relative à l'investissement. Tout d'abord, il faut faire quelques commentaires au sujet de la jurisprudence comme source des décisions judiciaires puis nous verrons la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements et son rapport avec la transparence.

### **Paragraphe 2.3.1 : La jurisprudence comme source des décisions judiciaires**

On sait que dans les États qui adoptent le système du *common law* britannique, les décisions judiciaires respectent le principe du *stare decisis* selon lequel les décisions précédentes – qui, en règle générale, découlent des tribunaux de hiérarchie supérieure (*stare decisis vertical*) – obligent les juges à décider de la même manière hormis les cas qui présentent une distinction (*distinguishing*). Les décisions de tribunaux de même hiérarchie ne sont utilisées que de façon volontaire (*stare decisis horizontal*).

En revanche, dans les États qui adoptent le système du droit civil<sup>399</sup>, aussi appelé droit continental, droit romano-germanique ou droit français (*French law*), les sentences doivent se fonder sur un ensemble préexistant de règles (code civil). Dans ce système, en règle générale, la jurisprudence n'a pas d'effet contraignant sur les décisions ultérieures. Elle n'est qu'une source d'éclaircissement et sert à renforcer la sentence qui repose principalement sur une loi.

Si l'on admet que les deux traditions juridiques peuvent coexister dans un même contexte, une solution qui tire parti des deux systèmes est parfois souhaitée. Cela peut être opérationnalisé par

---

<sup>399</sup> Il y a des États dans lesquels leurs provinces ou unités fédératives ont l'autonomie pour adopter des systèmes juridiques différents. Tel est le cas de la province de Québec et l'État de la Louisiane aux États-Unis qui ont leur propre Code civil.

la jurisprudence. Au Canada, par exemple, l'idée d'un « bijuridisme »<sup>400</sup> est une réalité à laquelle les juges sont confrontés puisque les deux modèles y existent et s'entrecroisent à la Cour suprême. Il n'est pas rare de voir des concepts de *common law* empruntés par le droit civil du Québec<sup>401</sup> et vice-versa<sup>402</sup>.

Au Brésil, le système juridique est héritier de la tradition romano-germanique. Cependant, on note que la jurisprudence a depuis longtemps un fort effet persuasif sur les décisions. Pour renforcer cette position, un amendement constitutionnel de 2004 a autorisé la Cour suprême du Brésil à recourir à ce qui est appelé *súmula vinculante*<sup>403</sup> en portugais afin d'exercer un effet contraignant sur des précédents.

Bref, les deux systèmes juridiques s'inspirent et s'influencent mutuellement.

Toutefois, sans approfondir ce sujet, la question qui se pose en effet est de savoir si les sentences arbitrales doivent suivre les décisions précédentes à l'instar du système juridique de *common law* ou si la jurisprudence n'est qu'une référence comme dans le système de droit civil.

Cette question est pertinente à l'égard de la transparence et consistance des décisions<sup>404</sup> car l'incohérence de certaines décisions rendues par le mécanisme de RDIE est attribuée au fait que les arbitres ne sont pas obligés de suivre un précédent<sup>405</sup>. À cet égard, Susan D. Franck affirme que :

Once investment arbitration jurisprudence has an opportunity to develop, and cases define parameters regularly and consistently, indeterminate rules can move past the initial "growing pains" to gain greater coherence. The resulting transparency of rules and fairness of application can then minimize the tensions related to perceived

---

<sup>400</sup> Michel BASTARACHE, « Bijuridisme et harmonisation : Genèse », *Page du Ministère de la Justice du Gouvernement du Canada* (4 février 2000), en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/harmonization/hlf-hfl/f1-b1/bf1g.html>> (consulté le 20 avril 2021).

<sup>401</sup> Jean-Louis BAUDOIN, « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la Common law », dans *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Paris, Litec, 2007; Patrice DESLAURIERS, *Les réactions du droit québécois de la responsabilité à l'égard des influences extérieures et l'influence du droit civil québécois à l'étranger*, [notes de cours DRT 6985A - Droit comparé de la responsabilité, Faculté de droit-UdeM], Hiver 2018.

<sup>402</sup> Thibaudeau RINFRET, « Reciprocal influences of the French and English laws », (1926) 4-2 *C. Bar Rev.* 69-85; P. DESLAURIERS, préc., note 401.

<sup>403</sup> *Constitution de la République fédérative du Brésil de 1988*, préc., note 146, art. 103-A. Cet article a été inclus par l'amendement constitutionnel n° 45, de 2004.

<sup>404</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 2; S. D. FRANCK, préc., note 2, 1586.

<sup>405</sup> W. B. HAMIDA, préc., note 16 à la page 402.

unfairness between investors, who have reasonable expectations of investment stability, and Sovereigns, who have obligations to their nationals and expectations about the extent of their bargained-for treaty obligations. Such transparency will also promote legitimacy by enhancing the perception that tribunals render decisions according to the correct procedures and thereby promote just and honest decision making<sup>406</sup>.

D'autre part, certains affirment que la jurisprudence fait face à un « désordre procédural »<sup>407</sup>, étant donné l'existence de plusieurs instruments de consentement (All, loi sur l'investissement, contrats d'État) qui permettent la saisie de différents tribunaux sur un même sujet, dans des procédures parallèles, générant des décisions contradictoires<sup>408</sup>.

Ce manque de transparence et de cohérence des décisions se trouve dans la jurisprudence sous diverses manifestations, ce qui nous amène à nous demander s'il y aurait un intérêt à rendre la jurisprudence contraignante ou s'il faudrait adopter une manière de la contrôler sur le fond. Plusieurs problèmes peuvent en découler, mais nous nous concentrerons sur la jurisprudence arbitrale et sa relation avec la transparence.

### **Paragraphe 2.3.2 : La jurisprudence arbitrale en matière d'investissements et son rapport avec la transparence**

Arnaud de Nanteuil observe que l'arbitrage est le for privilégié pour régler les différends en matière d'investissements en raison de son utilisation depuis des années pour résoudre les contentieux commerciaux transnationaux<sup>409</sup>. Selon cet auteur, « [...] le droit contemporain de l'investissement est né à partir du contentieux arbitral »<sup>410</sup>. En d'autres termes, les efforts pour régler et colmater les brèches et faiblesses des décisions arbitrales constituent la source substantielle pour le développement du droit de l'investissement.

---

<sup>406</sup> S. D. FRANCK, préc., note 2, 1586.

<sup>407</sup> Walid Ben HAMIDA, « L'arbitrage transnational face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », dans Ferhat HORCHANI (dir.), *Où va le droit de l'investissement : désordre normatif et recherche d'équilibre*, coll. Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Paris, FR, A. Pedone, 2006, p. 195-221.

<sup>408</sup> *Id.*

<sup>409</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 245.

<sup>410</sup> *Id.*, p. 243.

En dépit de son importance, la sentence arbitrale n'a pas d'effet contraignant au-delà des parties<sup>411</sup>. Une décision d'un tribunal arbitral est fondée prioritairement sur les dispositions d'un All, d'une loi ou code d'investissement ou d'un contrat d'investissement. La jurisprudence n'est qu'un incontournable moyen de persuasion. Sous cet aspect, il est acquis que la juridiction arbitrale internationale ressemble au système juridique de droit civil<sup>412</sup>.

Selon Mathias Audit, « [...] lorsque le juge international s'exprime [incluant les juges de la CIJ], il ne fait que révéler l'existence d'une règle qui lui est extérieure et qui préexiste à sa décision »<sup>413</sup>. Mais cette règle ne découle pas directement de la jurisprudence. Même si la doctrine reconnaît que « [...] la jurisprudence internationale énonce bien des règles de droit [...] »<sup>414</sup>, elles ne sont que des « références jurisprudentielles volontaires »<sup>415</sup>. Ce qui ne doit pas être négligé, parce que, au-delà de la discussion suivant laquelle le fait de suivre les décisions précédentes relève ou pas d'un devoir moral<sup>416</sup>, il est important que les décisions soient cohérentes pour maintenir la confiance des toutes les parties à l'égard du mécanisme de RDIE et en fin de compte du droit de l'investissement<sup>417</sup>.

Dans l'affaire *Apotex c. États-Unis*<sup>418</sup>, par exemple, la sentence fait référence à 57 cas précédents dont 27 affaires de tribunaux d'arbitrage investisseur État (14 CIRDI et 13 CNUDCI), 4 de tribunaux d'arbitrage État-État (1 CPA, 2 *ad hoc*/RIAA, 1 UNCLOS)<sup>419</sup>, 8 affaires de la CIJ et 3 de la Cour Européenne de justice et 15 affaires de cours de justice nationales (14 US Tribunaux et 1 de la Cour

---

<sup>411</sup> *Convention de Washington*, préc., note 19, art. 53 (1). V. aussi : *Règlement d'arbitrage (Mécanisme supplémentaire) du CIRDI*, art. 52 (4); V. aussi : *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013)*, préc., note 337, art. 34 (2).

<sup>412</sup> Mathias AUDIT, « La jurisprudence arbitrale comme source du droit international », dans Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2015, p. 119-133 à la page 120.

<sup>413</sup> *Id.* à la page 121.

<sup>414</sup> *Id.*

<sup>415</sup> *Id.* à la page 131.

<sup>416</sup> *Id.* à la page 132. Selon cet auteur, l'obligation d'observer la jurisprudence ne consiste pas en un « [...] devoir moral, mais plutôt [de] la conscience aiguë qu'ont les arbitres de la nécessité d'un esprit de système ».

<sup>417</sup> *Id.*

<sup>418</sup> *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, 2014 CIRDI-ICSID Case No. ARB(AF)/12/1 (Award on 25 August 2014), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/1687>> (consulté le 20 juillet 2021).

<sup>419</sup> Le RIAA (Reports of International Arbitral Awards) est édicté par l'ONU. Il s'agit d'un recueil de sentences arbitrales historiques disponible en ligne sur la page Web : <https://legal.un.org/riaa/>. L'UNCLOS est la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer qui prévoit dans l'article 186 *et seq.* le mécanisme de règlement des différends entre États relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer.

d'appel de l'Ontario). On note ici l'importance qui a été donnée non seulement à la jurisprudence de tribunaux arbitraux d'investissement, mais aussi à celle d'autres juridictions.

Également en ce qui concerne la prise en compte de la jurisprudence d'autres tribunaux, malgré son caractère non contraignant, dans l'affaire *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*<sup>420</sup>, le tribunal s'exprime ainsi :

ICSID arbitral tribunals are established *ad hoc*, from case to case, in the framework of the Washington Convention, and the present Tribunal knows of no provision, either in that Convention or in the BIT, establishing an obligation of *stare decisis*. It is, nonetheless, a reasonable assumption that international arbitral tribunals, notably those established within the ICSID system, will generally take account of the precedents established by other arbitration organs, especially those set by other international tribunals. The present Tribunal will follow the same line, especially since both parties, in their written pleadings and oral arguments, have heavily relied on precedent.<sup>421</sup>

Compte tenu de ce qui précède, la transparence dans le contentieux arbitral est perçue sous deux angles. L'un concerne la procédure, l'autre le fond.

### **Division A : La jurisprudence sur la transparence de la procédure arbitrale**

La transparence de la procédure arbitrale, on l'a vu, concerne notamment les enjeux de l'ouverture de l'instance, de l'accès du public aux documents et aux audiences et de la participation de l'*amicus curiae*<sup>422</sup>. À l'heure actuelle, le public a davantage accès au déroulement de l'instance d'arbitrage, mais cela n'a pas toujours été le cas. Dans l'affaire *Myers c. Canada*<sup>423</sup>, par exemple, lors du début de l'arbitrage en 1998, le Canada a demandé l'ouverture de la procédure au public, mais par une série d'ordonnances de procédure, les documents étaient très limités à la divulgation et même des documents que le Canada avait partagés avec les

---

<sup>420</sup> Affaire mentionnée dans l'article : W. B. HAMIDA, préc., note 16 à la page 402, et aussi dans l'article : M. AUDIT, préc., note 412 à la page 129.

<sup>421</sup> *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, 2006 CIRDI-ICSID Case No. Arb/03/15, par. 39 (Decision on jurisdiction), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/382>> (consulté le 19 juillet 2021).

<sup>422</sup> Au sujet de la transparence dans la procédure arbitrale, lire *supra*, Chapitre 1, Section 1.1, Paragraphe 1.1.3, Division C. Voir aussi le Chapitre 2, Section 2.2.

<sup>423</sup> *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, 2000 CNUDCI-UNCITRAL (Partial Award on 13 November 2000), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/969>> (consulté le 22 juillet 2020).

représentants des provinces et des territoires ont été pendant un certain temps soumis à la confidentialité<sup>424</sup>.

En revanche, l'affaire *Methanex c. États-Unis*<sup>425</sup> est considérée comme une importante référence en matière de transparence et d'accès du public à la procédure. Pour cette raison, il convient d'examiner quelques aspects importants de cette affaire, notamment quant à la décision en réponse à la demande d'*amici curiae* ainsi qu'à l'évolution jusqu'au jugement définitif de l'affaire. Ensuite, nous commenterons d'autres cas notoires.

### ***1) Methanex c. États-Unis***

Dans cette affaire, il y a d'une part l'investisseur canadien Methanex, producteur et fournisseur de matière première (méthanol) pour la fabrication d'un additif à l'essence (méthyl tertio-butyl éther - MTBE), un produit potentiellement polluant pour les eaux de surface et souterraines. De l'autre, l'État de Californie qui avait adopté des mesures environnementales interdisant l'utilisation du MTBE dans cet État américain. Selon Methanex, la mesure californienne était en fait un subterfuge pour favoriser un autre produit (l'éthanol) d'un fabricant national qui aurait contribué à la campagne politique du gouverneur californien. Ainsi, l'investisseur a saisi le tribunal d'arbitrage, alléguant que les États-Unis avaient violé les normes de TN (ALENA article 1102), en plus de la violation de la norme minimale de TJE (ALENA article 1105), ce qui équivalait à une expropriation sans compensation (ALENA article 1110). Methanex réclamait un dédommagement pouvant s'élever à plus d'un milliard de dollars US<sup>426</sup>.

Sans trop entrer dans les détails, on remarque qu'était en jeu, outre l'importante somme impliquée, le droit de l'État de réglementer les politiques les politiques publiques de l'environnement et de la protection de la santé, ce qui a sans doute attiré l'intérêt du public.

Ainsi, le tribunal a reçu une demande de quatre ONG pour participer à la procédure : l'*International Institute for Sustainable Development* (IISD), la *Communities for a Better*

---

<sup>424</sup> *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, 2000 CNUDCI-UNCITRAL (Procedural Order n°. 16, concerning confidentiality in materials produced in the arbitration, on 13 May 2000), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/969>> (consulté le 22 juillet 2020).

<sup>425</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, préc., note 9.

<sup>426</sup> *Id.*

*Environment*, le *Bluewater Network of Earth Island Institute* et le *Center for International Environmental Law*<sup>427</sup>. La première, une ONG canadienne, et les trois dernières, qui se sont manifestées ensemble, américaines. Les ONG ont demandé l'accès aux mémoires des parties afin qu'elles puissent formuler leurs observations, le statut d'observatrices pendant les audiences et l'autorisation pour la soumission orale et écrite en qualité d'*amici curiae*<sup>428</sup>.

Le Mexique, en tant que partie de l'ALENA, s'est prononcé contre l'acceptation de l'intervention des *amici curiae*, affirmant que, si leurs demandes étaient acceptées, les ONG pourraient avoir plus de pouvoirs que les parties de l'ALENA, car elles ne seraient pas soumises à l'article 1128 de cet All qui limite l'intervention d'une partie du bloc non partie au litige à une simple question d'interprétation<sup>429</sup>. De plus, l'*amicus curiae* ne pouvait pas être confondu avec le spécialiste. La position mexicaine soutenait que même si l'*amicus curiae* existait dans les législations américaine et canadienne, elle n'existait pas dans le cadre juridique du Mexique. Selon cet État, la qualité d'*amicus curiae* ne pouvait pas être acceptée, car le chapitre 11 de l'ALENA avait été construit avec l'idée d'équilibrer les procédures des systèmes de *common law*, en vigueur dans la plupart des États des États-Unis et provinces du Canada, et en droit civil du Mexique<sup>430</sup>.

Le Canada à son tour, également en tant que partie de l'ALENA, a présenté un avis interprétatif diamétralement opposée<sup>431</sup>. Ce pays a fait valoir que même avec l'obligation de confidentialité de l'article 25 (4) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version 1976), il réclamait une plus grande ouverture au public de tous les documents, ordonnance de procédure et sentence. Enfin, le Canada a souligné que la participation d'*amici curiae* devrait être un sujet de discussion

---

<sup>427</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, 2001 CNUDCI-UNCITRAL (The Tribunal's Decision on *Amici* on 15 January 2001), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/683>> (consulté le 22 juillet 2020). V. aussi : *Methanex Corporation v. United States of America*, 2003 CNUDCI-UNCITRAL (Joint Motion to the Tribunal regarding the petitions for *amicus curiae* status on 31 January 2003), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/683>> (consulté le 22 juillet 2020).

<sup>428</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, préc., note 427, par. 5 et 7.

<sup>429</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, « Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) », *Affaires mondiales Canada*, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale>> (consulté le 30 juillet 2021). Selon l'article 1128 de l'ALENA : « Après notification écrite donnée aux parties contestantes, une Partie [de l'ALENA] pourra présenter à un tribunal des conclusions sur une question d'interprétation du présent accord ».

<sup>430</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, préc., note 427, par. 9.

<sup>431</sup> *Id.*, par. 10.

prioritaire par les membres de l'ALENA afin d'établir des paramètres pour guider les tribunaux d'arbitrage.

Methanex en tant que partie plaignante a pris position contre l'intervention des *amici curiae*, affirmant qu'un précédent pourrait être créé en encourageant la participation d'autres groupes de la société civile. Afin de soutenir son argument, l'investisseur a cité le cas du panel au panel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, dans lequel 17 requêtes d'*amici curiae* ont été rejetées, ainsi que 14 autres manifestations spontanées d'ONG<sup>432</sup>.

Les États-Unis (le défendeur) ont maintenu une position similaire à celle du Canada, acceptant la présentation d'observations écrites par les *amici curiae*<sup>433</sup>.

Le tribunal arbitral se basant sur l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version 1976) estimait avoir des pouvoirs procéduraux implicites plus généraux pour autoriser la participation d'ONG et qu'il y avait "[...] an undoubtedly public interest in this arbitration [...]"<sup>434</sup>. En outre, il considérait que les ONG avaient les qualités requises pour aider le tribunal, cependant cette aide devait avoir lieu à un stade ultérieur du litige. Ainsi, le tribunal a d'abord décidé que les ONG ne pouvaient qu'opportunément soumettre des observations écrites qui seraient limitées quant à la forme et l'étendue<sup>435</sup>. En soulignant la transparence, le tribunal a ajouté que :

[...] the Chapter 11 [de l'ALENA] arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive. In this regard, the Tribunal's willingness to receive *amicus* submissions might support the process in general and this arbitration in particular; whereas a blanket refusal could do positive harm<sup>436</sup>.

---

<sup>432</sup> *Id.*, par. 12 à 15; Par rapport au différend dans le cadre de l'OMC, consulter : *Canada c. Communautés européennes*, 2001 AB-2000-11 – Organisation mondiale du commerce – Rapport de l'Organe d'appel WT/DS135/AB/R, par. 50-57 (Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant), en ligne : <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/cases\\_f/ds135\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds135_f.htm)> (consulté le 23 juillet 2021): « Dans le cadre de cet appel, l'Organe d'appel a adopté une procédure additionnelle "aux fins de cet appel uniquement" à l'égard de la présentation de mémoires d'*amici curiae*. L'Organe d'appel a reçu 17 demandes d'autorisation de déposer un tel mémoire, et les a rejetées. Il a également rejeté 14 communications spontanées d'organisations non gouvernementales qui n'avaient pas été présentées suivant la procédure additionnelle ».

<sup>433</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, préc., note 427, par. 16.

<sup>434</sup> *Id.*, par. 49.

<sup>435</sup> *Id.*, par. 25, 47-53.

<sup>436</sup> *Id.*, par. 49.

Environ six mois après la publication de la décision autorisant la participation des *amici curiae*, la Commission du libre-échange de l'ALENA (CLEA) a publié le document *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11* affirmant que :

[...] les Parties à l'ALENA conviennent qu'aucune des règles d'arbitrage pertinentes n'impose un devoir général de confidentialité ou empêche les Parties de rendre publics des documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier, sauf exceptions précises et limitées énoncées expressément dans ces règles<sup>437</sup>.

En outre, par la note de la CLEA les parties à l'ALENA ont convenu « [...] de rendre publics en temps voulu tous les documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier [...] »<sup>438</sup> hormis certaines informations commerciales confidentielles, informations protégées par la loi ou toute autre disposition spécifique du règlement d'arbitrage au cas par cas<sup>439</sup>.

Au 31 janvier 2003, les ONG estimaient que la procédure était déjà rendue à une occasion propice pour leur participation à l'instance arbitrale. Ainsi elles ont réitéré leur demande postulant la définition des paramètres de leurs interventions et, en outre, ont demandé l'autorisation d'accès du public aux audiences. Elles se sont fondées sur le fait que dans l'arbitrage *UPS c. Canada* les audiences orales se déroulaient déjà par transmission ouverte au public<sup>440</sup>. Il a fallu un certain temps pour que les soumissions écrites des ONG soient autorisées. Leurs observations n'ont été présentées que le 9 mars 2004. Puis, en juin 2004, l'audience principale a été rendue publique avec l'accord des parties, en maintenant une seule question de procédure à huis clos<sup>441</sup>. Par la suite, les ONG ont demandé la présentation d'un nouveau document écrit, ce qui a été refusé par le tribunal<sup>442</sup>.

Le 3 août 2005, le tribunal a rendu sa décision rejetant toutes les réclamations de l'investisseur.

---

<sup>437</sup> COMMISSION DU LIBRE-ÉCHANGE DE L'ALENA, préc., note 2, sect. 1 (b).

<sup>438</sup> *Id.*

<sup>439</sup> COMMISSION DU LIBRE-ÉCHANGE DE L'ALENA, préc., note 2.

<sup>440</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, préc., note 427. Joint Motion on 31 January 2003; CIRDI, « United Parcel Service of America, Inc. v. Government of Canada NAFTA/UNCITRAL - Arbitration Rules Proceeding », *News & Events* (25 juillet 2002), en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/united-parcel-service-america-inc-v-government-canada-naftauncitral?sfw=pass1630642376>> (consulté le 11 août 2021); *United Parcel Service of America Inc. (UPS) v. Government of Canada*, 2002 CIRDI-ICSID Case No. UNCT/02/1 (Award on Jurisdiction on 22 November 2002), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/1138>> (consulté le 22 juillet 2021).

<sup>441</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, préc., note 9. Final Award, Part II, Chapter C, p. 17, par. 30.

<sup>442</sup> *Id.*, Final award, Part II, Chapter C, p. 23, par. 44.

On s'aperçoit que ce n'était pas une voie facile pour les ONG d'être autorisées à avoir accès aux documents, à exprimer leurs observations sur la question et à assister aux audiences, mais la décision du 15 janvier 2001 a marqué un changement important d'attitude de chacun des acteurs de l'arbitrage d'investissement dans la direction d'une plus grande transparence de la procédure. Il est à noter, par exemple, la déclaration commune de la CLEA du 16 juillet 2004 qui démontre les efforts de ses membres en faveur de la transparence durant l'étape des négociations de l'ALENA en autorisant la diffusion des documents de ces négociations, ainsi que de la transparence dans la procédure de RDIE<sup>443</sup>, selon les mots des membres de la CLEA :

Nous sommes heureux que les initiatives en faveur de la transparence dont nous avons convenu à notre réunion d'octobre 2003 aient déjà commencé à améliorer le fonctionnement du mécanisme de règlement des différends opposant un investisseur et un État prévu dans le chapitre sur l'investissement. Plus tôt cette année, pour la première fois, un tribunal a accepté les mémoires écrits de tierces parties et a adopté les procédures que nous avons recommandées à cet égard à l'issue de notre réunion du 7 octobre 2003 à Montréal.

Nous sommes heureux que le Mexique se soit joint au Canada et aux États-Unis pour appuyer la tenue d'audiences publiques consacrées aux différends entre investisseurs et États. En outre, nous avons convenu que le même degré d'ouverture devrait être appliqué aux procédures entamées en vertu des dispositions sur le règlement des différends du Chapitre 20 de l'ALENA. Nous avons demandé à nos représentants d'élaborer des règles qui régiraient les audiences publiques dans le cadre de ces procédures<sup>444</sup>.

[Nous soulignons]

Il n'est pas possible de mesurer à quel point la participation des *amici curiae* a influencé la décision des arbitres; il est élémentaire que chaque décision porte un degré de subjectivité, mais dans un extrait de la sentence finale, on peut noter que le tribunal a examiné l'argument de l'IISD. Voyons ce que le tribunal a dit :

In its Rejoinder, the USA argues that Methanex had received national treatment, the GATT provisions were irrelevant and Methanex had not proved that it had received less favourable treatment. The International Institute for Sustainable Development (IISD),

---

<sup>443</sup> COMMISSION DU LIBRE-ÉCHANGE DE L'ALENA, « Déclaration conjointe de la Commission de l'ALENA (San Antonio, le 16 juillet 2004) », *Affaires mondiales Canada*, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/JS-SanAntonio.aspx?lang=fra>> (consulté le 30 juillet 2021).

<sup>444</sup> *Id.*; *Methanex Corporation v. United States of America*, préc., note 9. La déclaration de la CLEA a été citée à la Part II, Chapter C, pp. 15-16, par. 27-28.

in its carefully reasoned *Amicus* submission, also disagrees with Methanex's contention that "trade law approaches can simply be transferred to investment law"<sup>445</sup>.

Bref, force est de constater que les ONG ont apporté une contribution à la réflexion des arbitres sur l'affaire. À son tour, la décision du tribunal a contribué sensiblement au développement de la jurisprudence des tribunaux arbitraux ainsi qu'à la réforme des règlements arbitraux et des AI sur le thème de la transparence dans les années qui ont suivi. On peut noter que de nombreux critères pour l'autorisation de l'*amicus curiae* ainsi que les limites de sa participation sont établis plus précisément dans le Règlement de la CNUDCI sur la transparence<sup>446</sup> et dans le Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2006)<sup>447</sup>.

## ***II) United Parcel Service of America (UPS) c. Canada***

L'affaire *UPS c. Canada*<sup>448</sup> a commencé quelques mois après l'affaire Methanex. L'UPS, une entreprise américaine, argumentait que la société d'État Postes Canada du gouvernement canadien bénéficiait d'un monopole sur la distribution du courrier. Cela lui a permis d'avoir des prix plus compétitifs pour le service de livraison de colis qui n'était pas sous le monopole et avec lequel UPS était en concurrence. L'investisseur américain a saisi le tribunal arbitral alléguant que le Canada avait violé les dispositions de l'ALENA, notamment la norme TN (ALENA article 1102), la norme minimale de TJE (ALENA article 1105) et quelques articles du Chapitre 15 de l'ALENA se référant au monopole de sociétés d'État et politique de concurrence. L'UPS réclamait 100 millions \$ US de dommages-intérêts ainsi que des frais et dépenses judiciaires supplémentaires.

Le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes du Canada et l'ONG Le Conseil des Canadiens ont revendiqué conjointement une pleine participation à la procédure en tant que parties ou, alternativement, en tant qu'*amici curiae* au nom des principes fondamentaux de justice et d'égalité. Ils ont demandé l'accès à tous les documents produits ainsi que l'autorisation

---

<sup>445</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, préc., note 9, Final award, Part IV, Chapter B, p. 13, par. 27. L'extrait de l'IISD a été tiré de sa soumission du 9 mars 2004, par. 34.

<sup>446</sup> *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, préc., note 338, art. 4.

<sup>447</sup> CIRDI, *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage* (entré en vigueur le 10 avril 2006), en ligne : <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/uncitral-arbitration-rules-2013-f.pdf>> (consulté le 20 juillet 2020).

<sup>448</sup> *United Parcel Service of America Inc. (UPS) v. Government of Canada*, préc., note 9.

de présenter des observations dans toutes les étapes de la procédure, y compris le droit de les amender, le cas échéant. Ces organismes ont justifié leur demande par un intérêt direct en la matière, en plus des implications de l'affaire pour les politiques publiques qui pouvaient porter atteinte à d'autres services publics. Enfin, tous les deux ont affirmé leur intérêt à assurer le contrôle judiciaire canadien sur la procédure ainsi que la transparence du déroulement de l'instance<sup>449</sup>.

L'UPS s'est opposée à la participation d'*amici curiae* dans le stade prématuré de l'arbitrage, mais elle était d'avis que le tribunal pourrait revoir sa position ultérieurement. Cependant, l'UPS a exprimé que toute éventuelle participation de tiers en tant qu'*amici curiae* devrait se limiter à la soumission écrite de 10 pages maximum sur un sujet déterminé.

Le gouvernement du Canada a eu une opinion similaire à celle de l'UPS quant à la participation prématurée d'*amici curiae*. Il a également déclaré que la participation devrait être limitée à l'intérêt public, à la spécificité des *amici curiae* sur les connaissances particulières qu'ils pourraient apporter au tribunal et à l'observation écrite.

En dépit des opinions divergentes, les *amici curiae* et les parties ont reconnu que le tribunal avait le pouvoir discrétionnaire d'accepter uniquement les observations écrites de tiers en qualité d'*amici curiae* en vertu des règles de la CNUDCI.

Les États-Unis dans le cadre de l'ALENA ont exprimé un avis interprétatif (article 1128 de l'ALENA) similaire à celui du gouvernement du Canada. Le Mexique, également dans un avis interprétatif (article 1128 de l'ALENA), s'est opposé à toute participation d'*amici curiae*.

Le tribunal se fondant sur le précédent de l'affaire *Methanex c. États-Unis*, a décidé de n'autoriser que le dépôt d'observations écrites par les *amici curiae* dans la phase d'analyse du cas sur le fond<sup>450</sup>.

---

<sup>449</sup> *United Parcel Service of America Inc. (UPS) v. Government of Canada*, 2001 CIRDI-ICSID Case No. UNCT/02/1 (Decision of the Tribunal on petitions for intervention and participation as *amici curiae* on 17 October 2001), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/1138>> (consulté le 22 juillet 2021).

<sup>450</sup> *Id.*

La Chambre de Commerce des États-Unis a également été autorisée à déposer sa soumission écrite<sup>451</sup> et l'audience qui a discuté de la compétence a été ouverte au public avec l'accord des parties<sup>452</sup>. Le CIRDI, qui a fourni un soutien administratif au tribunal, a mis à la disposition du public une salle d'un accès limité aux seules personnes dûment autorisées dans laquelle l'audience a été retransmise. L'entrée d'appareils photographique et d'enregistrement vidéo a été interdite<sup>453</sup>.

La sentence finale a été favorable au Canada<sup>454</sup>.

Bref, dans les cas que nous venons de voir, *Methanex c. États-Unis* et *UPS c. Canada*, tous deux découlant du mécanisme de RDIE prévu au Chapitre 11 de l'ALENA, le tribunal arbitral a estimé que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI applicable à l'affaire lui conférait des pouvoirs discrétionnaires pour statuer sur les questions de procédure, y compris le pouvoir d'accepter l'observation écrite d'*amici curiae*. Cependant, les autres demandes concernant la transparence de la procédure n'ont été autorisées que par l'accord des parties au litige.

Il est intéressant de noter que les deux procédures se sont déroulées en parallèle et, au fur et à mesure que les décisions concernant les aspects de transparence étaient prises, la décision de l'une a influencé l'autre. L'affaire UPS a imité l'affaire Methanex concernant l'autorisation de la soumission d'*amici curiae*. À son tour, dans l'affaire Methanex, l'ONG IISD a demandé l'accès du public à l'audience pour décider sur le fond se basant sur l'affaire UPS qui avait ouvert au public l'audience pour décider de sa compétence<sup>455</sup>.

### **III) Aguas del Tunari c. Bolivie**

Dans l'affaire *Aguas del Tunari c. Bolivie*<sup>456</sup>, la société Aguas del Tunari, constituée selon le droit bolivien, mais contrôlée par des investisseurs des Pays-Bas, a signé un contrat de concession pour

---

<sup>451</sup> *United Parcel Service of America Inc. (UPS) v. Government of Canada*, préc., note 9, par. 3.

<sup>452</sup> CIRDI, préc., note 440.

<sup>453</sup> *Id.*

<sup>454</sup> *United Parcel Service of America Inc. (UPS) v. Government of Canada*, préc., note 9, par. 3.

<sup>455</sup> *United Parcel Service of America Inc. (UPS) v. Government of Canada*, préc., note 449, par. 59-73; Pour une analyse sur les cas *Methanex* et *UPS* voir : OCDE, préc., note 2; V. aussi : Farouk EL-HOSSENY, *Civil Society in Investment Treaty Arbitration*, Leiden, The Netherlands, Brill | Nijhoff, 2017, p. 119-122.

<sup>456</sup> *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, préc., note 9; F. EL-HOSSENY, préc., note 455, p. 1-4 et 122-123.

l'approvisionnement en eau potable et le traitement des égouts dans la ville de Cochabamba en Bolivie en septembre 1999. Le contrat a été conclu pour une durée de 40 ans, mais environ sept mois après, à la suite d'une forte réaction populaire contre les augmentations tarifaires, le contrat a été résilié. La société a entamé la procédure d'arbitrage au CIRDI en 2002, alléguant que la Bolivie, par des actions et des omissions, avait violé les normes de protection énoncées dans le TBI Pays-Bas–Bolivie. Après plusieurs objections de la Bolivie, notamment concernant l'absence de consentement et le statut de nationalité néerlandaise de la société, le tribunal a reconnu en 2005 qu'il était compétent pour connaître de l'affaire, mais en 2006, un désistement d'une partie a mis fin à l'instance.

En l'espèce, dès le début de la procédure, plusieurs ONG environnementales, associations et individus ont demandé conjointement une autorisation pour être parties au litige ou alternativement pour participer en qualité d'*amici curiae*, pour présenter des observations orales et écrites à toutes les étapes de la procédure et participer aux audiences. De plus, ils ont demandé la divulgation au public de tous les documents produits, ainsi que l'accès public aux audiences. Finalement, ils ont demandé au tribunal d'organiser une audience publique dans la ville où le service a été rendu.

Néanmoins, contrairement aux affaires Methanex et UPS vues ci-dessus, le tribunal arbitral a répondu par courrier qu'il n'avait pas le pouvoir d'autoriser l'une quelconque des demandes sans le consentement des parties<sup>457</sup>. Le tribunal a précisé également que la Convention du CIRDI et le TBI Pays-Bas–Bolivie ne donnaient pas compétence au tribunal pour autoriser la participation d'*amici curiae*, ni pour l'ouverture au public de l'instance. Dans sa réponse aux requérants, le tribunal a affirmé que :

[...] the consensual nature of arbitration places the control of the issues you raise with the parties, not the Tribunal. In particular, it is manifestly clear to the Tribunal that it does not, absent the agreement of the Parties, have the power to join a non-party to

---

<sup>457</sup> *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, 2003 CIRDI-ICSID Case No. ARB/02/3 (Response to Letter by NGO to Petition to Participate as *amici curiae* on 29 January 2003), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/57>> (consulté le 30 juillet 2021).

the proceedings; to provide access to hearings to non-parties and, *a fortiori*, to the public generally; or to make the documents of the proceedings public<sup>458</sup>.

Le tribunal a tenu à rappeler qu'il était lié par la déclaration de confidentialité de l'article 6, paragraphe 2, du Règlement d'arbitrage du CIRDI et que sa mission découlait des traités qui régissaient l'arbitrage.

La particularité de cette affaire par rapport à ce que nous avons vu plus haut fut l'utilisation des règles de la Convention du CIRDI, dont le Règlement d'arbitrage en vigueur était la version 1984, et celles du TBI Pays-Bas–Bolivie. Les affaires précédentes ont été fondées sur les règles d'arbitrage de la CNUDCI et de l'ALENA.

Quelques années plus tard, il semble que les modifications promues dans le Règlement d'arbitrage du CIRDI (version 2006), soit la modification de l'article 32 (2) sur la procédure orale et l'ajout du paragraphe 2 à l'article 37 sur les soumissions des parties non contestantes, ont donné aux arbitres une plus grande marge de manœuvre pour permettre à d'autres intéressés de participer aux audiences et de soumettre des observations écrites en qualité d'*amici curiae*<sup>459</sup>.

#### **IV) Apotex c. États-Unis**

Malgré une plus grande ouverture dans les procédures d'arbitrage comme résultat de l'évolution de la réglementation des instances arbitrales, de la disposition sur des mécanismes de transparence dans les clauses de l'All, ainsi que du changement de posture de certains États forcé par leurs lois d'accès à l'information, les garanties de confidentialité demeurent observées par les tribunaux arbitraux. Dans l'affaire *Apotex c. États-Unis*<sup>460</sup>, par exemple, une ordonnance procédurale très détaillée fait valoir la protection de la confidentialité notamment en matières commerciales et financières, en renvoyant aux définitions du *Code of Federal Regulations*<sup>461</sup>

---

<sup>458</sup> *Id.*

<sup>459</sup> Ucheora ONWUAMAEGBU, « Aguas del Tunari SA v. The Republic of Bolivia (ICSID Case No. ARB/03/2) », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 445-449, en ligne : <<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C210/DC628.pdf>> (consulté le 30 juillet 2021).

<sup>460</sup> *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, préc., note 418.

<sup>461</sup> *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, 2012 CIRDI-ICSID Case No. ARB(AF)/12/1 (Confidentiality Agreement and Order on July 24, 2012), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/1687>> (consulté le 20 juillet 2021).

édicte par le gouvernement fédéral des États-Unis. À cet égard, il est à noter que les parties ont la responsabilité d'informer le tribunal de ce qu'elles souhaitent garder confidentiel parmi un inventaire d'options contenues dans l'ordonnance procédurale. Bien que la liste ne soit pas exhaustive et laisse un immense espace de possibilités subjectives, une fois qu'une des parties stipule ce qui doit être considéré comme confidentiel, les arbitres et la partie adverse sont tenus de respecter sa volonté.

### **Division B : La transparence comme question de fond de la jurisprudence arbitrale**

La transparence en tant que question de fond est moins fréquente dans la jurisprudence arbitrale qu'en tant que question de procédure. À titre d'exemple, on a mentionné plus haut, lors de l'étude de la transparence dans les AII<sup>462</sup>, qu'un manque de transparence a été soulevé dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*<sup>463</sup> comme violation de la clause de TJE.

En l'espèce, l'entreprise mexicaine Coterin était la propriétaire d'un terrain dans la ville de Guadalupe, dans l'État mexicain de San Luis Potosí, et détenait le permis de ce dernier et du gouvernement fédéral pour la construction et l'exploitation sur le terrain d'un site d'enfouissement de déchets dangereux. Pour cette raison, en 1993, l'entreprise américaine Metalclad, qui opérait déjà au Mexique dans le même domaine, a acquis le contrôle de Coterin, y compris les permis, afin d'exploiter le site d'enfouissement.

Au mois de mai 1994, Metalclad a commencé la construction. En octobre 1994, la ville mexicaine a ordonné l'arrêt de la construction en raison de l'absence d'un permis municipal de construction. Metalclad a déposé la demande du permis municipal et a repris les travaux. Cependant, après avoir fini la construction en mars 1995, la mise en œuvre a été empêchée par une forte manifestation populaire supportée par les autorités locales.

Au mois de novembre 1995, après plusieurs négociations, mais sans la participation du gouvernement de l'État sous-national et de la municipalité, Metalclad a conclu un compromis avec

---

<sup>462</sup> Au sujet de la transparence dans les AII, lire *supra*, Chapitre 2, Section 2.1, Paragraphe 2.1.1, Division A, I) e II).

<sup>463</sup> *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, préc., note 9.

les autorités fédérales de l'environnement qui incluait des mesures de surveillance, de remédiation et de contreparties comme condition pour l'exploitation du site.

Au mois de décembre 1995, environ treize mois après le dépôt de la demande de permis municipal de construction et neuf mois après la fin des travaux, la municipalité n'a pas autorisé la délivrance du permis, rappelant qu'une même demande avait déjà été refusée en 1991 et en 1992 à l'entreprise Coterim.

En 1997, après avoir vu que toutes les négociations ont échoué, Metalclad a décidé alors de saisir le tribunal arbitral, suivant les règles de procédure du mécanisme supplémentaire du CIRDI. Metalclad a allégué que les mesures constituaient une violation de la clause de TJE (ALENA article 1105) et cela a apporté un dommage équivalant à une expropriation sans compensation (ALENA article 1110). L'arbitrage était déjà en cours lorsque le gouverneur de San Luis Potosí a édicté un décret écologique interdisant en définitive l'exploitation du site d'enfouissement.

Dans la motivation de la sentence, le tribunal arbitral a considéré la transparence au premier plan des principes et règles de l'ALENA et pour cette raison, l'État du Mexique avait la responsabilité internationale comme autorité centrale de ne pas laisser les investisseurs dans l'incertitude sur le cadre juridique. Voyons ce que le tribunal a affirmé :

Prominent in the statement of principles and rules that introduces the Agreement is the reference to "transparency" (NAFTA Article 102(1)). The Tribunal understands this to include the idea that all relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and success fully operating investments made, or intended to be made, under the Agreement should be capable of being readily known to all affected investors of another Party. There should be no room for doubt or uncertainty on such matters. Once the authorities of the central government of any Party (whose international responsibility in such matters has been identified in the preceding section) become aware of any scope for misunderstanding or confusion in this connection, it is their duty to ensure that the correct position is promptly determined and clearly stated so that investors can proceed with all appropriate expedition in the confident belief that they are acting in accordance with all relevant laws<sup>464</sup>.

---

<sup>464</sup> *Id.*, par. 76.

Dans cet ordre d'idées, le tribunal arbitral a été d'avis que la confusion entre les sphères fédératives du gouvernement sur la compétence pour délivrer le permis de construction a entraîné en violation du principe de transparence garanti par l'ALENA. Selon le tribunal :

The absence of a clear rule as to the requirement or not of a municipal construction permit, as well as the absence of any established practice or procedure as to the manner of handling applications for a municipal construction permit, amounts to a failure on the part of Mexico to ensure the transparency required by NAFTA<sup>465</sup>.

Au dire d'Akira Kotera, « [...] transparency may be regarded as an element of fair and equitable treatment [TJE] and so require a degree of accountability by host states »<sup>466</sup>. Mais, suivant le tribunal :

Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad's business planning and investment. The totality of these circumstances demonstrates a lack of orderly process and timely disposition in relation to an investor of a Party acting in the expectation that it would be treated fairly and justly in accordance with the NAFTA<sup>467</sup>.

Ainsi, le tribunal arbitral a considéré que la violation du TJE a entraîné un manquement équivalent à une expropriation sans compensation et a condamné le Mexique à verser une indemnité d'un montant de 16.7 millions \$ US à l'investisseur.

Insatisfait de la décision du tribunal arbitral, le Mexique a fait appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique<sup>468</sup> qui a décidé d'annuler partiellement la décision précisément en ce qui concerne la violation du TJE fondée sur un manquement à l'obligation de transparence<sup>469</sup>.

En fait, le juge a souligné que « [...] the Tribunal did make decisions on matters beyond the scope of Chapter 11 [de l'ALENA] »<sup>470</sup> ce qui, à son avis, a constitué un excès de juridiction. Le juge étatique a ajouté que « [...] the Tribunal did not simply interpret the wording of Article 1105.

---

<sup>465</sup> *Id.*, par. 88, *in fine*.

<sup>466</sup> A. KOTERA, préc., note 2.

<sup>467</sup> *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, préc., note 9, par. 99.

<sup>468</sup> Le lieu de l'arbitrage a été déterminé selon le Règlement d'arbitrage du CIRDI (Mécanisme supplémentaire). Voir : *Id.*, par. 11.

<sup>469</sup> *United Mexican States v. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664, en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/671>> (consulté le 22 juillet 2020).

<sup>470</sup> *Id.*, par. 67.

Rather, it misstated the applicable law to include transparency obligations and it then made its decision on the basis of the concept of transparency »<sup>471</sup>.

En définitive, pour le juge, il n'y avait pas une obligation de transparence dans le Chapitre 11 de l'ALENA et pour cette raison il a annulé la décision arbitrale sur ce point<sup>472</sup>. En revanche, il a maintenu la condamnation en indemnité au motif que le décret écologique du gouverneur de San Luis Potosí<sup>473</sup> aurait confirmé l'expropriation indirecte sans compensation. Le changement du fondement de la sentence n'a fait que modifier la date à partir de laquelle l'expropriation devait être considérée. En pratique, cela a réduit le montant d'intérêt.

Ainsi, on constate que la transparence en tant que matière de fond dans l'arbitrage d'investissement est liée au comportement de l'État au regard de ses engagements et de sa transparence administrative et de la clarté de son cadre juridique.

Dans l'affaire Metalclad, bien que la thèse n'ait pas prévalu dans le tribunal étatique au regard de l'ALENA, il est possible de noter comment la construction de l'argument a été faite pour mettre en évidence la relation entre le manque de transparence et la violation de la norme du TJE. C'est quelque chose d'inquiétant, car cela laisse une marge d'interprétation très large et subjective. En ce sens, Sornarajah note que :

The NAFTA provisions on investment were generally regarded as being aimed at Mexico, the developing-country partner in the regional association. The impact of the Metalclad award was not as evident as when the NAFTA provisions came to be used against Canada and the United States, challenging their regulatory legislation as inconsistent with the standard of fair and equitable treatment. The reaction of the states was then to secure a limitation on the possibility of tribunals using expansive theories of fairness and equity to scrutinise the validity of their regulatory schemes affecting foreign investment<sup>474</sup>.

Par conséquent, Sornarajah note que les tribunaux ont commencé à refuser l'idée de considérer toute irrégularité administrative comme une violation du standard de TJE<sup>475</sup>. Malgré cela, la

---

<sup>471</sup> *Id.*, par. 70.

<sup>472</sup> *Id.*, par. 74.

<sup>473</sup> *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, préc., note 9, par. 59-60.

<sup>474</sup> M. SORNARAJAH, préc., note 7, p. 350.

<sup>475</sup> *Id.*, p. 359.

transparence du comportement des parties dans un All continuera à être perçue comme étant un principe de la bonne foi même si elle n'est pas explicitement mentionnée<sup>476</sup>. Selon Kotera :

[...] we cannot define the concrete meaning of transparency as an element of fair and equitable treatment in each BIT by understanding the specific contents of the BIT and investment environments, although the obligation of public availability of information on relevant laws could be included in the meaning<sup>477</sup>.

En dernière analyse, à partir de l'affaire Metalclad, on peut conclure que la transparence en tant que question de fond dans l'arbitrage d'investissement est moins explicite dans la jurisprudence arbitrale, mais elle n'est pas négligeable. Un tel concept peut être implicite dans de nombreuses autres obligations notamment dans le TJE, la bonne foi et la garantie des attentes légitimes.

---

<sup>476</sup> A. KOTERA, préc., note 2.

<sup>477</sup> *Id.*

## **Chapitre 3 : La transparence dans le cadre brésilien de règlement de différends en matière d'investissements**

Après avoir abordé dans les chapitres précédents les principales questions liées à la transparence, le cadre doctrinal et juridique arbitral et le contentieux arbitral d'investissement, dans ce dernier chapitre, nous aborderons la transparence dans le cadre brésilien de règlement de différends en matière d'investissements ainsi que la position réticente du pays au mécanisme de RDIE. L'objectif de ce chapitre est également d'identifier les apports de cette recherche au modèle d'All brésilien.

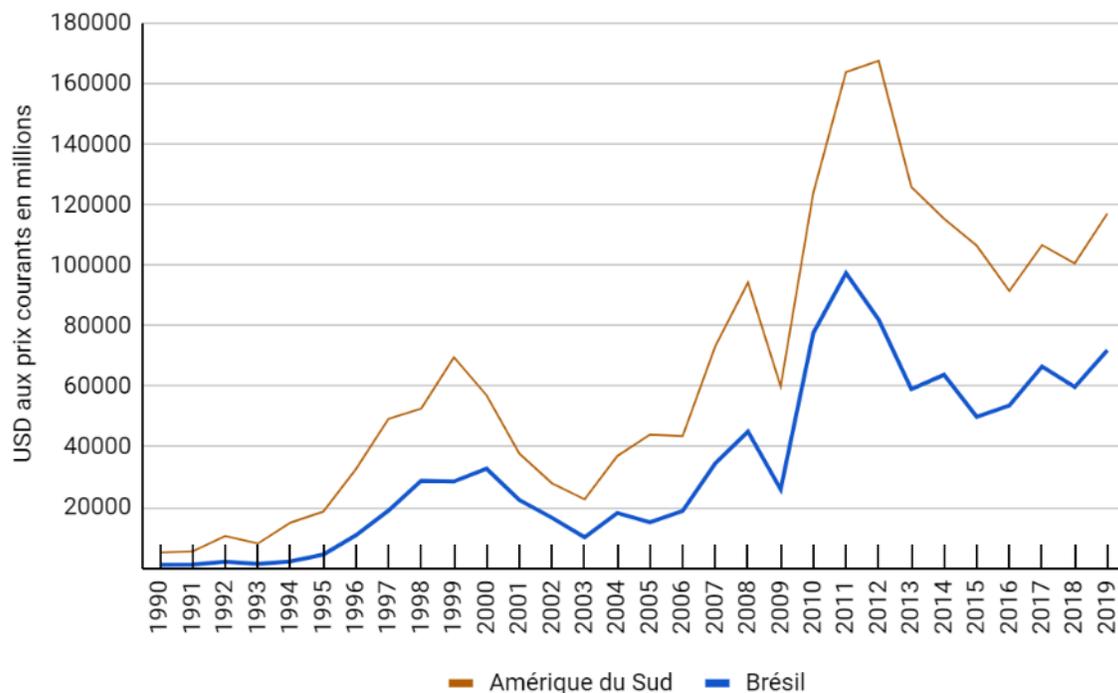
### **Section 3.1 : Le cadre juridique de règlement de différends en matière d'investissements au Brésil**

En ce qui concerne la résolution de conflits en matière d'investissements, le Brésil a privilégié dans ses récents All des mesures pour éviter les litiges, la résolution amicale de controverses et comme dernier recours le mécanisme de règlement des différends entre États (RDEE). En effet, l'arbitrage d'investissement fondé sur un traité n'existe pas dans ce pays.

Cependant, il est important de souligner que quoiqu'un mécanisme de RDIE soit un important incitatif aux IDE et que le Brésil n'ait pas consenti à l'inclusion de cette disposition dans ses traités, cela ne semble pas être l'élément qui l'empêche de figurer parmi les pays qui reçoivent un important volume d'IDE dans le monde<sup>478</sup>. À preuve, on peut observer dans le graphique ci-dessous (Fig. 8) que le Brésil est le principal destinataire d'IDE en Amérique du Sud, ayant reçu environ 60 % des IDE destinés à ce continent dans les trois dernières années.

---

<sup>478</sup> Comme Sornarajah a noté, le « Brazil has stood outside the investment treaty system and is not a party to the ICSID Convention. It belies the neo-liberal theory that says that, unless states participate in such a system, investment flows will not take place », voir : M. SORNARAJAH, préc., note 7, p. 28.



**Figure 8.** – Flux d’IDE entrant au Brésil et en Amérique du Sud.

Source : graphique préparé par l'auteur à partir de renseignements tirés de la CNUCED<sup>479</sup>.

Entre les années 2011 et 2014, le Brésil figurait parmi les cinq premières destinations d’IDE dans le monde. En 2017, il a été la 4<sup>e</sup> destination mondiale d’IDE pour un montant de 66,6 milliards de dollars américains. La chute d’environ 10 % du flux d’IDE en 2018, qui l’a ramené à la 6<sup>e</sup> position, a été suivie d’un fort recul global du flux d’IDE correspondant à 13,4 % par rapport à l’année précédente. Dans cette même veine, mais encore plus désastreuse, le continent européen a vu tomber de 18,5 % son volume d’IDE entre 2017 et 2018. En 2019, le flux d’IDE a augmenté de 20,4 % au Brésil et de 16,4 % en Amérique du Sud<sup>480</sup>.

À partir du graphique, il est possible de constater que le flux d’IDE entrant en Amérique du Sud (incluant le Brésil) est fortement lié au flux d’IDE entrant au Brésil. En outre, sa position dans le

<sup>479</sup> CNUCED, « UNCTADstat, Foreign direct investment: Inward and outward flows and stock, annual », en ligne : <<https://unctadstat.unctad.org/wds/TableView/tableView.aspx?ReportId=96740>> (consulté le 24 avril 2021).

<sup>480</sup> *Id.*

rang global démontre la force et l'importance de son économie pour la confiance des investisseurs et leurs investissements.

Mais cela ne nous empêche pas d'analyser l'option brésilienne sur l'aspect de la transparence et d'essayer de comprendre sous cet angle les raisons de sa résistance au mécanisme de RDIE. Ainsi, il convient de faire un survol sur l'évolution de l'arbitrage en matière d'investissements au Brésil et par la suite d'analyser le modèle de TBI brésilien en particulier sur l'aspect de la transparence.

### **Paragraphe 3.1.1 : L'évolution de l'arbitrage en matière d'investissements au Brésil**

L'arbitrage en général a été reconnu dès l'adoption de la première constitution du Brésil impérial en 1824<sup>481</sup>. Cependant, ce n'est qu'après la publication de la loi brésilienne sur l'arbitrage (*Lei nº 9.307, de 1996*) que ce mécanisme a acquis ses dispositifs contemporains comme méthode consensuelle appropriée pour régler des conflits impliquant les droits patrimoniaux<sup>482</sup>.

Bien que certains auteurs affirment que cette loi ne traite que de l'arbitrage interne<sup>483</sup>, d'autres pensent qu'elle considère indistinctement tant l'arbitrage interne que l'arbitrage international<sup>484</sup>.

En réalité, la loi a clairement établi qu'une sentence étrangère est celle rendue en dehors du territoire brésilien et ainsi, elle est assujettie à une procédure de reconnaissance pour son

---

<sup>481</sup> L'article 160 de la constitution du Brésil impériale de 1824 a ainsi établi : « *Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.* », en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)> (consulté le 22 mai 2018).

<sup>482</sup> *Loi brésilienne sur l'arbitrage*, Lei nº 9.307, de 1996, art. 1<sup>o</sup>, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)> (consulté le 22 mai 2018).

<sup>483</sup> Selma LEMES, « O Superior Tribunal de Justiça - STJ e o Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira à Luz da Convenção de Nova Iorque de 1958 » (2006), p. 1, en ligne : <<http://selmalemes.adv.br/artigos/O%20STJ%20e%20o%20Rec.%20Sent.%20Arb.%20Estrangeira%20e%20a%20CN%20I.pdf>> (consulté le 20 juin 2019).

<sup>484</sup> José Antonio FICHTNER, Sérgio Nelson MANNHEIMER et André Luís MONTEIRO, *Teoria Geral da Arbitragem*, Rio de Janeiro, BR, Forense, 2019, p. 98-99; Carmen TIBURCIO, « Panorama sur l'arbitrage au Brésil », dans Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Arnaldo WALD (dir.), *L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle : aspects de droit comparé*, Paris, Instituto de direito comparado luso-brasileiro et Société de législation comparée, 2008 à la page 307; Mauricio Moreira Mendonça de MENEZES, « Panorama de l'arbitrage international au Brésil », dans Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Arnaldo WALD (dir.), *L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle : aspects de droit comparé*, Paris, Instituto de direito comparado luso-brasileiro et Société de législation comparée, 2008 aux pages 375-379.

exécution en territoire national<sup>485</sup>. Cette procédure est conforme aux traités auxquels le Brésil est partie prenante, notamment celui de la Convention de New York de 1958 qui a été promulguée dans ce pays par le Décret n° 4.311/2002, entre autres<sup>486</sup>. Cela accroît la confiance en l'efficacité des sentences arbitrales rendues à l'extérieur du Brésil, en favorisant du même coup les commerçants de deux côtés<sup>487</sup>. Depuis lors, le développement de l'arbitrage s'est accru notamment dans le domaine commercial.

Quant à l'arbitrage impliquant les personnes publiques et à l'arbitrage investisseur État, les positions du pays sont antagoniques, comme nous les verrons ensuite.

### **Division A : La position favorable du Brésil à l'arbitrage impliquant les personnes publiques**

L'arbitrage impliquant les personnes publiques est un genre de règlement des différends important qui a mis du temps à être accepté sans controverse par les hautes cours judiciaires et par la Cour fédérale des comptes brésiliens. Même avec l'adoption de plusieurs lois sectorielles dans les domaines des infrastructures avec des dispositions précises sur l'arbitrage<sup>488</sup>, ainsi que

---

<sup>485</sup> *Loi brésilienne sur l'arbitrage*, Lei n° 9.307, de 1996, art. 34 et seq., en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)> (consulté le 22 mai 2018). L'article 35 de cette loi a été modifié, par la *Lei n° 13.129* de 2015, pour réaffirmer que l'homologation de sentence arbitrale étrangère relève de la compétence de la Cour supérieure de justice: *Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça*. À l'origine, cette compétence appartenait à la Cour fédérale suprême, mais dès 2004, la Cour supérieure de justice est la Cour désignée pour l'homologation, même avant de la modification légale de 2015, par force de l'Amendement Constitutionnel n 45 de 2004.

<sup>486</sup> Convention Interaméricaine sur l'arbitrage commercial international, conclue au Panama en 1975 et promulguée au Brésil par le Décret n° 1.902/1996; Protocole de coopération et assistance juridictionnel en matière civile, commercial, travail et administratif – Mercosur, conclu à Las Leñas, Argentine en 1992, et promulgué au Brésil par le Décret n° 2.067/1996; Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères, conclue à Montevideo le 8 mai 1979, promulguée au Brésil par le Décret n° 2.411/1997; l'Accord sur l'arbitrage commercial international du Mercosur, conclu à Buenos Aires, Argentine en 1998, promulgué au Brésil par le Décret n° 4.719/2003.

<sup>487</sup> Selma LEMES, « A Arbitragem e a Vigência no Brasil da Convenção de Nova Iorque » (2003), p. 1, en ligne : <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo24.pdf>> (consulté le 20 juin 2019).

<sup>488</sup> Plusieurs lois nationales ont des dispositions qui autorisent l'arbitrage impliquant les personnes publiques brésiliennes. Voir par exemple : l'article 23-A de la *Lei n° 8.987/1995* qui porte sur la concession de service public; article 93, XV, et article 120, III, les deux de la *Lei n° 9.472/1997* qui régit le secteur des télécommunications; article 43, X, de la *Lei n° 9.478/1997* qui porte sur le secteur pétrolier; article 35, XVI, et article 39, XI, les deux de la *Lei n° 10.233/2001* qui porte sur le secteur de transport fluvial et terrestre; l'article 11, III, de la *Lei n° 11.079/2004* qui régit les partenariats public-privé (PPP) dans les formes de concession parrainée et concession administrative; l'article 10-A, paragraphe 1°, de la *Lei n° 11.445/2007* qui régit les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement.

des lois des unités fédératives autres que l'Union, ce n'est qu'après une modification de la loi sur l'arbitrage en 2015 que la possibilité de l'arbitrage impliquant une personne publique a été rendue incontestable<sup>489</sup>.

L'Administration publique brésilienne, directement ou indirectement peut effectivement résoudre ses conflits avec une personne privée devant un tribunal arbitral. Cependant, un arbitrage impliquant les personnes publiques doit se dérouler dans la plupart des cas au Brésil, en portugais et selon la loi brésilienne<sup>490</sup>.

Bien que ce genre d'arbitrage ne soit pas un arbitrage fondé sur un traité, il se rapproche du mécanisme prévu dans les contrats d'État<sup>491</sup>. Cette évolution favorable à l'arbitrage est ainsi beaucoup appréciée par les investisseurs et contribue à réduire les réticences du Brésil à des mécanismes non étatiques de résolution de conflits relatifs aux investissements.

De cette façon, même si le Brésil n'a pas ratifié un seul traité incluant une clause de RDIE, l'Administration publique peut consentir à une clause d'arbitrage dans un contrat d'investissement dans lequel les parties impliquées sont un investisseur étranger et l'État brésilien.

Ce n'est pas par hasard que la loi brésilienne sur la politique énergétique, lorsqu'elle se réfère aux clauses essentielles de contrats de concession pour l'exploration, le développement et la production de pétrole et de gaz naturel, exige, entre autres dispositions, la prévision de l'arbitrage international<sup>492</sup>.

---

<sup>489</sup> *Loi brésilienne sur l'arbitrage*, Lei n° 9.307, de 1996, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)> (consulté le 22 mai 2018), article 1, paragraphe 1<sup>o</sup>. L'article 1 de cette loi a été modifié, par la loi *Lei n° 13.129*, de 2015, pour y inclure un paragraphe qui a donné clarté à la possibilité de l'arbitrage impliquant les personnes publiques, en ces termes : § 1<sup>o</sup> *A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*

<sup>490</sup> La loi qui porte sur le secteur pétrolier permet l'arbitrage international, voir : *Loi brésilienne sur le secteur pétrolier*, Lei n° 9.478, de 1997, art. 43 (X), en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm)> (consulté le 22 mai 2018).

<sup>491</sup> Pour un aperçu sur le contrat d'État, lire *supra*, Chapitre 1, Section 1.1, Paragraphe 1.1.2.

<sup>492</sup> *Loi brésilienne sur le secteur pétrolier*, préc., note 490, art. 43, X« - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional ».

Il est ainsi possible d'observer deux moyens par lesquels l'État brésilien peut être impliqué dans un arbitrage effectué au Brésil ou à l'étranger : soit indirectement par des sociétés d'État, soit directement par l'État quand il exerce son pouvoir d'octroyer une concession ou un partenariat public-privé. Voyons quelques exemples d'arbitrages :

- *Vantage Deepwater Company, Vantage Deepwater Drilling Inc.* (en tant qu'investisseurs) v. *Petrobras America Inc, Petrobras Venezuela Investments and Services BV, Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras Brazil* (en tant que sociétés d'État) – (International Centre for Dispute Resolution) ICDR Case No. 01-15-0004-8503 – Final Award - 28 June 2018. Tribunal: Charles N. Brower, James M. Gaitis, William W. Park.
- *Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras Brazil* (en tant qu'investisseur) c. *Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP* (en tant qu'État), - (Chambre de commerce internationale) CCI 20196/ASM.
- *BRK Ambiental - Sumaré S.A.* (en tant qu'investisseur) c. *Ville de Sumaré* (en tant qu'État). Centre d'arbitrage et de médiation de la Chambre de commerce Brésil-Canada (CAM-CCBC).

Dans les deux premiers cas, la compagnie pétrolière brésilienne (Petrobras Brazil) était impliquée soit en tant que société d'État, soit en tant qu'investisseur. Dans le second cas, il s'agit d'un arbitrage résultant d'un contrat de concession des services publics d'eau potable et d'assainissement, impliquant une société contrôlée par un fonds canadien (BRK Ambiental – Sumaré S.A.) et une municipalité de l'État de São Paulo (Ville de Sumaré).

Dans ces exemples mentionnés, au moins une des deux parties connaît une participation importante d'investisseurs étrangers. Vantage Deepwater Drilling Inc. est une compagnie américaine. Petrobras compte 40,6 % d'investisseurs étrangers, 22,7 % d'investisseurs brésiliens et 36,7 % du capital total sont sous le contrôle de l'État<sup>493</sup>. L'entreprise BRK Ambiental - Sumaré S.A., à son tour, compte 70 % du capital sous contrôle de *Brookfield Business Partners LP*, un grand

---

<sup>493</sup> Structure du capital-actions et actionnaires de la société d'État Petróleo Brasileiro S.A. – *PETROBRAS*, en ligne : < <https://www.investidorpetrobras.com.br/pt/visao-geral/composicao-acionaria> > (consulté le 27 avril 2020).

gestionnaire canadien d'actifs globaux<sup>494</sup>, les 30 % restants appartiennent à un fonds d'investissement des travailleurs du secteur privé sous gestion de l'État brésilien (FI-FGTS)<sup>495</sup>.

Ces arbitrages, bien qu'ils soient mieux définis comme des arbitrages commerciaux, peuvent être approchés comme arbitrages d'investissement, au moins en ce qui concerne la transparence qu'on souligne dans cette recherche.

Néanmoins, il convient d'observer que l'État brésilien, étant partie contractante dans un contentieux, se trouve dans une situation qui soulève l'enjeu concernant l'applicabilité des normes du droit administratif dans le cadre du contentieux arbitral. Selon ce droit spécialisé, un régime juridique administratif s'applique aux différends impliquant l'administration publique. Ce régime est ancré sur deux piliers : la suprématie de l'intérêt public sur l'intérêt privé et l'indisponibilité de l'intérêt public<sup>496</sup>. La controverse demeure sur l'applicabilité de ce régime spécifique dans l'arbitrage impliquant les personnes publiques et dans l'arbitrage d'investissement<sup>497</sup>.

### **Division B : La position réticente du Brésil au mécanisme de RDIE**

En ce qui concerne l'arbitrage en matière d'investissements, le Brésil a toujours adopté une attitude réticente vis-à-vis du mécanisme de RDIE. En plus de n'avoir jamais adhéré à la Convention du CIRDI de 1965, le Brésil n'a ratifié aucun des 14 TBI signés entre 1994 et 1999, sous la forme des Accords sur la promotion et la protection réciproque des investissements (APPRI) qui prévoyaient la résolution des conflits par le moyen de l'arbitrage investisseur État<sup>498</sup>. De la même manière, le pays n'a pas ratifié le *Protocole de Colonia* (sur la promotion et la protection

---

<sup>494</sup> Structure du capital-actions et actionnaires de la société privée BRK Ambiental - Sumaré S.A. <<https://www.ri.brkambiental.com.br/a-companhia/estrutura-societaria/>> (consulté le 27 avril 2020).

<sup>495</sup> Pour un aperçu du Fonds d'investissement FI-FGTS, consultez : <<http://www.caixa.gov.br/aceso-a-informacao/fi-fgts/Paginas/default.aspx>> (consulté le 27 avril 2020).

<sup>496</sup> Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 32<sup>e</sup> éd., São Paulo, BR, Malheiros, 2015, p. 55-59.

<sup>497</sup> Nous avons discuté au sujet de l'intérêt public en droit administratif dans le Chapitre 1, Section 1.2. À propos de l'applicabilité de sources nationales dans l'arbitrage d'investissement, lire *supra*, Chapitre 2, Section 2.1, Paragraphe 2.1.2.

<sup>498</sup> Pour tous les traités d'investissement signés par le Brésil, voir : CNUCED, préc., note 21 « International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub », en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>>.

réciroque des investissements dans le MERCOSUR) ni le *Protocole de Buenos Aires* (sur la promotion et la protection des investissements provenant d'États non membres du MERCOSUR)<sup>499</sup>, les deux signés en 1994, qui également prévoyaient le mécanisme de RDIE.

Cette résistance à la Convention du CIRDI, ainsi qu'au modèle traditionnel d'All incluant une clause de RDIE, a exclu le Brésil de la vague des pays qui considèrent la clause d'arbitrage comme un important incitatif aux investissements directs étrangers (IDE)<sup>500</sup>.

Cela est une tendance qui se poursuit.

En 2015, une nouvelle génération du modèle de TBI brésilien a vu le jour. Ce nouveau modèle, formulé sous le nom d'Accord sur la coopération et la facilitation des investissements (ACFI), différemment du modèle d'All des années 1990, ne contient pas le mécanisme de RDIE. Depuis lors, 13 ACFI ont été signés, dont deux ont été ratifiés, celui avec Angola en 2017 et celui avec le Mexique en 2018.

Même si la perception des cours judiciaires et du Parlement brésilien est devenue plus amicale envers l'arbitrage – notamment après la ratification de la Convention de New York en 2002, ainsi que la clarification de la loi brésilienne sur l'arbitrage concernant l'arbitrage impliquant les personnes publiques en 2015 –, le nouveau ACFI reprend la résistance au mécanisme de RDIE, privilégiant les moyens de prévenir et d'éviter les conflits, la résolution des différends par le moyen de consultations amicales par canaux institutionnels ainsi que le mécanisme de RDEE.

Selon le diplomate Flavio Marega, un sentiment sous-jacent de méfiance à l'égard des mécanismes non étatiques de résolution des conflits persiste<sup>501</sup>, en particulier lorsque ces conflits mettent en cause l'intérêt public. Il est à noter que cet auteur a fait ce commentaire en 2005

---

<sup>499</sup> Pour tous les documents du MERCOSUR, voir : « Consulta - Mercosur », en ligne : <[https://www.mre.gov.py/tratados/public\\_web/ConsultaMercosur.aspx](https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx)>, préc., note 21.

<sup>500</sup> Selon l'OCDE, l'investissement direct étranger (IDE) est appelé selon l'OCDE d'investissement direct international (IDI) ou tout simplement d'investissement direct (ID), selon le FMI. Ces définitions ont été harmonisées aux fins de statistiques. V. à cet égard : OCDE, *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux 2008*, 4<sup>e</sup> éd., 2010, en ligne : <<https://www.oecd-ilibrary.org/content/publication/9789264048768-fr>> (consulté le 20 juin 2019); FMI, *Manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale (MBP6)*, 6<sup>e</sup> éd., 2009, en ligne : <<https://www.imf.org/external/french/pubs/ft/bop/2007/bopman6f.pdf>> (consulté le 20 juin 2019); Au sujet de caractéristiques des pays qui influent sur l'attractivité des IDE, voir : CNUCED, préc., note 22.

<sup>501</sup> FLAVIO MAREGA, préc., note 17, p. 42.

avant même l'existence de l'ACFI. À notre avis, cette méfiance qui s'est atténuée ces dernières années à l'égard de l'arbitrage national persiste encore envers le mécanisme de RDIE.

Quoique certains organes exécutifs du gouvernement brésilien aient amorcé la tentative de renverser ce sentiment avec la signature des APPRI et des protocoles de Colonia et de Buenos Aires entre 1994 et 1999<sup>502</sup>, le Parlement a toujours été réticent à l'adopter. Si quelques All n'ont jamais été soumis au Parlement, ceux qui ont été soumis<sup>503</sup> ont longuement franchi les étapes du processus législatif jusqu'à ce que l'exécutif lui-même demande leur retrait de l'ordre du jour, compte tenu du changement du chef de l'exécutif en 2003 qui certainement souhaitait apporter d'autres lignes directrices<sup>504</sup>. À l'époque, l'objection du Parlement qui a provoqué de longues discussions fut notamment l'existence de la clause de RDIE<sup>505</sup>. Pourtant, la question qui mérite d'être examinée concerne les justifications de ce refus.

En dépit de ne pas avoir une raison claire pour la position du refus actuel du Brésil à l'arbitrage d'investissement fondé sur un traité<sup>506</sup>, l'ACFI continue à éviter le mécanisme. Il est possible que l'attitude réticente ressorte encore des propositions et des arguments formulés lors des travaux préparatoires à la Convention du CIRDI et également des arguments posés durant la procédure législative de tentative de ratification de certains APPRI et du Protocole de Buenos Aires<sup>507</sup>.

### ***1) Les réactions du Brésil lors des travaux préparatoires de la Convention du CIRDI***

En ce qui a trait aux réactions à la Convention du CIRDI, voyons ci-dessous ce qui a été dit par le représentant brésilien lors de la réunion de consultation régionale dans le cadre des travaux préparatoires de la Convention :

---

<sup>502</sup> A. D. RI JR, préc., note 21.

<sup>503</sup> Érika Capella FERNANDES et Jete Jane FIORATI, « Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada (Cooperation and facilitation investment agreements and bilateral investment treaties signed by Brazil: a comparative analysis) », (2015) 52-208 *RIL* 247-276, 249, en ligne : <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril\\_v52\\_n208\\_p247](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p247)> (consulté le 30 juin 2018). Le Brésil a signé 14 APPRI, mais seulement six ont été soumis à l'appréciation du Parlement brésilien : les APPRI signés avec la France, l'Allemagne, la Suisse, le Portugal, le Chili et la Grande-Bretagne.

<sup>504</sup> FLAVIO MAREGA, préc., note 17, p. 91-98, 125-146.

<sup>505</sup> C. de T. PEREIRA, préc., note 18, 92; FLAVIO MAREGA, préc., note 17, p. 144-145.

<sup>506</sup> J. KALICKI et S. MEDEIROS, préc., note 18, 70.

<sup>507</sup> FLAVIO MAREGA, préc., note 17, p. 41-42 (95). Le Protocole de Colonia ainsi que certains APPRI n'ont jamais été soumis au Parlement brésilien.

Mr. RIBEIRO (Brazil) considered that the proposed Center possessed certain characteristics that set it apart from the principles that had traditionally inspired international arbitration, a legal institution designed for the peaceful solution of disputes between nations. Moreover, the draft Convention raised constitutional problems, since it implied a certain curtailment of the scope of national legal processes. Brazilian constitutional law guaranteed the judicial power a monopoly of the administration of justice (see Art. 141, paragraph 4, of the Brazilian Constitution) and therefore it would be inadmissible to create within the territory of the nation a body entrusted with decisions in the field of law. Were such activities to be delegated to an international organization, the violation of this constitutional precept would be even more flagrant. Another aspect of the problem that raised doubts in his mind was that despite the optional character of the draft Convention, foreign investors would be granted a legally privileged position, in violation of the principle of full equality before the law.

He was also disturbed by the possibility mentioned in the Preamble that a State might espouse the cause of one of its citizens involved in a dispute with another State; this possibility, legally questionable, did not in any case provide a sufficient justification for overlooking constitutional principle.

All the above considerations would influence Brazil's decision as to whether to join the proposed Center.<sup>508</sup>

En outre, quelques mois plus tard, durant les réunions du comité juridique qui a été formé à Washington pour discuter du projet préliminaire de la Convention, le représentant brésilien a soulevé plusieurs objections : qu'il y avait des dispositions qui élargissaient énormément les attributions du CIRDI<sup>509</sup>; que d'autres dispositions mettaient en cause son indépendance<sup>510</sup> et qui octroyaient en même temps un pouvoir discrétionnaire au Conseil d'administration pour définir des règles de procédure qui ne seraient pas soumises à l'approbation des États<sup>511</sup>. Finalement, qu'une extension de compétence<sup>512</sup> et un manque de clarté dans la définition d'investissement et de nationalité mettaient en doute son approbation<sup>513</sup>.

---

<sup>508</sup> Commentaire du représentant brésilien Francisco da Cunha Ribeiro, conseiller juridique de la SUMOC, durant la réunion consultative qui a eu lieu à Santiago du Chili, le 3 février 1964. Voir : CIRDI, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Reprinted in 2009, II-1 (Documents in English), Washington, D.C., ICSID Publication, 1968, p. 306-307, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/publications/the-history-of-the-icsid-convention>> (consulté le 25 avril 2021); Voir aussi : FLAVIO MAREGA, préc., note 17, p. 38-39; J. KALICKI et S. MEDEIROS, préc., note 18, 68-69.

<sup>509</sup> *Historique de la Convention CIRDI*, vol. III, voir : CIRDI, préc., note 20, p. 499.

<sup>510</sup> *Id.*, p. 502.

<sup>511</sup> *Id.*, p. 512.

<sup>512</sup> *Id.*, p. 667-669.

<sup>513</sup> *Id.*, p. 669-670.

À ce sujet, il est à noter que la plupart des définitions n'ont jamais été adoptées par la Convention du CIRDI en laissant transparaître le degré de désaccord qui existait sur le projet<sup>514</sup>.

En analysant les raisons de telles objections, Marega affirme que :

[Traduction par l'auteur]

[...] il semble y avoir eu un double malentendu quant à la compréhension réelle de ce que serait le futur Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements [CIRDI] qui serait créé par la Banque mondiale : i) premièrement, le CIRDI ne serait un organe d'aucune branche judiciaire des futurs États contractants; et ii) le CIRDI ne rendrait pas non plus de sentences arbitrales (ce qui est en réalité fait par le tribunal arbitral institué sous son égide)<sup>515</sup>.

À son tour, le conseiller juridique du ministère des Affaires étrangères brésilien a rendu un avis absolument contraire face à l'adhésion du Brésil à la Convention du CIRDI. Ses principaux arguments ont été résumés par Marega ainsi :

[Traduction par l'auteur]

[...] l'acceptation du CIRDI ne serait pas justifiée, car en plus de 150 ans, l'ordre juridique et politique brésilien n'a jamais manqué d'accepter les revendications méritoires des étrangers; il n'y aurait aucune disposition dans la législation brésilienne qui obligerait les investisseurs étrangers à renoncer à la protection diplomatique de leur État d'origine; cela représenterait un soupçon quant à l'efficacité du pouvoir judiciaire national, en particulier pour juger des affaires impliquant des étrangers, le Trésor et le Gouvernement brésilien; en protégeant les investisseurs étrangers au détriment des nationaux, elle représenterait la consécration de l'impérialisme économique et financier; le CIRDI introduirait un état de tension entre les économies dominantes et dominées, notamment lorsqu'il s'agit de défendre les intérêts des investisseurs dans la grande économie dominante [...]<sup>516</sup>.

Certains considèrent l'avis du conseiller juridique plus idéologique ou politique que juridique et attribuent cette position à l'influence des doctrines latino-américaines de Calvo et de Drago qui

---

<sup>514</sup> Selon Schreuer *et al.* par exemple : « [t]he fact that most of the proposed definitions for the objective criteria for jurisdiction were not adopted was motivated less by the view that they were redundant than by an inability to agree on them. It would be inaccurate to assume that the general phrasing of these objective criteria in Art. 25 gives the parties complete freedom to determine, by the terms of their consent, which disputes they wish to submit to the Centre [...] », voir : C. H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH et A. SINCLAIR, préc., note 275, p. 83.

<sup>515</sup> FLAVIO MAREGA, préc., note 17, p. 42 (96).

<sup>516</sup> Synthèse tirée de l'Avis DAJ/138 – Sur la création d'un organe d'arbitrage international: BIRD. Prononcement non favorable de la SUMOC, de 20 août 1964, signé par le conseiller juridique Augusto de Rezende Rocha, voir : *Id.*, p. 42 (97), voir aussi les notes de bas de page 79 à 85.

privilégient le recours aux tribunaux judiciaires nationaux et aux lois internes pour résoudre les controverses relatives aux investissements<sup>517</sup>. Il convient de souligner que l'avis du conseiller juridique s'est fondé sur un autre avis de l'autorité monétaire de l'époque (SUMOC), lequel est fondé sur d'autres avis longs et contradictoires du personnel technique de l'organisme<sup>518</sup>.

Dans notre optique, les justifications de ce refus sont génériques et diverses. À l'époque, la proposition de créer le CIRDI a été confondue avec la création d'un tribunal arbitral lui-même. En outre, d'après les réactions et analyses mentionnées ci-dessus, nous pouvons noter : une vision biaisée suivant laquelle l'arbitrage international en matière d'investissements ne devait agir qu'exclusivement entre nations; une vue restreinte de l'aspect constitutionnel du monopole de juridiction au Brésil; la défense acharnée des juridictions étatiques comme seules à pouvoir trancher dans le domaine du droit; la crainte qu'il y ait une délégation en faveur d'une organisation internationale des activités et de pouvoirs excessifs en violation de la constitution; une vision selon laquelle le système proposé octroyait une position privilégiée aux investisseurs en violation du principe d'égalité devant la loi; la crainte du manque de clarté sur certaines définitions telles que l'investissement et la nationalité; et la conclusion selon laquelle le système proposé augmenterait les tensions entre les nations, puisqu'il s'agissait de garantir la défense des investisseurs des nations dominantes.

Tout cela nous permet de conclure que la raison primaire de l'incompréhension de nombreuses objections soulevées peut être attribuée au manque de transparence du nouveau type d'arbitrage qui accompagnait la Convention du CIRDI. Cependant, force est de constater que certains points soulevés, tels que l'ambiguïté des définitions et la protection excessive des investisseurs, entre autres, se sont avérés des points de diverses controverses qui seraient portées en arbitrage dans le futur.

---

<sup>517</sup> C. de T. PEREIRA, préc., note 18 à la page 91; B. M. CREMADES, préc., note 18 aux pages 56-58; FLAVIO MAREGA, préc., note 17 aux pages 14-16, 38-42; J. KALICKI et S. MEDEIROS, préc., note 18 aux pages 60-62, 69.

<sup>518</sup> FLAVIO MAREGA, préc., note 17, p. 39 (90), note de bas de page 80.

## **II) Les réactions aux All soumis à l'appréciation du Parlement brésilien**

En ce qui concerne les réactions du Parlement brésilien lors de la procédure de ratification de APPRI et du Protocole du Buenos Aires<sup>519</sup>, voyons ci-dessous ce qui a été résumé par Marega :

[Traduction par l'auteur]

371. [...] Les problèmes juridiques soulevés par rapport aux APPI étaient similaires à ceux identifiés par rapport au Protocole de Buenos Aires : i) la définition large d'investissement qui serait en conflit avec la législation brésilienne; b) la formule d'indemnisation qui contredirait les exceptions prévues par la Constitution fédérale; c) le libre transfert, qui limiterait les possibilités d'adaptation du pays au niveau de réserves minimum nécessaire, en période de crise de balance des paiements, ainsi que la future réglementation de l'article 172 de la Constitution fédérale (qui prévoit la régulation infraconstitutionnelle des investissements en capitaux étrangers au Brésil).

372. Concernant le mécanisme de règlement des différends investisseurs étranger État, les difficultés suivantes sont apparues : i) cette disposition contrevient au principe juridique de « l'épuisement des voies de recours internes » [...]; ii) [le fait de] renoncer au principe de l'épuisement des recours internes, et par conséquent à la possibilité pour le pays de sauvegarder l'autonomie de sa juridiction interne, créerait un précédent dangereux qui pourrait conduire à l'adhésion du Brésil à l'internationalisation du régime juridique des investissements; iii) la possibilité pour l'investisseur étranger de recourir à l'arbitrage international contre l'État bénéficiaire de l'investissement placerait sur un pied d'égalité deux sujets absolument distincts [...]; iv) elle jetterait des soupçons infondés sur le pouvoir judiciaire national [...]; v) une telle disposition créerait un privilège pour l'investisseur étranger, niant le même pour l'investisseur national [...]; vi) l'arbitrage investisseur étranger État porterait atteinte à la souveraineté, l'un des fondements de la République fédérative du Brésil, en excluant de son champ d'application l'exercice du pouvoir juridictionnel sur le territoire national. En outre, le recours susmentionné à l'arbitrage international serait également en conflit avec le point XXXV de l'article 5 de la Constitution fédérale, qui dispose que : « la loi n'exclut de l'examen du pouvoir judiciaire aucune atteinte ou menace aux droits ». Par conséquent, un accord international, qui au Brésil équivaldrait à une loi ordinaire, ne pourrait exclure du tribunal étatique l'appréciation d'une controverse née sur le territoire brésilien; iv) le recours unilatéral à l'arbitrage international [...] ne serait pas conforme aux principes de base qui régissent normalement un tel processus, puisque l'arbitrage a généralement lieu lorsque les parties en conflit conviennent de l'exécuter<sup>520</sup>.

Il est à noter que les objections du Parlement brésilien aux APPRI restent proches de celles de l'avis contraire à l'adhésion du Brésil à la Convention du CIRDI qu'on a vues précédemment, parmi

---

<sup>519</sup> *Id.*, p. 41-42 (95). Le Protocole de Colonia ainsi que certains APPRI n'ont jamais été soumis au Parlement brésilien. Certains All sont restés au Parlement entre 1996 à 2003.

<sup>520</sup> *Id.*, p. 144-145 (371) (372).

lesquelles nous soulignons la définition assez large d'investissement et certaines questions techniques de clauses de protection (la formule d'indemnisation, le libre transfert, la régulation de capitaux étrangers qui se heurtaient à la constitution et aux lois internes). Il s'agissait certainement de problèmes qui auraient pu être résolus, cependant, il semble que le sentiment de méfiance envers le mécanisme a persisté même après environ 40 ans de la Convention du CIRDI. Qui plus est, il faut considérer que, lors de l'appréciation des APPRI et du Protocole de Buenos Aires, le Parlement a probablement été averti de certaines conséquences que l'Argentine éprouvait concernant ses poursuites arbitrales et aussi des affaires survenues dans le cadre de l'ALENA.

Ainsi, de la même manière que nous avons attribué le rejet du Brésil à la Convention du CIRDI au manque de transparence, notamment du mécanisme de RDIE, le refus de ratifier les AII avec la clause de RDIE nous semble, en définitive, dû dans une certaine mesure au manque de transparence du mécanisme qui cause l'incompréhension générale de la solution proposée. En d'autres termes, les différents problèmes soulevés, tel que la définition large de l'investissement et les inévitables incompatibilités entre certaines clauses de protection des investisseurs et la législation nationale découlent du manque de transparence du dispositif. Certes, ces problèmes ne s'avèrent pas insurmontables, mais l'occasion n'était pas propice à l'approbation des AII avec la clause de RDIE.

En effet, certains de ces points demeurent et alimentent le manque de transparence du dispositif de RDIE, ce qui conduit à la méfiance du modèle.

### ***III) Les raisons actuelles du Brésil pour ne pas adopter le mécanisme de RDIE***

Près de 40 ans séparent les objections formulées lors des négociations de la Convention du CIRDI en 1964 et la résistance aux AII signés dans les années 1990 qui sont demeurés au Parlement brésilien jusqu'en 2003. Depuis lors, jusqu'à la publication du modèle d'ACFI 2015, douze autres années ont passé. Au total, plus de 50 ans se sont écoulés et la méfiance persiste alors que l'ACFI continue d'éviter le mécanisme de RDIE.

L'emploi du mot « transparence » est encore récent et de large contenu, cependant l'histoire de la position réticente au mécanisme de RDIE nous permet de déduire que le manque de transparence, dans tous les aspects examinés précédemment (transparence institutionnelle, transparence législative et, surtout, transparence dans l'arbitrage d'investissement), est une importante raison de fond de la méfiance qui a toujours accompagné le mécanisme de RDIE.

Comme nous l'avons vu plus haut, le manque de transparence dans l'arbitrage d'investissement couvre plusieurs aspects tels que le manque d'impartialité et d'indépendance des arbitres, le manque de clarté de sentences, la tendance à favoriser les investisseurs de plus grandes puissances ainsi que l'ingérence des entreprises transnationales dans les décisions politiques par la voie de décisions arbitrales<sup>521</sup>.

En revanche, au cours de cette cinquantaine d'années, de nombreuses avancées ont été apportées aux AII et aux règlements d'arbitrage. Si auparavant, le mécanisme de RDIE était perçu comme étant un outil des nations impérialistes, le temps s'est occupé d'apporter d'importantes modifications. Les pays développés en siégeant dans la place d'État d'accueil d'investissements ont commencé eux-mêmes à éprouver des sentences arbitrales défavorables. Ceci, notamment dans le cadre de l'ALENA, a attiré l'attention de tous. Le risque de décisions incohérentes a stimulé la réforme de clauses de protection et a élargi les mesures de sauvegardes dans les AII. Par surcroît, de nouvelles règles d'arbitrage privilégiant la transparence ont été introduites au bénéfice non seulement des parties, mais à l'égard de l'intérêt public.

En dernière analyse, bien que la transparence dans l'arbitrage d'investissement ait progressé et connu des évolutions importantes, l'attitude réticente du Brésil vis-à-vis du mécanisme demeure. Cela permet de conclure que le pays est toujours attaché à des raisons historiques liées au manque de transparence qui engendre une méfiance notamment en matière procédurale et cela demeure une raison fondamentale pour laquelle le mécanisme de RDIE continue de ne pas être adopté au Brésil.

---

<sup>521</sup> P. QUATTROCCHI, *préc.*, note 96 à la page 425. Lire aussi *supra* le Chapitre 1.1.3, Section 1.1, Paragraphe 1.1.3, Division C.

### **Paragraphe 3.1.2 : La transparence dans le modèle d'ACFI**

Environ 16 ans après le dernier APPRI signé en 1999, et même sans avoir ratifié un seul traité de cette époque, le Brésil a formulé un nouveau modèle de TBI, la version 2015, connu sous le nom ACFI (Accord sur la coopération et la facilitation des investissements)<sup>522</sup>. Ce nouveau modèle qui, comme nous l'avons déjà mentionné, ne comprend pas le mécanisme de RDIE, présente la structure suivante :

- le *Préambule*;
- la *Section I* qui couvre l'objectif, le champ d'application et les définitions;
- la *Section II* intitulée *Mesures réglementaires et de Mitigation des risques* qui couvre les mesures d'encouragement et de facilitation à l'admission de l'investissement, les clauses de protection de l'investissement (de TN, de NPF, contre l'expropriation sans compensation, de dédommagement des pertes et de libre transfert), les mesures de transparence concernant la divulgation de la législation et l'accès aux normes liés aux investissements, les mesures prudentielles, les mesures fiscales, les exceptions concernant la sécurité, les mesures de responsabilité sociale des entreprises, les mesures de lutte contre la corruption, les dispositions sur l'environnement, le travail et la santé;
- la *Section III* intitulée *Gouvernance institutionnelle et Prévention des différends* présente : la structure administrative pour la gestion de l'ACFI (*Comité conjoint*) ainsi que ses obligations et responsabilités et le point focal national (*ombudsman*) qui a pour responsabilité principale de soutenir l'investisseur étranger; et les dispositions sur l'échange d'informations entre les parties, le traitement de l'information protégée, l'interaction avec le secteur privé, la coopération entre les agences de promotion d'investissement, la procédure de prévention des différends et le règlement des différends entre États;
- la *Section IV* intitulée *Agenda de coopération et de facilitation des investissements*;

---

<sup>522</sup> La version anglaise du modèle de TBI brésilien 2015 (l'ACFI) est disponible sur le site Web de l'IIA Navigator, voir : CNUCED, préc., note 288. Le Brésil a signé l'ACFI avec : Mozambique, Angola, Mexique, Malawi, Colombie et Chili, en 2015; Éthiopie, Suriname et Guyane, en 2018; Émirats arabes unis, Maroc et Équateur, en 2019; et Inde, en 2020. Dans ce site Web, il est également possible de consulter tous les ACFI conclus entre le Brésil et les autres pays.

- la *Section V* avec dispositions générales et finales d'entrée en vigueur, validité, amendement et expiration; et
- l'*Annexe* qui inclut l'*Agenda de coopération et de facilitation des investissements*.

Il est à noter que le *Préambule*, la *Section I*, la *Section II* et la *Section V* ont un contenu semblable à celui de la plupart des TBI. En revanche, la *Section III* et la *Section IV* contiennent un modèle de coopération et de prévention de litiges qui est tout à fait particulier au modèle brésilien.

Les traités signés par le Brésil à partir de 2015<sup>523</sup> suivent ce nouveau modèle avec des adaptations au cas par cas, selon l'État cocontractant. Cependant, lorsque de tels ajustements sont défavorables à un investisseur ressortissant d'un État cocontractant d'autre ACFI avec le Brésil, nous comprenons que par force de la clause de la NPF, l'investisseur peut revendiquer l'égalité de traitement par le biais des mécanismes disponibles dans l'ACFI.

En gardant notre propos d'examiner la transparence dans le modèle d'ACFI, nous donnerons un aperçu de la définition d'investissement<sup>524</sup> ainsi que d'autres dispositions qui concernent la transparence.

### **Division A : La définition d'investissement dans l'ACFI**

Le modèle d'ACFI suggère une liste non exhaustive pour le mot « investissement » ainsi qu'une liste d'exclusions (ou liste négative). La clause est ainsi rédigée :

**1.3 Investment** means a direct investment of an investor of one Party, established or acquired in accordance with the laws and regulations of the other Party, that directly or indirectly, allows the investor to exert control or significant degree of influence over the management of the production of goods or provision of services in the territory of the other Party, including but not limited to: [...]

Il est à noter que dans le plus récent ACFI signé avec l'Inde en 2020, la définition d'investissement a été changée d'investissement direct (ou bien) pour entreprise. De plus, la définition ajoute l'attente de gains ou profit et presque toutes les autres caractéristiques d'investissement du

---

<sup>523</sup> « International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub », voir : CNUCED, préc., note 21.

<sup>524</sup> Pour un aperçu sur la transparence des définitions en général dans les AII lire *supra*, Chapitre 2, Section 2.1, Paragraphe 2.1.1, Division A (II).

« test Salini »<sup>525</sup> selon lequel l'investissement doit représenter un apport financier, être de longue durée, comporter un certain risque et contribuer au développement économique de l'État d'accueil. Cette dernière, néanmoins, n'a pas été adoptée. L'ACFI Brésil-Équateur de 2019 et l'ACFI Brésil-Inde de 2020 ont également adopté cette formule. Voyons ci-dessous le libellé dans l'ACFI Brésil-Inde :

2.4 "**Investment**" means an enterprise, including a participation therein, in the territory of a Party, that an investor of the other Party owns or controls, directly or indirectly, or over which it exerts a significant degree of influence, that has the characteristics of an investment, including the commitment of capital, the objective of establishing a lasting interest, the expectation of gain or profit and the assumption of risk. The following assets of the enterprise, among others, are covered under this Treaty: [...]

[Nous soulignons]

Une pratique considérée transparente consiste à fournir la liste négative ou la liste d'exclusions, par exemple de déclarer que « les investissements de portefeuille » ne sont pas couverts par la définition. Dans ce cas, l'extrait qui contient cette exclusion semble être exhaustif, mais il faut bien comprendre que ce qui n'est pas dans la liste ne veut pas dire qu'il pourrait être considéré un investissement. Ce qui revient à dire que la liste négative, elle aussi, est non exhaustive. Voyons le libellé dans le modèle de l'ACFI, *ipsis litteris* :

For the purposes of this Agreement and for greater certainty, "Investment" does not include:

- i) an order or judgment issued as a result of a lawsuit or an administrative process;
- ii) debt securities issued by a Party or loans granted from a Party to the other Party, bonds, debentures, loans or other debt instruments of a State-owned enterprise of a Party that is considered to be public debt under the legislation of that Party;
- ii) portfolio investments, i.e., those that do not allow the investor to exert a significant degree of influence in the management of the company; and [Nous soulignons]
- iii) claims to money that arise solely from commercial contracts for the sale of goods or services by an investor in the territory of a Party to a national or an enterprise in the territory of another Party, or the extension of credit in connection with a commercial transaction, or any other claims to money that do not involve the kind of interests set out in sub-paragraphs (a)-(e) above.

---

<sup>525</sup> A. de NANTEUIL, préc., note 3, p. 190-191. Lire aussi *supra*, Chapitre 2, Section 2.1, Paragraphe 2.1.1, Division A (II).

Dans l'ACFI Brésil–Maroc signé en 2019 par exemple, « les créances dont l'échéance est inférieure à trois (3) ans » ne sont pas considérées comme investissement visé par l'ACFI.

En revanche, dans le deuxième ACFI signé entre Brésil et Angola en 2015, non seulement la définition d'investissement et d'investisseur, mais toutes autres définitions sont de façon très simplifiée renvoyées aux législations de chaque État partie. La disposition du traité est ainsi rédigée :

[Traduction par l'auteur]

### **Article 3**

#### **Définitions**

Aux fins du présent Accord, les définitions concernant l'investissement, l'investisseur et d'autres définitions inhérentes à cette question seront régies par les systèmes juridiques respectifs des Parties.

Cette option des parties de l'ACFI peut soulever d'importantes questions. En cas de controverse, un investissement qui est considéré à l'égard d'un investisseur d'un pays peut éventuellement ne pas être reconnu dans un autre. S'il y avait une disposition pour le mécanisme de RDIE, ce serait certainement un point de manque de transparence à être traité par le tribunal arbitral qui devrait recourir à la source nationale de chaque pays. Par ailleurs, le tribunal arbitral rencontrerait la difficulté d'encadrer un investissement de portefeuille ou un investissement d'une durée moins longue. Imaginons le cas d'une demande reconventionnelle, quelle serait la définition à adopter? Même si la teneur du libellé laisse entendre que la situation serait réglée par le droit de l'État d'accueil, dans le cas d'une revendication d'un autre État fondé sur la clause de la NPF, ce dernier pourrait chercher la définition dans le droit national qui lui était plus favorable. Bien qu'il n'existe pas encore de possibilité de recours devant un tribunal de RDIE, ces questions peuvent faire l'objet de discussions dans les autres mécanismes de règlement des différends disponibles dans l'ACFI (*Section III - Comité conjoint, point focal - ombudsman* et RDEE), ce qui certainement entraînerait des difficultés pour la phase d'admission de la demande ou même pour la phase d'analyse du fond. Nous considérons ainsi qu'une clause comme telle n'est pas conforme au concept de transparence que nous examinons dans cette étude.

Des exemples concernant la définition d'investissement tirés d'autres traités qui peuvent être apportés au modèle d'ACFI sont présentés dans la section 3.2 *infra*.

### **Division B : Les autres dispositions qui concernent la transparence**

En partant, le préambule du modèle d'ACFI contient l'expression suivante : « Reconnaissant l'importance de promouvoir un environnement transparent, agile et amical pour les investissements des Parties [nous soulignons] ». Bien que cette disposition ait une valeur de *soft law*, donc non contraignante, elle doit être poursuivie par les parties dans l'ensemble de leur relation.

Les *Sections II, III et IV* de l'ACFI forment, pour ainsi dire, le noyau dur du modèle. En effet, les *Mesures réglementaires et de Mitigation des risques*; la *Gouvernance institutionnelle et Prévention des différends*; et l'*Agenda de coopération et de facilitation des investissements* donnent les règles de fond et procédurales de la démarche du mécanisme de règlement des différends du modèle.

Selon l'article 4 de l'ACFI, l'admission de l'investissement est régie suivant le « due process of law ». La loi de l'État prévaut dans cette phase. L'article 5 contient la garantie du TN. L'article 6 contient la garantie du traitement de la NPF. Seule l'expropriation directe (art. 7) est admise dans l'ACFI qui doit suivre également le « due process of law », en plus, elle doit être d'utilité publique, non discriminatoire, accompagnée de paiement de compensation selon la « formule Hull », c'est-à-dire un paiement prompt, adéquat, effectif, payable et librement transférable. Certains sont d'avis que le libellé de l'article 7, « [t]he compensation shall: a) Be paid without undue delay [...] », ne comporte pas exactement la caractéristique de « paiement prompt » et qu'il a été rédigé de cette manière pour être conforme à la législation brésilienne régissant les paiements de compensation en cas d'expropriation<sup>526</sup>. L'article 8, à son tour, fait référence à la compensation en cas de guerre ou conflit armé, révolution, état d'urgence, insurrection, émeute, ou d'autres événements similaires y compris la réquisition ou la destruction du patrimoine par une autorité de l'État d'accueil de l'investissement. À l'investisseur est assurée une compensation non

---

<sup>526</sup> É. C. FERNANDES et J. J. FIORATI, préc., note 503, 265.

moindre que celle faite à ses propres investisseurs ou aux investisseurs étrangers en respectant la protection de la clause de la NPF.

Les dispositions qui se réfèrent directement à la transparence institutionnelle et administrative sont situées dans l'article 9 comme suit :

## **Article 9**

### **Transparency**

1. Each Party shall ensure that its laws, regulations, procedures and general administrative resolutions related to any matter covered by this Agreement, in particular regarding qualification, licensing and certification, are published without delay and, when possible, in electronic format, as to allow interested persons of the other Party to be aware of such information.
2. Each Party shall endeavour to allow reasonable opportunity to those stakeholders interested in expressing their opinions on the proposed measures.
3. Whenever possible, each Party shall publicize this Agreement to their respective public and private financial agents, responsible for the technical evaluation of risks and the approval of loans, credits, guarantees and related insurances for investment in the territory of the other Party.

[Nous soulignons]

Et, également, dans l'article 19, *ipsis litteris* :

## **Article 19**

### **Exchange of Information between Parties**

1. The Parties shall exchange information, whenever possible and relevant to reciprocal investments, concerning business opportunities, procedures, and requirements for investment, particularly through the Joint Committee and its National Focal Points.
2. For this purpose, the Party shall provide, when requested, in a timely fashion and with respect for the level of protection granted, information related, in particular, to the following items:

[...]

[Nous soulignons]

De plus, l'article 19 (2) fournit une liste non exhaustive des genres d'informations pertinentes qui couvre en général les lois et règlements, les informations statistiques ainsi que les projets du gouvernement et d'autres traités. À son tour, le paragraphe (3) du même article prévoit que

« [t]he Parties shall also exchange information on Public-Private Partnerships (PPPs), especially through greater transparency and quick access to the information on the legislation ».

Il est à noter que l'article 9 est situé dans la *Section II* de l'ACFI qui contient les clauses de protection et de mitigation des risques. À son tour, l'article 19 est situé parmi les dispositions de *Gouvernance institutionnelle* dans la *Section III* de l'ACFI. Selon notre interprétation, en cas d'éventuel conflit sur l'obligation de transparence telle que dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*<sup>527</sup>, seul l'article 9 devrait être invoqué. Cette interprétation est renforcée également par la syntaxe utilisée dans le libellé : « shall », « whenever possible », « when requested ».

L'article 10 protège le libre transfert des investissements sous certaines conditions de légalité et de disponibilité de l'investissement. Aussi, cet article autorise l'État hôte à restreindre les transferts sous certaines conditions pour protéger la macroéconomie, tout en respectant ses compromis avec le FMI.

D'autres articles préservent le droit de l'État de prendre des mesures fiscales (art. 11), des mesures prudentielles concernant la stabilité du système financier (art. 12) et des mesures concernant la sécurité nationale ou l'ordre public (art. 13), dès que de telles mesures ne sont pas discriminatoires.

L'article 14 qui fait référence à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) est une disposition qui exhorte les investisseurs à contribuer au développement durable et à la conformité avec des pratiques socialement responsables sur la base de principes et de normes volontaires. Il faut souligner que cette disposition n'a pas un caractère contraignant et s'appuie sur des principes volontaires suggérés dans l'ACFI. En outre, cette clause est expressément exclue de la juridiction de l'arbitrage prévue dans l'ACFI (art. 24, par. 2). Toutefois, cette clause se conforme aux pratiques internationales du moins en ce qui concerne l'intention de promouvoir la RSE.

L'article 15 concerne les mesures de lutte contre la corruption. D'une part la disposition a un caractère non contraignant (paragraphe 1) une fois qu'elle exhorte les parties à adopter des

---

<sup>527</sup> *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, préc., note 9. Lire aussi, *supra*, Chapitre 2, Section 2.3, Paragraphe 2.3.2, Division B.

mesures et à faire des efforts dans la lutte contre la corruption, le blanchissement d'argent et le financement du terrorisme. D'autre part, la disposition exonère l'État hôte de protéger l'investissement d'origine illicite ou employé en actes illégaux, lequel est assujéti à la confiscation légale. Nous reviendrons sur cette clause anticorruption dans la section suivante, qui traite des apports au modèle ACFI, car cela est un point pertinent que nous avons souligné dans cette étude<sup>528</sup>.

L'article 16 vise la protection de l'applicabilité de lois nationales qui régissent l'environnement, les droits du travail et la santé. Cet article encourage également à éviter la course vers le fond (the race to the bottom) en ce qui concerne la réduction de normes dans ces domaines pour attirer les investissements.

Les articles 17 à 24 constituent la *Section III* de l'ACFI et portent sur la gouvernance institutionnelle (*Comité conjoint, Point focal - ombudsman*) ainsi que sur la procédure de consultations (art. 23) et RDEE (art. 24). Il est à noter que l'investisseur affecté par une mesure de l'État d'accueil de l'investissement peut être autorisé à participer à la réunion du *Comité conjoint* lorsqu'un différend est soumis à la consultation et négociation entre parties (art. 23, paragraphes 2 et 3). Cette section régit également les échanges d'information entre les parties (art. 19), la confidentialité des certaines informations (art. 20), les relations avec le secteur privé (art. 21), la coopération entre agences de promotion d'investissements (art. 22).

Quant à la transparence des mécanismes de règlement des différends, dans la phase de consultations, tous les documents restent confidentiels, à l'exception du rapport de conclusion du *Comité conjoint* (art. 23, par. 4). En cas d'échec de la consultation, le différend peut être soumis à un tribunal *ad hoc* de RDEE qui se conforme à ses propres règles de procédure ou de façon alternative au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI<sup>529</sup>. Les arbitres doivent avoir l'expérience ou l'expertise nécessaire pour trancher l'affaire, l'indépendance, et doivent se conformer aux règles

---

<sup>528</sup> Au sujet de la transparence dans l'arbitrage d'investissement et la corruption, lire *supra*, Chapitre 1, Section 1.3. Au sujet des apports au modèle brésilien de TBI, lire *infra*, Chapitre 3, Section 3.2, Paragraphe 3.2.3 (B).

<sup>529</sup> *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013)*, préc., note 337.

de conduite de l'OMC<sup>530</sup> ou autre définies par le *Comité conjoint*. Nous reviendrons sur ce sujet dans la section suivante, qui traite des apports au modèle ACFI, car cela est également un autre point pertinent que nous avons souligné dans cette étude<sup>531</sup>.

À la fin de la *Section IV* du modèle d'ACFI, l'article 25 propose un agenda pour augmenter la coopération et la facilitation des investissements avec l'idée de garantir un dynamisme dans l'évolution de l'accord.

Bref, le modèle d'ACFI a été construit en incorporant certaines dispositions de traités de la dernière génération. Il contient des dispositions relatives à la transparence, aux règles de la *soft law* concernant la RSE, à la lutte contre la corruption, à la protection de l'environnement, des conditions du travail et à la protection de la santé. Le modèle d'ACFI laisse de la sorte des vides concernant la transparence dans la procédure d'arbitrage. En revanche, les clauses de protection concernant le TJE et l'expropriation indirecte ont été éliminées, ce qui réduit les problèmes quant à la transparence d'une éventuelle interprétation arbitrale du contenu de telles clauses.

Finalement, il faut souligner que les mêmes dispositions du modèle d'ACFI 2015 ont été adaptées pour le MERCOSUR à travers le *Protocole de coopération et de facilitation des investissements intra-MERCOSUR* (PCFI), signé à Buenos Aires le 7 avril 2017 et ratifié au Brésil par le Décret n° 10.027 du 25 septembre 2019<sup>532</sup>. De cette manière, les dispositions desquelles nous venons de donner un aperçu font, en grande majorité et avec les adaptations pertinentes, partie de 13 ACFI signés et du MERCOSUR (Argentine, Brésil, Paraguay et Uruguay).

---

<sup>530</sup> OMC, *Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (Organisation mondiale du commerce, WT/DSB/RC/1, le 11 décembre 1996), en ligne : <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/rc\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/rc_f.htm)> (consulté le 23 novembre 2021).

<sup>531</sup> Au sujet des apports au modèle brésilien de TBI, lire *infra*, Chapitre 3, Section 3.2.

<sup>532</sup> Pour tous les documents du MERCOSUR, voir page Web *Consulta - Mercosur*, préc., note 21.

## **Section 3.2 : Les apports internationaux pour une meilleure transparence dans le mécanisme de règlement des différends de l'ACFI**

Comme mentionné dans l'introduction et sans l'ambition d'être exhaustif, nous apporterons ensuite quelques contributions pour le modèle brésilien d'All à partir de l'expérience internationale qu'on a vue tout au long de cette étude.

### **Paragraphe 3.2.1 : Les apports du Règlement de la CNUDCI sur la transparence**

Nous avons vu plus haut qu'en matière de transparence dans l'arbitrage d'investissement, le Règlement de la CNUDCI sur la transparence<sup>533</sup> est l'instrument le plus complet et le plus explicite en matière de transparence procédurale. Une disposition pour l'adoption obligatoire de ce règlement dans l'ACFI brésilien serait conforme aux meilleures pratiques internationales.

Dans le modèle d'ACFI, il est prévu qu'en cas d'échec du règlement du différend par la procédure de *Consultations*, il est possible de saisir un tribunal *ad hoc* de RDEE. Les arbitres doivent suivre leurs propres règles de procédure ou de façon alternative adopter la procédure du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI<sup>534</sup>.

Ainsi, il convient de noter que l'ACFI est déjà ouverte, bien que de façon alternative, à l'adoption du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Ceci, dans sa dernière version<sup>535</sup>, avec un nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013, oblige l'adoption du Règlement de la CNUDCI sur la transparence<sup>536</sup>.

Selon l'article 1 (9) du Règlement de la CNUDCI sur la transparence, les dispositions de ce règlement peuvent être appliquées lors de procédures en cours par un règlement d'arbitrage autre que celui de la CNUDCI<sup>537</sup>. Ainsi, que ce soit pour le mécanisme de RDEE ou pour un éventuel

---

<sup>533</sup> *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, préc., note 338.

<sup>534</sup> *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013)*, préc., note 337.

<sup>535</sup> *Id.*

<sup>536</sup> *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, préc., note 338.

<sup>537</sup> *Id.*, art. premier (9).

mécanisme de RDIE, il sera utile d'inclure dans l'ACFI une clause de transparence qui s'appliquerait à toute procédure arbitrale adoptée. De cette manière, l'ACFI s'assurerait d'adopter les règles de la CNUDCI sur la transparence lors d'une procédure de règlement de différends.

Le modèle d'APIE 2021 du Canada suggère, dans la *Section E – Règlement des différends entre investisseurs et États*, la clause de transparence de la procédure suivante :

**Article 36 Transparence de la procédure**

1. Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence, tel qu'il est modifié par le présent accord, s'applique aux procédures visées par la présente section.
2. Le consentement à la médiation, l'avis d'intention de contester la nomination d'un membre du Tribunal, la décision statuant sur la contestation de la nomination d'un membre du Tribunal et la demande de jonction sont inclus dans la liste des documents qui doivent être mis à la disposition du public en application de l'article 3(1) du Règlement de la CNUDCI sur la transparence.
3. Les pièces afférentes sont incluses dans la liste des documents qui doivent être mis à la disposition du public en application de l'article 3(2) du Règlement de la CNUDCI sur la transparence.
4. Préalablement à la constitution du Tribunal, la Partie défenderesse met à la disposition du public en temps opportun les documents pertinents visés au paragraphe 2, dans une version expurgée des renseignements confidentiels ou protégés. Ces documents peuvent être mis à la disposition du public par l'intermédiaire du dépositaire visé au paragraphe 9.
5. Une partie au différend peut communiquer à d'autres personnes en rapport avec une procédure, y compris des témoins et des experts, les documents non expurgés qu'elle estime nécessaires dans le cadre d'une procédure en vertu de la présente section. La partie au différend fait cependant en sorte que ces personnes protègent les renseignements confidentiels contenus dans ces documents conformément aux directives du Tribunal.
6. Une Partie peut communiquer à des fonctionnaires du gouvernement et à des fonctionnaires d'un gouvernement autre que le gouvernement fédéral, selon le cas, les documents non expurgés qu'elle estime nécessaires dans le cadre d'une procédure en vertu de la présente section. La Partie fait cependant en sorte que ces personnes protègent les renseignements confidentiels contenus dans ces documents conformément aux directives du Tribunal.
7. Les audiences sont ouvertes au public. Le Tribunal décide, en consultation avec les parties au différend, des dispositions logistiques appropriées afin de faciliter l'accès du public aux audiences. Si le Tribunal juge qu'il est nécessaire de protéger des renseignements confidentiels ou protégés, il prend les dispositions

appropriées pour tenir à huis clos la partie de l'audience nécessitant une telle protection.

8. Le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher une Partie défenderesse de communiquer au public les renseignements dont la communication est requise par le droit de la Partie défenderesse. Lorsqu'une ordonnance de confidentialité rendue par un Tribunal désigne un renseignement en tant que renseignement confidentiel et que le droit d'une Partie en matière d'accès à l'information prévoit que le public doit avoir accès au renseignement en question, le droit de la Partie en matière d'accès à l'information l'emporte. La Partie défenderesse devrait appliquer ces lois d'une manière respectueuse de la nécessité de protéger de la divulgation les renseignements désignés en tant que renseignements confidentiels ou protégés.
9. Le dépositaire des renseignements publiés en vertu du présent article est l'autorité administrante devant laquelle une plainte est déposée en vertu de la présente section.

Il est à noter que les dispositions prévues dans l'article 36 du modèle d'APIE 2021 du Canada, en plus de faire référence au Règlement de la CNUDCI sur la transparence, augmentent le niveau de transparence de la procédure, en apportant plus de clarté aux règles qui pourraient être empruntées pour le modèle d'All brésilien.

### **Paragraphe 3.2.2 : L'application de règles de transparence de l'arbitrage du CIRDI**

Le principal problème entravant l'adoption des règles de la Convention du CIRDI dans l'ACFI concerne la reconnaissance automatique de la sentence. Le libellé de l'article 54 de la Convention stipule que :

(1) Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat [...]

Cette disposition est incompatible avec la législation brésilienne. Celle-ci prévoit qu'une sentence étrangère doit être soumise à une procédure de reconnaissance par la Cour supérieure de justice qui, à cet effet, analyse les aspects formels et d'ordre public d'une sentence ainsi que les questions de souveraineté nationale et de bonnes mœurs<sup>538</sup>. Bien que cette procédure soit

---

<sup>538</sup> *Code de procédure civile du Brésil*, Lei n° 13.105, de 2015, art. 960-965, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> (consulté le 22 mai 2018); *Loi*

conforme aux traités auxquels le Brésil est partie prenante, notamment la Convention de New York de 1958, elle semble se heurter à l'idée de reconnaissance automatique et obligatoire de l'article 54 (1) de la Convention du CIRDI. À ce sujet, Schreuer *et al.* affirment que :

The applicability of the New York Convention does not give the same degree of enforceability as Art. 54 of the ICSID Convention. Art. V of the New York Convention lists a number of reasons upon which recognition and enforcement of an award may be refused. Some of these may be put forward by the party against which recognition and enforcement is sought: [...] <sup>539</sup>

Suivant la Convention du CIRDI, pour contester une sentence, n'existe que le recours aux motifs prévus dans ses propres dispositions<sup>540</sup>. Selon Celso de Tarso Pereira, l'État ne peut même pas invoquer des raisons d'ordre public pour refuser la reconnaissance d'une sentence d'un tribunal du CIRDI<sup>541</sup>. Cet auteur considère la reconnaissance comme une phase qui précède la concession de l'exequatur. À son avis, l'État pourrait refuser l'exécution sur la base de l'immunité d'exécution<sup>542</sup>, cependant, ce recours risque de conduire à des mesures de représailles financières de la part de la Banque mondiale<sup>543</sup>. En d'autres termes, si l'État peut refuser de reconnaître la sentence étrangère pour des raisons d'ordre public, cela serait plus commode que de revendiquer l'immunité d'exécution. Ainsi, cette procédure de reconnaissance de sentence pour son exécution sur le territoire national se heurte à la Convention du CIRDI.

Par ailleurs, certains défendent l'adhésion du Brésil à la Convention CIRDI, non seulement en raison de la possibilité même de l'arbitrage, mais surtout parce que cela permettrait la participation du pays et étendrait son influence dans le débat mondial sur l'évolution du droit de l'investissement<sup>544</sup>. En ce sens, nous soulignons que le CIRDI a déjà modifié à trois reprises son règlement de procédure d'arbitrage (1984, 2003, 2006), qui est d'ailleurs en cours de révision, et

---

*d'introduction aux normes du droit brésilien*, Decreto-Lei n° 4.657, de 1942, art. 17, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)> (consulté le 22 mai 2018); *Loi brésilienne sur l'arbitrage*, préc., note 482, art. 38-39.

<sup>539</sup> C. H. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH et A. SINCLAIR, préc., note 275, p. 1121.

<sup>540</sup> *Convention de Washington*, préc., note 19, art. 50, 51, 52.

<sup>541</sup> C. de T. PEREIRA, préc., note 18, 91.

<sup>542</sup> *Convention de Washington*, préc., note 19, art. 55.

<sup>543</sup> C. de T. PEREIRA, préc., note 18, 91.

<sup>544</sup> José Augusto Fontoura COSTA, « Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidades e possibilidades », (2015) Ano 1-3 *RJLB* 875-911, 875-876.

à deux reprises (2003, 2006) ses règlements du Mécanisme supplémentaire du CIRDI qui ont été créés en 1978.

En effet, il n'est pas si absurde d'adhérer aujourd'hui à une Convention qui est en vigueur depuis environ 55 ans, qui possède 164 États membres et qui, on l'a vu, concentre plus de 60 % des arbitrages d'investissement connus sous son administration ou selon ses règles. Le fait d'influer sur son évolution est quelque chose d'avantageux dans la coopération internationale.

Il convient de souligner que l'adoption de la Convention du CIRDI ne conduit pas automatiquement les litiges relatifs aux investissements à son centre d'arbitrage ni oblige ses membres à suivre ses règlements d'arbitrage en toute situation. Un autre instrument est nécessaire pour faire le lien, tel qu'un contrat d'investissement, une loi nationale d'investissement, un TBI ou un chapitre d'investissement dans un accord de libre-échange. Ces instruments doivent contenir une clause autorisant la soumission du différend à la juridiction de la Convention du CIRDI (art. 25, par. 1). Aussi, même avec la signature de la Convention du CIRDI, l'art. 25 (4) permet à l'État, dès qu'il ratifie la Convention, d'informer le CIRDI du genre de litiges qu'il estime pouvoir soumettre à sa juridiction.

De toute manière, comme nous l'avons examiné plus haut, la confidentialité semble être encore privilégiée dans l'ensemble des règlements du CIRDI<sup>545</sup>. Hormis la divulgation de l'existence du litige, le niveau de transparence doit être accordé entre les parties au préalable dans l'étape de négociations des AII ou durant la procédure. En réalité, selon les règles de la Convention du CIRDI, la publication des documents de l'instance, la participation du public aux audiences et, dans certains cas, la soumission des observations *d'amici curiae* dépendent du consentement des parties<sup>546</sup>.

Bref, afin de promouvoir la transparence, il est souhaitable que les parties puissent articuler l'utilisation du Règlement de la CNUDCI sur la transparence en accordant son applicabilité dans

---

<sup>545</sup> À ce sujet, lire *supra*, Chapitre 2, Section 2.2, Paragraphe 2.2.3. Voir aussi le Chapitre 1, Section 1.1, Paragraphe 1.1.3 (C).

<sup>546</sup> S. MENETREY, préc., note 2. Selon cette auteure, la transparence dans l'arbitrage d'investissement est en général limitée au consentement des parties. Lire *supra*, Chapitre 1, Section 1.1, Paragraphe 1.1.3 (C).

toutes leurs affaires qui seront soumises à la juridiction du CIRDI. L'article 36 du modèle d'APIE canadien, déjà vu plus haut, comble également cette suggestion.

### **Paragraphe 3.2.3 : Les apports de différentes natures qui favorisent la transparence dans l'arbitrage en matière d'investissements**

Dans ce paragraphe, nous avons choisi de systématiser les contributions par genre d'enjeux en lien avec l'augmentation de la transparence dans l'arbitrage d'investissement, peu importe si elles se réfèrent au fond ou à la procédure. Les emprunts des All ont été tirés notamment de TBI de pays avec lesquels le Brésil a déjà signé un ACFI ou du modèle d'APIE 2021 du Canada puisque ce pays, en plus d'avoir publié le plus récent modèle de TBI, présente des similitudes en termes de taille économique et est également constitué d'unités fédératives autonomes comme le Brésil. Dans le cas particulier du Maroc, par exemple, ce pays a signé l'ACFI avec le Brésil le 13 juin 2019 et dans le même mois, a publié sa nouvelle version de TBI.

#### **Division A : Les apports concernant la clarté des définitions**

En dépit de la crainte de surabondance de règles, il nous semble qu'une plus grande précision des définitions avec des listes non exhaustives ainsi que des listes négatives ou d'exceptions s'avère une bonne pratique pour éviter les demandes fondées sur une interprétation créative de la part des avocats<sup>547</sup> qui puissent influencer les décisions des arbitres.

Bien que le modèle d'ACFI porte une clause de définitions modeste, l'option utilisée dans l'ACFI entre l'Angola et le Brésil de l'ignorer est à notre avis un signe de manque de transparence.

Le modèle d'APIE 2021 du Canada contient une liste de définitions plus robuste que l'ACFI, cependant la définition de l'investissement, par exemple, ne fait pas référence à la durée de l'investissement<sup>548</sup>. Ceci est rencontré de manière générique dans les ACFI : Brésil–Mozambique, Brésil–Mexique et Brésil–Malawi, tous de 2015, et, plus précisément, dans l'ACFI Brésil–Équateur de 2019 et Brésil–Inde de 2020).

---

<sup>547</sup> M. SORNARAJAH, préc., note 7, p. 25.

<sup>548</sup> Dans le Chapitre 2, Section 2.1, Paragraphe 2.1.1 (A) (II) nous avons apporté l'exemple de la clause dans le TBI Canada - Moldova 2018. Voir : *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de Moldova concernant la promotion et la protection des investissements*, préc., note 256.

Le modèle de TBI 2019 du Maroc, afin de mieux préciser les définitions, ajoute, dans certains cas, des notes explicatives. Voyons par exemple la définition d'investissement suivante dans laquelle une note explique comment mesurer le « développement durable » qui a été incluse dans la définition :

**3.3 Investissement** désigne les éléments d'actif investis de bonne foi par un investisseur d'une Partie sur le territoire de l'autre Partie, qui contribuent au développement durable de cette dernière Partie et qui implique une certaine durée, un engagement de capital ou d'autres ressources assimilées, une attente de profit et une prise de risques.

**Note** : les deux Parties confirment leur compréhension que la contribution de l'investissement au développement durable peut être mesurée à travers notamment l'augmentation de la capacité de production, la croissance économique, la qualité des emplois créés, la durée de l'investissement, le transfert de technologie et la réduction de la pauvreté.

[Nous soulignons]

Il est à noter que le TBI Congo–Maroc de 2018 faisait déjà référence au « développement durable » dans la définition d'investissement, mais il ne contient pas la note explicative qui apparaît dans le modèle de TBI 2019 du Maroc. À son tour, l'ACFI Brésil–Maroc de 2019 ne fait référence au développement durable qu'au préambule du traité.

### **Division B : Les apports à la clause anticorruption**

Les enjeux concernant la transparence dans l'arbitrage d'investissement sont très variés. Dans cette étude, nous avons beaucoup examiné la transparence procédurale, mais on a donné aussi un aperçu du lien entre la transparence dans l'arbitrage d'investissement et la lutte contre la corruption. Nous avons remarqué que le manque de transparence est fréquemment lié à la corruption. Cependant, le fait d'avoir une clause anticorruption dans un AII signale pour les États parties et ses investisseurs la propension à adopter une conduite juste et équilibrée envers les investisseurs et les investissements. En d'autres mots, il est important pour les investisseurs que l'environnement compétitif ne soit pas masqué par des pratiques illicites qui vont déséquilibrer l'égalité des opportunités.

Dans cette optique, Manirabona a constaté que la clause anticorruption du Partenariat transpacifique (PTP) « est la plus complète et la plus contraignante de toutes les clauses »<sup>549</sup> parmi plusieurs autres traités de libre-échange qu’il a examinés. Ainsi, cet auteur a suggéré de l’inclure dans l’AECG, du fait que la clause de l’AECG était à son avis incomplète<sup>550</sup>.

Faire l’analyse de tous les articles (art. 26.6 à 26.12) dépasse le propos de cette étude, de même que les raisons pour lesquelles le PTP qui a été incorporé par le PTPGP est un accord de libre-échange transrégional qui couvre une quantité plus vaste de secteurs autres que l’investissement<sup>551</sup>. Pour l’essentiel, il suffit de savoir que cette clause couvre la corruption active et passive ainsi que l’agent privé et l’agent public, en obligeant les parties à incorporer dans sa législation des dispositions pour poursuivre et punir le responsable d’avoir pratiqué des actes considérés comme étant illégaux qui affectent le commerce ou l’investissement. Le libellé de l’article 26.7 (1) a la teneur suivante :

**Article 26.7 : Mesures de lutte contre la corruption**

1. Chacune des Parties adopte ou maintient les mesures législatives ou autres mesures pouvant être nécessaires pour conférer le caractère d’infraction pénale en vertu de son droit, dans les domaines ayant une incidence sur le commerce ou l’investissement international, lorsque les actes ont été commis intentionnellement par toute personne relevant de sa compétence [...]

Aussi, hormis l’article 26.9 : *Application de la législation en matière de lutte contre la corruption* qui est assujéti au système juridique de chaque État, un différend à l’égard de la *Section C : Lutte contre la corruption* est réglé uniquement par le mécanisme de RDEE (art. 28 du PTP)<sup>552</sup>. En

---

<sup>549</sup> A. M. MANIRABONA, préc., note 247, 112. Il convient de savoir que la disposition sur la corruption du PTP est située dans la *Section C : Lutte contre la corruption* qui contient l’Article 26.6 : *Portée*, l’Article 26.7 : *Mesures de lutte contre la corruption*; l’Article 26.8 : *Promotion de l’intégrité des agents publics*; l’Article 26.9 : *Application de la législation en matière de lutte contre la corruption*; l’Article 26.10 : *Participation du secteur privé et de la société*; l’Article 26.11 : *Rapports avec d’autres accords*; et, l’Article 26.12 : *Règlement des différends*.

<sup>550</sup> *Id.*, 108-113.

<sup>551</sup> L’Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) a incorporé les dispositions du Chapitre 26 - Transparence et lutte contre la corruption du PTP (Partenariat transpacifique) ainsi que la majorité des autres chapitres. Voir : « Partenariat transpacifique (PTP) », en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 30 juillet 2021); « Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) », en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/cptpp-ptpgp.aspx?lang=fra>> (consulté le 30 juillet 2021).

<sup>552</sup> PTP, note 551, art. 26.12 (1). Pour le mécanisme de RDEE, voir l’article 28.

d'autres mots, les mesures de lutte contre la corruption visée par le PTP ne peuvent pas être soumises au mécanisme de RDIE du Chapitre 9 relatif aux investissements.

Il est utile de rappeler que le Brésil a déjà adhéré aux principaux compromis internationaux desquels la clause anticorruption du PTP s'inspire : la *Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*<sup>553</sup> qui ne vise que la lutte contre la corruption active, c'est-à-dire l'offre des avantages indus à des agents publics étrangers; et la *Convention des Nations Unies contre la corruption (Convention de Mérida)*<sup>554</sup> considérée plus complète en ce qui a trait à la lutte contre la corruption active et passive.

Ainsi, avec les adaptations nécessaires, la clause anticorruption du PTP peut également servir au ACFI brésilien, puisque la disposition de ce dernier est moins complète et contraignante que celle du PTP. Voyons, par exemple, ci-dessous la teneur du libellé de l'article 10 de l'ACFI Brésil-Inde<sup>555</sup> :

#### **Article 10**

##### **Investment Measures and Combating Corruption and Illegality**

1. Each Party shall adopt measures and make efforts to prevent and fight corruption, money laundering and terrorism financing with regard to matters covered by this Agreement, in accordance with its laws and regulations.

10.2 Nothing in this Treaty shall require any Party to protect investments made with capital or assets of illicit origin or investments in the establishment or operation of which illegal acts have been demonstrated to occur and for which national legislation provides asset forfeiture.

[Nous soulignons]

De plus, d'autres dispositions pourraient être combinées avec la disposition anticorruption du PTP. Par exemple, la clause anticorruption employée dans le TBI Maroc-Nigeria<sup>556</sup> a un libellé de

---

<sup>553</sup> *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, préc., note 172.

<sup>554</sup> *Convention des Nations Unies contre la corruption*, préc., note 249.

<sup>555</sup> Le *Protocole de coopération et de facilitation des investissements intra-MERCOSUR*, signé à Buenos Aires, le 7 avril 2017, et ratifié au Brésil par le Décret n° 10.027, de 25 septembre 2019, contient une clause semblable.

<sup>556</sup> *Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between The Government of The Kingdom of Morocco and The Government of The Federal Republic of Nigeria*, art. 17 (Signed at Abuja, on 3 December 2016, not in force), en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4710/download>> (consulté le 20 juillet 2021).

teneur obligatoire. Dans le modèle de TBI 2019 du Maroc, la clause anticorruption (art. 19) prévoit des conséquences en lien avec la clause de RDIE (art. 28). Le libellé est ainsi rédigé :

#### **Article 19**

##### **Lutte contre la corruption, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme**

[...]

**19.3** Une violation des paragraphes 19.1 et 19.2 du présent article par un investisseur ou un investissement constitue une violation de la loi interne de la Partie Hôte concernant la création et l'exploitation d'un investissement.

**19.4** Lorsqu'un investisseur ou son investissement a violé le présent article, ni l'investisseur, ni l'investissement n'aura le droit d'entamer un processus de règlement des différends en vertu de n'importe quelle disposition du présent Accord. La Partie Hôte peut soulever cette question à titre d'opposition à la compétence dans le cadre de tout litige survenant en vertu du présent Accord ou de toute procédure prévue à la section VI relative au règlement des différends entre un investisseur et la Partie Hôte

[...]

À son tour, la clause de RDIE (art. 28) est ainsi rédigée :

#### **SECTION VI : RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE UN INVESTISSEUR ET LA PARTIE HÔTE**

##### **Article 28**

[...]

**28.4** Lorsqu'un investisseur ou son investissement ne s'est pas acquitté des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 18 (Respect des lois internes et des obligations internationales) ou a violé l'article 19 (Lutte contre la corruption, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme), la Partie Hôte peut déposer une demande reconventionnelle devant tout tribunal établi conformément à la présente Section.

Bref, les contributions à la clause anticorruption présentées peuvent être adaptées à l'ACFI même sans l'existence du mécanisme RDIE, car ces ajustements ont pour objet de rendre la clause anticorruption obligatoire et entraîner des conséquences en cas de violation.

#### **Division C : Les apports aux dispositions relatifs au droit de réglementer**

Le droit de réglementer est également une question qui est davantage observée plus attentivement depuis que les pays ont commencé à freiner la réglementation de leurs politiques

publiques par crainte de violer un engagement international. Non seulement les pays en développement ont cette crainte, mais aussi les pays plus riches ont également commencé à se protéger plus clairement de cette situation. Dans notre optique, l'existence d'une clause précisant ces limites fait partie de la recherche de transparence dans les AII et contribue donc à réduire les résistances au mécanisme de RDIE. Le modèle d'APIE 2021 du Canada fait une suggestion claire à cet égard :

### **Article 3 Droit de réglementer**

Les Parties réaffirment le droit de chaque Partie de réglementer sur son territoire en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de l'environnement et la lutte contre le changement climatique; la protection sociale ou des consommateurs; ou la promotion et la protection de la santé, de la sécurité, des droits des peuples autochtones, de l'égalité des sexes et de la diversité culturelle.

[Nous soulignons]

Il est possible d'observer que le Canada adopte une approche progressiste, dès qu'il s'agit de protéger son droit de réglementer non seulement dans les champs traditionnels, mais aussi des agendas récents.

### **Division D : Les apports concernant la conduite des arbitres**

Dans le modèle d'ACFI, nous avons vu plus haut que les arbitres doivent avoir l'expérience ou l'expertise nécessaire pour trancher l'affaire, l'indépendance, ainsi que se conformer aux règles de conduite, notamment celles de l'OMC<sup>557</sup> ou autres déterminées par le Comité conjoint.

À notre avis, la proposition alternative laisse la porte ouverte pour être traitée au cas par cas. En termes de règles qui devraient être permanentes et institutionnalisées, l'option d'adopter les règles de l'OMC semble pertinente, même si cette instance ne traite que du RDEE en différends commerciaux.

Lorsque le projet de *Code de conduite pour les personnes appelées à trancher des différends internationaux d'investissement* est approuvé<sup>558</sup>, il serait prudent de le recommander comme

---

<sup>557</sup> Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, préc., note 530.

<sup>558</sup> CIRDI, « Le CIRDI et la CNUDCI publient un projet de Code de conduite pour les arbitres et autres personnes exerçant des fonctions d'adjudication », *Actualités & Événements* (1 mai 2020), en ligne :

code de conduite obligatoire, surtout si le Brésil vient à adopter le RDIE. Bien que la nature des règles de conduite à être respectées par les arbitres ne soulèverait pas aussi de grandes différences entre un arbitrage commercial entre États et un arbitrage d'investissement, il nous semble que le code préparé conjointement par le Secrétariat du CIRDI et le Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) de la CNUDCI sera plus pertinent dans les affaires d'investissements.

En outre, il est également recommandé d'adopter les *Lignes Directrices de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts dans l'Arbitrage International*. La dernière version du document de 2014 souligne que : « [u]n consensus a émergé en faveur d'une affirmation générale de l'application des Lignes Directrices à l'arbitrage commercial et à l'arbitrage d'investissement, ainsi qu'aux professionnels exerçant une profession juridique ou non et agissant en tant qu'arbitre [sic] »<sup>559</sup>. Des listes non exhaustives appelées « Listes d'Application » sont offertes dans la *Partie II* du document. Ces listes aident les arbitres et aussi les parties au litige à identifier des situations de conflits d'intérêts par l'illustration de cas similaires en les classifiant dans la « Liste Rouge Non-Susceptible de Renonciation », la « Liste Rouge Susceptible de Renonciation », la « Liste Orange [qui peut] susciter des doutes quant à l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre » et la « Liste Verte [...] qui énumère les situations spécifiques dans lesquelles il n'existe, d'un point de vue objectif, aucun conflit d'intérêts réel, en fait ou en apparence »<sup>560</sup>.

Il est à noter que l'ACFI signé entre le Brésil et l'Inde en 2020 comprend le Code de conduite de l'arbitre en annexe. Cela représente déjà une avancée en termes de transparence. Ce code énonce l'obligation objective de l'arbitre de divulguer un conflit d'intérêts et contient une liste non exhaustive de conflits possibles.

---

<<https://icsid.worldbank.org/fr/actualites-et-evenements/communiqués/le-cirdi-et-la-cnudci-publient-un-projet-de-code-de-conduite>> (consulté le 11 août 2021).

<sup>559</sup> IBA, préc., note 331. La dernière version a été adoptée par résolution du Conseil de l'IBA le 23 octobre 2014.

<sup>560</sup> *Id.*, part. II.

## Conclusion

Notre recherche s'est concentrée sur la transparence dans l'arbitrage d'investissement. En explorant ce sujet, nous avons noté la problématique du manque de transparence dans ce type d'arbitrage qui remet en cause la légitimité et la cohérence des décisions prises par un tribunal arbitral. Cela est considéré comme un risque qui met en péril l'intérêt public. En revanche, on a constaté que depuis le milieu des années 2000, plusieurs réformes ont été apportées au mécanisme afin de renverser les critiques qui lui étaient adressées. Ces réformes ont concerné notamment plusieurs dimensions ou étapes telles que la transparence institutionnelle, la transparence durant les négociations d'accords d'investissements et la transparence dans la procédure de l'arbitrage d'investissement. Cette dernière a connu plusieurs apports tendant à augmenter le niveau de transparence relatif à l'ouverture de l'instance, à la publication des documents et sentences, à la participation aux audiences et à la participation de tiers en qualité d'*amici curiae*. Équilibrer ces nouvelles exigences de transparence avec la confidentialité qui a prévalu dans l'arbitrage pendant longtemps demeure un défi difficile à surmonter. Malgré ces récents développements en la matière, le Brésil n'a jamais ratifié un seul traité contenant le mécanisme de RDIE ni adhéré à la Convention qui a créé le CIRDI, l'institution la plus importante pour le règlement des différends en matière d'investissements. Bien qu'il ait édicté un nouveau modèle d'All en 2015, l'ACFI, le Brésil a décidé de ne pas y inclure le mécanisme de RDIE.

Cela nous a conduit à poser l'hypothèse que la résistance du Brésil à l'arbitrage investisseur État repose dans une certaine mesure sur le manque de transparence qui caractérise ce mode de RDIE depuis sa création. L'objectif de ce travail, d'une part, était de démontrer cette relation de cause à effet et, d'autre part, d'apporter des contributions tirées du cadre juridique international des investissements au modèle d'ACFI. Bien que la position du pays reste contraire à l'inclusion du mécanisme dans ses récents All, nous espérons qu'avec des informations qui donnent plus de clarté au modèle, la résistance au mécanisme s'atténuera.

Afin de vérifier l'hypothèse de recherche, nous avons examiné dans le premier chapitre, plusieurs questions liées à la transparence dans l'arbitrage d'investissement, notamment : l'imprécision et

l'ambiguïté du concept de transparence, sa relation intime avec la confiance et les attentes légitimes ainsi que la cohérence des décisions des tribunaux arbitraux afin de satisfaire l'intérêt public, entre autres enjeux. Ainsi, nous avons vu la place privilégiée que l'arbitrage d'investissement occupe dans le cadre du droit de l'investissement en tant que mécanisme important de règlement des différends, mais plus que cela, en tant que mécanisme garantissant la protection de droits substantiels accordés aux investisseurs étrangers. En outre, nous avons noté que des décisions controversées des tribunaux arbitraux sont davantage responsables par la remise en cause de la légitimité de l'arbitrage investisseur État. Ces tribunaux, au-delà de la garantie d'une protection légitime et impartiale, ont commencé à rendre des décisions contradictoires, même si ces décisions étaient souvent fondées sur des clauses de protection préalablement convenues dans l'AI. L'une des explications avancées du manque de transparence dont souffre le mécanisme de RDIE est l'augmentation significative des traités avec des dispositions différentes. Cela a donné lieu à des expressions telles que « *patchwork of mechanisms* »<sup>561</sup>, « désordre procédural »<sup>562</sup>, « *spaghetti bowl* »<sup>563</sup>, pour souligner l'abondance de règles qui met en péril l'intégrité du système de RDIE. Qui plus est, les multiples tribunaux arbitraux ne sont pas obligés de suivre une jurisprudence.

Ce cadre juridique large et complexe des sources de l'arbitrage d'investissement a été abordé principalement dans le deuxième chapitre, où le cadre procédural lié à la transparence dans l'arbitrage d'investissement a également été examiné, en particulier le Règlement de la CNUDCI sur la transparence qui, en application articulée avec la Convention de Maurice, constitue le cadre le plus important et actuel en matière de transparence dans l'arbitrage d'investissement. À la fin de ce chapitre, nous avons examiné également quelques affaires classiques du contentieux de l'arbitrage d'investissement dans le but de montrer l'importance et la contemporanéité qui traversent le thème ainsi que d'identifier dans la pratique les principaux éléments en jeu.

---

<sup>561</sup> S. D. FRANCK, préc., note 2, 1523.

<sup>562</sup> W. B. HAMIDA, préc., note 407.

<sup>563</sup> Jagdish N. BHAGWATI, *US Trade Policy: The Infatuation with FTAs, Discussion Paper Series No. 726*, Washington D.C., American Economic Association meeting, Panel Discussion on the Clinton administration's trade policy, avril 1995, DOI : <https://doi.org/10.7916/D8CN7BFM>.

Dans le troisième chapitre, nous avons examiné le cadre juridique de l'arbitrage en matière d'investissements au Brésil. En particulier, nous avons présenté la position favorable de ce pays à l'arbitrage impliquant les personnes publiques, un genre d'arbitrage qui a connu une importante croissance après la modification que la loi sur l'arbitrage a subie en 2015. Ce qui montre que la résistance à l'arbitrage en général s'atténue peu à peu.

En revanche, les réticences à l'arbitrage d'investissement persistent. Dans le but de démontrer la principale hypothèse de recherche en quête de la relation de cause à effet entre le manque de transparence du mécanisme de RDIE et la position réticente du Brésil vis-à-vis du mécanisme, nous avons exploré les principales réactions qui ont conduit au refus du Brésil d'adhérer à la Convention du CIRDI durant les travaux préparatoires en 1964, puis les réactions du Parlement lors de l'appréciation de certains AII entre 1994 et 1999 qui prévoyait le mécanisme de RDIE<sup>564</sup>. Bien que certaines de ces réactions soient plus politiques que juridiques, d'autres contiennent des éléments qui peuvent être associés au manque de transparence du modèle, tels que : l'allégation de l'existence de définitions larges de l'investissement, l'argument selon lequel certaines propositions seraient en conflit avec la constitution et les lois nationales ainsi que la perception négative du mécanisme du RDIE en raison d'une incompréhension de son fonctionnement et d'une méfiance à l'égard d'un mécanisme de prise de décision non étatique qui affecte l'intérêt public. À cela s'ajoute le fait que la période où les AII ont été traités au Parlement brésilien, entre la fin des années 1990 et le début des années 2000, coïncide avec la période de la crise économique argentine qui a engendré plusieurs demandes devant des tribunaux d'arbitrage. Beaucoup de ces demandes ont été critiquées, car elles ne tenaient pas compte de la crise économique du pays. Au cours de cette période, il convient également de garder à l'esprit que des demandes d'arbitrage qui affectaient l'intérêt public commençaient à émerger dans le cadre de l'ALENA. Certainement, le Parlement était au courant de cette ambiance dans laquelle plusieurs éléments associés ont conduit à une méfiance à l'égard du système RDIE, notamment le manque de transparence. Nous constatons que nombre de ces éléments sont les mêmes que ceux traditionnellement invoqués pour critiquer le manque de transparence dans l'arbitrage investisseur État. Tout ceci permet donc de conclure qu'il existe une relation de cause

---

<sup>564</sup> Lire *supra*, Chapitre 3, Section 3.1, Paragraphe 3.1.1 (B).

à effet entre le manque de transparence du mécanisme de RDIE et les réticences toujours présentes du Brésil à l'égard du mécanisme.

Ainsi, dans notre optique, l'objectif de présenter la principale hypothèse de recherche a été réalisée. Ce constat n'a pas la prétention de faire changer immédiatement le Brésil de sa position réticente au mécanisme de RDIE, alors même que l'inclusion du mécanisme dans ses AII ne serait pas le principal facteur d'attraction des investissements dans ce pays. Ce que nous espérons, c'est qu'avec des informations qui jettent de la lumière sur le mécanisme de RDIE, les résistances au mécanisme seront atténuées et le pays pourra analyser d'autres facteurs que la transparence pour décider de l'opportunité d'adopter ou non l'arbitrage investisseur État.

Dans cet ordre d'idées, l'autre objectif de cette étude consistait à apporter des contributions tirées du cadre juridique international de l'investissement en matière de transparence au modèle brésilien d'AII et plusieurs contributions à cet égard ont été présentées dans la section finale.

En définitive, force est de constater que le mécanisme d'arbitrage investisseur État est aujourd'hui beaucoup plus transparent. Depuis la Convention du CIRDI créée en 1965 et le premier TBI avec la clause de RDIE signé entre l'Italie et le Tchad en juin 1969<sup>565</sup>, cinq décennies se sont écoulées. Non seulement les règles de procédure, mais aussi les limites plus claires des protections substantielles ont évolué. Bien entendu, des nombreux changements encore très récents, nous ne saurons en évaluer les impacts. Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence et la Convention de Maurice, par exemple, mettront encore un certain temps à produire l'effet souhaité. Les récents modèles d'AII qui délimitent plus clairement la juridiction des arbitres en quête d'un équilibre entre les intérêts des investisseurs et l'intérêt public doivent encore être testés. Néanmoins, les États doivent davantage être préparés pour les négociations de AII qui respectent leurs intérêts. Cela sans doute ne peut pas être considéré comme un simple acte de

---

<sup>565</sup> *Accord entre le gouvernement de la République italienne et la République du Tchad pour protéger et encourager les investissements en capital*, préc., note 211; Voir aussi : Antonio R. PARRA, *ICSID and the Rise of Bilateral Investment Treaties: Will ICSID be the Leading Arbitration Institution in the Early 21st Century?*, Cambridge University Press on behalf of the American Society of International Law, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), APRIL 5-8, 2000, Vol. 94, p. 41-43, en ligne : <<https://www.jstor.org/stable/25659347>>.

signer un « papier » et « un moment pour prendre une photo » sans conséquences majeures, comme l'a dit l'ancien procureur général pakistanais dans une interview, en ces termes :

I asked the Ministry of Industries, who were responsible for BITs at the time, how these treaties were signed. I was told that when the President, or Prime Minister, went abroad, our foreign missions would tell the Ministry that BITs are '*one of the doables*'. Since Pakistan had signed BITs without any consequences for a long time, everyone simply considered the treaties a piece of paper, something for the press, a good photo opportunity—and that was the end of it<sup>566</sup>.

Nous espérons que les apports présentés dans cette étude, sans ambition d'épuiser le thème, s'avéreront utiles pour alimenter le débat auprès des autorités brésiliennes, tant par leurs avantages que leurs inconvénients, dans le cadre de son modèle de traité d'investissement.

Quant aux possibilités d'études futures, nous suggérons :

- d'examiner les impacts de tout différend en matière d'investissements ou l'efficacité des moyens disponibles pour les éviter, dans le cadre des ACFI ratifiés, notamment l'ACFI Angola ratifié le 28/07/2017 et l'ACFI Mexico ratifié le 10/07/2018 ; et
- de suivre l'évolution du processus de mise à jour du modèle d'ACFI 2015 issu de la consultation publique tenue en 2021 (Gazette officielle fédérale (DOU) du 1<sup>er</sup> juillet 2021, par circulaire n° 46/2021);
- de réaliser des études pour évaluer la conduite des tribunaux arbitraux à l'égard des récentes règles de transparence dans l'arbitrage investisseur État, en particulier quant à l'application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence.

---

<sup>566</sup> Lauge Skovgaard POULSEN et Damon VIS-DUNBAR, « Reflections on Pakistan's investment-treaty program after 50 years: an interview with the former Attorney General of Pakistan, Makhdoom Ali Khan », *Investment Treaty News (The International Institute for Sustainable Development (IISD))* (16 mars 2009), en ligne : <<https://www.iisd.org/itn/en/2009/03/16/pakistans-standstill-in-investment-treaty-making-an-interview-with-the-former-attorney-general-of-pakistan-makhdoom-ali-khan/>> (consulté le 16 novembre 2021).



# Références bibliographiques

## Conventions

- ASSEMBLÉE NATIONALE, *Déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789*, (1789) DDHC, en ligne : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>> (consulté le 20 avril 2020).
- CIRDI, *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, (1965) Washington, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf>> (consulté le 25 avril 2020).
- — —, *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage*, en ligne : <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/uncitral-arbitration-rules-2013-f.pdf>> (consulté le 20 juillet 2020).
- CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (New York, 2014) (Convention de Maurice sur la transparence)*, 2014, en ligne : <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/transparency-convention-f.pdf>> (consulté le 20 avril 2020).
- — —, « Textes et ratifications », *État: Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (New York, 2014)* (2021), en ligne : <<https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/transparency/status>> (consulté le 17 juillet 2021).
- — —, *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, 1 avril 2014, en ligne : <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/uncitral-arbitration-rules-2013-f.pdf>> (consulté le 20 juillet 2020).
- — —, *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013)*, en ligne : <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/uncitral-arbitration-rules-2013-f.pdf>> (consulté le 20 juillet 2020).
- CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, (1958) New York, Promulgué au Brésil par le Décret n 4.311/2002, en ligne : <[https://treaties.un.org/doc/Treaties/1959/06/19590607%2009-35%20PM/Ch\\_XXII\\_01p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1959/06/19590607%2009-35%20PM/Ch_XXII_01p.pdf)> (consulté le 25 avril 2020).
- NATIONS UNIES, *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, en ligne : <<https://www.icj-cij.org/fr/statut>> (consulté le 20 mai 2021).
- — —, *Convention de Vienne sur le droit des traités*, Entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Recueil des Traités vol. 1155, p. 331 (1969), en ligne : <[https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch\\_XXIII\\_01.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf)> (consulté le 15 avril 2021).
- — —, *Convention des Nations Unies contre la corruption*, (2003) Résolution 58/4 de l'Assemblée générale du 31 octobre 2003, en ligne :

- <[https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027\\_F.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf)> (consulté le 20 juin 2020).
- — —, *Résolution ONU*, (2014) 69/228. Promouvoir et favoriser l'efficacité, le respect du principe de responsabilité, l'efficacité et la transparence dans les administrations publiques en renforçant les institutions supérieures de contrôle des finances publiques, en ligne : <<https://undocs.org/fr/A/RES/69/228>> (consulté le 20 juin 2020).
- OCDE, *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales*, 21 novembre 1997, en ligne : <[https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery\\_FR.pdf](https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf)> (consulté le 15 avril 2021).
- OMC, *Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, en ligne : <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/rc\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/rc_f.htm)> (consulté le 23 novembre 2021).

## Traités bilatéraux et multilatéraux

- Accord de coopération économique entre le gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le gouvernement de la République d'Indonésie*, en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3330/download>> (consulté le 20 juillet 2021).
- Accord entre le gouvernement de la région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine et le gouvernement des Émirats arabes unis pour la promotion et la protection réciproque des investissements*, en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5865/download>> (consulté le 20 juillet 2021).
- Accord entre le gouvernement de la République de Biélorussie et le gouvernement de Hongrie pour la promotion et la protection réciproque des investissements*, en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5915/download>> (consulté le 20 juillet 2021).
- Accord entre le gouvernement de la République italienne et la République du Tchad pour protéger et encourager les investissements en capital*, en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/659/download>> (consulté le 20 juillet 2021).
- Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement de la République de Turquie sur la promotion et la protection réciproque des investissements*, en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5910/download>> (consulté le 20 juillet 2021).
- Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de Moldova concernant la promotion et la protection des investissements*, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/moldova/fipa-apie/text-texte.aspx?lang=fra>> (consulté le 20 juillet 2021).

*Accord entre le Japon et la Géorgie pour la libéralisation, la promotion et la protection des investissements*, en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6078/download>> (consulté le 20 juillet 2021).

GOUVERNEMENT DU CANADA, « Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM) », *Texte complet de l’ACEUM* (10 décembre 2019), en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 30 juillet 2021).

— — —, « Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) », *Affaires mondiales Canada*, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale>> (consulté le 30 juillet 2021).

*Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between The Government of The Kingdom of Morocco and The Government of The Federal Republic of Nigeria*, en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4710/download>> (consulté le 20 juillet 2021).

*Traité entre la République fédérale d’Allemagne et le Pakistan tendant à encourager et à protéger les investissements*, (1963) 457 UNTS 23, en ligne : <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20457/volume-457-I-6575-French.pdf>> (consulté le 20 juillet 2021).

## Législation

*Constitution de la République fédérative du Brésil de 1988*, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> (consulté le 19 juin 2019).

*Constitution de la République fédérative du Brésil de 1988 (en français)*, en ligne : <[www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/br/br117fr.pdf](http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/br/br117fr.pdf)> (consulté le 19 juin 2019).

*La Constitution belge*, en ligne : <[https://www.senate.be/doc/const\\_fr.html#c37](https://www.senate.be/doc/const_fr.html#c37)> (consulté le 20 juin 2019).

*La Constitution française du 4 octobre 1958*, en ligne : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>> (consulté le 20 juin 2019).

*Code de procédure civile du Brésil*, Lei n° 13.105, de 2015, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> (consulté le 22 mai 2018).

*Loi brésilienne sur la responsabilité budgétaire*, Lei Complementar n° 101, de 2001, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)> (consulté le 22 mai 2018).

*Loi brésilienne sur l’accès à l’information*, Lei n° 12.527, de 2011, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm)> (consulté le 22 mai 2018).

*Loi brésilienne sur l’arbitrage*, Lei n° 9.307, de 1996, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)> (consulté le 22 mai 2018).

*Loi brésilienne sur le secteur pétrolier*, Lei n° 9.478, de 1997, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm)> (consulté le 22 mai 2018).

*Loi brésilienne sur l'investissement étranger*, Lei n° 4.131, de 1962, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)> (consulté le 22 mai 2018).

*Loi d'introduction aux normes du droit brésilien*, Decreto-Lei n° 4.657, de 1942, en ligne : <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)> (consulté le 22 mai 2018).

*Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis–Mexique*, L.C. 2020, c. 1.

*Loi de mise en œuvre de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, L.C. 2017, c. 6.

*Loi sur le vérificateur général*, L.R.C. (1985), ch. A-17.

## Affaires

*Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, 2003 CIRDI-ICSID Case No. ARB/02/3 (Response to Letter by NGO to Petition to Participate as *amici curiae* on 29 January 2003), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/57>> (consulté le 30 juillet 2021).

*Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, 2005 CIRDI-ICSID Case No. ARB/02/3 (Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction on 21 October 2005), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/57>> (consulté le 30 juillet 2021).

*Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, 2012 CIRDI-ICSID Case No. ARB(AF)/12/1 (Confidentiality Agreement and Order on July 24, 2012), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/1687>> (consulté le 20 juillet 2021).

*Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, 2014 CIRDI-ICSID Case No. ARB(AF)/12/1 (Award on 25 August 2014), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/1687>> (consulté le 20 juillet 2021).

*Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, 1990 CIRDI-ICSID Case No. ARB/87/3 , en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/96>> (consulté le 20 juillet 2019).

*El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, 2006 CIRDI-ICSID Case No. Arb/03/15 (Decision on jurisdiction), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/382>> (consulté le 19 juillet 2021).

*Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (II)*, 2018 PCA Case No. 2009-23 Court permanent d'arbitrage - Track II , en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/257>> (consulté le 30 juillet 2021).

*Canada c. Communautés européennes*, 2001 AB-2000-11 – Organisation mondiale du commerce – Rapport de l'Organe d'appel WT/DS135/AB/R (Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant), en ligne : <[https://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/cases\\_f/ds135\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds135_f.htm)> (consulté le 23 juillet 2021).

*Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, 1997 CIRDI-ICSID Case No. ARB/96/3 (Decision on jurisdiction), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/432>> (consulté le 19 juillet 2021).

*Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, 2003 CIRDI-ICSID Case No. ARB(AF)/98/3 , en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/632>> (consulté le 19 juin 2020).

*Metalclad Corporation v. United Mexican States*, 2000 CIRDI-ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 , en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/671>> (consulté le 22 juillet 2020).

- Methanex Corporation v. United States of America*, 2001 CNUDCI-UNCITRAL (The Tribunal's Decision on *Amici* on 15 January 2001), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/683>> (consulté le 22 juillet 2020).
- Methanex Corporation v. United States of America*, 2003 CNUDCI-UNCITRAL (Joint Motion to the Tribunal regarding the petitions for *amicus curiae* status on 31 January 2003), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/683>> (consulté le 22 juillet 2020).
- Methanex Corporation v. United States of America*, 2005 CNUDCI-UNCITRAL (Final Award of the Tribunal on jurisdiction and merits on 3 August 2005), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/683>> (consulté le 22 juillet 2020).
- S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, 2000 CNUDCI-UNCITRAL (Procedural Order n<sup>o</sup>. 16, concerning confidentiality in materials produced in the arbitration, on 13 May 2000), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/969>> (consulté le 22 juillet 2020).
- S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, 2000 CNUDCI-UNCITRAL (Partial Award on 13 November 2000), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/969>> (consulté le 22 juillet 2020).
- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, 2001 CIRDI-ICSID Case No. ARB/00/4 (Decision on jurisdiction), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/documents/959>> (consulté le 19 juillet 2021).
- Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, 1988 CIRDI-ICSID Case No. ARB/84/3 (decision on jurisdiction), en ligne : <<https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-southern-pacific-properties-middle-east-limited-v-arab-republic-of-egypt-decision-on-jurisdiction-thursday-14th-april-1988>> (consulté le 20 juillet 2019).
- United Mexican States v. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664 , en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/671>> (consulté le 22 juillet 2020).
- United Parcel Service of America Inc. (UPS) v. Government of Canada*, 2001 CIRDI-ICSID Case No. UNCT/02/1 (Decision of the Tribunal on petitions for intervention and participation as *amici curiae* on 17 October 2001), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/1138>> (consulté le 22 juillet 2021).
- United Parcel Service of America Inc. (UPS) v. Government of Canada*, 2002 CIRDI-ICSID Case No. UNCT/02/1 (Award on Jurisdiction on 22 November 2002), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/1138>> (consulté le 22 juillet 2021).
- United Parcel Service of America Inc. (UPS) v. Government of Canada*, 2007 CIRDI-ICSID Case No. UNCT/02/1 (Award on the Merits), en ligne : <<https://www.italaw.com/cases/1138>> (consulté le 22 juillet 2021).

## Monographies

- BEAUCHARD, R., *L'assujettissement des nations : controverse autour du règlement des différends entre états et investisseurs*, Paris, FR, Éditions Charles Léopold Mayer, 2017.
- BENYEKHLIF, K., *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, 2e éd., Montréal, Qc, Les Éditions Thémis, 2015.
- CHRÉTIEN, P., N. CHIFFLOT et M. TOURBE, *Droit administratif*, 15<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2016.

- CNUCED, *Contrats d'État*, coll. Collection de la CNUCED sur les questions des accords internationaux d'investissement, New York and Geneva, United Nations Publications, 2004, en ligne : <[https://unctad.org/fr/system/files/official-document/iteiit200411\\_fr.pdf](https://unctad.org/fr/system/files/official-document/iteiit200411_fr.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021).
- — —, *International investment agreements: key issues*, I, coll. UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, New York and Geneva, United Nations Publications, 2004, en ligne : <[https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit200410\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit200410_en.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021).
- — —, *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct*, coll. Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, New York and Geneva, United Nations Publications, 2009, en ligne : <[https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20095\\_fr.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20095_fr.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021).
- EL-HOSSENY, F., *Civil Society in Investment Treaty Arbitration*, Leiden, The Netherlands, Brill | Nijhoff, 2017.
- FICHTNER, J. A., S. N. MANNHEIMER et A. L. MONTEIRO, *Teoria Geral da Arbitragem*, Rio de Janeiro, BR, Forense, 2019.
- FMI, *Manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale (MBP6)*, 6<sup>e</sup> éd., 2009, en ligne : <<https://www.imf.org/external/french/pubs/ft/bop/2007/bopman6f.pdf>> (consulté le 20 juin 2019).
- GAUTHIER, A., *Mécanismes de règlement des différends entre un investisseur et un État : d'où viennent-ils et qu'est-ce que l'avenir leur réserve?*, N° 2015-115-F, coll. Études générales, Ottawa, CA, Bibliothèque du Parlement, 2015, en ligne : <<https://bdp.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2015-115-f.pdf>> (consulté le 15 février 2019).
- IBA, *Lignes directrices de l'IBA sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international*, Londres, International Bar Association, 2014.
- INTOSAI (ORGANISATION INTERNATIONALE DES INSTITUTIONS SUPÉRIEURES DE CONTRÔLE DES FINANCES PUBLIQUES), *Développement durable : rôle des institutions supérieures de contrôle*, GUID 5202, Vienne, Autriche, INTOSAI, 2019.
- — —, *60 ans d'INTOSAI et 50 ans de Secrétariat général*, Vienne, Autriche, INTOSAI, 2013.
- — —, *La Bonne gouvernance pour les biens publics*, GUID 5260, Vienne, Autriche, INTOSAI, 2019.
- — —, *Les concepts généraux de l'audit de performance*, GUID 3910, Vienne, Autriche, INTOSAI, 2019.
- — —, *Lignes directrices pour l'audit de la prévention de la corruption*, GUID 5270, Vienne, Autriche, INTOSAI, 2019.
- — —, *Principes de transparence et de responsabilité*, GUID 9040, Vienne, Autriche, INTOSAI, 2019.
- — —, *Principes fondamentaux du contrôle des finances publiques*, ISSAI 100, Vienne, Autriche, INTOSAI, 2019.
- LUHMANN, N., *La confiance : un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, coll. Études sociologiques, Paris, Economica, 2006.

- , *Risk : a sociological theory*, English translation originally published: New York: A. de Gruyter, C1993, traduit par Rhodes BARRETT, Abingdon, Oxon ; England, Routledge, Taylor & Francis Group, 2017.
- MACKAAY, E., *Law and economics for civil law systems*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2013.
- MELLO, C. A. B. de, *Curso de Direito Administrativo*, 32<sup>e</sup> éd., São Paulo, BR, Malheiros, 2015.
- MILES, K., *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, coll. Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- NANTEUIL, A. de, *Droit international de l'investissement*, 2e éd., Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2017.
- , *Droit international de l'investissement*, 3e éd., Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2020.
- NERY JR, N. et R. M. A. NERY, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 10<sup>e</sup> éd., São Paulo-BR, Revista dos Tribunais, 2007.
- OCDE, *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et états*, No. 2005/01, Paris, FR, Éditions OCDE, 2005, en ligne : <<https://www.oecd.org/fr/corruption/Recommandation-Cooperation-Developpement-Corruption-FR.pdf>> (consulté le 15 avril 2021).
- , *Droit international de l'investissement : un domaine en mouvement : Complément aux Perspectives de l'investissement international*, coll. Complément aux Perspectives de l'investissement international, Paris, FR, Éditions OCDE, 2006, en ligne : <<https://doi.org/10.1787/9789264011670-fr>> (consulté le 15 juillet 2020).
- , *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux 2008*, 4<sup>e</sup> éd., 2010, en ligne : <<https://www.oecd-ilibrary.org/content/publication/9789264048768-fr>> (consulté le 20 juin 2019).
- , *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE, Paris, FR, 2011, en ligne : <<https://doi.org/10.1787/9789264115439-fr>> (consulté le 15 avril 2021).
- , *Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale : Une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers*, 2014, en ligne : <<https://www.oecd-ilibrary.org/content/publication/9789264226623-fr>> (consulté le 15 avril 2021).
- , *Dispute settlement provisions in international investment agreements: A large sample survey*, Paris, FR, Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, 2016, en ligne : <<https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291678.pdf>> (consulté le 15 avril 2021).
- , *Prévention de la corruption dans les marchés publics*, 2016, en ligne : <<https://www.oecd.org/gov/public-procurement/publications/prevention-corruption-marches-publics.pdf>> (consulté le 15 avril 2021).
- , *Brazil's Federal Court of Accounts: insight and foresight for better governance*, coll. OECD Public Governance Reviews, Paris, FR, OECD Publishing, 2017.
- , *Examen d'intégrité dans les marchés publics du Québec, Canada : Une approche stratégique contre les risques de corruption*, 2020, en ligne : <<https://www.oecd-ilibrary.org/content/publication/g2g95003-fr>> (consulté le 15 avril 2021).
- SCHREUER, C. H., L. MALINTOPPI, A. REINISCH et A. SINCLAIR, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2009.

- SLAUGHTER, A.-M., *A New World Order*, Princeton, New Jersey, USA, Princeton University Press, 2004.
- SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Third, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2010.
- TAUBE, M. A., *Les origines de l'arbitrage international : antiquité et Moyen Âge*, Paris, FR, Hague Academy collected courses, 1932, en ligne : <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.hague/recueil0042&collection=hague>> (consulté le 15 décembre 2018).
- THE WORLD BANK, *Governance and development*, Washington, D.C., The International Bank for Reconstruction and Development / THE WORLD BANK, 1992.
- VAN HARTEN, G., *Investment treaty arbitration and public law*, coll. Oxford monographs in international law, Oxford, Oxford University Press, 2007.

## Textes dans des ouvrages collectifs

- ANTIDOTE10, *Dictionaries*, bilingual v2.1, Druide informatique inc., 2019.
- ACHTOUK-SPIVAK, L., « Le droit applicable aux arbitrages en matière d'investissements », dans C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2015, p. 813-860.
- AGUIAR JUNIOR, R. R. de, « Arbitragem, os precedentes e a ordem pública », dans BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (dir.), *Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ*, Brasília, 2019, p. 193-224.
- AUDIT, M., « La jurisprudence arbitrale comme source du droit international », dans C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2015, p. 119-133.
- AZEVEDO, P. F. de, « Organização industrial », dans D. B. PINHO et M. A. S. de VASCONCELLOS (dir.), *Manual de Economia : equipe de professoras da USP*, 5a éd., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 203-226.
- BACELLAR FILHO, R. F., « A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro », dans R. F. BACELLAR FILHO et D. W. HACHEM (dir.), *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, Belo Horizonte, BR, Fórum, 2010, p. 89-116.
- BAUDOUIN, J.-L., « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la Common law », dans *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Paris, Litec, 2007.
- BERGEL, J.-L., « Transparence et législation », dans D. CUSTOS (dir.), *Transparency, a governance principle. La transparence, un principe de gouvernance*, coll. À la croisée des droits - droits international, comparé et européen, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2014, p. 11-21.
- BIANCHI, A., « On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law », dans A. BIANCHI et A. PETERS (dir.), *Transparency in International Law*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2013.
- CATALA, P., « L'ordre public: rapport de synthèse », dans *L'ordre public*, Journées libanaises t. XLIX (Beyrouth, Liban), coll. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris, FR, L.G.D.J., 1998, p. 1-14.

- DAIGREMONT, C. C., « Les sources du droit international des investissements », dans C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2015, p. 83-117.
- DANIC, O., « Droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement », dans C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2015, p. 83-117.
- DELANEY, J. et D. B. MAGRAW, « Procedural Transparency », dans P. MUCHLINSKI, F. ORTINO et C. SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012.
- ÉDITIONS LAROUSSE, *Dictionnaire Larousse*, en ligne : <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/transparence/79194>> (consulté le 19 juin 2019).
- , « intérêt général », dans Encyclopédie Larousse, en ligne : <[https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/int%C3%A9r%C3%AAt\\_g%C3%A9n%C3%A9ral/187258](https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/int%C3%A9r%C3%AAt_g%C3%A9n%C3%A9ral/187258)> (consulté le 20 avril 2020).
- FAUVARQUE-COSSON, B., « La confiance légitime et l'estoppel », dans J. CARTWRIGHT (dir.), *Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law*, 4, coll. Droit Privé Comparé et Européen, Paris, Société de Législation Comparée, 2007, p. 321-348.
- FORTIER, L. Y. et R. THÉRIAULT, « La transparence de l'arbitrage international à l'ère des différends investisseurs-États : du mythe à la réalité », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner : études de droit international privé et de droit du commerce international*, coll. Collection CÉDÉ, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2011.
- GAILLARD, E., « Identify or define? Reflections on the evolution of the concept of investment in ICSID practice », dans C. BINDER, U. KRIEBAUM, A. REINISCH et S. WITTICH (dir.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 403-416.
- , « L'avenir des traités de protection des investissements », dans C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2015, p. 1027-1047.
- HAMIDA, W. B., « L'arbitrage transnational face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », dans F. HORCHANI (dir.), *Où va le droit de l'investissement : désordre normatif et recherche d'équilibre*, coll. Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Paris, FR, A. Pedone, 2006, p. 195-221.
- , « L'admission des investissements et des investisseurs », dans C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2015, p. 244-264.
- , « Où va l'arbitrage d'investissement? », dans F. OSMAN et A. C. YILDIRIM (dir.), *Où va l'arbitrage international? De la crise au renouveau*, coll. Journées d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb, Istanbul, LexisNexis, 2016, p. 395-417.
- HAGE-CHAHINE, F., « L'ordre public dans l'économie : rapport général », dans *L'ordre public*, Journées libanaises t. XLIX (Beyrouth, Liban), coll. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Paris, FR, L.G.D.J., 1998, p. 17-50.

- JUNG, P., « La protection de la confiance en droit des contrats », dans B. FAUVARQUE-COSSON et P. JUNG (dir.), *La confiance : 11èmes journées bilatérales franco-allemandes, Paris, 22 et 23 novembre 2012*, 12, coll. Droit comparé et européen, Paris, FR, Société de législation comparée, 2013, p. 31-50.
- KEUTGEN, G., « La confidentialité », dans D. RENDERS, P. DELVOLVÉ et T. TANQUEREL (dir.), *L'arbitrage en droit public*, coll. Centre d'études constitutionnelles et administratives (Collection) 31, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 299-318.
- KOTERA, A., « Regulatory Transparency », dans P. MUCHLINSKI, F. ORTINO et C. SCHREUER (dir.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2012, en ligne : <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199231386.001.0001/oxfordhb-9780199231386-e-16> (consulté le 10 mai 2020).
- LEBEN, C., « Droit international des investissements : Un survol historique », dans C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 2015, p. 1-79.
- LUHMANN, N., « Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives », dans D. GAMBETTA (dir.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford, UK, Basil Blackwell Ltd, 1988, p. 94-107.
- MENEZES, M. M. M. de, « Panorama de l'arbitrage international au Brésil », dans B. FAUVARQUE-COSSON et A. WALD (dir.), *L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXIe siècle : aspects de droit comparé*, Paris, Instituto de direito comparado luso-brasileiro et Société de législation comparée, 2008.
- MERLE, M., « Le concept de transnationalité », dans R.-J. DUPUY (dir.), *Humanité et droit international : Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, FR, Éditions A. Pedone, 1991, p. 223-231.
- MIGNAULT, P., « La gestion du risque d'entreprise », dans G. LEFEBVRE et S. ROUSSEAU (dir.), *Introduction au droit des affaires*, 2e éd., Montréal, Qc, Les Éditions Thémis, 2018, p. 107-127.
- MILES, K., « Investor-State Dispute Settlement: Conflict, Convergence, and Future Directions », dans M. BUNGENBERG, C. HERRMANN, M. KRAJEWSKI et J. P. TERHECHTE (dir.), *European Yearbook of International Economic Law 2016*, Cham, Springer International Publishing, 2016, p. 273-308, DOI : 10.1007/978-3-319-29215-1\_12.
- MUÑOZ, G. A., « El Interés Público es como el Amor », dans R. F. BACELLAR FILHO et D. W. HACHEM (dir.), *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, Belo Horizonte, BR, Fórum, 2010, p. 21-31.
- PRINCE, H. A. et E. O. ONANA, « Contrôle et compétence en arbitrage Cirdi », dans H. A. PRINCE et J.-L. NAVARRO (dir.), *Le contrôle à travers le droit : une lecture franco-canadienne*, Montréal, Qc, Éditions Thémis, 2017.
- QUATTROCCHI, P., « From ISDS to a permanent investment court : a politics-based reform? », dans H. A. PRINCE (dir.), *Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) : esprit et dynamique d'un bilatéralisme nouveau*, Montréal, Qc, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 227-264.

- RI JR, A. D., « Tentativas de regulamentação da solução de litígios em matéria de investimentos internacionais no âmbito do Mercosul », dans A. D. RI JR et A. B. MOURA (dir.), *Jurisdição internacional : interação, fragmentação, obrigatoriedade.*, Ijuí-RS, Ed. Unijuí, 2014.
- RIGAUD, M.-C., « Où va l'arbitrage d'investissement? », dans F. OSMAN et A. C. YILDIRIM (dir.), *Où va l'arbitrage international? De la crise au renouveau*, coll. Journées d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb, Istanbul, LexisNexis, 2016, p. 395-417.
- SICARD-MIRABAL, J., « Precedential Value of International Arbitral Awards », dans A. W. ROVINE (dir.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2015*, 9, Leiden, The Netherlands, Brill | Nijhoff, 2017, p. 72-86.
- TIBURCIO, C., « Panorama sur l'arbitrage au Brésil », dans B. FAUVARQUE-COSSON et A. WALD (dir.), *L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXIe siècle : aspects de droit comparé*, Paris, Instituto de direito comparado luso-brasileiro et Société de législation comparée, 2008.
- TREMBLAY, L. B., « Le fondement normatif du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle », dans L. B. TREMBLAY et G. C. N. WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes = The limitation of Charter rights : critical essays on R. v. Oakes*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 77-114.
- TRUDEL, P., « L'intérêt public: son rôle et les rouages de sa détermination », dans Y.-M. MORISSETTE, W. MACLAUCHLAN et M. OUELLETTE (dir.), *La transparence dans le système judiciaire*, Montréal, Qc, Institut canadien d'administration de la justice, éditions Thémis, 1994, p. 33-43.
- WAISMANN, F., « Verifiability », dans A. FLEW et G. RYLE (dir.), *Logic and Language (first Series) : essays*, Oxford, Blackwell, 1955, p. 117-144.

## Articles de périodiques

- ARAGÃO, A., « Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* 2015.Hors-série 22, en ligne : <<http://journals.openedition.org/vertigo/16284>> (consulté le 14 mai 2021).
- ARAS, V., « International cooperation and other catalysts for anticorruption prosecution », *JOTA Info* (29 mai 2019), en ligne : <<https://www.jota.info/especiais/international-cooperation-and-other-catalysts-for-anticorruption-prosecution-29052019>> (consulté le 3 juin 2019).
- AUBIN, E., « La protection constitutionnelle de la transparence administrative », (2018) N° 59-2 *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 35-45.
- BROCH, J., « L'intérêt général avant 1789. Regard historique sur une notion capitale du droit public français », (2017) 95-1 *Revue historique de droit français et étranger (1922-)* 59-86, en ligne : <[www.jstor.org/stable/26546843](http://www.jstor.org/stable/26546843)> (consulté le 21 avril 2020).
- CAZALA, J., « La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international », (2009) t. XXIII, 1-1 *Revue internationale de droit économique* 5-32.
- — —, « Le Soft Law international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2011.66.41-84, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2011-1-page-41.htm>> (consulté le 30 juillet 2021).

- CHATZISTAVROU, F., « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *LPRPSH* 2005.15, en ligne : <<http://journals.openedition.org/leportique/591>> (consulté le 5 août 2021).
- COSTA, J. A. F., « Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidades e possibilidades », (2015) Ano 1-3 *RJLB* 875-911.
- CÔTÉ, C.-E., « L'arbitrage entre investisseur et État face aux derniers accords commerciaux régionaux », (2020) 1 *International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation* 195-206, DOI : 10.21608/ijdjl.2020.48860.1033.
- CREMADES, B. M., « State contracts in Brazil: an international arbitration perspective », ano 3-n. 9, abr./jun., 2006 *Revista de Arbitragem e Mediação* 44-61.
- DOLZER, R., « The impact of international investment treaties on domestic administrative law », *NYU Journal of International Law and Politics* (1 novembre 2006), p. 953-972, en ligne : <<https://www.iilj.org/publications/the-impact-of-international-investment-treaties-on-domestic-administrative-law/>> (consulté le 20 avril 2020).
- DUPLESSIS, I., « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *RQDI* 2007.Hors-série (Hommage à Katia Boustany).245-268, en ligne : <[https://www.persee.fr/doc/rqdi\\_0828-9999\\_2007\\_hos\\_1\\_1\\_1402](https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2007_hos_1_1_1402)> (consulté le 20 février 2020).
- FERNANDES, É. C. et J. J. FIORATI, « Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil: uma análise comparada (Cooperation and facilitation investment agreements and bilateral investment treaties signed by Brazil: a comparative analysis) », (2015) 52-208 *RIL* 247-276, en ligne : <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril\\_v52\\_n208\\_p247](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p247)> (consulté le 30 juin 2018).
- FRANCK, S. D., « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », (2005) 73-4 *FLR* 1521-1625, en ligne : <<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/10/>> (consulté le 12 juin 2019).
- GABARDO, E. et M. C. de M. REZENDE, « O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro - *The concept of public interest in brazilian administrative law* », *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 2017.115.267-318.
- GASPAR, V., P. MEDAS et J. RALYEA, « Les entreprises publiques à l'ère de la COVID-19 », *IMF Blog* (2020), en ligne : <<https://www.imf.org/fr/News/Articles/2020/05/06/blog-state-owned-enterprises-in-the-time-of-covid-19>> (consulté le 7 mai 2020).
- GATINOIS, C. et N. BOURCIER, « Brésil : tout comprendre à l'opération "Lava Jato" », *Le Monde* (26 mars 2017), en ligne : <[https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2017/03/26/affaire-petrobras-retour-sur-les-trois-annees-qui-ont-marque-le-bresil\\_5100932\\_3222.html](https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2017/03/26/affaire-petrobras-retour-sur-les-trois-annees-qui-ont-marque-le-bresil_5100932_3222.html)> (consulté le 1 juillet 2019).
- HAMBY, C., « The court that rules the world – Global Supercourt: Inside The Global "Club" That Helps Executives Escape Their Crimes », *BuzzFeed News* (28 août 2016), en ligne : <<https://www.buzzfeednews.com/article/chrishamby/super-court>> (consulté le 12 juin 2019).
- HAMIDA, W. B., « Droit des Investissements et Ordre Substantiel », (2009) 6-22 *Revista Brasileira de Arbitragem* 130-143, en ligne : <<http://www.kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\RBA\RBA2009025.pdf>> (consulté le 30 juin 2021).

- KALICKI, J. et S. MEDEIROS, « Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID, BITs, and investor-state arbitration », ano 4-n. 14, jul./set., 2007 *Revista de Arbitragem e Mediação* 57-86.
- KAUFMANN-KOHLER, G., « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêt public », *RLAAI* 2004.32.9-15, en ligne : <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44129>> (consulté le 12 juin 2019).
- , « In search of transparency and consistency : ICSID reform proposal », (2005) 2-5 *TDM*, en ligne : <<https://lk-k.com/wp-content/uploads/In-Search-of-Transparency-and-Consistency-ICSID-Reform-Proposals.pdf>> (consulté le 12 juin 2019).
- KAUFMANN-KOHLER, G. et M. POTESTÀ, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?*, Geneva, Center for International Dispute Settlement, Geneva, 2016, en ligne : <[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids\\_research\\_paper\\_mauritius.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_research_paper_mauritius.pdf)> (consulté le 12 juin 2019).
- KEOHANE, R. O. et J. S. NYE, « Transgovernmental Relations and International Organizations », (1974) 27-1 *World Politics* 39-62, DOI : 10.2307/2009925.
- KRISCH, N., « International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order », (2005) 16-3 *EJIL* 369-408, en ligne : <<http://www.ejil.org/pdfs/16/3/301.pdf>> (consulté le 22 novembre 2020).
- LAGARDE, C., « Jeter la lumière sur les zones d'ombre de la mauvaise gouvernance et de la corruption », *IMFblog* (22 avril 2018), en ligne : <<https://www.imf.org/external/french/np/blog/2018/042218f.htm>> (consulté le 10 décembre 2018).
- LAM, J. et G. ÜNÜVAR, « Transparency and participatory aspects of investor-state dispute settlement in the EU 'new wave' trade agreements », (2019) 32-4 *LJIL* 781-800.
- LINDSTEDT, C. et D. NAURIN, « Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption », *IPSR* 2010, en ligne : <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0192512110377602>> (consulté le 20 mai 2020).
- MACGIBBON, I., « Estoppel in International Law », (1958) 7 *International & Comparative Law Quarterly* 468-513.
- MANCIAUX, S., « Les règles du droit des investissements internationaux s'opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire ? », (2012) t. XXVI-4 *Revue internationale de droit économique* 49-62, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2012-4-page-49.htm>> (consulté le 21 avril 2020).
- MANIRABONA, A. M., « Transparence et intégrité dans l'intégration économique entre le Canada et l'Union européenne: nécessité d'une clause anticorruption dans l'AECG », (2015) 20-2 *Lex Electronica* 91-115, en ligne : <<https://www.lex-electronica.org/s/1417>> (consulté le 20 juillet 2021).
- MENETREY, S., « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », (2012) 1 *RA-CFA*, en ligne : <<http://hdl.handle.net/10993/10776>> (consulté le 11 avril 2019).

- MUKHERJEE, A. et P. CHATTERJEE, « A Framework for Understanding and Modeling Risk in Mega-Projects and Its Impact on the Markets for Project Finance », (2015) 21-3 *The Journal of Structured Finance* 88, DOI : 10.3905/jsf.2015.21.3.088.
- NOUVEL, Y., « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », (2003) 5-3 *International Law FORUM du droit international* 198-204, DOI : <https://doi.org/10.1163/138890303322398396>.
- ONWUAMAEGBU, U., « Aguas del Tunari SA v. The Republic of Bolivia (ICSID Case No. ARB/03/2) », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 445-449, en ligne : <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C210/DC628.pdf> (consulté le 30 juillet 2021).
- PARRA, A. R., *ICSID and the Rise of Bilateral Investment Treaties: Will ICSID be the Leading Arbitration Institution in the Early 21st Century?*, Cambridge University Press on behalf of the American Society of International Law, p. 41-43, en ligne : <https://www.jstor.org/stable/25659347>.
- PAULSSON, J., « Moral Hazard in International Dispute Resolution », (2010) 25-2 *IRFIL* 339-355, DOI : <https://doi.org/10.1093/icsidreview/25.2.339>.
- , « Arbitration Without Privity », 10-2-Fall 1995 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 232-257, en ligne : <https://academic.oup.com/icsidreview/article/10/2/232/657651> (consulté le 11 août 2021).
- PEREIRA, C. de T., « O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI - ICSID) », 35-140 (out./dez. 1998) *Revista de informação legislativa* 87-93, en ligne : <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/420/r140-09.pdf?sequence=4&isAllowed=y> (consulté le 17 octobre 2021).
- POULSEN, L. S. et D. VIS-DUNBAR, « Reflections on Pakistan's investment-treaty program after 50 years: an interview with the former Attorney General of Pakistan, Makhdoom Ali Khan », *Investment Treaty News (The International Institute for Sustainable Development (IISD))* (16 mars 2009), en ligne : <https://www.iisd.org/itn/en/2009/03/16/pakistans-standstill-in-investment-treaty-making-an-interview-with-the-former-attorney-general-of-pakistan-makhdoom-ali-khan/> (consulté le 16 novembre 2021).
- PRINCE, H. A., « Contribution de l'Accord économique et commercial entre le Canada et l'Union européenne (AECG) au débat sur la contestation de l'arbitrage investisseur État », (2015) 20-2 *Lex Electronica* 1-37, en ligne : <https://www.lex-electronica.org/s/1409> (consulté le 20 juillet 2021).
- PRUJINER, A., « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », (2005) Issue 1 *Revue de l'Arbitrage (Comité Français de l'Arbitrage)* 63-99, en ligne : <https://www.kluwerarbitration.com/document/ipn26753> (consulté le 20 juillet 2020).
- RINFRET, T., « Reciprocal influences of the French and English laws », (1926) 4-2 *C. Bar Rev.* 69-85.
- RUSCALLA, G., « Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard? », (2015) 3-1 *GJIL*.
- SORNARAJAH, M., « The clash of globalizations and the international law on foreign investment », (2003) 10-2 *Canadian Foreign Policy Journal* 1-20, DOI : 10.1080/11926422.2003.9673321.

## Communications à des congrès ou colloques et thèses

- AZEVEDO, A. J. de, « Influência do direito francês sobre o direito brasileiro (Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993, a convite da Universidade de Paris I) », (1994) 89-0 *RFDUSP*, en ligne : <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67243>> (consulté le 21 juin 2019).
- BHAGWATI, J. N., « US Trade Policy: The Infatuation with FTAs », dans *Discussion Paper Series No. 726*, Washington D.C., American Economic Association meeting, 1995, doi : <https://doi.org/10.7916/D8CN7BFM>.
- FLAVIO MAREGA, *O Mecanismo Arbitral de Solução de Controvérsias Investidor Estrangeiro-Estado nos Acordos Internacionais sobre Investimentos: Implicações para o Brasil*, (Thèse - fichier fourni par l'auteur), Brasília-DF, XLVIII Curso de Altos Estudos do Ministério das Relações Exteriores - Instituto Rio Branco, 2005.
- SAUVÉ, J.-M. *Transparence, valeurs de l'action publique et intérêt général*, Exposé d'ouverture du Colloque organisé par Transparency International France sur le thème : Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ?, Paris, FR, 5 juillet 2011.
- SIMARD, N., *Pour un élargissement de la notion d'intérêt public*, , Ottawa, CA, 2003, en ligne : <[https://ustpaul.ca/upload-files/EthicsCenter/activities-notion\\_interet\\_public.pdf](https://ustpaul.ca/upload-files/EthicsCenter/activities-notion_interet_public.pdf)> (consulté le 20 avril 2020).

## Rapports

- CIRDI, *Affaires du CIRDI – Statistiques*, Numéro 2021-2, 2021, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/publications/affaires-du-cirdi-statistiques>> (consulté le 11 août 2021).
- — —, *Historique de la Convention CIRDI : Documents Relatifs à l'Origine et à l'Élaboration de la Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'Autres Etats*, Réimprimée en 2009, III (Documents en Français), Washington, D.C., Publication CIRDI, 1968, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/publications/the-history-of-the-icsid-convention>> (consulté le 25 avril 2021).
- — —, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Reprinted in 2009, II-1 (Documents in English), Washington, D.C., ICSID Publication, 1968, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/publications/the-history-of-the-icsid-convention>> (consulté le 25 avril 2021).
- — —, *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Reprinted in 2009, I (Documents in English), Washington, D.C., ICSID Publication, 1970, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/publications/the-history-of-the-icsid-convention>> (consulté le 25 avril 2021)
- CNUCED, *World Investment Report 2008: Transnational Corporations, and the Infrastructure Challenge*, New York and Geneva, United Nations Publications, 2008, en ligne :

- <[https://unctad.org/system/files/official-document/wir2008\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2008_en.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021).
- — —, *World Investment Report 2009: Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*, New York and Geneva, United Nations Publications, 2009, en ligne : <[https://unctad.org/system/files/official-document/wir2009\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2009_en.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021).
- — —, *World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development*, New York and Geneva, United Nations Publications, 2011, en ligne : <[https://unctad.org/system/files/official-document/wir2011\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2011_en.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021).
- — —, *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: an action plan*, New York and Geneva, United Nations Publications, 2014, en ligne : <[https://unctad.org/system/files/official-document/wir2014\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2014_en.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021).
- — —, *World Investment Report 2021: investing in sustainable recovery*, Geneva, United Nations Publications, 2021, en ligne : <[https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_en.pdf)> (consulté le 30 juillet 2021).
- CNUDCI, *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, A/69/17, Vienne, Autriche, Nations Unies - Commission du droit international - Quarante-septième session (7-18 juillet 2014), en ligne : <<https://undocs.org/fr/A/69/17>> (consulté le 31 juillet 2021).
- — —, *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, A/68/17, Vienne, Autriche, Nations Unies - Commission du droit international - Quarante-sixième session (8-26 juillet 2013), en ligne : <<https://undocs.org/fr/A/68/17>> (consulté le 31 juillet 2021).
- — —, *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, A/63/17, Vienne, Autriche, Nations Unies - Commission du droit international - Quarante et unième session (16 juin-3 juillet 2008), en ligne : <[https://undocs.org/fr/A/63/17\(SUPP\)](https://undocs.org/fr/A/63/17(SUPP))> (consulté le 31 juillet 2021).
- VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, M., *Deuxième rapport sur les principes généraux du droit*, A/CN.4/741, Genève, Nations unies - Commission du droit international - Soixante-douzième session, 2020, en ligne : <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/093/45/PDF/N2009345.pdf?OpenElement>> (consulté le 31 juillet 2021).

## Pages et documents Web

- BASTARACHE, M., « Bijuridisme et harmonisation : Genèse », *Page du Ministère de la Justice du Gouvernement du Canada* (4 février 2000), en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/harmonization/hlf-hfl/f1-b1/bf1g.html>> (consulté le 20 avril 2021).
- CIRDI, « United Parcel Service of America, Inc. v. Government of Canada NAFTA/UNCITRAL - Arbitration Rules Proceeding », *News & Events* (25 juillet 2002), en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/united-parcel-service->

- america-inc-v-government-canada-naftauncitral?sfw=pass1630642376> (consulté le 11 août 2021).
- — —, « Le CIRDI et la CNUDCI publient un projet de Code de conduite pour les arbitres et autres personnes exerçant des fonctions d'adjudication », *Actualités & Événements* (1 mai 2020), en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/actualites-et-evenements/communiques/le-cirdi-et-la-cnudci-publent-un-projet-de-code-de-conduite>> (consulté le 11 août 2021).
- — —, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *À propos du CIRDI*, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/a-propos>> (consulté le 20 avril 2020).
- — —, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Affaires*, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/fr/affaires>> (consulté le 20 juillet 2021).
- — —, « Règlement régissant le mécanisme supplémentaire pour l'administration de procédures par le Secrétariat du CIRDI », *Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI*, en ligne : <<https://icsid.worldbank.org/resources/code-of-conduct>> (consulté le 20 juillet 2021).
- CNUCED, « International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub », en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>> (consulté le 21 juillet 2021).
- — —, « Investment Dispute Settlement Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub », en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>> (consulté le 21 juillet 2021).
- — —, « Investment Laws Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub », en ligne : <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws>> (consulté le 21 juillet 2021).
- — —, « UNCTADstat, Foreign direct investment: Inward and outward flows and stock, annual », en ligne : <<https://unctadstat.unctad.org/wds/TableViewer/tableView.aspx?ReportId=96740>> (consulté le 24 avril 2021).
- COMMISSION DU LIBRE-ÉCHANGE DE L'ALENA, « Déclaration conjointe de la Commission de l'ALENA (San Antonio, le 16 juillet 2004) », *Affaires mondiales Canada*, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc-nafta-alena/JS-SanAntonio.aspx?lang=fra>> (consulté le 30 juillet 2021).
- — —, « Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 (31 juillet 2001) », *Affaires mondiales Canada*, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=fra>> (consulté le 30 juillet 2021).
- CONSEIL D'ÉTAT, « Réflexions sur l'intérêt général-Rapport public 1999 », *Conseil d'État* 1998, en ligne : <<https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/reflexions-sur-l-interet-general-rapport-public-1999>> (consulté le 20 avril 2020).
- DESLAURIERS, P. *Les réactions du droit québécois de la responsabilité à l'égard des influences extérieures et l'influence du droit civil québécois à l'étranger*, [notes de cours DRT 6985A - Droit comparé de la responsabilité, Faculté de droit-UdeM], Hiver 2018.
- EUROPEAN FEDERATION FOR INVESTMENT LAW AND ARBITRATION (EFILA), *A response to the criticism against ISDS*, Bruxelles, 2015, en ligne : <<https://efila.org/wp>>

- content/uploads/2015/05/EFILA\_in\_response\_to\_the-criticism\_of\_ISDS\_final\_draft.pdf> (consulté le 23 juin 2018).
- GLOBAL INVESTIGATIVE JOURNALISM NETWORK (GIJN), « Page Web (Le Réseau international de journalisme d'investigation) », en ligne : <<https://gijn.org>> (consulté le 2 juin 2019).
- GOUVERNEMENT DU CANADA, « Modèle d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) du Canada de 2021 », en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/index.aspx?lang=fra>> (consulté le 30 juillet 2021).
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, « IBA guides, rules and other free materials » (30 juillet 2021), en ligne : <<https://www.ibanet.org/resources>>.
- LEMES, S., « A Arbitragem e a Vigência no Brasil da Convenção de Nova Iorque » (2003), en ligne : <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo24.pdf>> (consulté le 20 juin 2019).
- , « O Superior Tribunal de Justiça - STJ e o Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira à Luz da Convenção de Nova Iorque de 1958 » (2006), en ligne : <<http://selmalemes.adv.br/artigos/O%20STJ%20e%20o%20Rec.%20Sent.%20Arb.%20Es%20trangeira%20e%20a%20CNI.pdf>> (consulté le 20 juin 2019).
- MINISTÉRIO DA ECONOMIA, « Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimentos », *Acordos de cooperação e facilitação de investimentos - ACFI* (29 septembre 2016), en ligne : <<https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/negociacoes-internacionais-de-investimentos/nii-acfi>> (consulté le 20 septembre 2020).
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, « Entenda o caso — Caso Lava Jato », en ligne : <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>> (consulté le 18 juillet 2019).
- NATIONS UNIES, « Les Objectifs de développement durable (ODD) », *Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD)* (2020), en ligne : <<https://www1.undp.org/content/undp/fr/home/sustainable-development-goals.html>> (consulté le 17 juillet 2021).
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL, « About: Our mission », *www.transparency.org*, en ligne : <<https://www.transparency.org/en/about>> (consulté le 2 juin 2019).
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL et JOTA, « Transparency International Brazil and JOTA present previously unreleased data and documents from Odebrecht investigations in Latin America », *www.transparency.org*, en ligne : <[https://www.transparency.org/news/pressrelease/transparency\\_international\\_brazil\\_and\\_jota\\_present\\_previously\\_unreleased\\_da](https://www.transparency.org/news/pressrelease/transparency_international_brazil_and_jota_present_previously_unreleased_da)> (consulté le 2 juin 2019).
- WATTS, J., « Operation Car Wash: The biggest corruption scandal ever? », *The Guardian*, sect. World news (1 juin 2017), en ligne : <<https://www.theguardian.com/world/2017/jun/01/brazil-operation-car-wash-is-this-the-biggest-corruption-scandal-in-history>> (consulté le 1 juillet 2019).
- « Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) », en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/text-texte/cptpp-ptpgp.aspx?lang=fra>> (consulté le 30 juillet 2021).

- « Changing relations between the Superpowers - Revision 5 - National 4 History », *BBC Bitesize*, en ligne : <<https://www.bbc.com/bitesize/guides/zk64jxs/revision/5>> (consulté le 25 juin 2019).
- « Consulta - Mercosur », en ligne : <[https://www.mre.gov.py/tratados/public\\_web/ConsultaMercosur.aspx](https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx)> (consulté le 21 juillet 2021).
- « Glasnost | Soviet government policy », *Encyclopedia Britannica*, en ligne : <<https://www.britannica.com/topic/glasnost>> (consulté le 24 juin 2019).
- « International Chamber of Commerce - History », *ICC - International Chamber of Commerce*, en ligne : <<https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/history/>> (consulté le 1 juillet 2019).
- « Partenariat transpacifique (PTP) », en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-tpf/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> (consulté le 30 juillet 2021).