



Master

2023

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

L'arbitrage international d'investissement : ses contours, ses critiques, sa réforme

Chaudet, Clarisse Agnès Françoise

How to cite

CHAUDET, Clarisse Agnès Françoise. L'arbitrage international d'investissement : ses contours, ses critiques, sa réforme. Master, 2023.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:170494>



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

L'arbitrage international d'investissement

Ses contours, ses critiques, sa réforme

Travail effectué sous la direction de la Professeure Elena CIMA, assistée par
Madame Ines MESEK

Dans le cadre du séminaire de « Droit international des investissements »

24 janvier 2023

Clarisse CHAUDET

Table des matières

Liste des abréviations	III
I. Introduction.....	1
II. L'arbitrage international	2
A. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ...	7
1. La Convention de Washington.....	8
2. Ses mécanismes.....	10
III. Critiques du système actuel d'arbitrage	13
A. L'incohérence dans la jurisprudence arbitrale	13
1. La notion de cohérence	13
2. L'interprétation divergente des tribunaux.....	14
3. Le clivage entre les différentes interprétations	19
B. Le manque de transparence de cette justice privée et confidentielle.....	21
1. La notion de transparence	21
2. Dans les instruments du CIRDI.....	23
3. Dans les instruments CNUDCI	25
4. Représente-t-elle une véritable critique ?.....	27
C. Les conflits d'intérêts des arbitres	27
1. Les notions d'impartialité et d'indépendance	27
2. Les moyens existants pour en sanctionner les violations.....	30
3. Le bien-fondé de la critique	34
IV. Quelques points de réforme	35
A. Instauration d'une Cour permanente	35
1. Les juges, nouveaux « arbitres »	36
2. Mécanismes d'examen	38
3. Mécanismes d'exécution des sentences	39
4. Réalisable en pratique ?	40
B. Instauration d'un système d'appel.....	41
C. Instauration d'un Code de conduite.....	46
V. Conclusion.....	51
Bibliographie.....	53

Liste des abréviations

AECG / <i>CETA</i>	Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
CCI / <i>ICC</i>	Chambre de commerce internationale
CCS	Chambre de commerce de Stockholm
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de justice
CIRDI / <i>ICSID</i>	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUCED / <i>UNCTAD</i>	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le commerce international
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPA / <i>PCA</i>	Cour permanente d'arbitrage
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
RDIE	Règlement des différends entre investisseurs et Etats
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

I. Introduction

L'arbitrage international des investissements existe depuis de nombreuses années et s'est bâti sur la volonté des Etats demandeurs de capitaux d'attirer des investisseurs étrangers pour faire prospérer leur économie nationale¹. Cette relation d'investissement se base ainsi sur un traité, plus communément appelé un traité bilatéral d'investissement² (ci-après : TBI), lequel prévoit entre autres toute une série de garanties pour l'investisseur³.

Il faut bien se rendre compte que ces garanties seraient vides de sens si aucun moyen de droit, qu'il soit conventionnel ou légal, n'existait pour en faire valoir les violations. En effet, la seule et unique manière de faire respecter un instrument juridique est bien de prévoir une procédure contentieuse pour le cas où un différend surviendrait entre les parties, sinon, comment obtenir réparation ? Comment faire valoir ces garanties si aucun mécanisme ne peut établir leur violation ?

En matière d'investissements internationaux, la voie de l'arbitrage est rapidement devenue le mode de règlement des différends par excellence⁴ afin de permettre aux investisseurs étrangers de se plaindre de la violation des garanties prévues dans le TBI par l'Etat d'accueil⁵.

Néanmoins, depuis plusieurs années, l'arbitrage international en matière d'investissement est l'objet de critiques virulentes. Entre manque de cohérence entre les décisions rendues, manque de transparence ou encore manque d'indépendance et d'impartialité des personnes amenées à trancher les différends, ce mode de règlement des différends est en crise⁶ et connaît une importante réforme.

¹ CLEIS Maria Nicole, *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators, Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, p. 1 ; LEBEN Charles, *Droit international des investissements : un survol historique*, pp. 1-2.

² Selon le dictionnaire du commerce international, « *Les traités bilatéraux d'investissement sont des traités conclus entre deux Etats dans lesquels chaque Partie contractante s'engage à traiter de manière spécifique les investisseurs ressortissants de l'autre Partie contractante et à s'abstenir de certains comportements préjudiciables envers eux* », disponible en ligne : <https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/traites-bilateraux-d-investissement.html> (consulté le 20 novembre 2022).

³ CAZALA Julien, *Les standards indirects de traitement : traitement de la nation la plus favorisée et traitement national*, pp. 265-266 ; OCDE, *Perspectives des politiques d'investissement au Moyen-Orient et en Afrique du Nord*, p. 101 ; VADI Valentina, *Proportionality, reasonableness and standards of review in international investment law and arbitration*, p. 1.

⁴ DE NANTEUIL Arnaud, *Droit international des investissements*, p. 231.

⁵ WEGHMANN Vera/HALL David, *Les mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et Etats : une économie politique changeante*, p. 502.

⁶ MBENGUE Makane Moïse, « La loi des nations est faite de fer » ? Reconnaissance et « décolonisation » du droit international des investissements, p. 115.

Dans un premier temps, ce travail abordera le concept de l'arbitrage d'investissement avant de s'intéresser plus spécifiquement au Centre international pour le Règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après : CIRDI) qui a été mis en œuvre grâce à la Convention de Washington adoptée en 1965. Dans un second temps, nous nous intéresserons aux critiques sur la légitimité de ce mode de règlement des différends et sur leur réelle portée, avant de discuter de quelques points de réforme, tantôt nécessaires et réalisables, tantôt utopistes. Enfin, nous terminerons ce travail par quelques remarques conclusives.

II. L'arbitrage international

Le droit international des investissements s'est réellement développé au début des années 1950 lorsque les Etats ont affirmé que les investissements internationaux étaient nécessaires et favorables au développement économique de tout Etat⁷ et qu'un cadre légal s'imposait alors pour en assurer le bon fonctionnement⁸. Pour ce faire, il fallait que les Etats ayant besoin de capitaux donnent suffisamment confiance aux investisseurs étrangers en sécurisant notamment l'investissement par toute une série de garanties⁹. Ainsi, il s'agissait de faire coïncider plusieurs intérêts : l'intérêt de l'Etat d'attirer des investisseurs étrangers pour son développement et l'intérêt de l'investisseur étranger d'investir dans un Etat offrant des garanties solides et une sécurité suffisante. Le droit international des investissements est véritablement né grâce à la multiplication des TBI¹⁰, lesquels prévoient une protection accrue de l'investisseur étranger et se comptent par milliers aujourd'hui¹¹.

Le premier TBI a été conclu le 25 novembre 1959 par l'Allemagne et le Pakistan (ci-après : TBI Allemagne – Pakistan)¹² en vue d'encourager la coopération économique et les investissements

⁷ DANIC Olivia, L'émergence d'un droit international des investissements – Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI, pp. 2-3.

⁸ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêt public, p. 10.

⁹ *Idem* ; LEBEN Charles, *op. cit.*, p. 3 ; KURTZ Jürgen, Building Legitimacy Through Interpretation in Investor-State Arbitration : On Consistency, Coherence, and the Identification of Applicable Law, p. 257.

¹⁰ DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, p. 11.

¹¹ LANGFORD Malcolm/BEHN Daniel, Managing Backlash : The Evolving Investment Treaty Arbitrator ?, p. 551 ; CRÉPET DAIGREMONT Claire/DE NANTEUIL Arnaud/RUGGERI ABONNAT Elise/COREA Diana/FILATOVA Maria/HO QING YING Jean/NIYUNGEKO Gérard, Investissements internationaux, p. 8 ; GAILLARD Emmanuel, L'avenir des traités de protection des investissements, p. 1027.

¹² Traité tendant à encourager et à protéger les investissements entre le Pakistan et la République fédérale d'Allemagne, 25 novembre 1959, (TBI Allemagne – Pakistan 1959), disponible en ligne : <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20457/volume-457-I-6575-French.pdf> (consulté le 8 novembre 2022).

par les ressortissants de chacune des deux parties¹³. Comme tout TBI – ou plus généralement comme tout contrat établissant des garanties pour l’une et/ou l’autre des parties – il fallait, pour que les garanties soient véritablement respectées, un instrument permettant d’en sanctionner les violations. L’art. 11 par. 1 TBI Allemagne – Pakistan précisait déjà qu’en cas de litige entre les parties sur l’interprétation ou sur l’application du traité en tant que tel, celles-ci devaient dans un premier temps régler le différend à l’amiable¹⁴. Ce n’était que si la voie du règlement à l’amiable du différend n’aboutissait pas que les parties pouvaient saisir la Cour internationale de Justice (ci-après : CIJ), sous réserve de leur consentement commun¹⁵ ou, si tel n’était pas le cas, l’une des parties pouvait demander à s’en remettre à un tribunal d’arbitrage¹⁶.

Cette clause de règlement des différends prévue en 1959 n’est guère différente de celles qui sont aujourd’hui prévues dans les TBI, à l’exception près que, aujourd’hui, plusieurs organismes ont été mis en place pour offrir des moyens de règlement des différends¹⁷.

Avant que l’arbitrage international ne voit véritablement le jour, les Etats pouvaient, en cas de différends, invoquer la protection diplomatique. Celle-ci peut se résumer ainsi : il s’agit du « droit pour un Etat de présenter une réclamation internationale à l’encontre d’un autre Etat lorsqu’un de ses ressortissants a été victime d’un fait internationalement illicite de la part de ce dernier »¹⁸. Par fait internationalement illicite, il faut ici entendre la violation par l’Etat d’accueil de l’une de ses obligations prévues dans le TBI. Le différend devenait ainsi interétatique¹⁹, puisque seuls les Etats – l’Etat hôte et l’Etat de nationalité de l’investisseur – étaient considérés comme sujets de droit international²⁰. Ainsi, la protection diplomatique représentait le seul et unique moyen de défense des investisseurs étrangers face aux Etats d’accueil, et a d’ailleurs constitué la majeure partie des différends internationaux au 19^e siècle²¹. Néanmoins, pour plusieurs raisons, ce mode de règlement des différends a laissé place au fil des années à l’arbitrage international²².

Aujourd’hui, nous pourrions tenter de définir l’arbitrage international d’investissement, de manière simplifiée, comme suit : sur la base d’un traité international émanant de la volonté des parties (1) concernant un investissement (2), l’arbitrage va opposer un Etat et un

¹³ TBI Allemagne – Pakistan 1959, *op. cit.*, préambule.

¹⁴ *Ibid.*, art. 11 par. 1.

¹⁵ *Ibid.*, art. 11 par. 2 let. a.

¹⁶ *Ibid.*, art. 11 par. 2 let. b.

¹⁷ Cf. *infra* pp. 5-6.

¹⁸ GARIBIAN Sévane, Vers l’émergence d’un droit individuel à la protection diplomatique ?, p. 121.

¹⁹ DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, p. 13.

²⁰ VADI Valentina, *op. cit.*, p. 25.

²¹ ONGUENE ONANA Dieudonné Edouard, La compétence en arbitrage international relatif aux investissements – Les conditions d’investissement et de nationalité devant le CIRDI, p. 53.

²² Pour plus de détails sur les limites de la protection diplomatique dans le cadre du droit international des investissements, voir notamment DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, pp. 18-19.

investisseur étranger (3)²³. Une question se pose néanmoins à ce stade : pourquoi porter le différend devant un tribunal d'arbitrage international plutôt que devant les autorités judiciaires de l'Etat hôte ? En effet, la saisie des juridictions du lieu où le litige survient semble être la voie naturelle et intuitive, qu'il s'agisse d'un litige opposant l'Etat à ses ressortissants ou aux ressortissants d'un autre Etat²⁴. La justification est en réalité simple : d'une part, l'investisseur étranger ne souhaitera pas aller devant les juridictions de l'Etat d'accueil par crainte que celles-ci ne soient totalement impartiales et indépendantes²⁵ et, d'autre part, parce que l'Etat hôte ne concevra pas d'être soumis aux juridictions nationales d'un autre Etat que le sien²⁶. Dans une configuration comme celle-ci, il ne reste que la voie de l'arbitrage international.

Notons toutefois que certains TBI prévoient le recours aux tribunaux nationaux. Par exemple, le TBI entre l'Argentine et le Canada²⁷ prévoit, à son art. X par. 1, qu'en cas de différends entre un investisseur de l'un ou l'autre des Etats et l'Etat en litige, ceux-ci doivent d'abord être réglés par les tribunaux de l'Etat hôte²⁸. Le TBI conclu entre la France et l'Argentine²⁹ quant à lui établit également que l'investisseur étranger peut, après un délai de six mois, demander à ce que les juridictions nationales de l'Etat d'accueil œuvrent pour le règlement du différend³⁰. En réalité, le choix du règlement des différends en matière d'investissements dépend entièrement de la volonté des parties.

²³ EL-AHDAB Jalal, *Les institutions arbitrales alternatives au CIRDI*, p. 179.

²⁴ ONGUENE ONANA Dieudonné Edouard, *op. cit.*, p. 73.

²⁵ BEN KHELIFA Rym, *Le déni de justice et droit de l'investissement international : l'affaire Loewen c. les Etats-Unis d'Amérique*, p. 239 ; POLANCO Rodrigo, *The return of the home state to investor-state disputes – Bringing back diplomatic protection ?*, p. 44.

²⁶ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *op. cit.*, p. 10.

²⁷ Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République d'Argentine sur l'encouragement et la protection des investissements, 5 novembre 1991, (TBI Canada – Argentine 1991), disponible en ligne : <https://treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=101514&lang=fra> (consulté le 14 novembre 2022).

²⁸ Il convient d'ajouter que l'art. X par. 2 dudit Accord prévoit la voie de l'arbitrage international à la demande de l'une des parties sous réserve de l'une des conditions suivantes : l'investisseur étranger et l'Etat hôte ont donné leur consentement pour que le litige soit réglé devant une telle juridiction (let. a) ; les juridictions de l'Etat hôte n'ont pas rendu de décision dans les 18 mois après leur saisie (let. b) ; les juridictions nationales ont rendu une décision mais les parties demeurent en désaccord (let. c).

²⁹ Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République d'Argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 3 juillet 1991, (TBI France – Argentine 1991), disponible en ligne : <https://jusmundi.com/fr/document/treaty/fr-accord-entre-le-gouvernement-de-la-republique-francaise-et-le-gouvernement-de-la-republique-argentine-sur-lencouragement-et-la-protection-reciproques-des-investissements-france-argentine-tbi-1991-wednesday-3rd-july-1991> (consulté le 14 novembre 2022).

³⁰ TBI France – Argentine 1991, *op. cit.*, art. 8 par. 2 premier tiret. Là encore, nous devons ajouter que l'Accord prévoit à l'art. 8 par. 2 deuxième tiret que l'investisseur peut également saisir un arbitrage international sous réserve des conditions prévues au paragraphe 3.

Il n'en reste pas moins que dans le but d'encourager la coopération entre les Etats pour le développement économique et prévoir un système de règlement des différends international plutôt que national³¹ est née, le 18 mars 1965, la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etat et ressortissants d'autres Etats (ci-après : Convention CIRDI ou Convention de Washington). En effet, selon l'art. 1 par. 2 Convention CIRDI, l'objet du Centre est d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements opposant des Etats contractants à des ressortissants d'autres Etats contractants, conformément aux dispositions de la présente Convention³². C'est ainsi que le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après : CIRDI) est né le 14 octobre 1966, à la suite de la conclusion de la Convention de Washington.

En réalité, le CIRDI n'est pas le seul organisme permettant de mettre en œuvre un tribunal arbitral *ad hoc* capable de régler un contentieux en matière d'investissements. En effet, d'autres institutions sont à même d'intervenir dans ce contexte, bien qu'elles n'aient pas été créées à l'origine pour traiter spécifiquement de l'arbitrage international en matière d'investissements³³. Par exemple, la Cour permanente d'arbitrage (ci-après : CPA) ou *Permanent Court of Arbitration (PCA)* est une organisation intergouvernementale qui offre, comme le CIRDI, plusieurs moyens susceptibles d'intervenir pour régler un différend, comme la mise en place de tribunaux d'arbitrage³⁴. Il ne s'agit donc pas d'une Cour à proprement parler qui siègerait et serait à même de régler les différends survenant entre les parties, comme l'est par exemple la CIJ. En fait, il s'agit plus d'une institution internationale permettant de mettre en place un arbitrage³⁵, comme le CIRDI. La CPA a vu le jour en 1899³⁶ et est principalement régie par le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après : CNUDCI)³⁷.

Il existe également la Chambre de commerce internationale (ci-après : CCI), ou *International Chamber of Commerce (ICC)* qui promeut elle aussi l'investissement international et met en place

³¹ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats conclue à Washington le 18 mars 1965, (Convention CIRDI), préambule.

³² Art. 1 par. 2 Convention CIRDI.

³³ DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, p. 220 ; EL-AHDAB Jalal, *op. cit.*, p. 191.

³⁴ Site officiel de la Cour permanente d'arbitrage, disponible en ligne : <https://pca-cpa.org/fr/home/> (consulté le 26 novembre 2022).

³⁵ POLANCO Rodrigo, *op. cit.*, p. 23.

³⁶ Site officiel de la Cour permanente d'arbitrage, *op. cit.*

³⁷ Site officiel de la Cour permanente d'arbitrage, rubrique Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, disponible en ligne : <https://pca-cpa.org/fr/services/arbitration-services/uncitral-arbitration-rules/> (consulté le 26 novembre 2022).

des mécanismes pour résoudre les différends en la matière par le biais de la Cour internationale d'arbitrage³⁸. Elle a été créée en 1919³⁹ et est régie par ses propres règlements⁴⁰.

Enfin, nous pouvons encore mentionner la Chambre de commerce de Stockholm (ci-après : CCS) qui œuvre parfois dans le règlement des différends en matière d'investissements⁴¹. L'Institut d'arbitrage de la CCS applique son propre règlement d'arbitrage en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2010⁴².

Contrairement à ces quatre institutions qui mettent en place et supervisent un arbitrage international en matière d'investissements avec, ou non, leur propre règlement, la CNUDCI a préféré émettre uniquement un cadre de règles procédurales, sans instituer de centre administrant l'arbitrage⁴³. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, adopté en 1976 et révisé intégralement en 2010⁴⁴, représente aujourd'hui un atout certain en matière de règlements des différends dans le domaine des investissements internationaux puisque certains grands traités comme l'Accord de libre-échange nord-américain⁴⁵ (ci-après : ALENA) prévoit que l'investisseur étranger pourra s'en remettre à l'arbitrage en vertu des règles CIRDI ou des règles d'arbitrage de la CNUDCI⁴⁶.

³⁸ Site internet INFONET, rubrique Chambre de commerce internationale, disponible en ligne : <https://infonet.fr/lexique/definitions/chambre-de-commerce-internationale/> (consulté le 26 novembre 2022). L'art. 1 par. 1 Règlement d'arbitrage de la CCI prévoit que *la Cour internationale d'arbitrage (la « Cour ») de la Chambre de commerce internationale (la « CCI ») est l'organisme indépendant d'arbitrage de la CCI (...)*. Le paragraphe 2 ajoute que *la Cour ne résout pas elle-même les différends. Elle en administre la résolution par les tribunaux arbitraux, conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI (le « Règlement ») (...)*.

³⁹ Statuts de la Chambre de Commerce Internationale, préambule, disponible en ligne : <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/ICC-Constitution-Francais-Juin-2015.pdf> (consulté le 26 novembre 2022).

⁴⁰ Il s'agit du Règlement d'arbitrage de la CCI, ainsi que son Règlement de médiation.

⁴¹ PETERSON Luke Eric, Droits humains et traités bilatéraux d'investissement – Le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et Etats, p. 16.

⁴² Règlement d'arbitrage de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm, p. 3, disponible en ligne : <http://www.bauerreis.com/wp-content/uploads/2014/05/2.1.2.8.1.2.-Re%CC%80glement-darbitrage-SCC-F.pdf> (consulté le 26 novembre 2022).

⁴³ PETERSON Luke Eric, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁴ DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, p. 221.

⁴⁵ Accord de libre-échange nord-américain entre le Canada, le Mexique et les Etats-Unis, 12 août 1992, (ALENA), disponible en ligne : https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/11.aspx?lang=fra&_ga=2.31132223.1623288334.1669465683-629816056.1669465683 (consulté le 26 novembre 2021).

⁴⁶ L'art. 1120 par. 1 ALENA précise que *sauf dispositions de l'annexe 1120.1 et à condition que six mois se soient écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte, un investisseur contestant pourra soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu : a) de la Convention CIRDI, à condition que la Partie contestante et la Partie de l'investisseur soient parties à la Convention ; b) du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la Partie contestante ou la Partie de l'investisseur, mais non les deux, soit partie à la Convention CIRDI ; ou c) des Règles d'arbitrage de la CNUDCI.*

Nous le voyons, le droit international des investissements offre toute une série de structures permettant de régler un différend survenant entre un investisseur étranger et un Etat d'accueil. Il n'en reste pas moins que la structure par excellence choisie entre les parties pour soumettre un différend à l'arbitrage international est le CIRDI⁴⁷. En effet, il était déjà précisé à l'époque que : « Au fur et à mesure où la Convention de Washington est ratifiée par un nombre toujours croissant d'Etats, le CIRDI va continuer à s'affirmer comme le centre par excellence de traitement des litiges sur les investissements internationaux »⁴⁸. Aujourd'hui, la Convention de Washington compte 165 Etats parties, dont 158 Etats contractants et 7 Etats signataires⁴⁹.

A. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)

La Convention de Washington a été élaborée par la Banque mondiale, et plus précisément par son Conseiller juridique Monsieur Aron BROCHES, en vue de créer un mécanisme de règlement des différends qui soit adapté aux investissements internationaux entre un Etat hôte et un investisseur étranger⁵⁰. S'en est suivie l'adhésion par plusieurs pays du monde, à l'exception des pays d'Amérique latine qui étaient favorables à la Doctrine CALVO⁵¹, doctrine mondialement connue en droit international des investissements, dont le fondateur, Monsieur Carlos CALVO, proclamait que les investisseurs étrangers devaient soumettre leurs différends devant les juridictions de l'Etat d'accueil et qu'un arbitrage international en la matière n'était ni nécessaire, ni souhaitable⁵².

Néanmoins, au fil des années, les mécanismes du CIRDI a fini par gagner les Etats d'Amérique latine puisque grand nombre d'entre eux ont ratifié la Convention de Washington autour des

⁴⁷ DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, p. 27 ; HORCHANI Fehrat, Rapport introductif, p. 25 ; ONGUENE ONANA Dieudonné Edouard, *op. cit.*, p. 105 ; Rapport annuel du CIRDI 2021, p. III, disponible en ligne : https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR21_French_CRA_web.pdf (consulté le 11 janvier 2023).

⁴⁸ CRÉPET DAIGREMONT Claire, L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI, p. 453.

⁴⁹ Site internet officiel du CIRDI, Base de données concernant les Etats membres du CIRDI, disponible en ligne : <https://icsid.worldbank.org/fr/a-propos/etats-membres/base-de-donnees-concernant-les-etats-membres-du-cirdi> (consulté le 5 novembre 2022).

⁵⁰ PORTERFIELD Matthew C., Aron Broches et le retrait des offres unilatérales de consentement à l'arbitrage investisseur-Etat, p. 6.

⁵¹ POLANCO Rodrigo, *op. cit.*, p. 14.

⁵² DORCE Milcar Jeff, L'émergence du standard minimum de traitement des étrangers en droit international, Retour sur une question coloniale oubliée, p. 14.

années 1990⁵³. Plus récemment encore, le Mexique (2018) et l'Équateur (2021)⁵⁴ ont ratifié la Convention, de sorte que la Doctrine CALVO semble être une théorie lointaine. Il sied de relever que, dans la pratique, les choses ne se sont pas passées si facilement. En effet, certains Etats comme la Bolivie et l'Équateur avaient d'abord ratifié la Convention CIRDI puis avaient fini par la dénoncer en 2007, respectivement en 2009⁵⁵. Lors du sommet de l'*Alternativa Bolivariana para las Americas*⁵⁶, plus communément appelé l'ALBA, Monsieur Evo MORALES, président de la Bolivie à l'époque, avait en effet déclaré que : « Aucun gouvernement en Amérique Latine n'a gagné un arbitrage devant le CIRDI et que le système favorise exclusivement les entreprises multinationales »⁵⁷. Il n'en demeure pas moins que le CIRDI s'est aujourd'hui implanté comme l'institution par excellence de règlement des différends en matière d'investissements⁵⁸.

1. La Convention de Washington

Nous l'avons vu, la Convention de Washington est le texte fondateur de la seule et unique institution créée dans le but d'œuvrer spécifiquement pour le RDIE et mérite à ce titre une présentation succincte de ses dispositions les plus centrales.

La compétence du Centre est prévue à l'art. 25 Convention de Washington dont le paragraphe 1 établit que la compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement. L'art.

⁵³ Site internet officiel du CIRDI, *op. cit.*, notamment : Argentine (1994), Colombie (1997), Costa Rica (1993), Guatemala (2003), Honduras (1989), Panama (1996), Paraguay (1983), Pérou (1993), Sierra Leone (1966), Uruguay (2000).

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ MALIK Maria, La dénonciation de la Convention de Washington du 18 mars 1965 par la Bolivie et l'Équateur, disponible en ligne uniquement : <https://www.lepetitjuriste.fr/la-denonciation-de-la-convention-de-washington-du-18-mars-1965-par-la-bolivie-et-lequateur/> (consulté le 13 novembre 2022).

⁵⁶ Il s'agit d'une initiative lancée par Messieurs Hugo CHAVEZ et Fidel CASTRO le 14 décembre 2004 en vue de contrer la Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA) encouragée par les Etats-Unis. Pour plus de détails en la matière, voir notamment SAINT-UPÉRY Marc/STEFANONI Pablo, Le cauchemar de Bolivar : crise et fragmentation des gouvernements de l'Alba ; CASTANIER Julia/COMMET Mathieu/LAZREG Nordin/MARIN Agathe, La communication institutionnelle de l'ALBA – Des principes affichés à la réalité de l'action.

⁵⁷ BEN HAMIDA Walid, La Dénonciation de la Convention CIRDI en Amérique latine : Significations et conséquences, p. 66.

⁵⁸ Cf. *supra* p. 7.

26 de la Convention précise d'ailleurs que le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un Etat contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés. Dans ce travail, nous verrons que l'art. 25 Convention CIRDI pose certains problèmes d'interprétation qui nuisent à la cohérence de la jurisprudence en la matière⁵⁹.

L'art. 42 par. 1 première phrase Convention CIRDI règle le droit applicable et prévoit que le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Cette disposition établit une certaine flexibilité du Centre puisqu'il laisse d'abord place à l'autonomie des parties en la matière⁶⁰. Ce n'est que si les parties n'ont rien prévu ou ne sont pas d'accord entre elles que le Tribunal se chargera de déterminer le droit applicable au litige⁶¹. Ainsi, le règlement des différends dans le cadre du CIRDI, et plus généralement dans le cadre de l'arbitrage international, est indépendant des règles juridiques applicables de l'Etat hôte ou du pays de nationalité de l'investisseur⁶². En effet, la Convention CIRDI précise que toute la procédure soumise au Centre est conduite conformément aux règles qu'il a édictées en la matière⁶³, de sorte qu'aucune loi nationale en matière d'arbitrage ne trouve application⁶⁴.

Si la compétence et le droit applicable au litige sont des composantes essentielles pour rendre une décision arbitrale, la question de l'exécution de celle-ci est également centrale, sans quoi le prononcé de la sentence serait tout bonnement inutile. Dans ce contexte, l'art. 54 par. 1 Convention CIRDI prévoit que chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat. Un Etat contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des Etats fédérés. En d'autres termes, une décision arbitrale rendue sous l'égide du CIRDI est immédiatement exécutoire et définitive, sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à d'autres mécanismes judiciaires internes pour la mettre en œuvre.

⁵⁹ Cf. *infra* pp. 17-18.

⁶⁰ DJOLGOU Raymond, Le droit applicable au différend dans l'arbitrage d'investissement : entre volonté des parties et office de l'arbitre, p. 105.

⁶¹ L'art. 42 par. 1 deuxième phrase Convention CIRDI prévoit en effet que *faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend – y compris les règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière*.

⁶² CRÉPET DAIGREMONT Claire, *op. cit.*, p. 455.

⁶³ Art. 44 Convention CIRDI.

⁶⁴ EL-AHDAB Jalal, *op. cit.*, p. 188.

Les sentences arbitrales qui ne sont pas rendues par le CIRDI sont exécutoires selon les modalités de la loi du pays dans lequel l'exécution est recherchée. Dans ce cas, la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (ci-après : Convention de New York)⁶⁵ trouvera application, sous réserve, bien évidemment, que l'Etat en question y soit partie⁶⁶. La Convention de New York prévoit une procédure d'exequatur⁶⁷, laquelle peut toutefois être refusée sous certaines conditions restrictives⁶⁸.

Bien que la procédure arbitrale représente le mode privilégié de RDIE par les parties⁶⁹, elle ne demeure pas le seul instrument existant puisque le CIRDI a prévu d'autres mécanismes tout aussi intéressants pour œuvrer dans le contentieux d'investissement.

2. Ses mécanismes

Une procédure moins connue et moins utilisée que l'arbitrage est la procédure de conciliation⁷⁰. Celle-ci fait référence à une procédure flexible basée sur la volonté des parties⁷¹ qui vise à aider l'Etat hôte et l'investisseur étranger à parvenir à un accord⁷². La procédure de conciliation a lieu devant une Commission de conciliation⁷³ qui examine les faits et rédige un rapport dans lequel elle propose une solution au différend. Toutefois, le rapport de conciliation n'est pas une décision contraignante⁷⁴, raison pour laquelle cette procédure est malheureusement rare en pratique⁷⁵. En effet, les investisseurs et les Etats préfèrent

⁶⁵ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York le 10 juin 1958 (Convention de New York). La Convention de New York compte 170 États-membres.

⁶⁶ POULAIN Bruno, *L'arbitrage transnational et le droit français des immunités de l'Etat étranger*, p. 968.

⁶⁷ BOISMAIN Corinne, *L'exequatur et l'ordre public aux Etats-Unis – Une interprétation extensive de la Convention de New York favorisant les reconnaissances*, p. 2, disponible en ligne uniquement : <https://shs.hal.science/halshs-03341824/document> (consulté le 2 janvier 2023).

⁶⁸ Art. V Convention de New York.

⁶⁹ Cf. *infra* p. 11.

⁷⁰ Art. 33 Convention CIRDI qui renvoie au Règlement de procédure relatif aux instances de conciliation du CIRDI (Règlement de conciliation du CIRDI).

⁷¹ L'art. 28 par. 2 Convention CIRDI prévoit que la requête de conciliation doit notamment contenir le consentement des parties pour qu'une procédure de conciliation soit entamée.

⁷² A ce titre, l'art. 34 par. 1 Convention CIRDI établit en effet que la Commission a pour fonction d'amener les parties à une solution mutuellement acceptable.

⁷³ L'art. 29 par. 1 Convention CIRDI prévoit en effet que la *Commission de conciliation* (ci-après dénommée la Commission) est constituée dès que possible après enregistrement de la requête conformément à l'article 28. Le paragraphe 2 de la disposition précise la composition de ladite Commission.

⁷⁴ CNUCED, *Différends entre investisseurs et Etat : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage*, p. xiii, disponible en ligne : https://unctad.org/fr/system/files/official-document/diaeia200911_fr.pdf (consulté le 20 novembre 2022).

⁷⁵ DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, p. 217.

généralement l'arbitrage international d'investissements puisque celui-ci repose sur une procédure formelle, contradictoire et dont la décision est contraignante pour les parties⁷⁶.

En plus des procédures d'arbitrage et de conciliation, le CIRDI connaît également les procédures de médiation et de constatation des faits. La procédure de médiation est très récente puisque ses règlements sont entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2022⁷⁷. Il s'agit d'une procédure semblable à la conciliation en ce sens que le but est d'aider les parties à trouver un accord à l'amiable. Par ailleurs, et cela est révolutionnaire dans le CIRDI, la procédure de médiation fait fi de la nationalité des parties et de leur adhésion ou non à la Convention CIRDI⁷⁸. En somme, tout un chacun peut recourir à ce mécanisme.

La procédure de constatation des faits quant à elle a fait l'objet de nouvelles règles en 2022 et constitue désormais un règlement autonome du CIRDI⁷⁹. Selon le Centre, cette procédure permet aux parties « d'examiner les circonstances précises de l'affaire et d'établir un rapport sur celles-ci »⁸⁰ grâce à la constitution d'un comité⁸¹. Comme la procédure de médiation, la procédure de constatation des faits peut être déclenchée par tout un chacun⁸².

Le règlement des différends dans le cadre du CIRDI connaît plusieurs autres textes d'application parmi lesquels figurent notamment le Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention CIRDI (ci-après : Rapport des administrateurs sur la Convention du CIRDI) qui consiste en un commentaire de la Convention de Washington⁸³, le Règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage (ci-après : Règlement d'introduction des instances du CIRDI), le Règlement de procédure relatif aux instances de conciliation (ci-après : Règlement de conciliation du CIRDI), le Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (ci-après : Règlement d'arbitrage du CIRDI), ou encore le Règlement administratif et financier du CIRDI qui traite spécifiquement du fonctionnement du Centre⁸⁴.

⁷⁶ Art. 53 par. 1 Convention CIRDI.

⁷⁷ Règlements de médiation du CIRDI, p. IV, disponible en ligne : https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Mediation_FRE.pdf (consulté le 5 décembre 2022).

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ Règlements de constatation des faits du CIRDI, p. IV, disponible en ligne : https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Fact-Finding_FRE.pdf (consulté le 5 décembre 2022).

⁸⁰ Site internet officiel du CIRDI, rubrique Constatation des faits, disponible en ligne : <https://icsid.worldbank.org/fr/reglement/constatation-des-faits> (consulté le 5 décembre 2022).

⁸¹ Art. 9 par. 1 Règlement de constatation des faits du CIRDI.

⁸² Règlements de constatation des faits du CIRDI, *op. cit.*, p. IV.

⁸³ DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, p. 218.

⁸⁴ *Idem*.

D'un point de vue procédural, et ce tant en ce qui concerne l'arbitrage que les modes de règlement des différends à l'amiable, le CIRDI établit deux mécanismes distincts : un mécanisme général et un mécanisme supplémentaire. Le mécanisme général s'applique lorsque les parties au litige sont parties à la Convention de Washington⁸⁵. A l'inverse, le mécanisme supplémentaire trouve application lorsque l'une des parties au différend n'est pas partie à la Convention de Washington⁸⁶. En ce sens, le mécanisme supplémentaire CIRDI permet d'étendre la compétence du Centre à des litiges qui, selon la Convention de Washington, ne relèveraient normalement pas de sa compétence. Il sied de relever que les règles procédurales ne sont pas les mêmes⁸⁷, auquel cas aucune distinction entre ces deux mécanismes ne serait véritablement nécessaire. A titre exemplatif, la Convention de Washington prévoit que les sentences arbitrales doivent être considérées par les Etats parties comme des décisions émanant de leurs propres tribunaux internes⁸⁸, alors que cette règle n'est pas prévue pas dans le cadre du mécanisme supplémentaire⁸⁹. Par ailleurs, le recours en annulation contre une décision arbitrale prévu par la Convention de Washington⁹⁰ n'est pas envisagé dans le cadre du mécanisme supplémentaire⁹¹.

En somme, nous constatons que le CIRDI et ses divers instruments juridiques mettent sur pied un véritable mécanisme d'arbitrage institutionnalisé⁹² et délocalisé⁹³, établissant ainsi un socle de règles procédurales⁹⁴ commun à tous ses tribunaux d'arbitrage *ad hoc*.

Pourtant, malgré l'innovation du CIRDI et des nombreuses autres institutions en matière de RDIE, le système tout entier est aujourd'hui en crise et fait face à de multiples critiques dont le bien-fondé peut parfois être remis en question.

⁸⁵ Art. 2 et 3 *a contrario* Règlement régissant le mécanisme supplémentaire pour l'administration de procédures par le Secrétariat du CIRDI (Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI).

⁸⁶ *Ibid.*, art. 2.

⁸⁷ Cela est notamment précisé par l'art. 3 Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI qui prévoit l'inapplicabilité de la Convention de Washington.

⁸⁸ Art. 54 par. 1 Convention CIRDI.

⁸⁹ DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, p. 219.

⁹⁰ Art. 52 par. 1 Convention CIRDI.

⁹¹ DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, p. 219.

⁹² CRÉPET DAIGREMONT Claire, *op. cit.*, p. 455.

⁹³ EL-AHDAB Jalal, *op. cit.*, p. 188.

⁹⁴ HORCHANI Ferhat, *op. cit.*, p. 20.

III. Critiques du système actuel d'arbitrage

En effet, entre manque de cohérence dans la jurisprudence arbitrale, manque de transparence des procédures ou encore partialité et manque d'indépendance des arbitres, certains s'indignent et proposent alors des solutions de réforme⁹⁵ qui, nous le verrons, ne sont pas toujours réalisables.

A. L'incohérence dans la jurisprudence arbitrale

Dans cette partie, nous tenterons d'abord de définir le concept de cohérence avant de mettre en avant plusieurs décisions arbitrales contradictoires et d'expliquer le clivage entre les différentes interprétations dans l'arbitrage international des investissements.

1. La notion de cohérence

La cohérence des décisions rendues par un système juridique, qu'il s'agisse d'une juridiction ou d'un arbitrage, permet de garantir la sécurité juridique⁹⁶. Par cohérence, il faut entendre un système juridique homogène dépourvu de contradiction entre les décisions rendues⁹⁷. En d'autres termes, cela présuppose qu'il faille traiter de la même manière des situations similaires⁹⁸ et accorder un traitement égal à chacun des protagonistes⁹⁹, sans quoi la contradiction entre les décisions nuirait à la sécurité juridique¹⁰⁰, et ainsi à la légitimité de l'arbitrage d'investissements en tant que tel¹⁰¹.

Aujourd'hui, il ne fait aucun doute que la cohérence de l'arbitrage international d'investissements est remise en question¹⁰² et cela est notamment dû aux divergences

⁹⁵ Cf. *infra* pp. 35-50.

⁹⁶ YANNACA SMALL Catherine, Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats : vue d'ensemble, p. 12.

⁹⁷ SCHREUER Christoph, Coherence and consistency in international investment law, p. 391.

⁹⁸ GAUKRODGER David/GORDON Kathryn, Investor-State Dispute Settlement – A scoping paper for the investment policy community, p. 58.

⁹⁹ SCHREUER Christoph, *op. cit.*, p. 391.

¹⁰⁰ KOLB Robert, La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, pp. 109-110.

¹⁰¹ VADI Valentina, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰² EL-AHDAB Jalal, *op. cit.*, p. 189 ; GAUKRODGER David/GORDON Kathryn, *op. cit.*, p. 58 ; INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION ARBITRATION SUBCOMMITTEE ON INVESTMENT TREATY ARBITRATION, Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration, p. 3 ; POTESTÀ Michele, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law : Understanding the Roots and the Limits of a Controversial

d'interprétations entre les tribunaux arbitraux qui ne sont tenus au respect d'aucun précédent¹⁰³. En effet, en droit international des investissements, il existe une multitude de principes, notions, garanties qui ne sont que rarement clairement définis et laissent souvent place à l'interprétation lorsqu'un litige éclate entre les parties.

2. L'interprétation divergente des tribunaux

L'un des plus gros scandales de l'arbitrage international d'investissement remonte aux débuts des années 2000 avec les affaires CME c. République tchèque¹⁰⁴ et Lauder c. République tchèque¹⁰⁵. Ces deux affaires dont l'état de faits était identique ont pourtant donné lieu à des sentences contradictoires¹⁰⁶, faisant ainsi émerger l'incohérence du système tout entier.

Après la chute du régime communiste au début des années 1990, plusieurs TBI ont été conclus par la République tchèque dans le but d'attirer les capitaux étrangers en apportant la protection nécessaire aux nouveaux investissements¹⁰⁷. Parmi ceux-ci, il y a notamment eu la conclusion du TBI entre les Etats-Unis et la République tchèque ainsi que le TBI entre les Pays-Bas et la République tchèque, tous deux adoptés en 1991¹⁰⁸.

Au début des années 1990, Monsieur Ronald LAUDER d'origine américaine a investi dans la chaîne de télévision tchèque privée TV Nova¹⁰⁹, avant qu'il n'en perde le contrôle, à la suite de l'intrusion prétendue du Conseil des médias de la République tchèque¹¹⁰. C'est pour cette raison que Monsieur Ronald LAUDER a décidé de soumettre le différend à l'arbitrage

Concept, p. 91 ; SCHREUER Christoph, *op. cit.*, p. 401 ; ZARRA Giovanni, Orderliness and Coherence in International Investment Law and Arbitration : An Analysis Through the Lens of State of Necessity, p. 655.

¹⁰³ UNCTAD, Investor-State disputes arising from investment treaties : a review, p. 2, disponible en ligne : https://unctad.org/system/files/official-document/iteit20054_en.pdf (consulté le 22 novembre 2022).

¹⁰⁴ CME v. The Czech Republic, Final Award, Ad hoc Arbitration, 14 mars 2003, disponible en ligne : https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-cme-czech-republic-b-v-v-the-czech-republic-final-award-friday-14th-march-2003#lvl_27545 (consulté le 18 novembre 2022).

¹⁰⁵ Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, Award, Ad hoc Arbitration, 3 septembre 2001, disponible en ligne : https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-ronald-s-lauder-v-czech-republic-award-monday-3rd-september-2001#lvl_12371 (consulté le 18 novembre 2022).

¹⁰⁶ YANNACA SMALL Catherine, *op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁰⁷ Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, *op. cit.*, par 1-2.

¹⁰⁸ NGO Quoc Chien/ LY Van Anh, Le chalandage de traités à l'épreuve des accords d'investissement de nouvelle génération, p. 87, note de bas de page 13.

¹⁰⁹ Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, *op. cit.*, par. 7.

¹¹⁰ Site internet ISDS PLATFORM, CME & Lauder c. République tchèque : Les coûts insupportables du système d'arbitrage imprévisible, disponible en ligne : <https://www.isds.bilaterals.org/?cme-lauder-vs-czech-republic-the&lang=fr> (consulté le 18 novembre 2022).

international en faisant valoir la violation du TBI entre les Etats-Unis et la République tchèque, en ce qui concernait les pertes personnelles qu'il avait essuyé, et le TBI entre les Pays-Bas et la République tchèque pour les pertes subies par la société néerlandaise de TV Nova, CME¹¹¹.

Bien que l'état de faits des deux affaires était exactement identique – à l'exception près que la violation des obligations par la République tchèque ne reposait pas sur le même traité – les conclusions arbitrales ont été drastiquement opposées. Dans la première affaire qui concernait Monsieur LAUDER, le tribunal d'arbitrage *ad hoc* soumis au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a conclu qu'il n'existait aucune violation du TBI entre les Etats-Unis et la République tchèque¹¹², de sorte que Monsieur LAUDER n'avait droit à aucune indemnisation. A l'inverse, le tribunal arbitral *ad hoc* dans la seconde affaire a accordé à la société néerlandaise CME un montant de 269'814'000 \$ à titre de dommages-intérêts¹¹³.

Les affaires CME c. République tchèque et Lauder c. République tchèque ont véritablement mis en lumière l'incohérence de l'arbitrage international en matière d'investissements et l'imprévisibilité, *in fine*, pour tous les acteurs du droit international des investissements, qu'il s'agisse tant des investisseurs étrangers que des Etats d'accueil.

Une autre incohérence de la jurisprudence arbitrale qui mérite d'être analysée concerne le standard du traitement national, consacrant la garantie de non-discrimination. Le traitement national implique concrètement un engagement de la part de l'Etat d'accueil de traiter les investisseurs étrangers de manière identique aux investisseurs nationaux¹¹⁴. Il s'agit d'une clause prévue dans les TBI et dont les approches se distinguent : le modèle européen prévoit une clause ouverte du traitement national, favorable à l'investisseur étranger, alors que le modèle étasunien tente de rationaliser ce standard par les termes « *like circumstances* »¹¹⁵. Toutefois, en pratique, qu'il s'agisse d'une clause ouverte ou d'une clause plus restrictive, le recours à l'interprétation reste nécessaire.

Dans les affaires Feldman c. Mexique¹¹⁶ et Pope and Talbot c. Canada¹¹⁷, qui reposaient sur l'ALENA, lequel prévoit la notion des circonstances similaires, les tribunaux arbitraux ont

¹¹¹ NGO Quoc Chien/ LY Van Anh, *op. cit.* p. 87, note de bas de page 13.

¹¹² Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, *op. cit.*, par. 313-314.

¹¹³ CME v. The Czech Republic, *op. cit.*, par. 620.

¹¹⁴ MANCIAUX Sébastien, Les règles du droit des investissements internationaux s'opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire ?, p. 59.

¹¹⁵ OECD, Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law, p. 4.

¹¹⁶ Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, 16 décembre 2002, disponible en ligne : https://jsumundi.com/fr/document/decision/pdf/en-marvin-roy-feldman-karpa-v-united-mexican-states-award-of-the-tribunal-monday-16th-december-2002#lv1_13402 (consulté le 3 janvier 2023).

¹¹⁷ Pope and Talbot v. Government of Canada, Award on the merits of phase 2, *Ad hoc* Arbitration, 10 avril 2001, disponible en ligne : https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/en-pope-talbot-v-government-of-canada-award-on-the-merits-of-phase-2-tuesday-10th-april-2001#lv1_281 (consulté le 9 janvier 2023).

interprété ladite notion comme se référant au même secteur économique¹¹⁸. En revanche, la même interprétation n'a pas été retenue en 2004 dans l'affaire Occidental c. Equateur¹¹⁹. Dans cette affaire, l'Equateur avait accordé des incitations fiscales favorables à certains exportateurs nationaux et aux exportateurs de fleurs et de produits de la mer. Occidental, qui était alors une entreprise américaine opérant dans le secteur pétrolier en Equateur, n'avait pas eu accès à ce régime fiscal et avait, par conséquent, porté le différend devant un tribunal arbitral du CIRDI, alléguant la violation de la clause du traitement national inscrite dans le TBI conclu entre les Etats-Unis et l'Equateur¹²⁰.

Alors que la cohérence aurait commandé que l'investisseur n'obtienne pas gain de cause puisqu'il ne se trouvait pas dans le même secteur économique que les autres investisseurs bénéficiant du régime fiscal favorable, le tribunal arbitral a condamné l'Equateur en précisant que l'analyse sous l'angle du secteur économique devait comprendre tous les opérateurs économiques du pays, quel que soit leur secteur d'activité sans distinction aucune : « *The Tribunal is of the view that in the context of this particular claim the Claimant is right and its arguments are convincing, in fact, "in like situations" cannot be interpreted in the narrow sense advanced by Ecuador as the purpose of national treatment is to protect investors as compared to local producers, and this cannot be done by addressing exclusively the sector in which that particular activity is undertaken* »¹²¹.

Encore un exemple qui souligne le véritable manque de cohérence entre les décisions rendues par les différends tribunaux arbitraux¹²², entraînant ainsi non seulement la mise à mal de la légitimité du système d'arbitrage¹²³, mais également l'absence de prévisibilité des décisions pour les parties à un TBI¹²⁴.

¹¹⁸ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, op. cit., par. 170-172 ; *Pope and Talbot v. Government of Canada*, op. cit., par. 101-104.

¹¹⁹ *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, Award, LCIA Case No. UN3467, 1^{er} juillet 2004, disponible en ligne : https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/en-occidental-exploration-and-production-company-v-republic-of-ecuador-i-award-thursday-1st-july-2004#lvl_6792 (consulté le 2 janvier 2023).

¹²⁰ *Ibid.*, par. 6.

¹²¹ *Ibid.*, par. 173.

¹²² SCHREUER Christoph, op. cit., p. 398.

¹²³ FRANCK Susan D., *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration : Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, p. 1558 ; WIESNER-LAMETH Michelle, *Overcoming the Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration – Merit of the EU Reform Proposal vis-à-vis the Standard of Judicial Independence and Impartiality*, p. 14 ; ZARRA Giovanni, *The Issue of Incoherence in Investment Arbitration : Is There Need for a Systemic Reform ?*, p. 142.

¹²⁴ SCHACHERER Stefanie, *TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation – Resolving Investor-State Disputes under Mega-regionals*, p. 640 ; WIESNER-LAMETH Michelle, op. cit., p. 14.

Les divergences d'interprétation n'existent pas uniquement dans le prononcé de sentences arbitrales contradictoires, mais également en ce qui concerne l'examen même de la compétence d'un tribunal d'arbitrage dans le cadre du CIRDI. Prenons par exemple la notion d'investissement, que nous pourrions pourtant penser évidente, sur laquelle repose tout le système du droit international des investissements. Qu'est-ce qu'un investissement ? Quelle forme prend-il ? S'agit-il d'un bien mobilier ou immobilier, d'un titre de propriété intellectuelle, d'une concession ? Nous n'en savons rien tant que nous n'avons pas lu le traité qui lie les parties au litige – et encore faut-il que celui-ci soit suffisamment précis dans la définition qu'il en donne, ce qui est loin d'être toujours le cas¹²⁵.

De plus, prévoir une définition de l'investissement dans un TBI ne représente pas encore une garantie contre les divergences d'interprétation qui émanent des tribunaux amenés à examiner leur compétence en la matière. En effet, dans le cadre du CIRDI, pour fonder la compétence du Centre, l'art. 25 par. 1 *ab initio* Convention CIRDI prévoit que la compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Cela signifie donc que pour déterminer si nous sommes face à un investissement, le tribunal arbitral *ad hoc* institué par le CIRDI doit analyser la définition de l'investissement contenue dans le TBI applicable au différend et, par la suite, déterminer s'il s'agit d'un investissement en vertu de la Convention de Washington¹²⁶.

C'est ainsi que dans l'affaire *Salini c. Maroc*¹²⁷, le tribunal arbitral a développé pour la première fois les caractéristiques que doit revêtir une opération économique pour être qualifiée d'investissement en vertu de la Convention de Washington et ainsi fonder la compétence du CIRDI. Selon ledit tribunal, « *The doctrine generally considers that investment infers : contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (...). In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition* »¹²⁸. Cette jurisprudence aurait pu être une solution pour parer aux discordances interprétatives existant au sujet de l'art. 25 par. 1 Convention CIRDI et, pourtant, tel n'a pas été le cas.

¹²⁵ Par exemple, l'art. 1 par. 1 de l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République tunisienne sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 20 octobre 1997, (TBI France – Tunisie 1997), prévoit une définition très large de la notion d'investissement, disponible en ligne : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3497/download> (consulté le 20 novembre 2022).

¹²⁶ AMMAR Mohamed, Réflexion sur le jeu dans la jurisprudence arbitrale CIRDI, p. 125.

¹²⁷ *Salini Costruttori SPA and Italstrade SPA v. The Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 juillet 2001, disponible en ligne : https://jsumundi.com/fr/document/decision/pdf/en-salini-costruttori-s-p-a-and-italstrade-s-p-a-v-kingdom-of-morocco-decision-on-jurisdiction-tuesday-31st-july-2001#lvl_10191 (consulté le 2 janvier 2023).

¹²⁸ *Ibid.*, par. 52.

En effet, bien qu'une définition ait été donnée de l'investissement pour fonder la compétence du Centre, il n'en demeure pas moins que les tribunaux d'arbitrage *ad hoc* ne sont pas liés entre eux¹²⁹, de sorte qu'il existe aujourd'hui des tribunaux qui ont analysé les critères posés par l'affaire *Salini c. Maroc*, alors que d'autres ont préféré ne pas recourir à l'analyse de la dernière condition relative à la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement¹³⁰.

Par exemple, le tribunal arbitral *ad hoc* dans l'affaire *Lesi et Astaldi c. Algérie*¹³¹ a précisé que bien que les trois premières conditions sont essentielles pour établir la qualification de l'investissement, « il ne paraît en revanche pas nécessaire qu'il [l'investissement] réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus »¹³². En 2005, dans une autre affaire, le tribunal d'arbitrage a réaffirmé cette jurisprudence en établissant que : « *As stated by the tribunal in L.E.S.I., often this condition is already included in the three classical conditions set out in the « Salini test »* »¹³³. Toutefois, en 2010, le Comité *ad hoc* constitué dans l'affaire *Patrick Mitchell c. la République du Congo* a repris l'analyse des quatre critères posés par l'affaire *Salini* neuf ans plus tôt¹³⁴, avant que le tribunal arbitral dans l'affaire *Philip Morris c. Uruguay* n'établisse que les critères développés par la jurisprudence *Salini* ne constituent pas en soi des exigences impératives puisqu'il faut retenir l'investissement comme étant une notion flexible¹³⁵.

Nous constatons donc, non sans quelques inquiétudes, qu'il existe partout plusieurs approches possibles qui diffèrent selon les tribunaux d'arbitrage d'une part, et selon les indications contenues dans les TBI d'autre part. Il convient de comprendre que l'interprétation

¹²⁹ Cf. *infra* p. 19-20.

¹³⁰ DE NANTEUIL Arnaud, *op. cit.*, p. 170.

¹³¹ *Lesi SPA et Astaldi SPA c. République algérienne démocratique et populaire*, Décision, CIRDI No. ARB/05/3, 12 juillet 2006, disponible en ligne : https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C48/DC528_Fr.pdf (consulté le 2 janvier 2023).

¹³² *Ibid.*, par. 72, point (iv).

¹³³ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/29, 14 novembre 2005, par. 137, disponible en ligne : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf> (consulté le 2 janvier 2023).

¹³⁴ *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/99/7, 1^{er} novembre 2006, par. 27, 31 et 33, disponible en ligne : https://jsumundi.com/fr/document/decision/pdf/en-patrick-mitchell-v-democratic-republic-of-the-congo-decision-on-the-application-for-annulment-of-the-award-wednesday-1st-november-2006#lvl_13555 (consulté le 2 janvier 2023).

¹³⁵ *Philip Morris Brand SARL, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/10/7, 2 juillet 2013, par. 206, disponible en ligne : https://jsumundi.com/fr/document/decision/pdf/en-philip-morris-brand-sarl-switzerland-philip-morris-products-s-a-switzerland-and-abal-hermanos-s-a-uruguay-v-oriental-republic-of-uruguay-decision-on-jurisdiction-tuesday-2nd-july-2013#lvl_17 (consulté le 11 janvier 2023).

et les discordances qui en découlent demeureront tant et aussi longtemps que des notions indéterminées ne seront pas clairement définies et que les tribunaux d'arbitrage ne seront pas liés entre eux par l'établissement de précédents, mettant ainsi en danger la sécurité juridique.

3. Le clivage entre les différentes interprétations

Si le pouvoir d'interprétation des arbitres est aussi large et donne ainsi lieu à des décisions parfois complètement incohérentes et illégitimes, c'est avant tout à cause du fonctionnement même de l'arbitrage international en matière d'investissement qui se veut être une justice privée par essence¹³⁶. Il ne faut en effet pas oublier qu'il n'existe aucun tribunal central, aucune Cour permanente et unique qui serait à même de juger tous les différends relatifs aux investissements.

Le système repose sur l'idée selon laquelle, dès lors qu'il existe un litige entre les parties, l'une d'elle ou les deux – cela dépend des dispositions prévues dans le TBI – peu(ven)t s'en remettre à un tribunal arbitral créé spécialement pour le litige dont la composition diverge d'un tribunal à l'autre¹³⁷. Par conséquent, il existe une multitude de tribunaux qui ont été, sont et seront créés pour chaque différend. A cela, il convient d'ajouter que les tribunaux arbitraux doivent rendre des décisions sur la base d'un traité, d'une convention spécifique qui les parties au litige. Ceux-ci sont donc amenés à interpréter les contours de traités souvent différents les uns des autres et qui peuvent prendre la forme de traités bilatéraux d'investissements, d'accords régionaux d'investissements, ou encore d'accords d'investissement sectoriel comme l'est le Traité sur la Charte sur l'énergie. Bref, il existe une multitude d'arbitres pour une multitude de traités, entraînant ainsi une multitude d'interprétations et de décisions bien trop souvent incohérentes – trop, trop, trop.

Par ailleurs, comme nous l'avons vu, l'absence de précédents alimente le manque de cohérence du RDIE¹³⁸. En effet, il n'existe pas de *stare decisis* en matière d'arbitrage international des investissements puisque chaque tribunal *ad hoc* est indépendant et doit juger d'une affaire par rapport aux parties et au traité applicable au cas d'espèce¹³⁹. A l'aune de la Convention CIRDI, il est d'ailleurs bien précisé que les décisions rendues par les tribunaux d'arbitrage *ad hoc* sont

¹³⁶ DO Van Dai, Le rôle de la volonté des parties dans les recours à l'encontre des sentences arbitrales internationales, p. 163.

¹³⁷ SCHREUER Christoph, *op. cit.*, pp. 398-399.

¹³⁸ CHEN Richard C., Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration, p. 47 ; WEIDEMAIER W.M.C., Toward a Theory of Precedent in Arbitration, p. 1908.

¹³⁹ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *op. cit.*, p. 14 ; *SGS Société Générale de Surveillance SA v. Republic of the Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/6, 29 janvier 2004, par. 97, disponible en ligne : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf> (consulté le 5 janvier 2023).

obligatoires pour les parties uniquement¹⁴⁰. L'indépendance entre les différents tribunaux d'arbitrage a encore été réaffirmée dans une affaire de la Cour permanente d'arbitrage qui a affirmé que : « *With respect to arbitral awards, this Arbitral Tribunal considers that it is not bound to follow or to cite previous arbitral decisions as authority for its reasoning or conclusions. Even presuming that relevant principles could be distilled from prior arbitral awards (which has proven difficult with respect of many of the decisions cited by the Parties in these proceedings), they cannot be deemed to constitute the expression of a general consensus of the international community, and much less a formal source of international law. Arbitral awards remain mere sources of inspiration, comfort or reference to arbitrators* »¹⁴¹.

Nous pourrions néanmoins nous demander si le système d'annulation prévu notamment par la Convention CIRDI¹⁴² pourrait permettre d'assurer une certaine cohérence entre les décisions rendues. En effet, selon un auteur, bien que le rôle des comités d'annulation du CIRDI ne soit pas de garantir la cohérence, leur position unique de contrôle des décisions rendues permettrait pourtant d'assurer une homogénéité et de renforcer ainsi la cohérence du système arbitral¹⁴³. Cette option existe certes, mais elle reste toutefois insuffisante en raison de l'invocation limitative des griefs d'annulation¹⁴⁴ et de l'impossibilité de faire réviser les sentences arbitrales quant au fond¹⁴⁵. Le mécanisme d'annulation n'a ainsi pas été pensé pour revoir une sentence arbitrale comme le serait un mécanisme d'appel¹⁴⁶.

Par conséquent, le manque de cohérence dans la jurisprudence arbitrale entraîne un grand manque de prévisibilité pour les parties, aussi bien pour l'investisseur étranger que pour l'Etat hôte. Selon nous, ce manque de cohérence doit impérativement être pallié dans les traités, ce qui implique pour les parties, lorsqu'elles négocient et signent un TBI, de pousser leur raisonnement en précisant le plus de termes possibles pour ne rien laisser sujet à

¹⁴⁰ L'art. 53 par. 1 Convention CIRDI prévoit que *la sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention.*

¹⁴¹ *Romak SA v. The Republic of Uzbekistan*, Award, PCA Case No. 2007-07/AA280, 26 novembre 2009, par. 170, disponible en ligne : https://jsumundi.com/fr/document/decision/pdf/en-romak-s-a-v-the-republic-of-uzbekistan-award-thursday-26th-november-2009#lv1_24221 (consulté le 5 janvier 2023).

¹⁴² Art. 52 Convention CIRDI.

¹⁴³ RADI Yannick, *Le précédent en droit international des investissements – Réflexions d'un internationaliste sur les considérations théoriques et les enjeux pratiques d'une discussion passionnée*, p. 5.

¹⁴⁴ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/POTESTÀ Michele, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism ?*, p. 70.

¹⁴⁵ CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats) sur les travaux de la reprise de sa trente-huitième session*, A/CN.9/1004/Add.1, 28 janvier 2020, p. 7.

¹⁴⁶ La réforme propose à ce titre de créer un mécanisme d'appel capable de revoir plus largement les décisions rendues par les tribunaux d'arbitrage *ad hoc*, cf. *infra* pp. 41-45.

interprétation. Nous concevons que cette façon de faire n'est pas optimale car, il est vrai, lorsque l'on négocie les termes d'un contrat, aucun événement ne s'est encore produit, aucun litige n'est encore survenu entre les parties, alors comment celles-ci pourraient-elles absolument tout prévoir dans leur traité de telle sorte qu'il n'y ait aucune marge de manœuvre pour les arbitres ? Il s'agit d'un exercice presque irréalisable mais néanmoins nécessaire dans un contexte où les divergences d'interprétation surplombent l'arbitrage.

Une autre manière – bien plus radicale – qui permettrait de garantir la cohérence aux acteurs du droit international des investissements serait de créer un nouveau système de RDIE reposant sur l'instauration d'une Cour permanente d'investissement¹⁴⁷ ou sur la création d'un mécanisme d'appel¹⁴⁸ qui assureraient ainsi une meilleure prévisibilité pour les parties à un traité et une véritable sécurité juridique¹⁴⁹.

B. Le manque de transparence de cette justice privée et confidentielle

Bien que le manque de cohérence représente selon nous la critique majeure qui peut être faite au RDIE actuel, il n'est pas le seul responsable de l'absence de prévisibilité qui règne en droit international des investissements. Le manque de transparence de l'arbitrage représente également une critique importante dans ce contexte. Pour ce faire, nous analyserons d'abord cette notion avant d'exposer ce que les instruments du CIRDI et de la CNUDCI ont mis en place pour assurer une meilleure transparence. Nous concluons enfin cette partie en nous intéressant au bien-fondé de la critique.

1. La notion de transparence

Le manque de transparence dans l'arbitrage international en matière d'investissement est pointé du doigt depuis de nombreuses années. En 2001 déjà, le célèbre journal le *New York Times* mettait en lumière l'existence de ces tribunaux d'arbitrage dont les procédures, les décisions et les arbitres ne sont pas toujours connus¹⁵⁰.

La transparence peut ainsi se décliner en trois aspects : l'« *Institutional transparency* » qui concerne les organisations et institutions du système international, la « *Legislative*

¹⁴⁷ Cf. *infra* pp. 35-41.

¹⁴⁸ Cf. *infra* pp. 41-45.

¹⁴⁹ Cf. *supra* p. 13.

¹⁵⁰ SENEGACNIK Alexandre, Repenser la protection des investissements étrangers à l'occasion du projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, p. 617.

transparency » se référant aux mécanismes législatifs et, enfin, la « *Procedural transparency* » qui a trait aux procédures lancées devant les juridictions et institutions internationales¹⁵¹.

Dans le système du RDIE, l'arbitrage international est issu de l'arbitrage commercial international qui se veut, par nature, privé et confidentiel¹⁵². De prime abord, il ne semblerait donc pas légitime d'émettre une critique quant au manque de transparence de ce mécanisme de règlement des différends, mais, en réalité, cette critique tient au fait que la procédure contentieuse ne comprend pas uniquement des personnes privées, mais bien un Etat, ses institutions, sa politique et sa population.

En effet, l'Etat hôte de l'investissement étant une partie au différend, il y a sans aucun doute un intérêt public de sa population à connaître les différends qui le concerne, d'autant plus que les conséquences d'un litige peuvent se chiffrer en millions lorsque l'Etat doit dédommager l'investisseur étranger¹⁵³. Dans ce domaine, la transparence de la procédure arbitrale ne semble ainsi pas souhaitable mais nécessaire. Nous pouvons donc d'ores et déjà relever qu'il existe deux intérêts antagonistes : d'une part, l'intérêt à la confidentialité pour les parties ne souhaitant pas dévoiler certaines données au public et, d'autre part, l'intérêt à la transparence pour la société civile de l'Etat d'accueil qui se voit indirectement partie au différend¹⁵⁴.

Comme le dit très justement Madame Samantha BESSON, il existe en effet une « incompatibilité (...) entre l'arbitrage, qui est en soi un mode de règlement des conflits d'intérêts privés et commerciaux, et la souveraineté nationale dans des domaines d'intérêt public. Comment, en effet, justifier l'usage d'une procédure arbitrale, habituellement appliquée en matière d'affaires commerciales et privées, afin de résoudre des questions sensibles relevant de l'intérêt et du droit publics, comme notamment des questions liées à la protection de l'environnement [ou] à la santé publique (...) ? »¹⁵⁵.

Si nous concevons qu'il faille garantir une certaine transparence dans le domaine du RDIE, il faut néanmoins prévoir comment la mettre en œuvre de manière efficace. En ce sens, la transparence pourrait être assurée par le fait de laisser la procédure arbitrale ouverte au public,

¹⁵¹ RUSCALLA Gabriele, *Transparency in International Arbitration : Any (Concrete) Need to Codify the Standard ?*, p. 2.

¹⁵² GRISEL Florian/VINUALES Jorge E., *L'amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement, p. 383 ; KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *op. cit.*, p. 13 ; POOROOYE Avinash/FEEHILY Ronan, *Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration : Finding the Right Balance*, p. 277.

¹⁵³ *Affaires arbitrales CME v. The Czech Republic Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, cf. *supra* pp. 14-15.

¹⁵⁴ DE SENA JUNIOR Ladislau, *La transparence dans l'arbitrage d'investissement : apports du cadre juridique international aux réticences du Brésil face au mécanisme de RDIE*, pp. 47-48.

¹⁵⁵ BESSON Samantha, *La légitimité de l'arbitrage international d'investissement*, par. 2, disponible en ligne uniquement : https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2005/336/_3932.html (consulté le 3 novembre 2022).

ce qui implique d'une part de connaître l'existence de la procédure arbitrale, et, d'autre part, de permettre à des tiers d'y participer ou d'y assister¹⁵⁶.

La critique du manque de transparence du mécanisme de règlement des différends en droit international des investissements semble avoir été prise en compte non seulement dans les instruments du CIRDI mais également dans ceux de la CNUDCI, lesquels méritent une analyse plus détaillée.

2. Dans les instruments du CIRDI

L'art. 22 par. 1 Règlement administratif et financier du CIRDI prévoit que le Secrétaire général du CIRDI publie les informations relatives aux procédures du CIRDI tel que l'enregistrement ou encore la date de la fin du litige¹⁵⁷. Il est par ailleurs précisé que le Secrétaire général peut publier, sous réserve de l'accord des parties au litige, les procès-verbaux des Commissions de conciliation¹⁵⁸, les sentences arbitrales¹⁵⁹ ou encore les procès-verbaux des audiences et d'autres documents relatifs aux instances¹⁶⁰, ceci dans le but d'encourager le développement du droit international des investissements¹⁶¹.

Le principe du consentement des parties avant toute publication est réexprimé à l'art. 48 par. 4 du Règlement d'arbitrage du CIRDI), mais une nuance y est apportée : le CIRDI peut publier des extraits du raisonnement juridique adopté par un tribunal dans le cadre du règlement d'un différend¹⁶². Cette mise en balance de la confidentialité potentiellement souhaitée par les parties d'une part, et la promotion du droit international des investissements et de la transparence dont il doit faire preuve pour être correctement développé d'autre part, est importante et reflète la volonté du Centre de garantir une certaine transparence tout en assurant la confidentialité de l'arbitrage pour les parties qui sont en droit de l'exiger. Il faut néanmoins relever que l'équilibre entre ces deux intérêts antagonistes n'est pas aisé à trouver en pratique¹⁶³.

Toujours dans le but de promouvoir la transparence, le CIRDI a introduit dans son Règlement d'arbitrage le pouvoir des tribunaux d'admettre l'accès à la procédure d'une non-partie, sous réserve du respect de certaines modalités et conditions. En effet, l'art. 32 par. 2 Règlement

¹⁵⁶ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *op. cit.*, pp. 13-14.

¹⁵⁷ Art. 22 par. 1 Règlement administratif et financier du CIRDI.

¹⁵⁸ Art. 22 par. 2 let. a Règlement administratif et financier du CIRDI.

¹⁵⁹ Art. 22 par. 2 let. b Règlement administratif et financier du CIRDI.

¹⁶⁰ Art. 22 par. 2 let. c Règlement administratif et financier du CIRDI.

¹⁶¹ Art. 22 par. 2 *in fine* Règlement administratif et financier du CIRDI.

¹⁶² Art. 48 par. 4 Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage du CIRDI).

¹⁶³ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *op. cit.*, p. 14.

d'arbitrage CIRDI précise que 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.

A cela s'ajoute l'art. 37 par. 2 dudit Règlement qui établit que après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure : (a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ; (b) si la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ou encore (c) si la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif. Cette disposition autorise donc les *amicus curiae*, qui signifie littéralement ami de la cour¹⁶⁴. Ce procédé consiste à autoriser des personnes ou entités qui ne sont pas directement parties au litige à déposer des observations écrites¹⁶⁵ dans le but de mieux représenter les intérêts de la collectivité¹⁶⁶ et d'éclairer le tribunal sur certaines questions¹⁶⁷. Nous sommes d'avis que cette opportunité laissée aux non-parties est nécessaire ne serait-ce que dans l'acceptation de la sentence arbitrale qui sera rendue¹⁶⁸, même si cela ne signifie pas encore qu'elle doive servir de base dans le prononcé de celle-ci¹⁶⁹. A ce titre, plusieurs procédures arbitrales du CIRDI¹⁷⁰ ont admis de tels procédés.

¹⁶⁴ MORRI Johann, *L'amicus curiae – Un concept romain analysé dans un contexte juridique et langagier moderne*, disponible en ligne uniquement : <https://www.le-mot-juste-en-anglais.com/2016/08/lamicus-curiae-un-concept-romain-analyse-dans-un-contexte-l%C3%A9gale-et-langagi%C3%A8re-moderne.html> (consulté le 16 novembre 2022).

¹⁶⁵ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁶ GRISEL Florian/VINUALES Jorge E., *op. cit.*, p. 382.

¹⁶⁷ MENETREY Severine, *L'amicus curiae*, vers un principe de droit international procédural ?, p. 4.

¹⁶⁸ KESSEDJIAN Catherine, *Le tiers impartial et indépendant en droit international, juge, arbitre, médiateur, conciliateur*, p. 544.

¹⁶⁹ *Biwater Gauff (Tanzania) LTD v. United Republic of Tanzania*, Procedural Order n°5, ICSID Case No. ARB/05/22, 2 février 2007, par. 17, disponible en ligne : https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0091_0.pdf (consulté le 12 janvier 2023).

¹⁷⁰ Voir *Biwater Gauff (Tanzania) LTD v. United Republic of Tanzania*, *op. cit.*, notamment par. 72 ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v. The Argentine Republic*, Order in response to a petition by five non-governmental organizations for permission to make an amicus curiae submission, ICSID Case No. ARB/03/19, 12 février 2007, disponible en ligne : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0823.pdf> (consulté le 16 janvier 2023).

L'accès aux audiences à des personnes étrangères au litige assure certes une meilleure transparence de la procédure d'arbitrage au sein du CIRDI mais cela entraîne, à l'inverse, une mise à mal du principe de la confidentialité, lequel se trouve à la base de la procédure arbitrale¹⁷¹. Ajoutons néanmoins que la confidentialité de la procédure reste assurée dans la mesure où le consentement des parties au litige – ou du moins leur absence d'opposition – est nécessaire¹⁷².

Il sied encore de relever que, de manière générale, depuis 1972, certaines affaires du CIRDI sont publiées dans *The ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*¹⁷³, ce qui permet une plus grande transparence en la matière¹⁷⁴.

En conclusion, les instruments mis en place par le CIRDI démontrent que le Centre semble entièrement conscient de la nécessité de garantir une certaine transparence de la procédure arbitrale, tout en assurant aux parties en litige le droit à la confidentialité.

3. Dans les instruments CNUDCI

Les règlements du CIRDI ne sont pas les seuls à œuvrer pour la transparence en matière de règlement des litiges en droit international des investissements. Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités (ci-après : Règlement de la CNUDCI sur la transparence) a été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 2013 et garantit notamment la publication d'informations à l'ouverture de la procédure arbitrale¹⁷⁵, la publication de documents¹⁷⁶, la soumission d'observations présentées par des tiers¹⁷⁷ comme cela a été le cas dans l'affaire Methanex Corporation c. Etats-Unis¹⁷⁸, ou encore l'ouverture des audiences au public¹⁷⁹.

¹⁷¹ Cf. *supra* p. 22.

¹⁷² Art. 32 par. 2 *ab initio* Règlement d'arbitrage du CIRDI *a contrario*.

¹⁷³ Site internet ICSID Review, disponible en ligne : <https://academic.oup.com/icsidreview/pages/About> (consulté le 7 décembre 2022).

¹⁷⁴ MARZOUKI Ines/ABIDA Mohamed, Les réformes du CIRDI, p. 412.

¹⁷⁵ Art. 2 Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités (Règlement de la CNUDCI sur la transparence).

¹⁷⁶ Art. 3 Règlement de la CNUDCI sur la transparence.

¹⁷⁷ Art. 4 Règlement de la CNUDCI sur la transparence. Il s'agit ici de la notion d'*amicus curiae*, cf. *supra* p. 24.

¹⁷⁸ *Methanex Corporation v. United States of America*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as « Amici Curiae », UNCITRAL Arbitration Rules, 15 janvier 2001, disponible en ligne : https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf (consulté le 16 janvier 2023).

¹⁷⁹ Art. 6 Règlement de la CNUDCI sur la transparence.

Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence met ainsi en œuvre la transparence requise dans une procédure traitant souvent des aspects d'intérêt public¹⁸⁰, mais il ne trouve application qu'en vertu des traités conclus à partir du 1^{er} avril 2014¹⁸¹, ce qui constitue un frein considérable à sa mise en œuvre puisque bien des traités ont été ratifiés avant cette date¹⁸². Notons toutefois qu'il est possible que le Règlement trouve application dans des traités conclus avant le 1^{er} avril 2014 si les parties conviennent de son application¹⁸³.

Dans le but de consigner l'accord des parties pour soumettre leur différend au Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans le cadre de traités conclus avant le 1^{er} avril 2014¹⁸⁴ est née la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondée sur des traités adoptée à New-York en 2014. Celle-ci a pour but de promouvoir la transparence dans le mécanisme de règlement des différends et ainsi la prise en compte nécessaire de l'intérêt général¹⁸⁵. A l'heure actuelle, la Convention ne compte que neuf Etats parties parmi lesquels figurent la Suisse¹⁸⁶.

Enfin, comme le CIRDI, la CNUDCI tient un Registre sur la transparence permettant ainsi au public d'avoir accès à divers documents tels que les sentences rendues dans les affaires de RDIE ou ceux relatifs au raisonnement juridique suivi par les tribunaux¹⁸⁷.

Ainsi, il ne fait aujourd'hui pas l'ombre d'un doute que les acteurs de l'arbitrage international en matière d'investissement ont pris en compte le manque de transparence dont faisait l'objet la procédure contentieuse il y a de cela plus de 20 ans.

¹⁸⁰ Site officiel de la CNUDCI, rubrique Pourquoi la transparence est-elle importante ?, disponible en ligne : <https://uncitral.un.org/fr/transparencyregistry#whatistrfr> (consulté le 7 décembre 2022).

¹⁸¹ Art. 1 par. 1 Règlement de la CNUDCI sur la transparence.

¹⁸² Pour rappel, le premier TBI date de 1959 et a été conclu entre l'Allemagne et le Pakistan, *cf. supra* pp. 2-3.

¹⁸³ Art. 1 par. 2 let. a et b Règlement de la CNUDCI sur la transparence.

¹⁸⁴ Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondée sur des traités (Convention de Maurice sur la transparence) conclue à New York le 10 décembre 2014. L'art. 1 par. 1 de ladite Convention prévoit en effet que *la présente Convention s'applique à l'arbitrage entre un investisseur et un Etat ou une organisation régionale d'intégration économique conduit sur le fondement d'un traité d'investissement conclu avant le 1^{er} avril 2014*.

¹⁸⁵ *Ibid.*, préambule.

¹⁸⁶ Site internet officiel de la CNUDCI, rubrique Etat : Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondée sur des traités, disponible en ligne : <https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/transparency/status> (consulté le 7 décembre 2022).

¹⁸⁷ Site internet officiel de la CNUDCI, rubrique Registre sur la transparence, disponible en ligne : <https://uncitral.un.org/fr/transparencyregistry#whatistrfr> (consulté le 7 décembre 2022).

4. Représente-t-elle une véritable critique ?

Nous avons vu que les mécanismes mis en place par le CIRDI et par la CNUDCI permettent, dans une certaine mesure, d'assurer la transparence de l'arbitrage. Il faut toutefois concéder que la transparence, tant voulue par certains auteurs de doctrine ou encore par les sociétés civiles des Etats d'accueil, ne peut pas être sans limite, puisque la confidentialité demeure également garantie dans ce contexte.

Il ne faut en effet pas perdre de vue que l'une des composantes intrinsèques de l'arbitrage se veut privée et que cette procédure contentieuse représente le mode de règlement des différends par excellence en droit international des investissements¹⁸⁸. Comment donc assurer une transparence sans limite si le mécanisme même de règlement des litiges se veut par définition confidentiel ? Il y a là une impossibilité de satisfaire complètement l'une ou l'autre des approches. C'est pourquoi, nous sommes d'avis que la mise en balance des intérêts antagonistes introduite dans les mécanismes du CIRDI et de la CNUDCI apporte une solution adéquate au manque de transparence du système. Il sied de rajouter que si la transparence devait être garantie sans aucune limitation possible, ce n'est pas seulement le règlement des différends qui serait mis à mal mais tout le système du droit international des investissements qu'il faudrait alors revoir¹⁸⁹.

C. Les conflits d'intérêts des arbitres

1. Les notions d'impartialité et d'indépendance

A la suite de l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui se voulait notamment protectrice des droits fondamentaux et inaliénables de toute personne et ce dans le but d'assurer la liberté, la justice et la paix¹⁹⁰ a été conclue la célèbre Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH)¹⁹¹. Celle-ci prévoit les droits les plus fondamentaux des individus parmi lesquels figurent notamment le droit à ce que la cause d'une personne

¹⁸⁸ Cf. *supra* pp. 10-11.

¹⁸⁹ A ce titre, la réforme du RDIE propose de nouveaux mécanismes, notamment l'instauration d'une Cour internationale d'investissement, cf. *infra* pp. 35-41.

¹⁹⁰ Déclaration universelle des droits de l'homme conclue à Paris le 10 décembre 1948, préambule.

¹⁹¹ Convention européenne des droits de l'homme conclue à Rome le 4 novembre 1950, (CEDH), préambule.

soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial¹⁹².

Les exigences d'indépendance et d'impartialité sont importantes et nécessaires dans l'exercice de la justice et sont prévues non seulement dans les Conventions internationales, mais également dans les lois nationales des Etats, ou encore dans les différents règlements d'arbitrage en matière d'investissements internationaux¹⁹³. A ce titre, l'art. 14 par. 1 Convention CIRDI prévoit que les personnes [les conciliateurs et les arbitres]¹⁹⁴ désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante.

D'autres mécanismes sont prévus par le CIRDI pour que chaque arbitre amené à trancher un différend demeure indépendant et impartial dans l'exercice de la tâche qui lui incombe. L'art. 5 Règlement d'arbitrage¹⁹⁵ prévoit que l'arbitre choisi par les parties est informé de sa nomination et il peut accepter ou refuser sa mission¹⁹⁶. Cette possibilité de refuser un arbitrage concrétise la garantie d'indépendance puisqu'un arbitre qui estime ne pas avoir l'indépendance requise devra refuser sa nomination¹⁹⁷. Par ailleurs, l'art. 6 par. 2 dudit Règlement établit que l'arbitre qui a accepté sa nomination doit signer une déclaration¹⁹⁸ garantissant non seulement la confidentialité de l'arbitrage mais également les principes d'équité, d'impartialité et d'indépendance ou encore la transparence et le devoir d'information. Il s'agit ainsi d'un engagement sur l'honneur dont le but est de garantir formellement les principes éthiques en matière d'arbitrage¹⁹⁹.

¹⁹² Art. 6 par. 1 *ab initio* CEDH.

¹⁹³ BETTAIED Mahmoud Anis, L'indépendance de l'arbitrage, p. 291.

¹⁹⁴ Précision apportée sur renvoi de l'art. 12 Convention CIRDI qui établit que *la liste de conciliateurs et la liste d'arbitres sont composées de personnes qualifiées, désignées comme il est dit ci-dessous et acceptant de figurer sur ces listes*.

¹⁹⁵ Il convient ici de préciser que le Règlement d'arbitrage du CIRDI est applicable sur renvoi de l'art. 44 *ab initio* Convention CIRDI qui précise que *toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente section et, sauf accord contraire des parties, au Règlement d'arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage*.

¹⁹⁶ L'art. 5 par. 2 Règlement d'arbitrage du CIRDI précise que *dès qu'il a été informé par une partie ou par le Président du Conseil administratif, de la nomination d'un arbitre, le Secrétaire général demande à la personne nommée si elle accepte sa nomination*. Le paragraphe 3 ajoute que *si dans le délai de 15 jours, un arbitre n'a pas accepté sa nomination, le Secrétaire général en donne notification sans délai aux parties et, le cas échéant, au Président, et les invite à procéder à la nomination d'un autre arbitre conformément au mode de nomination adopté dans le premier cas*.

¹⁹⁷ BETTAIED Mahmoud Anis, *op. cit.*, p. 293.

¹⁹⁸ La déclaration figure à l'art. 6 par. 2 Règlement d'arbitrage du CIRDI.

¹⁹⁹ BETTAIED Mahmoud Anis, *op. cit.*, p. 295.

Bien que les principes fondamentaux visant à rendre une véritable justice sont énoncés dans les dispositions cadres du CIRDI, il existe des critiques relevant du manque d'impartialité et d'indépendance des personnes qui sont appelées à juger un différend opposant un investisseur étranger et un Etat d'accueil²⁰⁰, et ce à cause du fonctionnement même de l'arbitrage international. Nous verrons à ce propos que certains acteurs du RDIE envisagent des solutions de réforme²⁰¹.

L'arbitrage international en matière d'investissements fonctionne de la manière suivante : chaque partie, soit l'investisseur étranger et l'Etat hôte, désigne un arbitre respectif de son choix, puis, les deux arbitres choisissent ensemble un troisième arbitre²⁰². Les arbitres ainsi nommés rendent une décision définitive et contraignante pour les parties au litige²⁰³. Dans le fonctionnement du CIRDI, chaque Etat partie désigne des arbitres qui interviendront dans le cas où l'Etat en question aurait un litige avec un investisseur²⁰⁴, ce qui permet de modérer le manque d'impartialité et d'indépendance de ces derniers²⁰⁵.

L'indépendance et l'impartialité des arbitres est d'autant plus cruciale que ceux-ci peuvent intervenir à la fois en qualité de conseil dans une affaire et en qualité d'arbitre dans une autre²⁰⁶, créant ainsi une potentielle situation de conflit d'intérêts. Néanmoins, selon la jurisprudence du CIRDI, « (...) *the mere participation of a legal representative or arbitrator in one or more earlier arbitrations where he was also an arbitrator was not a factor affecting his independence, impartiality or suitability as an arbitrator in a later arbitration* »²⁰⁷. Pour cette raison notamment, il est souvent craint que les arbitres soient systématiquement du côté des investisseurs²⁰⁸ mais,

²⁰⁰ SCHACHERER Stefanie, *op. cit.*, p. 633 ; KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/POTESTÀ Michele, *op. cit.*, pp. 11-12.

²⁰¹ Cf. *infra* pp. 36-37 et p. 46 ss.

²⁰² LEMERCIER Claire/SGARD Jérôme, Arbitrage privé international et globalisation(s), p. 5.

²⁰³ Art. 53 par. 1 Convention CIRDI.

²⁰⁴ L'art. 13 par. 1 Convention CIRDI prévoit que *chaque Etat contractant peut désigner pour figurer sur chaque liste quatre personnes qui ne sont pas nécessairement ses ressortissants*.

²⁰⁵ EL-AHDAB Jalal, *op. cit.*, p. 195.

²⁰⁶ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, *op. cit.*, p. 14 ; GAUTHIER Alexandre, Mécanismes de règlement des différends entre un investisseur et un Etat : d'où viennent-ils et qu'est-ce que l'avenir leur réserve ?, p. 5 ; HIARLOUSKI Vitali, Impartialité et indépendance de l'arbitre, disponible en ligne uniquement : <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-arbitrators-impartiality-and-independence> (consulté le 12 décembre 2022).

²⁰⁷ *Ayat Nizar Raja Sumrain and others v. States of Kuwait*, Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify Prof. Zachary DOUGLAS and Mr. V. V. VEEDER, ICSID Case No. ARB/19/20, 2 janvier 2020, par. 134, disponible en ligne : https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-ayat-nizar-raja-sumrain-and-others-v-state-of-kuwait-sunday-30th-june-2019#lvl_168790 (consulté le 3 janvier 2022).

²⁰⁸ Déclaration du président de la Bolivie Evo MORALES, cf. *supra* p. 8 ; KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/POTESTÀ Michele, *op. cit.*, p. 12 ; WEGHMANN Vera/HALL David, *op. cit.*, p. 506 ; VADI Valentina, *op. cit.*, p. 14.

en réalité, il y a plus de décisions arbitrales prises en faveur de l'Etat (37.3%) qu'en faveur de l'investisseur étranger (28.4%)²⁰⁹.

De leur côté, les instruments de la CNUDCI assurent également le respect des garanties d'impartialité et d'indépendance tout au long de la procédure et enjoignent même à l'arbitre de signaler dans les plus brefs délais toute situation qui l'empêcherait d'être véritablement indépendant et impartial dans l'exercice de la tâche qui lui incombe²¹⁰.

Si nous comprenons aisément que les principes d'indépendance et d'impartialité sont absolument nécessaires dans toute société, y compris dans la société internationale, il convient d'exposer quelles sont leurs caractéristiques.

L'indépendance se définit par l'absence d'un lien avec les parties en cause²¹¹. En ce sens, il s'agit d'un critère objectif²¹². A l'inverse, l'impartialité quant à elle repose sur le for intérieur de l'arbitre et l'idée qu'il se fait de l'une ou l'autre des parties au litige²¹³. Il s'agit ainsi d'un critère subjectif difficilement appréciable²¹⁴. Une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH) a précisé que l'impartialité revête deux composantes : une composante subjective par laquelle l'arbitre ne doit avoir aucun préjugé, et une composante objective selon laquelle il faut qu'il offre toutes les garanties nécessaires afin d'exclure tout doute de partialité²¹⁵. Il y a souvent conflit d'intérêt en raison d'un manque d'impartialité et/ou d'indépendance de l'arbitre²¹⁶.

2. Les moyens existants pour en sanctionner les violations

Lorsque ces principes fondamentaux ne sont pas respectés par les arbitres amenés à trancher un différend, il reste aux parties en litige la possibilité de faire une demande de récusation, de

²⁰⁹ Site internet officiel UNCTAD, rubrique Navigateur de règlement des différends relatifs aux investissements, disponible en ligne : <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?status=2> (consulté le 12 décembre 2022).

²¹⁰ Art. 12 par. 1 Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ; art. 11 Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

²¹¹ MALINTOPPI Loretta, Indépendance, impartialité et devoir de divulgation des arbitres, p. 807.

²¹² CLEIS Maria Nicole, *op. cit.*, p. 21.

²¹³ *Idem* ; MALINTOPPI Loretta, *op. cit.*, p. 807.

²¹⁴ CLEIS Maria Nicole, *op. cit.*, p. 21.

²¹⁵ *Findlay c. Royaume-Uni*, Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Requête n°22107/93, 25 février 1995, par. 73, disponible en ligne : <file:///Users/clarissechaudet/Downloads/AFFAIRE%20FINDLAY%20c.%20ROYAUME-UNI.pdf> (consulté le 12 décembre 2022).

²¹⁶ CNUDCI, Règlement des litiges commerciaux : travaux futurs possibles sur l'éthique dans l'arbitrage international, Note du Secrétariat, A/CN.9/880, 29 avril 2016, p. 2.

recourir en annulation contre la décision arbitrale rendue²¹⁷ ou encore de refuser d'exécuter la sentence²¹⁸. En effet, les arbitres n'étant soumis à aucune hiérarchie contrairement aux magistrats dans les systèmes judiciaires internes des Etats²¹⁹, il n'existe pas d'autre sanction possible à leur égard lorsqu'ils faillissent à leurs devoirs. Dans le cadre du RDIE, les manquements aux devoirs d'indépendance et d'impartialité posent depuis de nombreuses années un véritable problème de légitimité de l'arbitrage international d'investissement²²⁰.

La mesure la plus connue pour sanctionner le non-respect par l'arbitre de ses règles éthiques est la récusation²²¹. Le régime juridique sur lequel se basera ladite demande dépendra avant tout du règlement d'arbitrage applicable au différend, puisque celui-ci définit et encadre la procédure arbitrale.

Dans le cadre du CIRDI, une partie au litige peut demander la récusation d'un arbitre en cas de défaut manifeste des qualités requises par la Convention CIRDI²²², soit faire preuve d'une haute considération morale, avoir les compétences juridiques, commerciales, industrielles ou financières, et être indépendant²²³. Il convient de préciser que, en sus de l'obligation d'indépendance de l'arbitre, celui-ci doit également être impartial, même si cela n'est pas explicitement prévu par l'art. 14 par. 1 Convention CIRDI²²⁴.

²¹⁷ CLEIS Maria Nicole, *op. cit.*, p. 15.

²¹⁸ Voir notamment l'art. 5 Convention de New York.

²¹⁹ CANONNE Amélie, Six raisons pour lesquelles l'arbitrage d'investissement n'est pas réformable, p. 3, disponible en ligne : https://www.collectifstopptafta.org/IMG/pdf/six_raisons_pour_lesquelles_l_arbitrage_d_investissem_t_n_est_pas_reformable_1_.pdf (consulté le 22 novembre 2022).

²²⁰ BETTAIED Mahmoud Anis, *op. cit.*, p. 300.

²²¹ CNUDCI, Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des litiges commerciaux : l'éthique dans l'arbitrage international, Note du Secrétariat, A/CN.9/916, 13 avril 2017, p. 10.

²²² L'art. 57 Convention CIRDI prévoit en effet qu'une partie peut demander à la Commission ou au Tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14, alinéa (1). Une partie à une procédure d'arbitrage peut, en outre, demander la récusation d'un arbitre pour le motif qu'il ne remplissant pas les conditions fixées à la section 2 du chapitre IV pour la nomination au Tribunal arbitral.

²²³ Art. 14 par. 1 Convention CIRDI.

²²⁴ La notion d'impartialité est comprise dans la notion d'indépendance. En effet, l'affaire *Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria DD v. Republic of Croatia*, Decision on the Proposal to Disqualify Stanimir ALEXANDROV, ICSID Case No. ARB/17/34, 17 mai 2018, a précisé que « While the English version of Article 14 of the ICSID Convention refers to « independent judgment », and the French version to « toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions » (...), the Spanish version requires « imparcialidad de juicio » (...). Given that all three versions are equally authentic, it is accepted that arbitrators must be both impartial and independent », par. 81, disponible en ligne : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9732.pdf> (consulté le 7 janvier 2023).

La notion de défaut manifeste prévue par l'art. 57 Convention CIRDI signifie que le défaut doit être évident²²⁵, ce qui entraîne un lourd fardeau de la preuve pour la partie récusante²²⁶. En effet, dans l'affaire *Suez c. Argentine*, le tribunal a précisé que : « (...) *appearance of partiality was not a sufficient ground for disqualification of the arbitrator. The challenging party must prove not only facts indicating the lack of independence, but also that the lack is 'manifest' or 'highly probable', not just 'possible' or 'quasi-certain'. The decision on the challenge to the President of the annulment committee in Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3) took a similar approach in stating that that the challenging party shall rely on established facts and "not on any mere speculation or inference." Indeed, the application of a subjective, self-judging standard instead of an objective would enable any party in arbitration who becomes discontented with the process for any reason to end it at any time at its sole discretion simply by claiming that an arbitrator is not independent or impartial, a result that would undermine and indeed destroy the system of investor-State arbitration that was so carefully established by the states that have agreed to the Convention* »²²⁷.

Afin d'examiner s'il existe un motif de récusation, il convient de recourir au critère objectif selon lequel une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances conclurait à la violation d'une garantie prévue à l'art. 14 Convention CIRDI²²⁸. Ainsi, la récusation d'un arbitre ne peut intervenir de la seule conviction intime d'une partie au différend. En effet, « (...) [la] récusation d'un arbitre est une norme objective fondée sur une évaluation raisonnable de la preuve par un tiers. Par conséquent, la conviction subjective de la partie qui demande la récusation ne suffit pas à satisfaire aux exigences de la Convention »²²⁹ puisqu'il

²²⁵ *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, Decision on the Proposal for Disqualification of Bruno BOESCH, ICSID Case No. ARB/13/13, 20 mars 2014, par. 55, disponible en ligne : https://jsumundi.com/fr/document/decision/pdf/en-caratube-international-oil-company-llp-and-devincci-salah-hourani-v-republic-of-kazakhstan-ii-decision-on-the-proposal-for-disqualification-of-bruno-boesch-thursday-20th-march-2014#lv1_36502 (consulté le 7 janvier 2023).

²²⁶ *Getma International and Others c. République de Guinée*, Décision sur la demande en récusation de Monsieur Bernardo M. CREMADES, arbitre, Affaire CIRDI No. ARB/11/29, 28 juin 2012, par. 60, disponible en ligne : https://jsumundi.com/fr/document/decision/pdf/fr-getma-international-and-others-v-republic-of-guinea-decision-sur-la-demande-en-recusation-de-monsieur-bernardo-m-cremades-arbitre-thursday-28th-june-2012#lv1_42067 (consulté le 7 janvier 2023).

²²⁷ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and InterAguas Servicios Integrales del Agua SA v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17 and *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 22 octobre 2007, par. 41, disponible en ligne : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0824.pdf> (consulté le 7 janvier 2023).

²²⁸ Site internet officiel du CIRDI, rubrique Récusation d'un arbitre – Arbitrage dans le cadre de la Convention CIRDI (Rèlements 2022), disponible en ligne : <https://icsid.worldbank.org/fr/procedures/arbitrage/convention/recusation-d-un-arbitre/2022> (consulté le 14 décembre 2022).

²²⁹ *AS PNB Banka, Grigory Guselnikov and Others v. Republic of Latvia*, Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrators James SPIGELMAN, John M. TOWNSEND and Peter TOMKA, ICSID Case No. ARB/17/47, 16 juin 2020, par. 159, disponible en ligne :

faut « démontrer qu'il existe une apparence manifeste ou évidente d'un manque d'impartialité ou d'indépendance sur la base d'une évaluation raisonnable des faits pertinents »²³⁰.

Encore une fois, tous les tribunaux d'arbitrage ne suivent pas la même approche en termes de degré requis pour établir s'il y a ou non un manque d'indépendance et d'impartialité – ce qui contribue à nuire à la cohérence de l'arbitrage en matière d'investissement²³¹ – puisqu'il a été précisé dans l'affaire *Orazul c. Argentine* que l'apparence de la violation des garanties d'indépendance et d'impartialité demeure suffisante pour établir un motif de récusation²³².

De son côté, la CNUDCI prévoit la récusation d'un arbitre lorsque celui-ci faillit à ses obligations d'impartialité et d'indépendance uniquement²³³, et limite cette possibilité pour la partie qui voulait nommer ledit arbitre que pour une cause dont elle a eu connaissance après la nomination²³⁴, ce qui, selon nous, réduit drastiquement la procédure de récusation alors que celle-ci devrait être largement ouverte, et ce d'autant plus lorsque les arbitres interviennent pour rendre des décisions impactant un Etat. Là encore, pour analyser s'il existe un motif de récusation, il convient de placer un « tiers objectif, raisonnable et informé »²³⁵ dans les mêmes circonstances.

https://jsumundi.com/fr/document/decision/pdf/en-as-pnb-banka-and-others-v-republic-of-latvia-decision-on-the-proposal-for-disqualification-of-arbitrators-james-spigelman-john-m-townsend-and-peter-tomka-tuesday-16th-june-2020#lvl_147837 (consulté le 6 janvier 2023) [traduit de l'anglais].

²³⁰ *Ibid*, par. 160.

²³¹ Cf. *supra* pp. 13-21.

²³² L'affaire *Orazul International Espana Holdings SL v. Argentine Republic*, Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify Dr. Inka HANEFELD, ICSID Case No. ARB/19/25, 11 septembre 2022, par. 39 établit que : « (...) Articles 57 and 14(1) of the ICSID Convention do not require proof of actual dependence or bias ; rather it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias », disponible en ligne : https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/en-orazul-international-espana-holdings-s-l-v-argentine-republic-the-claimants-proposal-for-disqualification-of-arbitrator-inka-hanefeld-pending-friday-9th-september-2022#lvl_303806 (consulté le 6 janvier 2023).

²³³ Art. 12 Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ; art. 12 par. 1 et 2 Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ; CNUDCI, *op. cit.* note 216, pp. 4-5.

²³⁴ Art. 12 par. 2 Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ; art. 12 par. 2 Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

²³⁵ L'affaire *Nord Stream 2 AG v. The European Union*, Decision on Challenge to Mr. Peter REES QC, PCA Case No. AA761, 9 décembre 2019, par. 30 précise que « (...) the doubts as to the arbitrator's impartiality or independence must be justifiable pursuant to an analysis of all relevant circumstances from the perspective of an objective, reasonable, and informed third party. Further, a challenge may succeed on the basis of an appearance of bias without requiring proof of actual bias », disponible en ligne : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11521.pdf> (consulté le 5 janvier 2023).

3. *Le bien-fondé de la critique*

Ainsi, bien que les principes éthiques d'indépendance et d'impartialité sont garantis dans les Conventions internationales les plus fondamentales, il n'en demeure pas moins que dans le cadre du RDIE, les moyens prévus pour en sanctionner les violations ne sont pas assez nombreux et représentent bien souvent une longue et lourde procédure pour les parties au litige. De plus, il semble selon nous exister un paradoxe dans ce contexte puisque la Convention CIRDI assure en théorie le respect de ces principes fondamentaux mais autorise néanmoins les arbitres à intervenir comme conseils dans d'autres affaires, de sorte que cela semble affecter sévèrement leur neutralité. A ce propos, l'une des solutions proposées par la réforme serait de créer une Cour internationale des investissements composée de juges uniques dont les activités professionnelles parallèles seraient contrôlées, sinon interdites²³⁶.

De manière plus générale, il convient en dernier lieu de relever que le nombre considérable d'arbitres intervenant dans le cadre du règlement des différends en droit international des investissements entraîne une incohérence entre les décisions rendues, créant ainsi une incertitude pour les parties au litige. Dans ce travail, nous avons en effet constaté que plusieurs états de fait similaires ne sont pourtant pas tranchés de la même manière²³⁷, ou encore que l'interprétation requise pour admettre un motif de récusation est différente ; tantôt il doit s'agir d'un défaut manifeste, tantôt la simple apparence de dépendance ou de partialité semble suffisante. Ainsi, il nous apparaît évident qu'un pouvoir considérable est laissé aux arbitres dans ce contexte. Par conséquent, il faudrait selon nous un mécanisme plus strict encadrant le libre arbitre des personnes appelées à trancher un différend qui, pour rappel, sont des personnes privées jugeant des décisions étatiques prises par des gouvernements²³⁸. En ce sens, il existe selon nous un déséquilibre majeur relevant bien plus du mécanisme de l'arbitrage en tant que tel que des principes éthiques applicables aux arbitres.

²³⁶ Cf. *infra* p. 36.

²³⁷ Cf. *supra* pp. 14-19.

²³⁸ POLANCO Rodrigo, *op. cit.*, p. 46.

IV. Quelques points de réforme

Après avoir exposé certaines des critiques majeures faites au RDIE, il ne fait aucun doute que le système tout entier fait face à une crise importante²³⁹. Dans ce contexte, le CIRDI²⁴⁰, le Groupe de travail III de la CNUDCI²⁴¹ et l'Union européenne²⁴² tentent de proposer des solutions de réforme.

Parmi les solutions possibles, nous trouvons l'instauration d'une Cour internationale permanente remplaçant ainsi le système des tribunaux d'arbitrage *ad hoc* que l'on connaît aujourd'hui, un mécanisme d'appel apte à revoir les décisions rendues et un Code de conduite relatif aux exigences et aux principes éthiques applicables aux arbitres.

A. Instauration d'une Cour permanente

Il a été démontré que l'un des problèmes que rencontre l'arbitrage international en matière d'investissements concerne le manque de cohérence et, *in fine*, le manque de prévisibilité des décisions rendues par les tribunaux *ad hoc*, ce qui affecte grandement la légitimité du RDIE. A cet égard, la Commission européenne notamment conseille de mettre en place une véritable Cour permanente afin de remplacer les multiples tribunaux arbitraux *ad hoc*²⁴³.

Cette proposition avait déjà été avancée lors d'une conférence diplomatique à La Haye pour remplacer, à l'époque, le système de la protection diplomatique²⁴⁴ et ainsi permettre aux personnes privées d'être partie à la procédure²⁴⁵, mais elle n'a finalement pas abouti.

²³⁹ Cf. *supra* p. 1.

²⁴⁰ Le 3 août 2018, le CIRDI a proposé un remaniement total de ses Règlements en matière de RDIE, lien disponible en ligne : <https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/reglements/amendment-des-reglements-du-cirdi-document-de-travail> (consulté le 2 janvier 2023).

²⁴¹ CNUDCI, Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des différends : réformes du règlement des différends entre investisseurs et Etats, Note du Secrétariat, A/CN.9/917, 20 avril 2017.

²⁴² COMMISSION EUROPÉENNE, Concept Paper, Investment in TTIP and beyond – the path for reform, Enhancing the right to regulate and moving from current *ad hoc* arbitration towards an Investment Court, 2015, p. 1.

²⁴³ UNION EUROPÉENNE, Communication présentée par l'Union européenne et ses Etats membres au Groupe de travail III de la CNUDCI, Mettre en place un mécanisme permanent de règlement des différends internationaux en matière d'investissements, 18 janvier 2019, p. 1 ; DORCE Milcar Jeff, L'Union européenne : quelle influence sur le devenir du droit international des investissements ?, p. 288 ; MBENGUE Makane Moïse, *op. cit.*, p. 115.

²⁴⁴ Cf. *supra* p. 3.

²⁴⁵ ONGUENE ONANA Dieudonné Edouard, *op. cit.*, pp. 85-86.

Si les tribunaux d'arbitrage *ad hoc* tendent à rendre des décisions différentes ou qui ne se basent pas sur la même interprétation, sur les mêmes critères, bref sur des lignes directrices semblables, une Cour permanente d'investissement, composée donc de juges permanents, permettrait au contraire d'acquiescer une cohérence dans l'interprétation de certains termes des traités, et assurerait ainsi la cohérence du système et une plus grande prévisibilité des décisions pour les parties. En effet, comme le dit à juste titre selon nous l'Union européenne et ses Etats membres « un investisseur prudent n'introduira pas de demande fondée sur un argument juridique ayant été rejeté par le mécanisme permanent, alors qu'il serait plus susceptible d'estimer que cela en vaut la peine s'il s'agit d'un tribunal *ad hoc*, mis en place pour [juger] chaque différend »²⁴⁶.

La mise en place d'une Cour internationale d'investissement pour le RDIE trouverait sa source dans un traité signé et ratifié par les Etats qui s'y soumettraient²⁴⁷, mais cela implique bien évidemment la nécessité d'une volonté politique solide.

Les principaux axes d'une Cour internationale d'investissement qui nous intéressent dans ce travail concernent les personnes qui la représente, ses mécanismes d'examen et l'exécution des décisions rendues sous son égide.

1. Les juges, nouveaux « arbitres »

Pour rappel, dans le système actuel, ce sont les parties au litige qui élisent un arbitre respectif puis ces derniers élisent, d'un commun accord, un troisième arbitre²⁴⁸. Les solutions prévues par la CNUDCI et l'Union européenne pour le fonctionnement d'une Cour internationale d'investissement serait tout autre : les juges seraient élus en fonction notamment de leurs compétences, de leur expérience, d'un certain équilibre géographique et selon une répartition des sexes²⁴⁹. Par ailleurs, les juges titularisés ou semi-titularisés²⁵⁰ ne devraient pas pouvoir mener d'autres activités traitant du RDIE en raison d'un possible conflit d'intérêts²⁵¹ – critique d'ailleurs vive à l'égard des arbitres aujourd'hui²⁵². Les juges seraient potentiellement élus par les Etats, électeurs neutres en la matière en raison de leur besoin d'attirer les investisseurs étrangers d'une part, mais de la nécessité également pour eux de protéger leurs investisseurs

²⁴⁶ UNION EUROPÉENNE, *op. cit.* note 243, p. 11.

²⁴⁷ CNUDCI, *op. cit.* note 241, p. 9.

²⁴⁸ Cf. *supra* p. 29.

²⁴⁹ CNUDCI, *op. cit.* note 241, p. 10 ; UNION EUROPÉENNE, *op. cit.* note 243, p. 5.

²⁵⁰ CNUDCI, *op. cit.* note 241, p. 9.

²⁵¹ UNION EUROPÉENNE, *op. cit.* note 243, p. 5.

²⁵² Cf. *supra* pp. 27-34.

à l'étranger d'autre part²⁵³. Enfin, leur mandat ne serait pas renouvelable et leur nomination se ferait sur la base d'une procédure stricte et encadrée²⁵⁴.

Ainsi, le projet de l'art. 4 s'intitulant « Membres du Tribunal » de la CNUDCI de 2021 prévoit que : « 1. Le Tribunal est un corps de [--] membres indépendants exerçant leurs fonctions à temps [plein][partiel], reflétant les principes de diversité et d'égalité des genres, [élus, sans égard à leur nationalité,][ayant la nationalité de Parties au Tribunal, élus][ayant la nationalité de Parties ou d'États non Parties au Tribunal, élus] parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale, [qui sont des juristes de compétence établie][qui ont travaillé au sein de gouvernements ou en consultation avec eux, notamment dans le cadre judiciaire], jouissent de la plus haute réputation d'impartialité et d'intégrité et possèdent une compétence notoire dans les domaines relevant du droit international public, notamment le droit international de l'investissement et le règlement des différends internationaux. En outre, les membres du Tribunal maîtrisent au moins l'une de ses langues de travail. 2. La [présidence] du Conseil des Parties peut proposer de modifier le nombre de membres du Tribunal indiqué au paragraphe 1, selon l'évolution du volume de travail et du nombre de Parties au présent Accord, en motivant dûment sa proposition. Celle-ci est communiquée sans délai à toutes les Parties par le Secrétariat. Le nombre de membres du Tribunal peut ensuite être modifié à la majorité [des deux-tiers] des représentantes et représentants siégeant au Conseil des Parties. 3. Le Tribunal ne peut comprendre plus d'un ressortissant ou d'une ressortissante du même État. Une personne membre du Tribunal possédant la nationalité de plus d'un État est réputée être ressortissante de celui dans lequel se trouve son lieu de résidence habituelle, le cas échéant, et/ou le centre principal de ses intérêts. [La présente disposition cesse de s'appliquer si le nombre de membres du Tribunal dépasse [x].] »²⁵⁵. Cette disposition souligne la volonté de la CNUDCI de mettre en œuvre les propositions avancées par les acteurs de la réforme. Il ne s'agit encore que d'un projet susceptible de modifications²⁵⁶.

Dans le cadre de la réforme, si une telle Cour venait à voir le jour, les juges seraient également obligés de satisfaire à un certain nombre d'obligations éthiques, lesquelles seraient ainsi prévues par le Code de conduite²⁵⁷ sur renvoi du projet de la CNUDCI de l'article 10²⁵⁸.

²⁵³ CNUDCI, *op. cit.* note 241, pp. 10-11.

²⁵⁴ UNION EUROPÉENNE, *op. cit.* note 243, p. 5.

²⁵⁵ CNUDCI, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) – Mécanisme multilatéral permanent : sélection et nomination des membres des tribunaux de RDIE et questions connexes, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.213, 8 décembre 2021, p. 6.

²⁵⁶ CNUDCI, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Version révisée du projet de code de conduite, A/CN.9/WG.III/XLII/CRP.2, 1^{er} février 2022. Ce document prévoit entre autre l'ajout d'une règle visant à interdire aux juges certaines activités parallèles pour ainsi éviter un conflit d'intérêt, p. 3.

²⁵⁷ Cf. *infra* pp. 46-50.

²⁵⁸ CNUDCI, *op. cit.* note 255, p. 18.

2. Mécanismes d'examen

« Il a été généralement estimé qu'un mécanisme d'examen devrait viser à établir un équilibre entre l'impératif d'efficacité du règlement des différends et la protection de la régularité du processus décisionnel »²⁵⁹. A ce titre, comme nous l'avons brièvement exposé plus haut²⁶⁰, le CIRDI prévoit un mécanisme d'annulation de la sentence rendue par un tribunal arbitral²⁶¹ aux motifs d'un vice dans la constitution du Tribunal²⁶², d'un excès de pouvoir manifeste de ce dernier²⁶³, de la corruption d'un des membres²⁶⁴, de l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure²⁶⁵ ou encore d'un défaut de motifs²⁶⁶. Une fois la demande d'annulation déposée, le Président de la Banque Mondiale constitue un comité *ad hoc* composé de trois membres²⁶⁷, lequel devra rendre une nouvelle décision en la matière²⁶⁸. En l'état actuel, ce mécanisme d'annulation n'est toutefois pas suffisant pour assurer un véritable réexamen de la décision²⁶⁹ et garantir la régularité du système.

La CNUDCI propose alors plusieurs solutions envisageables, parmi lesquelles figure la constitution d'un mécanisme d'appel interne, en tant que deuxième instance après la Cour internationale d'investissement, ce dans le but de parer à la fragmentation existante dans le RDIE actuel²⁷⁰. Cette proposition est également voulue par l'Union européenne et ses Etats membres²⁷¹ qui ont d'ailleurs ajouté que le tribunal d'appel ne pourrait pas s'atteler à un examen *de novo* des faits, laissant place ici à une erreur de droit ou à des erreurs manifestes d'appréciation des faits²⁷².

Une autre proposition envisageable émise par la CNUDCI tient à la possibilité de rendre des décisions à titre préjudiciel²⁷³, procédure déjà mise en place par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : CJUE)²⁷⁴ notamment. En effet, selon elle, ce mécanisme permettrait de

²⁵⁹ CNUDCI, *op. cit.* note 241, p. 11.

²⁶⁰ Cf. *supra* p. 20.

²⁶¹ Art. 52 par. 1 Convention CIRDI.

²⁶² Art. 52 par. 1 let. a Convention CIRDI.

²⁶³ Art. 52 par. 1 let. b Convention CIRDI.

²⁶⁴ Art. 52 par. 1 let. c Convention CIRDI.

²⁶⁵ Art. 52 par. 1 let. d Convention CIRDI.

²⁶⁶ Art. 52 par. 1 let. e Convention CIRDI.

²⁶⁷ Art. 5 et art. 52 par. 3 Convention CIRDI.

²⁶⁸ AMMAR Mohamed, *op. cit.*, p. 139.

²⁶⁹ Cf. *supra* p. 20.

²⁷⁰ CNUDCI, *op. cit.* note 241, pp. 9 et 11-12.

²⁷¹ UNION EUROPÉENNE, *op. cit.* note 243, p. 4.

²⁷² *Idem.*

²⁷³ CNUDCI, *op. cit.* note 241, p. 12.

²⁷⁴ Art. 267 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ; Guide de la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne, mis à jour au 1^{er} avril 2013, disponible en ligne : <https://www.aca-europe.eu/index.php/fr/jurisprudence-fr/9-uncategorised/383->

pallier les incohérences avant le prononcé d'une sentence, à l'inverse du mécanisme d'annulation²⁷⁵ ou d'appel qui permettent de modifier les incohérences d'une décision après le prononcé de celle-ci – entraînant incontestablement une perte de temps et d'argent pour les parties au litige.

Toutefois, bien que le système des questions préjudicielles permette d'assurer une meilleure cohérence, il ne peut pas, à lui seul, assurer la régularité dans le système de manière générale²⁷⁶. C'est pour cette raison que la CNUDCI propose de combiner le mécanisme des questions préjudicielles et celui de l'annulation ou de l'appel, de telle sorte que l'efficacité et la régularité des décisions soient assurées tant en amont qu'en aval de la procédure contentieuse²⁷⁷.

En définitive, l'instauration d'une Cour internationale d'investissement dotée d'un système d'appel propre qui serait à même de revoir les décisions rendues et d'un système de questions préjudicielles permettrait, sans l'ombre d'un doute, d'assurer une uniformité et une régularité du droit international des investissements. Ce mécanisme permettrait en outre de se rapprocher des systèmes nationaux.

3. Mécanismes d'exécution des sentences

Dans le système actuel de RDIE, nous avons vu que l'exécution d'une décision peut se faire immédiatement si celle-ci a été rendue par le CIRDI, ou par la procédure d'exequatur de la Convention de New York, pour autant que l'Etat en question y soit partie²⁷⁸.

Dans le cadre de la réforme instituant la Cour internationale d'investissement, la CNUDCI propose de distinguer deux scénarios mettant en place des systèmes d'exécution des décisions différents : l'exécution d'une sentence dans un Etat partie au traité instituant la Cour internationale d'investissement et l'exécution dans un Etat non-partie²⁷⁹.

Dans la première situation, l'exécution de la sentence pourrait se faire de deux manières. Premièrement, le traité instituant la Cour permanente pourrait prévoir que la sentence est obligatoire et exécutoire dans l'Etat en question, comme le seraient ses propres décisions internes définitives. La seconde solution serait de prévoir que les décisions rendues par la Cour

guide-de-la-procedure-de-renvoi-prejudiciel-devant-la-cour-de-justice-de-l-ue (consulté le 5 janvier 2022).

²⁷⁵ Pour rappel, ce mécanisme est prévu par le CIRDI, *cf. supra* p. 38 et *infra* p. 42, mais également par la CNUDCI, *cf. infra* p. 42.

²⁷⁶ CNUDCI, *op. cit.* note 241, p. 12.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 12.

²⁷⁸ *Cf. supra* pp. 9-10.

²⁷⁹ CNUDCI, *op. cit.* note 241, p. 13.

sont exécutoires non pas directement, mais conformément à la Convention de New York à laquelle l'Etat serait partie²⁸⁰. Cette dernière option offrirait à l'Etat un mécanisme d'exécution moins invasif, puisqu'il y aurait ici des motifs permettant de ne pas exécuter ladite décision²⁸¹.

La Convention CIRDI prévoit exactement la situation selon laquelle les décisions rendues par les tribunaux arbitraux institués par le Centre doivent être exécutées par les Etats parties à la Convention, sans possibilité pour eux de s'y opposer. En effet, l'art. 53 par. 1 Convention CIRDI prévoit que la sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention²⁸². En d'autres termes, les sentences arbitrales rendues en application de la Convention CIRDI sont contraignantes pour l'Etat qui devra s'y conformer.

En revanche, l'exécution d'une décision qui émanerait de la Cour internationale d'investissement sur le territoire d'un Etat non-partie n'entraînerait aucune obligation d'exécution pour ce dernier²⁸³. Dans ce contexte, seule la Convention de New York pourrait permettre d'exécuter la sentence, mais encore faut-il qu'elle trouve application, ce qui pourrait diverger selon les cas.

La réforme propose que la Cour internationale d'investissement prévoie un régime d'exécution propre des sentences rendues, entraînant ainsi qu'un examen au niveau national ne serait pas nécessaire²⁸⁴ et permettant par la même occasion une meilleure exécution des décisions au niveau interne.

4. Réalisable en pratique ?

Il est indéniable qu'une Cour internationale d'investissement, comparable par exemple à la CourEDH, permettrait d'assurer une cohérence entre les décisions rendues, mettant ainsi à mal le système actuel épars duquel émane des décisions incohérentes et lequel crée un manque de prévisibilité pour les parties²⁸⁵. Par ailleurs, l'instauration d'une Cour permanente

²⁸⁰ CNUDCI, *op. cit.* note 241, p. 13.

²⁸¹ Art. V Convention de New York.

²⁸² Notons également que l'art. 54 par. 1 de ladite Convention précise que la sentence rendue s'impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat.

²⁸³ CNUDCI, *op. cit.* note 241, p. 13.

²⁸⁴ CNUDCI, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Mécanisme d'appel et mécanisme juridictionnel multilatéral, Note du Secrétaire, A/CN.9/WG.III/WP.185, 29 novembre 2019, p. 14.

²⁸⁵ Cf. *supra* pp. 13-21.

garantirait une réelle impartialité et indépendance des nouveaux juges et une transparence accrue de la procédure contentieuse²⁸⁶.

En pratique, la création d'une telle Cour représente une solution certes souhaitable mais néanmoins utopique puisqu'il s'agirait de changer drastiquement tout le système de RDIE connu jusqu'à ce jour, ce qui impliquerait d'une part la modification de tous les TBI en vigueur et de ceux à venir et, d'autre part, un consensus politique international fort. Enfin, si une Cour internationale d'investissement devait voir le jour, il faudrait impérativement prévoir des règles transitoires pour passer du système actuel au système uniforme et institutionnalisé, et nous craignons dans ce contexte que tous les investissements en pâtissent.

Notons toutefois qu'un changement a été opéré en ce sens puisque le 20 mars 2018, le Conseil de l'Union européenne avait donné mandat à la Commission européenne pour négocier une Convention sur la mise en place d'un tribunal multilatéral en matière de RDIE²⁸⁷. S'en est suivie la conclusion de l'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (AECG, ou *CETA* en anglais) qui prévoit notamment qu'un investisseur peut porter le différend devant le Tribunal²⁸⁸ par le dépôt d'une plainte²⁸⁹ sous réserve de certains délais²⁹⁰. Par ailleurs, ce même traité prévoit l'institution d'un mécanisme d'appel²⁹¹. Ainsi, nous le voyons, les mécanismes prévus par l'Union européenne tentent déjà de mettre en œuvre, au niveau conventionnel toutefois, les propositions faites par la réforme²⁹².

B. Instauration d'un système d'appel

La création d'un système d'appel dans le cadre du RDIE est une autre solution proposée par la réforme pour mieux prendre en considération les critiques majeures que connaît l'arbitrage international des investissements.

²⁸⁶ JEMIELNIAK Joanna/ÜNÜVAR Günes, *Participatory Aspects of Investor-State Dispute Settlement in the EU "New Wave" Trade Agreements*, p. 4.

²⁸⁷ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, Communiqué de presse, 20 mars 2018, disponible en ligne : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/> (consulté le 21 novembre 2022).

²⁸⁸ Art. 8.18 par. 1 AECG.

²⁸⁹ Art. 8.23 par. 1 AECG.

²⁹⁰ L'art. 8.22 par. 1 let. b AECG prévoit qu'un investisseur peut déposer une plainte s'il respecte un délai d'attente d'au moins 180 jours à partir de la présentation de la demande de consultations, et, le cas échéant, d'au moins 90 jours à partir de la présentation de l'avis demandant une détermination du défendeur.

²⁹¹ L'art. 8.28 par. 1 AECG prévoit en effet qu'un Tribunal d'appel est institué en vue de procéder à l'examen des sentences rendues en vertu de la présente section.

²⁹² Cf. *supra* pp. 35-40 et *infra* pp. 41-45.

Pour rappel, selon l'art. 53 Convention de Washington, les décisions rendues par le CIRDI ne peuvent être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. En d'autres termes, une décision rendue par le CIRDI est exécutive et obligatoire et cela est généralement considéré comme étant un atout de l'arbitrage international²⁹³. Néanmoins, cette façon de faire entraîne le risque de devoir s'accommoder de sentences injustes ou incohérentes par rapport à d'autres déjà rendues par le passé²⁹⁴. C'est notamment pour cette raison que des discussions se sont engagées pour la création d'un mécanisme d'appel.

Avant de se concentrer sur l'instauration d'un système d'appel, il convient de souligner que bien que la Convention CIRDI interdise d'appeler ou de recourir contre une sentence rendue sous son égide, elle prévoit néanmoins à son art. 52 par. 1 que chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants : (a) vice dans la constitution du Tribunal ; (b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; (c) corruption d'un membre du Tribunal ; (d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; (e) défaut de motifs. A ce titre, la demande d'annulation doit être formée dans les 120 jours qui suivent la date de la sentence²⁹⁵. La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international prévoit également une procédure d'annulation de la sentence arbitrale comme seul et unique moyen de recours²⁹⁶. Toutefois, nous l'avons vu, dans le contexte actuel, ces mécanismes d'annulation demeurent insuffisants pour parer aux manques importants de cohérence dans la procédure arbitrale²⁹⁷.

La réflexion autour de l'instauration d'un mécanisme d'appel ne date pas d'hier puisque le modèle de TBI des Etats-Unis datant de 2004 prévoyait déjà que : « *Within three years after the date of entry into force of this Treaty, the Parties shall consider whether to establish a bilateral appellate body or similar mechanism to review awards rendered under Article 34 in arbitrations commenced after they establish the appellate body or similar mechanism* »²⁹⁸. Il faut néanmoins rester attentif au fait que prévoir l'établissement d'un mécanisme d'appel de manière conventionnelle uniquement ne permettrait pas d'assurer une cohérence entre les sentences rendues en matière d'investissements, car il s'agirait en réalité d'une juridiction d'appel *ad hoc*, comme le sont les

²⁹³ ACHTOUK-SPIVAK Laurie, Les voies de recours dans l'arbitrage en matière d'investissements, p. 885.

²⁹⁴ YANNACA SMALL Catherine, *op. cit.*, p. 9.

²⁹⁵ Art. 52 par. 2 Convention CIRDI.

²⁹⁶ Art. 34 par. 1 Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

²⁹⁷ Cf. *supra* pp. 13-21.

²⁹⁸ Modèle d'Accord concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements des Etats-Unis, 2004, (Modèle TBI Etats-Unis 2004), Annexe D, p. 40, disponible en ligne : <https://jsumundi.com/fr/document/pdf/treaty/en-treaty-between-the-government-of-the-united-states-of-america-and-the-government-of-concerning-the-encouragement-and-reciprocal-protection-of-investment-united-states-model-bit-2004-thursday-1st-january-2004> (consulté le 20 novembre 2022).

tribunaux d'arbitrage actuellement²⁹⁹, créant ainsi une grande diversité d'acteurs intervenant dans le prononcé d'une décision.

Certainement conscient de la nécessité de centraliser le système d'appel, le CIRDI proposait en 2004 déjà la mise en place d'un mécanisme d'appel CIRDI unique permettant ainsi d'assurer plus de cohérence et d'homogénéité entre les décisions rendues par les tribunaux d'arbitrage intervenant sous son égide³⁰⁰. En ce sens, il s'agissait de constituer une instance d'appel globale, accessible à tout un chacun souhaitant recourir contre une décision arbitrale, comme l'est par exemple la CourEDH à l'égard de décisions rendues par les dernières instances des Etats parties à la CEDH.

Le Groupe de travail III de la CNUDCI quant à lui s'est intéressé de très près à l'instauration d'un mécanisme d'appel³⁰¹, qu'il s'agisse d'un mécanisme d'appel *ad hoc*³⁰², d'un mécanisme d'appel permanent et autonome³⁰³ ou d'un mécanisme d'appel intervenant comme deuxième instance de recours de la Cour internationale d'investissement³⁰⁴. Selon ses travaux, les motifs d'appel d'une décision arbitrale pourraient être les suivants : « i) [les] erreurs d'interprétation et d'application du droit, avec [la] possibilité de limiter l'appel à certains types d'erreurs ou à certaines questions de droit (par exemple, aux critères communément prévus par les traités

²⁹⁹ YANNACA SMALL Catherine, *op. cit.*, p. 11.

³⁰⁰ ICSID Secretariat, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, 22 octobre 2004 : « (...) there clearly is scope for inconsistencies to develop in the case law, given the increased number of cases, as well as the fact that under many investment treaties disputes may be submitted to different, ICSID and non-ICSID, forms of arbitration. As to the question of fragmentation, it may be pointed out that there already are different forms of ICSID arbitration (...). With an appeal mechanism, ICSID would be extending a further dispute settlement option to interested parties. For the cases where there is such interest, the mechanism might enhance the acceptability of investor-to-State arbitration. In any event, as indicated above, a number of countries are committing themselves to an appeal mechanism. It would in this context seem to run counter to the objectives of coherence and consistency for different appeal mechanisms to be set up under each treaty concerned. Efficiency and economy, as well as coherence and consistency, might best be served by ICSID offering a single appeal mechanism as an alternative to multiple mechanisms. It would be on this assumption that the Centre might pursue the creation of such an ICSID Appeals Facility at this stage. The possible features of an ICSID Appeals Facility are set out in the Annex of this paper. If, however, multiple appeal mechanisms are to be established, ICSID might best abstain from pursuing the creation of an Appeals Facility as it might otherwise only add to the number of appeal mechanisms », pp. 15-16, disponible en ligne : <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf> (consulté le 10 décembre 2022).

³⁰¹ CNUDCI, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Questions relatives au fonctionnement d'un mécanisme d'appel et à l'exécution de ses décisions, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.202, 12 novembre 2020, p. 3.

³⁰² Ce mécanisme est celui qui est notamment prévu dans l'Annexe D du Modèle TBI Etats-Unis 2004, cf. *supra* p. 42-43.

³⁰³ Ce mécanisme serait apte à revoir les décisions arbitrales rendues par les tribunaux d'arbitrage *ad hoc* qui existent aujourd'hui dans le cadre du RDIE, cf. CNUDCI, *op. cit.* note 241, p. 7.

³⁰⁴ Ce mécanisme est celui qui a été proposé par l'Union européenne et ses Etats-membres, cf. *supra* p. 35.

d'investissement, comme l'expropriation, et aux manquements à l'obligation de traitement juste et équitable ou à celle de non-discrimination) (...) ; et ii) [les] erreurs commises dans la constatations de tous faits pertinents, notamment dans l'évaluation des dommages-intérêts »³⁰⁵.

En ce qui concerne la mise en œuvre d'un système d'appel, la Note du Secrétaire de la CNUDCI du 12 novembre 2020 rend toutefois attentif à juste titre aux procédures d'annulation actuellement prévues dans certains règlements d'arbitrage³⁰⁶. En effet, il convient de se demander si lesdites procédures devraient être maintenues en parallèle du système d'appel ou si celui-ci les remplacerait, puisque, généralement, les motifs d'appel comprennent les motifs d'annulation³⁰⁷. Par ailleurs, si les procédures d'annulation étaient maintenues, cela créerait trois degrés de juridictions ce qui, en termes d'efficacité, de rapidité, d'économie de procédure et de cohérence n'est ni nécessaire, ni souhaitable³⁰⁸. Par conséquent, si un système d'appel voit le jour, et pour qu'il assure la cohérence tant recherchée en droit international des investissements, il faudrait modifier les règlements d'arbitrage que nous connaissons aujourd'hui en supprimant les procédures d'annulation qui y sont prévues et en insérant la possibilité de l'appel, aujourd'hui interdit notamment par l'art. 53 Convention de Washington.

Bien que l'instauration d'un mécanisme d'appel, qu'il vienne se greffer au RDIE actuel ou qu'il soit le second degré de juridiction après la Cour internationale d'investissement, semble être une solution favorisant la cohérence entre les décisions rendues, il n'en demeure pas moins que certains auteurs craignent que cet instrument n'ouvre une porte à des recours toujours plus nombreux³⁰⁹, allonge considérablement la durée de la procédure et augmente ses coûts³¹⁰ ou engendre encore une politisation du système de RDIE³¹¹. A ce stade, il est important de noter que les travaux de la CNUDCI tiennent compte de ces remarques puisqu'en prévoyant des motifs pour appeler d'une décision, elle a voulu limiter la possibilité de saisir le mécanisme d'appel³¹².

D'un autre côté, prévoir un mécanisme d'appel global qui s'appliquerait à toutes les sentences rendues en droit international des investissements, qu'elles proviennent du CIRDI, de la CCI ou de tout centre instituant des tribunaux d'arbitrage *ad hoc* en matière d'investissements, et à plus forte raison en tant que deuxième instance d'une potentielle Cour internationale d'investissement permettrait d'assurer une cohérence et, *in fine*, une grande prévisibilité des décisions – ce qui pourrait permettre aux parties à un TBI d'être plus à même de rédiger des

³⁰⁵ CNUDCI, *op. cit.* note 301, p. 3.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 4.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 5.

³⁰⁸ *Idem.*

³⁰⁹ KAUFMANN-KOHLER Gabrielle/POTESTÀ Michele, *op. cit.*, p. 47.

³¹⁰ CNUDCI, *op. cit.* note 241, p. 7.

³¹¹ YANNACA SMALL Catherine, *op. cit.*, p. 15.

³¹² CNUDCI, *op. cit.* note 145, p. 7.

clauses dont elles en saisiraient toute la portée. En ce sens, nous sommes d’avis que sur le long terme, le mécanisme d’appel permettrait une diminution de la procédure et de ses coûts puisque la sécurité juridique, la rectitude, la cohérence et la prévisibilité des décisions seraient atteintes, dissuadant ainsi les parties d’entamer des procédures d’appel sans véritable fondement³¹³.

Relevons aussi que, selon nous, un mécanisme d’appel est nécessaire dans toute société pour garantir la cohérence des décisions prises en amont, et ainsi favoriser la sécurité juridique. Comment est-il aujourd’hui possible d’accepter un système qui ne se base que sur une seule et unique décision, sans qu’il ne soit possible d’appeler de celle-ci ? Et ce d’autant plus que les décisions arbitrales en matière d’investissements ne concernent pas uniquement des personnes privées mais impactent bien un Etat, sa population, son système économique et judiciaire. Il nous semblerait d’ailleurs choquant qu’un pays ne connaisse qu’une seule et unique juridiction rendant des décisions sans que celles-ci puissent être revues par une instance supérieure, alors pourquoi accepter cette manière de faire en droit international des investissements ? Nous concevons que l’arbitrage est une parmi d’autres méthodes de règlement des différends que les parties sont libres de choisir. Néanmoins, nous pensons qu’il est préférable – en lieu et place d’imputer toute responsabilité aux parties à un TBI ayant choisi l’arbitrage international – que le système d’arbitrage soit renforcé de telle manière à ce que la cohérence, la rectitude et la prévisibilité priment, et en fasse ainsi un système réellement légitime.

En ce sens, un effort considérable a été apporté par l’Union européenne et le Canada dans l’AECG. En effet, il est prévu, outre la création d’un tribunal multilatéral en matière de RDIE³¹⁴, l’instauration d’un Tribunal d’appel³¹⁵ qui sera à même de « confirmer, modifier ou infirmer une sentence rendue par le Tribunal »³¹⁶ (de première instance), et ce dans le but de contrôler la bonne application du traité et de mettre ainsi en place une jurisprudence cohérente et uniforme³¹⁷.

Les discussions autour de la création d’un mécanisme d’appel seront encore nombreuses puisque dès le 23 janvier 2023 aura lieu la 54^e session du Groupe de travail III de la CNUDCI afin de discuter de l’instauration d’un tel système³¹⁸.

³¹³ CNUDCI, *op. cit.* note 145, p. 6. L’Union européenne a également affirmé cela, *cf. supra* p. 36.

³¹⁴ *Cf. supra* p. 35.

³¹⁵ Art. 8.28 par. 1 AECG.

³¹⁶ Art. 8.28 par. 2 AECG.

³¹⁷ GILLET Guillaume, Le différend réglementaire dans la procédure de RDIE : la liberté normative des Etats face aux protections des investisseurs, vers un meilleur équilibre au sein de l’UE ?, p. 35.

³¹⁸ CNUDCI, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Mécanisme d’appel, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.224, 17 novembre 2022.

C. Instauration d'un Code de conduite

En 2015, l'Algérie a été le premier pays qui a proposé au Secrétariat de la CNUDCI de débattre de l'élaboration d'un Code de conduite en vue d'assurer des prestations de qualité par les arbitres amenés à trancher un différend opposant un investisseur et un Etat d'accueil³¹⁹. En effet, l'arbitrage se doit d'être une « justice alternative intègre et pérenne »³²⁰ dans laquelle les arbitres doivent rendre « une décision juste en toute indépendance et impartiale au terme d'une procédure équitable menée dans le respect des principes du contradictoire, de l'égalité entre les parties, mais également de la mission que celles-ci leur ont confiée »³²¹.

En 2017, la CNUDCI a commencé à prévoir des changements concrets pour réglementer la conduite d'un arbitre dans le cadre de son mandat et, plus précisément, pour garantir certains aspects fondamentaux en la matière comme l'impartialité et l'indépendance³²². Il a d'ailleurs été souligné que bien que certains TBI établissent déjà un Code de conduite à l'égard des arbitres appelés à trancher un différend, ils ne prévoient généralement pas de sanctions en cas de violation des devoirs et obligations prévues dans ledit Code³²³, ce qui, en termes d'efficacité, laisse forcément à désirer³²⁴.

A cette époque, le Code de conduite, appelé Code d'éthique, voulait consacrer les principes éthiques que doivent respecter tous les arbitres et parmi lesquels figurent notamment l'indépendance et l'impartialité, et les procédures sanctionnatrices en la matière³²⁵. Ce projet visait aussi à évaluer les situations ambiguës qui existent dans ce contexte. En effet, un arbitre peut avoir certaines informations ou connaissances sans que cela n'entache forcément son

³¹⁹ CNUDCI, Travaux futurs possible, Proposition du Gouvernement de l'Algérie : travaux futurs possibles dans le domaine de l'arbitrage international entre Etats et investisseurs – code d'éthique pour les arbitres, A/CN.9/855, 27 mai 2015, Annexe, p. 2.

³²⁰ *Ibid.*, p. 3.

³²¹ *Idem.*

³²² CNUDCI, *op. cit.* note 221, p. 6 ss.

³²³ *Ibid.*, p. 6.

³²⁴ Cette remarque a à nouveau été réitérée par le Secrétariat de la CNUDCI en 2019, « On notera que certains traités d'investissement récemment conclus contiennent un code de conduite destiné aux membres des tribunaux tranchant des affaires de RDIE. De tels codes définissent généralement les procédures à suivre pour garantir que soient signalées les circonstances factuelles susceptibles de donner naissance à des conflits d'intérêts réels ou supposés. Ils prévoient aussi des mesures concrètes permettant de déterminer si un conflit d'intérêts risque de survenir ou est déjà survenu, ainsi que des normes de conduite pour les membres des tribunaux tranchant des affaires de RDIE (et d'autres personnes), des obligations à respecter dans la conduite des procédures de RDIE, ou en matière de déclaration et de confidentialité. Ils ne prévoient généralement pas de sanctions autres que le droit des deux parties de demander le remplacement de l'arbitre ou du juge », CNUDCI, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Informations générales concernant un code de conduite, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.167, 31 juillet 2019, p. 4.

³²⁵ CNUDCI, *op. cit.* note 221, p. 6.

indépendance et/ou son impartialité, de sorte que le Code aurait notamment prévu de déterminer les situations acceptables de celles qui représentent une violation des garanties³²⁶.

Représentant d'abord une composante de la réforme prévue par la CNUDCI, l'élaboration d'un Code de conduites est finalement devenue l'œuvre de la CNUDCI et du CIRDI³²⁷.

Le projet de Code de conduite pensé par deux grands acteurs de la réforme en droit international des investissements a pour but d'établir des lignes directrices pour les personnes ayant la responsabilité de trancher des différends³²⁸. Il s'agit d'une sorte de code de déontologie, regroupant plusieurs des grands principes éthiques fondamentaux. Le premier projet de Code de conduite a été élaboré en 2020³²⁹ et contenait douze articles regroupant entre autres les devoirs et les responsabilités des arbitres à l'égard des parties au litige³³⁰, les obligations d'indépendance et d'impartialité³³¹ ou encore l'obligation de divulgation en cas de conflit d'intérêts d'un arbitre³³².

³²⁶ CNUDCI, *op. cit.* note 221, p. 7. Ce document renvoie notamment au Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes de l'American Arbitration Association et de l'American Bar Association, 1er mars 2004, qui précise notamment que : « *A prospective arbitrator is not necessarily partial or prejudiced by having acquired knowledge of the parties, the applicable law or the customs and practices of the business involved. Arbitrators may also have special experience or expertise in the areas of business, commerce, or technology which are involved in the arbitration. Arbitrators do not contravene this Canon if, by virtue of such experience or expertise, they have views on certain general issues likely to arise in the arbitration, but an arbitrator may not have prejudged any of the specific factual or legal determinations to be addressed during the arbitration. During an arbitration, the arbitrator may engage in discourse with the parties or their counsel, draw out arguments or contentions, comment on the law or evidence, make interim rulings, and otherwise control or direct the arbitration. These activities are integral parts of an arbitration. Paragraph D of Canon I is not intended to preclude or limit either full discussion of the issues during the course of the arbitration or the arbitrator's management of the proceeding* », p. 4, disponible en ligne : https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators_2010_10_14.pdf (consulté le 16 janvier 2023).

³²⁷ CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats) sur les travaux de sa trente-septième session (New York, 1er-5 avril 2019), A/CN.9/970, 9 avril 2019, pp. 16-17.

³²⁸ CNUDCI, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Projet de code de conduite, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.201, 9 novembre 2020, p. 2.

³²⁹ CIRDI, Communiqué, 1^{er} mai 2020, disponible en ligne : <https://icsid.worldbank.org/fr/actualites-et-evenements/communiqués/le-cirdi-et-la-cnudci-publient-un-projet-de-code-de-conduite> (consulté le 25 novembre 2022).

³³⁰ Art. 3 Draft Code of conduct for adjudicators in investor-state dispute settlement, 2020, disponible en ligne : https://icsiddev.prod.acquia-sites.com/sites/default/files/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf (consulté le 25 novembre 2022).

³³¹ *Ibid.*, art. 4, p. 9.

³³² *Ibid.*, art. 5, p. 11.

La dernière version du Code de conduite³³³ a tenu compte des décisions prises durant les réunions précédentes³³⁴ et mérite à ce titre une analyse plus détaillée. Il est prévu que le Code s'appliquera non seulement aux arbitres³³⁵ oeuvrant dans le cadre du RDIE actuel, mais également aux juges³³⁶, lesquels interviendraient dans le cadre de mécanismes permanents, comme le seraient la Cour internationale des investissements ou encore le mécanisme d'appel autonome pensé d'ailleurs par la CNUDCI elle-même³³⁷. L'art. 3 dudit Code établit les obligations d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre tout au long de la procédure³³⁸ et précise notamment que l'arbitre ne doit se laisser influencer ou guider par personne³³⁹ et qu'il ne doit pas avoir d'intérêts personnels sous quelque forme que ce soit dans le règlement du différend qui entacherait ses fonctions d'indépendance et d'impartialité³⁴⁰. De plus, toujours dans le but d'éviter les conflits d'intérêts qui compromettraient les qualités requises d'une personne appelée à trancher un différend, l'art. 4 de la dernière version du Code prévoit une limitation du cumul des rôles³⁴¹, voulant ainsi éviter les situations dans lesquelles un arbitre peut également être conseil dans une autre procédure³⁴². Ces dispositions cernent complètement les contours des critiques faites à la potentielle opacité et partialité des personnes appelées à rendre des décisions. Néanmoins, il convient de préciser qu'il s'agit d'un projet qui sera probablement encore peaufiné dans les années à venir. A ce titre, le Secrétariat de la CNUDCI a apporté des commentaires au projet de code de conduite en demandant par exemple au Groupe de travail III de mieux définir la notion de loyauté prévue à l'art. 3 par. 2 let. a dudit projet³⁴³.

En termes d'efficacité et d'applicabilité du Code, le Secrétariat de la CNUDCI envisage plusieurs possibilités : soit il s'agirait d'un instrument juridique non contraignant servant de guide dans l'interprétation des principes éthiques relatifs aux arbitres consacrés dans d'autres sources juridiques, soit il consisterait un instrument contraignant soumis ainsi à la volonté politique puisque les Etats devraient s'accorder sur son application³⁴⁴. Selon nous, il ne fait

³³³ CNUDCI, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE) – Projet de code de conduite, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.216, 5 juillet 2022.

³³⁴ *Ibid.*, p. 2.

³³⁵ *Ibid.*, art. 1 let. b et d et art. 2 par. 1, p. 3.

³³⁶ *Ibid.*, art. 2 par. 1 et art. 1 let. c et d, p. 3.

³³⁷ Cf. *supra* p. 43.

³³⁸ CNUDCI, *op. cit.* note 333, art. 3 par. 1, p. 5.

³³⁹ *Ibid.*, art. 3 par. 2 let. a et b, p. 5.

³⁴⁰ *Ibid.*, art. 3 par. 3 let. c et d, p. 5.

³⁴¹ *Ibid.*, art. 4, p. 6.

³⁴² Pour rappel, ce cumul de fonctions est actuellement possible, notamment dans le cadre du CIRDI, cf. *supra* p. 29, mais si le projet de Code de conduite, élaboré par le CIRDI lui-même et la CNUDCI entrait en vigueur dans les années à venir, il ne fait aucun doute que les règles en vigueur aujourd'hui seraient modifiées.

³⁴³ CNUDCI, *op. cit.* note 333, pp. 5-6.

³⁴⁴ CNUDCI, *op. cit.* note 324, p. 16.

aucun doute que la meilleure solution serait de créer un instrument contraignant en la matière qui garantisse véritablement les obligations éthiques et sanctionne strictement leur violation. Néanmoins, nous sommes conscients que la volonté et le consensus politiques sont nécessaires dans ce contexte et peuvent s'avérer fragiles.

Bien que l'impartialité et l'indépendance des arbitres soient critiquées³⁴⁵, elles ne demeurent pas leurs seules obligations éthiques. En effet, les concepts d'équité, de diligence, de confidentialité ou encore de qualifications professionnelles sont également des obligations prévues dans certains règlements d'arbitrage³⁴⁶ et figurent aussi parmi les dispositions du projet du Code de conduite élaboré par la CNUDCI³⁴⁷.

L'Union européenne, de son côté, approuve l'instauration d'un Code de conduite contraignant qui serait applicable à toute procédure en matière de règlement des différends en droit international des investissements³⁴⁸. D'ailleurs, dans les traités les plus récents qu'elle a conclu, l'Union européenne a préféré mettre en place un système juridictionnel des investissements (ci-après : SJI) composé d'un tribunal de première instance et de deuxième instance avec des juges titulaires³⁴⁹, dont le but est entre autre d'assurer le respect des garanties d'indépendance et d'impartialité³⁵⁰. A ce propos, dans le cadre de l'AECG par exemple, les parties ont opté pour que soient nommés quinze membres du Tribunal, dont cinq ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, cinq ressortissants du Canada et cinq ressortissants de pays tiers³⁵¹. De plus, l'art. 8.30 AECG prévoit des règles éthiques applicables aux arbitres dès leur nomination par les parties au traité³⁵², lesquels peuvent être sanctionnés après qu'une partie au litige demande au président de la CIJ de rendre une décision sur la contestation de la nomination d'un arbitre ayant un possible conflit d'intérêts³⁵³ ou sur recommandation motivée

³⁴⁵ Cf. *supra* pp. 27-34.

³⁴⁶ CNUDCI, *op. cit.* note 221, p. 9.

³⁴⁷ CNUDCI, *op. cit.* note 333, pp. 8-9 (diligence), p. 9 (équité) ; p. 10 (qualifications professionnelles) ; p. 11 (confidentialité).

³⁴⁸ UNION EUROPÉENNE, Commentaires annotés de l'Union européenne et de ses Etats membres sur le projet de code de conduite des arbitres et des juges en matière d'investissement élaboré conjointement par les secrétariats du CIRDI et de la CNUDCI, 11 septembre 2020, p. 1.

³⁴⁹ BRAUCH Martin Dietrich, *Toward a Code of Conduct for Investment Adjudicators : Can ethical standards salvage ISDS ?*, p. 11.

³⁵⁰ Cf. *supra* p. 36.

³⁵¹ Art. 8.27 par. 2 AECG.

³⁵² L'art. 8.30 par. 1 AECG précise que *les membres du Tribunal sont indépendants. Ils n'ont d'attache avec aucun gouvernement. Ils ne suivent les instructions d'aucune organisation ou d'aucun gouvernement en ce qui concerne les questions liées au différend. Ils ne participent pas à l'examen d'un différend qui donnerait lieu à un conflit d'intérêts direct ou indirect. Ils se conforment aux Lignes directrices de l'Association internationale du barreau (International Bar Association) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, ou à toutes règles complémentaires adoptées en vertu de l'article 8.44.2. En outre, dès leur nomination, ils s'abstiennent d'agir à titre d'avocat-conseil, de témoin ou d'expert désigné par une partie dans tout différend relatif aux investissements en instance ou nouveau relevant du présent accord ou de tout autre accord international.*

³⁵³ Art. 8.30 par. 2 AECG.

du président du Tribunal ou des parties ensemble si un arbitre faillit aux règles éthiques énoncées à l'art. 8.30 par. 1 de l'Accord³⁵⁴.

Il convient de relever que l'élaboration d'un Code de conduite à l'égard des personnes appelées à trancher un différend entre un investisseur et un Etat hôte est nécessaire dans la mesure où le manque d'impartialité et d'indépendance des arbitres est une critique majeure du RDIE actuel³⁵⁵. Néanmoins, pour que ces obligations soient véritablement respectées en pratique – pour qu'un arbitre reconnaisse sans difficultés avoir un conflit d'intérêts – il faut impérativement prévoir un système sanctionnateur rigoureux de la violation d'une obligation éthique qui soit largement ouvert aux parties d'une part – en sus de la procédure de récusation, d'annulation ou de non-exécution de la décision³⁵⁶ – et prévoir que ce Code de conduite soit contraignant pour toutes les procédures d'arbitrage d'autre part³⁵⁷.

Pour aller encore plus loin et ainsi tenter d'assurer le respect des obligations d'impartialité et d'indépendance, l'on pourrait imaginer que les parties n'élisent plus elles-mêmes les arbitres en cas de différends survenant entre elles, mais que ceux-ci soient tirés au sort parmi une liste préalablement définie entre les parties³⁵⁸. Il s'agirait là d'un renversement majeur à l'arbitrage international qui, nous le rappelons, émane de l'autonomie des parties dans le choix de l'arbitre³⁵⁹.

Le contenu d'un possible Code de conduite sera également discuté lors de la 54^e session du Groupe de travail III de la CNUDCI qui aura lieu du 23 au 27 janvier 2023³⁶⁰, au même titre que le mécanisme d'appel³⁶¹.

³⁵⁴ L'art. 8.30 par. 4 AECG établit que *sur recommandation motivée du président du Tribunal ou à leur initiative conjointe, les Parties peuvent, par décision du Comité mixte de l'AECG, révoquer un membre du Tribunal dont la conduite n'est pas conforme aux obligations énoncées au paragraphe 1 et est incompatible avec la qualité de membre du Tribunal.*

³⁵⁵ Cf. *supra* pp. 27-34.

³⁵⁶ Cf. *supra* pp. 30-31.

³⁵⁷ Ce point fait référence à la volonté de l'Union européenne, cf. *supra* p. 49.

³⁵⁸ Cette remarque fait référence à l'art. 8.27 par. 2 AECG.

³⁵⁹ Cf. *supra* p. 29.

³⁶⁰ CNUDCI, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Projets de codes de conduite et commentaires, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.223, 23 novembre 2022.

³⁶¹ Cf. *supra* p. 45.

V. Conclusion

Ce travail a tenté de mettre en lumière le fonctionnement de l'arbitrage international en matière d'investissement, avant d'exposer les critiques vives qui lui sont faites et les solutions proposées, plus ou moins réalisables en pratique.

Le RDIE est un système épars, dont les décisions émanent tantôt du CIRDI, tantôt d'un autre Centre instituant des tribunaux d'arbitrage *ad hoc*, ou selon des Règlements d'arbitrage différents comme celui de la CNUDCI. Ainsi, un ensemble d'acteurs distincts les uns des autres interviennent dans ce cadre et sont légitimes, par la volonté des parties à un TBI, à rendre des sentences qui sont à même de condamner un Etat.

Depuis quelques années maintenant, ce système décentralisé fait l'objet de vives critiques des quatre coins du monde. Entre manque de cohérence entre les décisions rendues, manque de transparence de la procédure arbitrale ou encore manque d'indépendance et d'impartialité des personnes amenées à trancher un différend, c'est tout le système de RDIE qui est remis en question. Précisons toutefois que, selon nous, la critique du manque de transparence n'est pas fondée dans la mesure où le CIRDI et la CNUDCI l'ont très bien prise en compte dans leurs règlements respectifs, tout en tenant compte du caractère privé intrinsèque à la procédure arbitrale.

Par ailleurs, ces deux acteurs majeurs dans le cadre du RDIE et l'Union européenne ont été très attentifs aux autres critiques exposées et ont entrepris, ensemble ou séparément, l'élaboration de points de réforme telle que l'instauration d'une Cour permanente d'investissement, l'instauration d'un mécanisme d'appel autonome des tribunaux *ad hoc* ou en tant que deuxième instance après la Cour permanente d'investissement, et l'instauration d'un Code de conduite relatif aux obligations éthiques des arbitres. Il est évident que ces propositions de réforme sont bienvenues, nécessaires et intéressantes dans la mesure où elles reprennent parfois le fonctionnement judiciaire internes des Etats. En revanche, bien que l'instauration d'une Cour permanente d'investissement serait absolument efficace pour pallier les critiques faites au RDIE que nous avons analysées, elle nous semble aujourd'hui être une solution irréalisable pour la simple et bonne raison qu'il faudrait l'accord de toutes les parties à un TBI, changer tous les TBI en vigueur aujourd'hui, et prévoir des dispositions transitoires, ce qui représente un travail fastidieux et long, très long.

Le RDIE fait certes face à une réforme majeure mais celle-ci demeure nécessaire, d'autant plus que les travaux proposés par les acteurs en la matière sont toujours étudiés et remaniés de sorte à être les plus pointilleux. Toutefois, il ne faut pas oublier que dans un contexte international, c'est avant tout la volonté et le consensus politiques qui priment et qui permettront la mise en place de nouveaux systèmes. Cette volonté politique peut s'avérer fragile, eu égard aux intérêts divergents, aux guerres qui se déclarent subitement comme celle qui a frappé l'Europe en 2022 entre la Russie et l'Ukraine, aux crises de pandémie également

qui ne préviennent pas et frappent le monde comme la COVID-19, mettant ainsi à mal les économies des pays.

En somme, nous pensons qu'il faut rester prudents et être conscients qu'une certaine fragilité politique, économique et sociale peut exister, laquelle impacterait forcément la réforme du RDIE dans les années à venir.

Bibliographie

Doctrines

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

AMMAR Mohamed, Réflexion sur le jeu dans la jurisprudence arbitrale CIRDI, *in* Revue interdisciplinaire d'études juridiques, Vol. 51, 2003.

BEN HAMIDA Walid, La Dénonciation de la Convention CIRDI en Amérique latine : Significations et conséquences, *in* Revista Brasileira de Arbitragem, Vol. 8, Num. 30, 2011.

BEN KHELIFA Rym, Le déni de justice en droit de l'investissement international : l'affaire Loewen c. les Etats-Unis d'Amérique, *in* Où va le droit de l'investissement – Désordre normatif et recherche d'équilibre, HORCHANI Ferhat (édit.), Pedone, Paris, 2006.

BESSON Samantha, La légitimité de l'arbitrage international d'investissement, *in* Jusletter 25, 2005, disponible en ligne uniquement : https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2005/336/_3932.html.

BETTAIED Mahmoud Anis, L'indépendance de l'arbitrage, *in* CIRDI 45 ans après – Bilan d'un système, HORCHANI Ferhat (édit.), Pedone, Paris, 2010.

BOISMAIN Corinne, L'exequatur et l'ordre public aux Etats-Unis – Une interprétation extensive de la Convention de New York favorisant les reconnaissances, 2021, disponible en ligne uniquement : <https://shs.hal.science/halshs-03341824/document>.

BRAUCH Martin Dietrich, Toward a Code of Conduct for Investment Adjudicators : Can ethical standards salvage ISDS ?, article 3, *in* International Institute for Sustainable Development, Investment Treaty News, Vol. 10, 2019.

CANONNE Amélie, Six raisons pour lesquelles l'arbitrage d'investissement n'est pas réformable, Association internationale de techniciens, experts et chercheurs, 2014.

CASTANIER Julia/COMMET Mathieu/LAZREG Nordin/MARIN Agathe, La communication institutionnelle de l'ALBA – Des principes affichés à la réalité de l'action, Observatoire politique de l'Amérique latine et des Caraïbes (OPALC), 2007-2008.

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

CRÉPET DAIGREMONT Claire, L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI, *in* Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux, KAHN Philippe/WÄLDE Thomas W. (édit.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2007.

CRÉPET DAIGREMONT Claire/DE NANTEUIL Arnaud/RUGGERI ABONNAT Elise/COREA Diana/FILATOVA Maria/HO QING YING Jean/NIYUNGEKO Gérard, Investissements internationaux, *in* Livre blanc n°14, Paris, 2022.

CHEN Richard C., Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration, *in* Harvard International Law Journal, Vol. 60, 2019.

CLEIS Maria Nicole, The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators – Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions, *in* Nijhoff International Investment Law Series, Vol. 8, 2017.

DANIC Olivia, L'émergence d'un droit international des investissements – Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI, Thèse de doctorat, Université de Paris, Paris, 2012.

DE NANTEUIL Arnaud, Droit international de l'investissement, Pedone, Paris, 3ème éd., 2017.

DE SENA JUNIOR Ladislau, La transparence dans l'arbitrage d'investissement : apports du cadre juridique international aux réticences du Brésil face au mécanisme de RDIE, Travail de mémoire, Université de Montréal, Montréal, 2021.

DJOLGOU Raymond, Le droit applicable au différend dans l'arbitrage d'investissement : entre volonté des parties et office de l'arbitre, *in* Revue internationale de droit économique, Vol. 36, 2022.

DO Van Dai, Le rôle de la volonté des parties dans les recours à l'encontre des sentences arbitrales internationales, *in* Revue internationale de droit économique, Vol. 33, 2019.

DORCE Milcar Jeff, L'émergence du standard minimum de traitement des étrangers en droit international, Retour sur une question colonial oubliée, *in* Les Annales de droit, 2020.

DORCE Milcar Jeff, L'Union européenne : quelle influence sur le devenir du droit international des investissements ?, *in* Annuaire de droit de l'Union européenne, BLUMANN Claude/PICOD Fabrice (édit.), Panthéon-Assas, Paris, 2020.

EL-AHDAB Jalal, Les institutions arbitrales alternatives au CIRDI, *in* CIRDI 45 ans après – Bilan d'un système, HORCHANI Ferhat (édit.), Pedone, Paris, 2010.

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

GAILLARD Emmanuel, L'avenir des traités de protection des investissements, *in* Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, LEBEN Charles (édit.), Pedone, Paris, 2015.

GARIBIAN Sévane, Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ?, *in* Annuaire français de droit international, CNRS Editions, Paris, 2008.

GAUKRODGER David/GORDON Kathryn, Investor-State Dispute Settlement – A scoping paper for the investment policy community, *in* OECD Working Papers on International Investment, Paris, 2012.

GAUTHIER Alexandre, Mécanismes de règlement des différends entre un investisseur et un Etat : d'où viennent-ils et qu'est-ce que l'avenir leur réserve ?, Etude générale, Bibliothèque du Parlement, Ottawa, Canada, 2015.

GILLET Guillaume, Le différend réglementaire dans la procédure de RDIE : la liberté normative des Etats face aux protections des investisseurs, vers un meilleur équilibre au sein de l'UE ?, Travail de mémoire, Université de Liège, Belgique, 2017-2018.

GRISEL Florian/VINUALES Jorge E., *L'amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement, *in* ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 22, 2007.

HORCHANI Fehrat, Rapport introductif, *in* CIRDI 45 ans après – Bilan d'un système, HORCHANI Ferhat (édit.), Pedone, Paris, 2010.

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

JEMIELNIAK Joanna/ÜNÜVAR Günes, Participatory Aspects of Investor-State Dispute Settlement in the EU "New Wave" Trade Agreements, *in* iCourts Working Paper Series, N°75, 2016.

KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêts publics, *in* La revue libanaise de l'arbitrage arabe et international, N°32, 2004.

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

KESSEDJIAN Catherine, Le tiers impartial et indépendant en droit international, juge, arbitre, médiateur, conciliateur, Brill Nijhoff, Paris, 2020.

KOLB Robert, La sécurité juridique en droit international : aspects théoriques, *in* African yearbook of international law, Vol. 10, 2002.

KURTZ Jürgen, *Building Legitimacy Through Interpretation in Investor-State Arbitration : On Consistency, Coherence, and the Identification of Applicable Law*, in *The Foundations of International Investment Law : Briding Theory into Practice*, DOUGLAS Zachary /PAUWELYN Joost/VINUALES Jorge E. (édit.), Oxford University Press, Oxford, 2014.

LANGFORD Malcolm/BEHN Daniel, *Managing Backlash : The Evolving Investment Treaty Arbitrator ?*, in *The European Journal of International Law*, Vol. 29, n°2, Oxford University Press, Oxford, 2018.

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

LEMERCIER Claire/SGARD Jérôme, *Arbitrage privé international et globalisation(s)*, Rapport de recherche, Mission de recherche droit et justice, Editions CNRS, Paris, 2015.

MALINTOPPI Loretta, *Indépendance, impartialité et devoir de divulgation des arbitres*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, MUCHLINSKI Peter T./ORTINO Federico/SCHREUER Christoph (édit.), Oxford, 2008.

MANCIAUX Sébastien, *Les règles du droit des investissements internationaux s'opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire ?*, in *Revue internationale de droit économique*, Vol. 26, 2012.

MARZOUKI Ines/ABIDA Mohamed, *Les réformes du CIRDI*, in *CIRDI 45 ans après – Bilan d'un système*, HORCHANI Ferhat (édit.), Pedone, Paris, 2010.

MBENGUE Makane Moïse, « La loi des nations est faite de fer » ? Reconnaissance et « décolonisation » du droit international des investissements, in *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?*, GESLIN Albane/TOURME JOUANNET Emmanuelle (édit.), DICE Editions, Aix-en-Provence, 2019.

MENETREY Severine, *L'amicus curiae, vers un principe de droit international procédural ?*, Thèse de doctorat, Faculté des études supérieures de l'Université Laval, Québec, 2009.

NGO Quoc Chien/LY Van Anh, *Le chalandage de traités à l'épreuve des accords d'investissement de nouvelle génération*, in *Revue internationale de droit économique*, Vol. 31, 2017.

ONGUENE ONANA Dieudonné Edouard, *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements, Les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

PETERSON Luke Eric, Droits humains et traités bilatéraux d'investissement – Le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et Etats, Association Droits et Démocratie, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, Canada, 2009.

POLANCO Rodrigo, The return of the home state to investor-state disputes – Bringing back diplomatic protection ?, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

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

PORTERFIELD Matthew C., Aron Broches et le retrait des offres unilatérales de consentement à l'arbitrage investisseur-Etat, article 2, *in* International Institute for Sustainable Development, Investment Treaty News, Vol. 5, 2014.

POTESTÀ Michele, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law : Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept, *in* ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 28, 2013.

POULAIN Bruno, L'arbitrage transnational et le droit français des immunités de l'Etat étranger, *in* Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, LEBEN Charles (édit.), Pedone, Paris, 2015.

RADI Yannick, Le précédent en droit international des investissements – Réflexions d'un internationaliste sur les considérations théoriques et les enjeux pratiques d'une discussion passionnée, *in* Le précédent en droit international – Publication des actes d'un colloque de Strasbourg de la Société française pour le droit international, Pedone, Paris, 2016.

RUSCALLA Gabriele, Transparency in International Arbitration : Any (Concrete) Need to Codify the Standard ?, *in* Groningen Journal of International Law, Vol. 3, 2015.

SAINT-UPÉRY Marc/STEFANONI Pablo, Le cauchemar de Bolivar : crise et fragmentation des gouvernements de l'Alba, *in* Revue de géographie et de géopolitique, N°171, 2018.

SCHACHERER Stefanie, TPP, CETA and TTIP Between Innovation and Consolidation – Resolving Investor-State Disputes under Mega-regionals, *in* Journal of International Dispute Settlement, Vol. 7, 2016.

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

SENEGACNIK Alexandre, Repenser la protection des investissements étrangers à l'occasion du projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, *in* Les Cahiers de la Justice, N°4, 2015.

VADI Valentina, Proportionality, reasonableness and standards of review in international investment law and arbitration, Elgar International Investment Law, Royaume-Uni, 2018.

WEGHMANN Vera/HALL David, Les mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et Etats : une économie politique changeante, *in* Revue internationale des Sciences Administratives, Vol. 87, 2021.

WEIDEMAIER W.M.C., Toward a Theory of Precedent in Arbitration, *in* William and Mary Law Review, Vol. 51, 2010.

WIESNER-LAMETH Michelle, Overcoming the Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration – Merit of the EU Reform Proposal vis-à-vis the Standard of Judicial Independence and Impartiality, Travail de thèse, Düsseldorf, Allemagne, 2018.

YANNACA SMALL Catherine, Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats : vue d'ensemble, *in* OECD/OCDE Document de travail sur l'investissement international, 2006.

ZARRA Giovanni, The Issue of Incoherence in Investment Arbitration : Is There Need for a Systemic Reform ?, *in* Oxford University Press, Oxford, 2018.

ZARRA Giovanni, Orderliness and Coherence in International Investment Law and Arbitration : An Analysis Through the Lens of State of Necessity, *in* Journal of International Arbitration, Vol. 34, 2017.

Matériels législatifs et politiques

Accord économique et commercial global conclu entre le Canada et l'Union européenne, 21 septembre 2017, (AECG).

Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République tunisienne sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 20 octobre 1997, (TBI France – Tunisie 1997).

Accord de libre-échange nord-américain entre le Canada, le Mexique et les Etats-Unis, 12 août 1992, (ALENA).

Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République d'Argentine sur l'encouragement et la protection des investissements, 5 novembre 1991, (TBI Canada – Argentine 1991).

Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République d'Argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 3 juillet 1991, (TBI France – Argentine 1991).

CIRDI, Communiqué, 1^{er} mai 2020, disponible en ligne : <https://icsid.worldbank.org/fr/actualites-et-evenements/communiques/le-cirdi-et-la-cnucdi-publient-un-projet-de-code-de-conduite>.

CNUCED, Différends entre investisseurs et Etat : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage, New-York et Genève, 2010, disponible en ligne : https://unctad.org/fr/system/files/official-document/diaeia200911_fr.pdf.

CNUDCI, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Projets de codes de conduite et commentaires, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.223, 23 novembre 2022, disponible en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V22/183/04/PDF/V2218304.pdf?OpenElement>.

CNUDCI, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Mécanisme d'appel, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.224, 17 novembre 2022, disponible en ligne : https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/wp_224-f.pdf.

CNUDCI, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Projet de code de conduite, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.216, 5 juillet 2022, disponible en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/221/033/8F/PDF/2210338F.pdf?OpenElement>.

CNUDCI, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Version révisée du projet de code de conduite, A/CN.9/WG.III/XLII/CRP.2, 1^{er} février 2022, disponible en ligne : https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/crp_2_f.pdf.

CNUDCI, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Mécanisme multilatéral permanent : sélection et nomination des membres des tribunaux de RDIE et questions connexes, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.213, 8 décembre 2021, disponible en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V21/092/77/PDF/V2109277.pdf?OpenElement>.

CNUDCI, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Questions relatives au fonctionnement d'un mécanisme d'appel et à l'exécution de ses décisions, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.202, 12 novembre 2020, disponible en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/065/40/PDF/V2006540.pdf?OpenElement>.

CNUDCI, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Projet de code de conduite, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.201, 9 novembre 2020, disponible en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/064/54/PDF/V2006454.pdf?OpenElement>.

CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats) sur les travaux de la reprise de sa trente-huitième session, A/CN.9/1004/Add.1, 28 janvier 2020, disponible en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V20/007/34/PDF/V2000734.pdf?OpenElement>.

CNUDCI, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Mécanisme d'appel et mécanisme juridictionnel multilatéral, Note du Secrétaire, A/CN.9/WG.III/WP.185, 29 novembre 2019, disponible en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/113/58/PDF/V1911358.pdf?OpenElement>.

CNUDCI, Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), Informations générales concernant un code de conduite, Note du Secrétariat, A/CN.9/WG.III/WP.167, 31 juillet 2019, disponible en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/082/10/PDF/V1908210.pdf?OpenElement>.

CNUDCI, Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats) sur les travaux de sa trente-septième session (New York, 1er-5 avril 2019), A/CN.9/970, 9 avril 2019, disponible en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V19/024/05/PDF/V1902405.pdf?OpenElement>.

CNUDCI, Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des différends : réformes du règlement des différends entre investisseurs et Etats, Note du Secrétariat, A/CN.9/917, 20 avril 2017, disponible en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V17/023/70/PDF/V1702370.pdf?OpenElement>.

CNUDCI, Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des litiges commerciaux : l'éthique dans l'arbitrage international, Note du Secrétariat, A/CN.9/916, 13 avril 2017, disponible en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V17/023/24/PDF/V1702324.pdf?OpenElement>.

CNUDCI, Règlement des litiges commerciaux : travaux futurs possibles sur l'éthique dans l'arbitrage international, Note du Secrétariat, A/CN.9/880, 29 avril 2016, disponible en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V16/025/56/PDF/V1602556.pdf?OpenElement>.

CNUDCI, Travaux futurs possible, Proposition du Gouvernement de l'Algérie : travaux futurs possibles dans le domaine de l'arbitrage international entre Etats et investisseurs – code d'éthique pour les arbitres, A/CN.9/855, 27 mai 2015, disponible en ligne : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V15/037/41/PDF/V1503741.pdf?OpenElement>.

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

Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités (Convention de Maurice sur la transparence) conclue à New York le 10 décembre 2014.

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats conclue à Washington le 18 mars 1965.

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York le 10 juin 1958.

Convention européenne des droits de l'homme conclue à Rome le 4 novembre 1950.

Déclaration universelle des droits de l'homme conclue à Paris le 10 décembre 1948.

ICSID, Draft Code of conduct for adjudicators in investor-state dispute settlement, 2020, disponible en ligne : https://icsiddev.prod.acquia-sites.com/sites/default/files/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf.

ICSID Secretariat, Possible Improvements of the framework for ICSID Arbitration, 22 octobre 2004, disponible en ligne : <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>.

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

Modèle d'Accord concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements des Etats-Unis, 2004, disponible en ligne : <https://jusmundi.com/fr/document/pdf/treaty/en-treaty-between-the-government-of-the-united-states-of-america-and-the-government-of-concerning-the-encouragement-and-reciprocal-protection-of-investment-united-states-model-bit-2004-thursday-1st-january-2004>.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), Perspectives des politiques d'investissement au Moyen-Orient et en Afrique du Nord, Editions OCDE, Paris, 2021.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law, *in* OECD Working Papers on International Investment, 2004.

Rapport annuel du CIRDI 2021, disponible en ligne : https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR21_French_CRA_web.pdf.

Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du CIRDI (Règlement d'arbitrage du CIRDI).

Règlement de procédure relatif aux instances de conciliation du CIRDI (Règlement de conciliation)

Règlement administratif et financier du CIRDI.

Règlements de constatation des faits du CIRDI.

Règlements de médiation du CIRDI.

Règlement régissant le mécanisme supplémentaire pour l'administration de procédures par le Secrétariat du CIRDI (Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI).

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités conclu à New York en 2004 (Règlement de la CNUDCI sur la transparence).

Règlement d'arbitrage de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm, disponible en ligne : <http://www.bauerreis.com/wp-content/uploads/2014/05/2.1.2.8.1.2.-Re%CC%80glement-darbitrage-SCC-F.pdf>.

Statuts de la Chambre de Commerce Internationale, disponible en ligne : <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/ICC-Constitution-Francais-Juin-2015.pdf>.

Traité tendant à encourager et à protéger les investissements entre le Pakistan et la République fédérale d'Allemagne, 25 novembre 1959, (TBI Allemagne – Pakistan 1959), disponible en ligne : <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20457/volume-457-I-6575-French.pdf>.

UNION EUROPÉENNE, Communication présentée par l'Union européenne et ses Etats membres au Groupe de travail III de la CNUDCI, Mettre en place un mécanisme permanent de règlement des différends internationaux en matière d'investissements, 18 janvier 2019 https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/february/tradoc_157706.pdf.

UNION EUROPÉENNE, Commentaires annotés de l'Union européenne et de ses Etats membres sur le projet de code de conduite des arbitres et des juges en matière d'investissement élaboré conjointement par les secrétariats du CIRDI et de la CNUDCI, 11 septembre 2020, disponible en ligne : https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/eums_comments_coc_fr.pdf.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), Investor-State disputes arising from investment treaties : a review, New York and Geneva, 2005, disponible en ligne : https://unctad.org/system/files/official-document/iteiit20054_en.pdf (consulté le 22 novembre 2022).

Sources électroniques

CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, Communiqué de presse, 20 mars 2018, disponible en ligne : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/>.

Guide de la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne, mis à jour au 1^{er} avril 2013, disponible en ligne uniquement : <https://www.aca-europe.eu/index.php/fr/jurisprudence-fr/9-uncategorised/383-guide-de-la-procedure-de-renvoi-prejudiciel-devant-la-cour-de-justice-de-l-ue>.

HIARLOUSKI Vitali, Impartialité et indépendance de l'arbitre, disponible en ligne uniquement : <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-arbitrators-impartiality-and-independence>.

Le dictionnaire du commerce international, disponible en ligne : <https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/traites-bilateraux-d-investissement.html>.

MALIK Maria, La dénonciation de la Convention de Washington du 18 mars 1965 par la Bolivie et l'Equateur, Site internet Le Petit Juriste, disponible en ligne uniquement : <https://www.lepetitjuriste.fr/la-denonciation-de-la-convention-de-washington-du-18-mars-1965-par-la-bolivie-et-lequateur/>.

MORRI Johann, *L'amicus curiae* – Un concept romain analysé dans un contexte juridique et langagier moderne, disponible en ligne uniquement : <https://www.le-mot-juste-en-anglais.com/2016/08/lamicus-curiae-un-concept-romain-analyse-dans-un-contexte-l%C3%A9gale-et-langagi%C3%A8re-moderne.html>.

Site internet officiel du CIRDI, rubrique Constatation des faits, disponible en ligne : <https://icsid.worldbank.org/fr/reglement/constatation-des-faits>.

Site internet officiel du CIRDI, rubrique Récusation d'un arbitre – Arbitrage dans le cadre de la Convention CIRDI (Règlements 2022), disponible en ligne : <https://icsid.worldbank.org/fr/procedures/arbitrage/convention/recusation-d-un-arbitre/2022>.

Site internet officiel du CIRDI, Base de données concernant les Etats membres du CIRDI, disponible en ligne : <https://icsid.worldbank.org/fr/a-propos/etats-membres/base-de-donnees-concernant-les-etats-membres-du-cirdi>.

Site officiel de la CNUDCI, rubrique Pourquoi la transparence est-elle importante ?, disponible en ligne : <https://uncitral.un.org/fr/transparencyregistry#whatistrfr>.

Site internet officiel de la CNUDCI, rubrique Etat : Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités, disponible en ligne : <https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/transparency/status>.

Site internet officiel de la CNUDCI, rubrique Registre sur la transparence, disponible en ligne : <https://uncitral.un.org/fr/transparencyregistry#whatistrfr> (consulté le 7 décembre 2022).

Site officiel de la Cour permanente d'arbitrage, disponible en ligne : <https://pca-cpa.org/fr/home/>.

Site officiel de la Cour permanente d'arbitrage, rubrique Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, disponible en ligne : <https://pca-cpa.org/fr/services/arbitration-services/uncitral-arbitration-rules/>.

Site internet ICSID Review, disponible en ligne : <https://academic.oup.com/icsidreview/pages/About>.

Site internet INFONET, rubrique Chambre de commerce internationale, disponible en ligne : <https://infonet.fr/lexique/definitions/chambre-de-commerce-internationale/>.

Site internet ISDS PLATFORM, CME & Lauder c. République tchèque : Les coûts insupportables du système d'arbitrage imprévisible, avril 2021, disponible en ligne : <https://www.isds.bilaterals.org/?cme-lauder-vs-czech-republic-the&lang=fr>.

Site internet officiel UNCTAD, rubrique Navigateur de règlement des différends relatifs aux investissements, disponible en ligne : <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement?status=2>.

Jurisprudences

Ayat Nizar Raja Sumrain and others v. States of Kuwait, Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify Prof. Zachary DOUGLAS and Mr. V. V. VEEDER, ICSID Case No. ARB/19/20, 2 janvier 2020, disponible en ligne : https://jsumundi.com/fr/document/decision/pdf/en-ayat-nizar-raj-sumrain-and-others-v-state-of-kuwait-sunday-30th-june-2019#lv1_168790.

AS PNB Banka, Grigory Guselnikov and Others v. Republic of Latvia, Decision on the Proposal for Disqualification of Arbitrators James SPIGELMAN, John M. TOWNSEND and Peter TOMKA, ICSID Case No. ARB/17/47, 16 juin 2020, disponible en ligne : https://jsumundi.com/fr/document/decision/pdf/en-as-pnb-banka-and-others-v-republic-of-latvia-decision-on-the-proposal-for-disqualification-of-arbitrators-james-spigelman-john-m-townsend-and-peter-tomka-tuesday-16th-june-2020#lv1_147837.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/29, 14 novembre 2005, disponible en ligne : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf>.

Biwater Gauff (Tanzania) LTD v. United Republic of Tanzania, Procedural Order n°5, ICSID Case No. ARB/05/22, 2 février 2007, disponible en ligne : https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0091_0.pdf.

Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan, Decision on the Proposal for Disqualification of Bruno BOESCH, ICSID Case No. ARB/13/13, 20 mars 2014, disponible en ligne : https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-caratube-international-oil-company-llp-and-devincci-salah-hourani-v-republic-of-kazakhstan-ii-decision-on-the-proposal-for-disqualification-of-bruno-boesch-thursday-20th-march-2014#lvl_36502.

CME v. The Czech Republic, Final Award, *Ad hoc* Arbitration, 14 mars 2003, disponible en ligne : https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-cme-czech-republic-b-v-v-the-czech-republic-final-award-friday-14th-march-2003#lvl_27545.

Findlay c. Royaume-Uni, Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Requête n°22107/93, 25 février 1995, disponible en ligne : <file:///Users/clarissechaudet/Downloads/AFFAIRE%20FINDLAY%20c.%20ROYAUME-UNI.pdf>.

Getma International and Others c. République de Guinée, Décision sur la demande en récusation de Monsieur Bernardo M. CREMADES, arbitre, Affaire CIRDI No. ARB/11/29, 28 juin 2012, disponible en ligne : https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/fr-getma-international-and-others-v-republic-of-guinea-decision-sur-la-demande-en-recusation-de-monsieur-bernardo-m-cremades-arbitre-thursday-28th-june-2012#lvl_42067.

Lesi SPA et Astaldi SPA c. République algérienne démocratique et populaire, Décision, CIRDI No. ARB/05/3, 12 juillet 2006, disponible en ligne : https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C48/DC528_Fr.pdf.

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, 16 décembre 2002, disponible en ligne : https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-marvin-roy-feldman-karpa-v-united-mexican-states-award-of-the-tribunal-monday-16th-december-2002#lvl_13402.

Methanex Corporation v. United States of America, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as « Amici Curiae », UNCITRAL Arbitration Rules, 15 janvier 2001, disponible en ligne : https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf.

Nord Stream 2 AG v. The European Union, Decision on Challenge to Mr. Peter REES QC, PCA Case No. AA761, 9 décembre 2019, disponible en ligne : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11521.pdf>.

Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, Award, LCIA Case No. UN3467, 1^{er} juillet 2004, disponible en ligne : https://jusmundi.com/en/document/decision/pdf/en-occidental-exploration-and-production-company-v-republic-of-ecuador-i-award-thursday-1st-july-2004#lvl_6792.

Orazul International Espana Holdings SL v. Argentine Republic, Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify Dr. Inka HANEFELD, ICSID Case No. ARB/19/25, 11 septembre 2022, disponible en ligne : https://jusmundi.com/en/document/decision/pdf/en-orazul-international-espana-holdings-s-l-v-argentine-republic-the-claimants-proposal-for-disqualification-of-arbitrator-inka-hanefeld-pending-friday-9th-september-2022#lvl_303806.

Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, Decision on the Application for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/99/7, 1^{er} novembre 2006, disponible en ligne : https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-patrick-mitchell-v-democratic-republic-of-the-congo-decision-on-the-application-for-annulment-of-the-award-wednesday-1st-november-2006#lvl_13555.

Philip Morris Brand SARL, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Oriental Republic of Uruguay, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/10/7, 2 juillet 2013, disponible en ligne : https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-philip-morris-brand-sarl-switzerland-philip-morris-products-s-a-switzerland-and-abal-hermanos-s-a-uruguay-v-oriental-republic-of-uruguay-decision-on-jurisdiction-tuesday-2nd-july-2013#lvl_17.

Pope and Talbot v. Government of Canada, Award on the merits of phase 2, *Ad hoc* Arbitration, 10 avril 2001, disponible en ligne : https://jusmundi.com/en/document/decision/pdf/en-pope-talbot-v-government-of-canada-award-on-the-merits-of-phase-2-tuesday-10th-april-2001#lvl_281.

Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria DD v. Republic of Croatia, Decision on the Proposal to Disqualify Stanimir ALEXANDROV, ICSID Case No. ARB/17/34, 17 mai 2018, disponible en ligne : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9732.pdf>.

Romak SA v. The Republic of Uzbekistan, Award, PCA Case No. 2007-07/AA280, 26 novembre 2009, par. 170, disponible en ligne : https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-romak-s-a-v-the-republic-of-uzbekistan-award-thursday-26th-november-2009#lvl_24221.

Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, Award, *Ad hoc* Arbitration, 3 septembre 2001, disponible en ligne : https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-ronald-s-lauder-v-czech-republic-award-monday-3rd-september-2001#lvl_12371.

Salini Costruttori SPA and Italstrade SPA v. The Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 juillet 2001, disponible en ligne : https://jusmundi.com/fr/document/decision/pdf/en-salini-costruttori-s-p-a-and-italstrade-s-p-a-v-kingdom-of-morocco-decision-on-jurisdiction-tuesday-31st-july-2001#lvl_10191.

SGS Société Générale de Surveillance SA v. Republic of the Philippines, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/6, 29 janvier 2004, disponible en ligne : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v. The Argentine Republic, Order in response to a petition by five non-governmental organizations for permission to make an amicus curiae submission, ICSID Case No. ARB/03/19, 12 février 2007, disponible en ligne : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0823.pdf>.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and InterAguas Servicios Integrales del Agua SA v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17 and *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal, 22 octobre 2007, disponible en ligne : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0824.pdf>.