

Corso di laurea magistrale a ciclo unico in giurisprudenza

Master 2 Droit Franco-Italien

Année académique 2021-2022

**Les considérations environnementales en droit
international des investissements dans une
perspective de développement durable :**
*Une étude sur la compétence, la demande
reconventionnelle et l'expropriation devant les
tribunaux arbitraux*

Raluca Maria Szabo

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Yves Nouvel

REMERCIEMENTS

Je souhaite adresser mes remerciements les plus sincères au Professeur Yves Nouvel pour avoir accepté de m'encadrer pour ce sujet, ainsi que pour ses précieux conseils.

Je souhaite également remercier les directeurs du Master 2 Franco-Italien, M. le Professeur Carlo Santulli et M. le Professeur Guillaume Leyte. De même je tiens à remercier M. le Professeur Andrea Gattini et Mme. la Professeure Matilde Girolami pour la confiance donné au projet de double diplôme .

Mes remerciements vont également à toutes les Professeures et tous Professeurs que j'ai eu l'honneur de rencontrer au cours de mes études auprès de l'Université Paris II Panthéon Assas et l'Università degli Studi di Padova.

LISTE DES PRINCIPALES ABBREVIATIONS

ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
CPA	Cour Permanente d'Arbitrage
CPJI	Cour Permanente de Justice internationale
DR-CAFTA	Accord de libre-échange entre la République Dominicaine, l'Amérique Centrale et les États-Unis
EIA	Étude d'impact environnemental
IISD	International Institute for Sustainable Development
TAC	Traité d'Amitié et de Commerce
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TCE	Traité de la Charte de l'Énergie
TMI	Traité multilatéral d'investissement

INTRODUCTION

“Il faut mobiliser la créativité, les idéaux et le courage des jeunes du monde entier afin de forger un partenariat mondial, de manière à assurer un développement durable et à garantir à chacun un avenir meilleur.”

Principe 21 de la Déclaration de Rio, 1992

I. Définition des termes du sujet

Le sujet du présent mémoire tient aux considérations environnementales que les tribunaux arbitraux peuvent faire dans une perspective de développement durable dans le cadre du droit international des investissements.

Ce qu'on entend par « considérations environnementales » se réfère à l'intérêt non-économique qui amène les États à adopter des actes dans le but de protéger ce qui tient généralement à la matière environnementale. De telles considérations passe par les effets négatifs que l'activité économique menée par l'homme produit, à savoir les émissions polluantes dans l'aire, l'utilisation de substances chimiques menaçant la santé humaine et des espèces animales, les effets sur la biodiversité. La liste n'est pas exhaustive, mais elle tiendra à englober aussi certains aspects sociaux liés aux soucis environnementaux, qui se produisent surtout lorsqu'en investisseur étranger visant l'exploitation des ressources naturelles d'un État rencontre des manifestations contraires des populations autochtones, que comme l'on verra se rencontre de plus en plus dans la pratique.

Les considérations environnementales s'inséreront dans le contexte du « droit international des investissements ». Le droit international d'investissement est la branche du droit international visant la protection des sujets particuliers – les investisseurs – qui se trouvant en possession de ressources capitalistes vont les investir sur le territoire d'un État différent de celui de leur

nationalité – l'État d'accueil ou État hôte. La caractéristique principale de cette branche de droit est la possibilité reconnue aux particulier de saisir directement un tribunal arbitral international pour lui faire constater les violations internationales commises par l'État sur la base de différents instruments, qui peuvent être soit nationaux, comme un contrat ou un code d'investissement, soit internationaux, comme c'est le cas des traités d'investissement, qui sont des instruments conventionnels conclu entre l'État de nationalité d'un investisseur et l'État d'accueil de l'investissement¹

Dans cette étude, la perspective qui nous intéresse est celle du « développement durable ». La définition plus connue de cette notion est la suivante : « *un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs*². » À l'occasion du Sommet de la Terre tenu à Rio, conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement en juin 1992, l'adoption de la notion de développement durable dans la Déclaration de Rio démontre une synthèse entre les éléments de l'économie, représentée par le « développement » et les éléments social et environnemental, les deux représentés par l'adjectif « durable »³.

Par conséquent, du moment que le mouvement des capitaux privés peut être considéré comme le moteur du développement économique des États, capable d'exploiter les ressources soit matérielles soit humaines, il ne reste pas moins le fait qu'il doit être permis à tout être humain, tant vivant que futur et de façon équitable. Ainsi la notion de développement durable est fondamentale car elle prend en considération tous les aspects dans la même équation.

Toutefois, même si on choisit de se placer sur le terrain des considérations strictement économiques, une ultérieure lecture de la notion du développement durable, appliquées spécifiquement à la matière des investissements semble être pertinente. Cette lecture tiendrait au fait que les États devraient établir un ordre juridique international dans lequel les investissements existent se développent dans le respect du droit de développement des

¹ J. CRAWFORD, *Bronwlie's Principles of Public International Law*, Oxford, 8th ed., pages 716-717

² Définition donnée dans le rapport de Madame le Premier Ministre norvégien Gro Harlem Brundtland en 1987 (source : site de l'Institut national de la statistique et des études économiques, dernier accès le 12 juin 2022, 15 : 08 <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1644>)

³ Conférence des NU du Sommet Planète Terre, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Rio de Janeiro, Brésil, 3-14 juin 1992,

générations futures. Autrement dit, les investissements doivent être règlementés d'une telle manière, qu'ils permettent également le développement des futurs investissements.

II. Délimitation du sujet d'étude

Dans le *corpus* du mémoire on s'attardera sur trois aspects de l'arbitrage international des investissements : la compétence du tribunal arbitral, la demande reconventionnelle et l'expropriation. Les deux premiers aspects ont été choisis afin de mettre en lumière l'influence que les considérations environnementales peuvent avoir sur des éléments procéduraux de l'arbitrage transnational d'investissement, tandis que l'expropriation a été choisie en tant que catégorie juridique de droit substantiel afin de poursuivre le même objectif.

La donnée étudiée est la jurisprudence internationale dans le cadre des litiges investisseur-État en matière d'investissement. À ce propos, les sentences objet d'une étude plus approfondie seront celles présentant un intérêt environnemental suffisamment remarquable et suffisamment remarqué par les tribunaux arbitraux qui ont tranché les litiges.

La majorité des sentences objets de l'analyse sont issues du contentieux du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) en raison d'une présence statistiquement majeure dans la jurisprudence arbitrale. Rien n'empêche que des sentences issues d'autres institutions d'arbitrage ou encore arbitrages *ad hoc* soient prises en considérations en raison des aspects environnementaux traités.

Quant à la source de formation de la convention d'arbitrage, la majorité des sentences analysées sont celles issues sur la base d'un traité d'investissements ou d'un traité contenant des dispositions relatives à l'investissement, toujours en raison de la présence statistiquement plus importante de ce type de contentieux. Toutefois, rien n'empêche de considérer des litiges ayant d'autres instruments comme fondement, pour autant que cela présente des aspects environnementaux utiles pour l'analyse.

À la lumière de ce qui précède, un instrument important qui a servi comme base pour identifier les données d'analyse a été la table des jurisprudences contenue dans l'annexe de l'ouvrage *Environmental Interests in Investment Arbitration*, dans laquelle l'auteur a listé les

informations relatives aux litiges environnementaux conclus et pendants devant les tribunaux arbitraux d'investissement⁴.

Il a lieu d'être précisé que cet instrument c'est utile parce qu'il fournit une systématisation des contentieux ayant intérêt environnemental, raison pour laquelle il a été employé en tant que point de départ. Cependant, la table des jurisprudences du mémoire a été complétée par d'autres sentences arbitrales, publiées et disponibles en ligne, fournissant des éléments pertinents à l'analyse des trois instituts juridiques objet de l'analyse.

III. Méthodologie suivie

Du moment que l'intérêt du sujet sera celui d'étudier le contentieux d'investissement, il semble logique d'aborder tel sujet selon le paradigme droit procédural-droit substantiel, comme il serait le cas devant un tribunal arbitral.

A. Perspective du droit procédural

S'agissant des questions procédurales, le cadre dans lequel les considérations environnementales vont s'insérer sera celui de l'étude de la compétence et de la recevabilité des demandes des parties ayant pour objet un investissement non-conforme à l'intérêt de la protection environnementale et que par conséquent menacerait la prospective d'un développement durable.

Ainsi, sur la base d'un effet miroir, on s'attardera sur la compétence d'un tribunal arbitral à reconnaître la protection internationale à un investissement affecté par l'illégalité et de la même manière on se penchera sur la possibilité qu'un tribunal admet la demande de l'État pour qu'il puisse faire valoir son intérêt à la protection environnementale, affecté par le comportement de l'opérateur économique.

⁴ F. MARISI, *Annexe: Summary Table of Environmental Cases in Investment Arbitration*, in *Environmental Interests in Investments Arbitration*, International Arbitration Law Library, Vol. 51, Kluwer Law International, 2020, pp. 293-320

En faisant un rappel au préalable, la compétence du tribunal arbitral se fonde sur la volonté des parties au litige. Autrement dit, le pouvoir de l'arbitre s'étend jusqu' où les parties ont entendu lui donner du pouvoir. Ainsi, s'il est vrai qu'en concluant un traité international d'investissement les États donnent leur consentement préalable pour se voir engagé devant un tribunal arbitral saisi par un investisseur étranger qui réclame la protection sur la base du traité, il serait question de vérifier si l'investissement respecte bien les conditions qui encadrent la compétence du tribunal.

Le premier point du mémoire sera celui d'analyser si déjà au stade de la compétence est possible de vérifier qu'un État a donné son consentement qu'à l'égard d'un certain type d'opération économique. Plus précisément, il s'agira de vérifier si un tribunal arbitral d'investissement a le pouvoir juridictionnel pour connaître des investissements qui ne sont pas conformes au droit de l'État d'accueil pour ce qui concerne le respect des normes environnementales. Si tel n'était pas le cas, à ce moment-là *arguendo* il serait possible de se prononcer dans le sens que le droit international économique ne protège que les investissements soutenable du point de vue environnemental.

Concernant la question procédurale, à savoir la demande reconventionnelle introduite par l'État, il s'agirait de vérifier si c'est envisageable qu'un tribunal arbitral condamne l'investisseur pour avoir violé une obligation environnementale. À cet égard, deux obstacles devront être analysés. Quant au premier, la question est de savoir si les États au moment de la conclusion d'un traité avaient l'intention de reconnaître la compétence qu'un tribunal arbitral aurait de connaître de l'instrument conventionnel. S'agissant du second élément, le problème est celui de vérifier si *prima facie* une telle demande serait admissible devant le tribunal, du moment que jusqu'à récemment le droit international n'avait jamais reconnu des obligations internationales que les particuliers seraient sensés respecter.

Une fois analysées la compétence et la recevabilité à l'égard de ces deux questions, on abordera la partie comprise en tant que droit substantiel, prenant en considération l'expropriation.

B. Perspective du droit substantiel : l'expropriation

La protection contre l'expropriation vise à garantir que l'État n'exproprie pas de manière illicite les droits patrimoniaux de l'investisseur étranger. Le droit international est venu encadrer le pouvoir souverain de l'État d'exproprier les biens des sujets situés sur son territoire.

Cependant, dans le panorama actuel les États difficilement exercent leur pouvoir afin d'exproprier directement des biens des investisseurs étrangers. Comme il a été remarqué en doctrine par Dolzer et Schreuer : « *States are reluctant to jeopardize their investment climate by taking the drastic and conspicuous step of an open taking of foreign property. An official act that takes the title of the foreign investor's property will attract negative publicity and is likely to do lasting damage to the state's reputation as a venue for foreign investments* »⁵.

Aujourd'hui le panorama est marqué par un autre type d'expropriation, celle dite « indirecte » parce qu'il ne s'agit pas formellement d'un transfert du titre de propriété du patrimoine du particulier à celui de l'État, mais plutôt de l'adoption d'une mesure législative ou administrative qui prive substantiellement l'investisseur de tout bénéfice économique de son opération. L'effet est équivalent à celui d'une expropriation *tout court*.

Il peut arriver que la mesure litigieuse soit une mesure de régulation dans le domaine environnemental qui prive substantiellement du bénéfice économique l'investisseur. À ce moment-là, il s'agira bien de vérifier quelles sont les considérations sur lesquelles les tribunaux arbitraux se fondent afin de constater si la mesure se qualifie d'une réglementation licite ou bien d'une expropriation. Le vrai intérêt d'une telle analyse est de savoir si du fait de l'intérêt environnemental poursuivi par la mesure, la compensation doit être payée à l'investisseur lésé ou s'il n'est pas le cas là où il s'agit d'un normal exercice de régulation.

Par ailleurs, au-delà de vérifier dans quelle mesure les considérations environnementales restreignent le champ d'application de l'expropriation indirecte, il s'agira de vérifier si de telles considérations ont une influence aussi au stade du calcul de la compensation qui doit accompagner l'expropriation, pour que cette dernière soit licite.

Le stade du calcul de la réparation est le moment crucial après qu'un tribunal est arrivé à établir l'existence de l'expropriation exercée par l'État. Sur la base du droit international

⁵ R. DOLZER, Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, OUP, 2008, p. 92

coutumier⁶ la réparation devrait rétablir la situation patrimoniale dans laquelle se trouvait l'investisseur avant de subir la mesure d'expropriation.

Toutefois, s'il est vrai que l'investisseur subit un préjudice après avoir été exproprié, le calcul de la réparation pourrait prendre en considération le coût payé par la collectivité du territoire de l'État d'accueil lorsqu'il s'agit d'une mesure à caractère environnemental. Autrement dit, c'est là le stade où les tribunaux arbitraux auraient la possibilité de balancer l'intérêt économique avec celui environnemental.

Donc, il s'agira de vérifier encore une fois si la pratique donne les moyens pour ce faire et si la pratique décisionnelle se démontre inclinée à faire rentrer de telles considérations au moment du calcul de la réparation.

IV. Les limites, le but et l'intérêt de la recherche

La critique généralement formulée à l'égard du système de l'arbitrage international en tant que moyen de résolution des controverses investisseur-État tient au fait que les intérêts extra-économiques sont dépourvus de pertinence face aux intérêts économiques de l'investisseur.

Cela s'explique aisément par la genèse d'un système né surtout afin de protéger les investisseurs ressortissants des pays exportateurs d'investissements contre les actes arbitraires des pays importateurs de capitaux. Ces derniers, n'étant pas des États garantissant le même standard de protection des pays « occidentaux », se sont engagés sur le plan international de donner protection aux investisseurs étrangers⁷.

Le mécanisme de l'arbitrage international est généralement déclenché par l'investisseur afin d'obtenir la constatation de la violation des obligations d'un traité d'investissement par l'État d'accueil. Ainsi, il va de soi que le principal intérêt capable de recevoir protection devant un tribunal arbitral est celui économique de l'investisseur. Cependant, cet aspect fait en sorte que des critiques de légitimité soient portées au système.

⁶ CPJI, *Affaire relative à l'usine de Chorzow* (Allemagne c. Pologne), arrêt sur le fond du 13 septembre 1928, n. 13, Rec. Série A n. 17

⁷ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, A. Pedone, 2020, p. 394

Ainsi, les limites rencontrées dans la recherche sont identifiables avec les critiques généralement formulées contre ce système. D'abord, il y a l'aspect technique quant au fait qu'en tant que méthode alternative de règlement des différends fondée sur la volonté des parties, qui limite un accès complet à la jurisprudence, en limitant ainsi les données d'étude.

Par ailleurs, concernant l'intérêt central du sujet, le balancement de l'intérêt environnemental et celui économique résulte parfois absent en raison de la fragmentation du droit international, sur la base de laquelle le droit applicable dans l'arbitrage d'investissement pourrait être que celui identifié par les parties au différend. Donc, à défaut de l'identification du droit international contenant aussi les normes environnementales, les tribunaux arbitraux n'auraient pas la compétence pour en connaître. Toutefois, cela dépend toujours du libellé de la clause compromissoire sur la base de laquelle se forme généralement la convention d'arbitrage investisseur-État et de l'interprétation que les tribunaux en donnent afin de déterminer leur propre compétence.

Indépendamment des limites qui viennent d'être énoncées, le but de la recherche est celui de vérifier si l'arbitrage transnational d'investissement peut se révéler le *forum* idéal pour rejoindre une synthèse entre intérêts économiques et environnementaux dans la perspective du développement durable.

Une telle hypothèse prend surtout en compte d'une part, le fait que le droit de l'environnement n'a pas une juridiction spécifique où les violations des obligations environnementales puissent être spécifiquement arrêtées⁸ et de l'autre, le fait que la majorité des arbitrages d'investissement, ceux fondés sur un TBI, plongent ses racines dans un instrument de droit international dont le but est celui de la promotion et la protection des investisseurs étrangers, considérés comme moteur du développement des États.

Afin de répondre à un tel interrogatif, il s'agira de faire une étude sur les considérations environnementales, d'abord par une analyse au stade procédural (Partie I) qui sera suivie par celle au stade du fond, en particulier lorsqu'il s'agit d'une expropriation (Partie II).

⁸ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 498

Partie I Les considérations environnementales en arbitrage international des investissements dans l'application des moyens procéduraux

L'arbitrage international d'investissement se fonde sur le principe du consensualisme, selon lequel le tribunal n'est pas compétent que dans la mesure où les parties au litige ont consenti de lui donner le pouvoir juridictionnel pour en connaître⁹.

Une grande partie du contentieux d'investissement porte sur la définition même d'investissement. Autrement dit, afin d'établir leur compétence, les tribunaux arbitraux doivent identifier pour quel type d'opération économique les États ont donné leur consentement pour voir engagée une procédure arbitrale internationale contre eux.

Concernant l'intérêt du sujet, il s'agira d'étudier l'interaction entre les aspects procéduraux qui suivent et un investissement effectué en violation des normes environnementales. Ainsi, le respect normes environnementales par l'investisseur sera traité en tant que condition tenant à la définition d'investissement (Chapitre I) tandis que la violation de telles normes fera l'objet d'une analyse sur la demande reconventionnelle introduite par l'État (Chapitre II).

Chapitre I Le respect des normes environnementales par l'investisseur : la condition de légalité de l'investissement

Les normes environnementales, en tant que partie de l'ordre juridique interne de l'État d'accueil doivent être respectées par l'investisseur étranger. La légalité est une condition généralement reconnue en droit international (Section I) mais le caractère de la légalité en tant que catégorie de droit procédural reste débattu (Section II).

⁹ CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Rwanda), arrêt du 3 février 2006, Rec. p. 6, p. 65

Section I Une condition généralement reconnue en droit international

La reconnaissance de la condition de légalité de l'investissement en droit international passe par plusieurs théories (§1), mais la légalité directement ancrée dans l'ordre juridique de l'État d'accueil sera toujours sanctionnable (§2).

§1 Une condition existante sur la base de plusieurs théories

La condition de la conformité de l'investissement au droit de l'État hôte est reconnue en droit international en voie de principe. Telle condition permet aux tribunaux arbitraux d'assurer la protection de l'ordre juridique de l'État, mais également de garantir l'intégrité du système du droit international des investissements¹⁰, qui ne saurait pas être utilisé afin de protéger des investissements illégaux sur le territoire de l'État d'accueil seulement en raison de la nationalité étrangère de l'investisseur.

Un grand nombre de TBI contient une disposition imposant formellement le respect d'une telle condition pour qu'un investissement puisse recevoir la protection des tribunaux arbitraux contre les violations de l'État d'accueil¹¹. Dans le libellé du texte, cette condition se trouve généralement soit dans la clause contenant la définition de l'investissement¹², soit dans la clause contenant l'engagement des Parties Contractantes à la promotion des investissements légaux. Dans des cas plus rares, elle peut se retrouver dans des dispositions substantielles de protection.

Pour le reste, si une telle condition n'est pas formellement spécifiée dans le texte du traité, la question est de savoir s'il est possible, voire acceptable, qu'un investissement créé en violation des normes de l'État d'accueil puisse accéder à la protection sur le plan international devant les tribunaux arbitraux.

¹⁰ R. YOTOVA, "Chapitre 13: Compliance with Domestic Law: An Implied Condition in Treaties Conferring Rights and Protections on Foreign Nationals and Their Property", in J. KLINGER, Y. PARKHOMENKO et aa, "Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law", Kluwer Law International 2018, pp. 307-330

¹¹ V. par exemple Article 2.1 « Champ d'application » du modèle de TBI Maroc : « Le présent Accord s'applique aux investissements effectués en devises par des investisseurs de l'une des Parties sur le territoire de l'autre Partie avant ou après son entrée en vigueur, conformément aux lois et règlements en vigueur dans cette dernière Partie. »

¹² V. par exemple Article 1 du Modèle de TBI du Burkina Faso, à la définition de l'investissement : « Ces investissements doivent être effectués selon les lois et règlements en vigueur dans le pays hôte. »

À cet égard, la jurisprudence des tribunaux arbitraux est presque unanime dans la considération que telle condition existe même implicitement et qu'elle doit être respectée par l'investisseur au moment de la phase d'accueil de l'investissement. Toutefois, une jurisprudence minoritaire a accordé quand-même sa protection, indépendamment de la non-conformité de l'investissement à la loi de l'État d'accueil¹³.

Cependant, la majorité des tribunaux arbitraux d'investissement admettent qu'il existe une telle condition implicite, sur la base de différentes théories¹⁴.

A. L'interprétation de bonne foi

Dans la pratique jurisprudentielle, les tribunaux arbitraux saisis de la question de la conformité de l'investissement au droit de l'État d'accueil ont retenu que l'approche à suivre c'était d'interpréter de bonne foi la notion d'investissement. Cela a été notamment la position adoptée par le Tribunal dans l'affaire *Achmea c. République de Slovaquie*. Bien que le Tribunal estimait qu'il ne pouvait pas se permettre de « ré-écrire » lui-même le libellé¹⁵ du traité, il avait retenu qu'il serait déraisonnable d'accorder la protection du TBI aux investissements non-conformes au droit de l'État d'accueil. Une telle interprétation serait contraire à la bonne foi¹⁶.

¹³ V. par exemple l'affaire arbitrage SCC, *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA et Terra Raf Trans Trading Ltd c. Kazakhstan*, sentence du 19 décembre 2013, p. 812 dans l'interprétation du TCE : *“the ECT contains no requirement in this regard [legality requirement]. Indeed, if the contracting states had intended there to be such a requirement, they could have written it into the text of the Treaty. [...] This consideration is even more valid in view of the extremely detailed definition of investment and other details regulated in the ECT. At least with regard to jurisdiction, the Tribunal does not see where such a requirement could come from.”*

¹⁴R. YOTOVA, “Chapitre 13: Compliance with Domestic Law: An Implied Condition in Treaties Conferring Rights and Protections on Foreign Nationals and Their Property”, in J. KLINGER, Y. PARKHOMENKO et aa, *“Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law”*, Kluwer Law International 2018, pp. 307-330

¹⁵ CPA, *Achmea B.V.c. République de Slovaquie*, n. 2008-13, sentence du 7 décembre 2012, p. 168 : *« The Tribunal is not free to rewrite the Treaty: it must interpret and apply the text adopted by the Parties [...] »*

¹⁶ CPA, *Achmea B.V.c. République de Slovaquie*, n. 2008-13, sentence du 7 décembre 2012, p. 170 : *« The Treaty is intended, as its title and Preamble make clear, to record the agreement of the Parties upon the encouragement and reciprocal protection of investments. The definition of an investment in Article 1(a) does not expressly stipulate that the investment must have been made in accordance with the laws of the host State in order that the investment be protected by the Treaty. But in the view of the Tribunal, it is wholly unreasonable to suppose that the Parties could have intended to protect investments that violate, for example, a prohibition on foreign investment in a specified sector of the economy. The terms of the Treaty could not be interpreted in good faith to require such protection. »*

B. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*

La maxime *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* a été employée par le Tribunal dans *Khan Resources* en donnant interprétation à la Charte de l’Energie. Ce TMI ne contient pas une condition de conformité explicite afin de pouvoir bénéficier de la protection de cet instrument international.

Cependant, selon le raisonnement du Tribunal, il serait logique que du moment qu’un investisseur a la possibilité d’accéder à un tribunal sur la base de la Charte de l’Energie grâce au seul fait qu’il ait obtenu son investissement en violant la loi de l’État d’accueil, il ne devrait pas pouvoir bénéficier d’une telle protection¹⁷. La même réflexion a été faite, en combinaison au principe de la bonne foi, par les tribunaux des affaires *Niko Resources*¹⁸ et *Phoenix*.¹⁹

C. Respect de l’ordre international public

Une partie assez nourrie de la jurisprudence des tribunaux arbitraux d’investissement a conceptualisé la conformité de l’investissement au droit de l’État d’accueil en tant que principe général de droit international : tel est le cas dans pour les Tribunaux dans les affaires *Fraport II*, *AMPAL*, *Hamester*²⁰.

Toutefois, dans cette partie de la pratique jurisprudentielle il s’agissait de prendre en considération les cas d’investissements issus d’un acte de corruption, pratique strictement

¹⁷ UNCITRAL, *Khan Resources Inc, Khan Resources BV et Cauc Holding Company Ltd c. Gouvernement de Mongolie*, décision sur la juridiction du 25 juillet 2012, p. 383 : « An investor who has obtained its investment in the host state only by acting in bad faith or in violation of the laws of the host state, has brought him or herself within the scope of application of the ECT only as a result of his wrongful acts. Such an investor should not be allowed to benefit as a result, in accordance with the maxim *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. »

¹⁸ CIRDI, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd c. République populaire du Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Ltd (BAPEX) et Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation*, n. ARB/10/11 et ARB/10/18, décision sur la juridiction du 19 août 2013, p. 380; 430-438

¹⁹ CIRDI, *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*, n. ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, p. 106-113

²⁰ V. par exemple CIRDI, *Fraport c. Philippines*, n. ARB/11/12, sentence du 10 décembre 2014, p. 332 « The Tribunal is also of the view that, even absent the sort of explicit legality requirement that exists here, it would still be appropriate to consider the legality of the investment. As other tribunals have recognized, there is an increasingly well-established international principle which makes international legal remedies unavailable with respect to illegal investments, at least when such illegality goes to the essence of the investment. »; CIRDI, *AMPAL-Amerina Israel Corp et autres c. Egypt*, n. Arb/04/4, décision sur la juridiction et l’admissibilité du 1er février 2016, p. 301; CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. République de Ghana*, n. ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, p. 123-124

condamnée par l'ensemble des États et donc aussi par les tribunaux arbitraux. Grâce à cette condamnation généralisée, le cas de figure de la corruption occupe une place importante dans la pratique jurisprudentielle. Ainsi qu'il a été conclu par le Tribunal dans l'affaire *World Duty Free*, la corruption résulte contraire à l'ordre public transnational à la lumière des lois nationales et des conventions internationales relatives à la corruption²¹.

Si tel était le cas du respect de l'environnement en tant que partie de l'ordre public international, une telle approche irait bien dans le sens d'un barrage aux investissements incompatibles avec l'environnement pour recevoir la protection par les tribunaux d'investissement. Toutefois, tel n'est pas le cas, du moment que la définition du contenu de telles normes passe par une appréciation faite par l'État dans l'exécution de ses obligations internationales.

D. Une condition implicite découlant du principe de souveraineté de l'État

Cette dernière approche est minoritaire dans la jurisprudence internationale²². Elle découle du principe de souveraineté territoriale de l'État et du corollaire de la juridiction exclusive de l'État d'y imposer son ordre juridique national, ainsi que codifié dans la Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des États de 1933 et dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1976.

Il appartient à tout État de choisir librement son système politique, économique et social, ce qui signifie qu'il a le droit d'imposer ses régulations sur son territoire et de les voir respectées également par les ressortissants étrangers, sans aucun type d'ingérence²³. Telle serait la prétention de voir un investissement obtenu en violation des normes de l'État d'accueil protégé devant un tribunal arbitral international.

²¹ CIRDI, *World Duty Free Company c. République de Kenya*, n. ARB/00/7, sentence du 7 juillet 2000, p. 157: “*In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal.*” ; v. aussi CIRDI, *Churchill Mining and Planet Mining Ltd c. République d'Indonésie*, n. ARB/12/40, p. 508

²² CIRDI, *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A c. Albanie*, n. ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015, p. 483 : « [...] neither Claimant nor the Tribunal may presume that the host State waives its sovereignty and agrees to the arbitration of disputes when the investor made the investment in violation of its substantive or procedural legislation. [...] »

²³ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, GA Res. 2625 (XXV), 1970

Si cela est le principe, la possibilité pour un ressortissant étranger d'investir dans le territoire de l'État d'accueil en dérogation du droit local représente une exception qui doit s'interpréter restrictivement. Une telle dérogation ne peut pas être présumée²⁴, au contraire elle doit être formellement exprimée dans le libellé d'un TBI si les Parties Contractantes auraient décidé de donner promotion et protection aux investissements étrangers en dérogation de leur droit²⁵.

Sur la base des considérations qui précèdent et indépendamment de la théorie qui va être choisie, il est clair qu'en droit international des investissements, pour qu'un investisseur étranger puisse bénéficier du régime posé par un TBI, il doit nécessairement se conformer au droit de l'État d'accueil au moment de l'effectuation de son investissement. Autrement, l'État ne pourra pas être retenu responsable pour la violation d'un investissement illégal.

Selon la doctrine, l'imposition de certaines conditions à la protection de l'investissement aboutirait au balancement entre les droits et les obligations des États et des investisseurs, ce qui contribuerait donc à la promotion et au développement des investissements soutenable et responsables²⁶.

Au stade initial d'une procédure devant un tribunal arbitral, à savoir celui de l'établissement de la juridiction et de la recevabilité, la condition de légalité de l'investissement serait l'un des moyens les plus puissants dans les mains des arbitres. Relever qu'un investissement n'est pas conforme à la réglementation en matière de protection de l'environnement équivaldrait au fait que seuls les investissements considérés comme soutenable pourraient avoir l'accès à la protection sur le plan international.

²⁴ CPJI, *Affaire S.S. Lotus (France c. Turquie)*, arrêt du 7 septembre 1927, Recueil Série A – n. 10, p.19 : « Les limitations de l'indépendance des États ne se présument pas. »

²⁵ R. YOTOVA, « Chapitre 13: Compliance with Domestic Law: An Implied Condition in Treaties Conferring Rights and Protections on Foreign Nationals and Their Property », in J. KLINGER, Y. PARKHOMENKO et al., « Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law », *Kluwer Law International* 2018, pp. 307-330, par. 13.02; une ultérieure prévue de cette conclusion s'inscrit dans les Conventions de Vienne relatives aux relations diplomatiques (1961) et consulaires (1963) qui imposent le devoir de respecter les lois et réglementations de l'État, respectivement aux articles 41(1) et 55 des deux conventions.

²⁶ Y. Levashova, « Imposing Conditions on Investor Protection: A Role of Investor's Due Diligence », *Kluwer Arbitration Blog*, 20 juin 2019, dernier accès 17 mai 2022, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/20/imposing-conditions-on-investor-protection-a-role-of-investors-due-diligence/>

Il ne reste pas moins le fait que certains tribunaux confrontés à la question, ont choisi de se tenir au libellé du texte, comme c'est le cas dans l'affaire *Bear Creek c. Pérou* où le Tribunal avait retenu que la légalité de l'investissement en tant que limitation à sa compétence dépendait du libellé du traité²⁷. Toutefois on peut considérer cette solution comme une solution d'espèce, déterminée principalement sur la base de la rédaction particulièrement stricte du TBI, que le Tribunal avait pris en considération en tant que contexte limitant l'effet de la condition de légalité sur sa compétence, sans exclure que la considération de l'illégalité aurait pu rentrer dans les considérations sur le fond²⁸.

Ainsi, même si la jurisprudence majoritaire présente une certaine direction vers la sanction de l'illégalité de l'investissement au stade juridictionnel, il a eu lieu d'être démontré par la décision *Bear Creek* que l'interprétation qui en donnent les tribunaux arbitraux reste tributaire du libellé du TBI.

Toutefois, on s'attardera maintenant sur le seul cas rencontré dans la pratique où la non-conformité au droit local ne peut que faire l'objet d'une sanction au stade de l'établissement de la compétence.

§ 2 Une condition toujours sanctionnable en cas d'investissement ancré dans le droit local : l'affaire *Cortec*

Afin d'étudier la présente décision plus en détail, il y aura lieu de s'attarder sur la question de l'illégalité tenant à une autorisation donnée par l'État pour ensuite procéder aux considérations sur la proportionnalité entre l'intérêt économique et celui environnemental.

A. La légalité d'une autorisation

Le seul cas dans lequel la non-conformité de l'investissement au droit de l'État d'accueil déterminerait la non-existence de l'investissement même est lorsque l'investissement même

²⁷ CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, n. ARB/14/21, sentence du 30 novembre 2017, p. 319-320 : "[...] under international law, the Tribunal may not import a requirement that limits its jurisdiction when such a limit is not specified by the parties."

²⁸ CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, n. ARB/14/21, sentence du 30 novembre 2017, p. 324: « The above conclusion does not exclude the possible relevance of illegality or lack of good faith with respect to the merits. »

dépend de l'existence d'un ordre juridique national auquel il se rattache. Tel est le cas d'un investissement fondé sur un acte d'autorisation de l'État, qui donne lieu à un droit de l'investisseur qu'au cas où les respects des conditions pertinentes est assuré.

Un tel cas revête une importance significative lorsque l'investissement étranger a pour objet des ressources naturelles sur lesquelles l'État exerce sa souveraineté en les concédants eu particulier. La décision récente du Tribunal dans *Cortec Mining c. Kenya* nous éclaire sur le point. En l'occurrence il s'agissait d'une concession minière qui n'avait pas été donnée à l'investisseur en raison du manque d'une étude d'impacte environnemental.

Le Tribunal avait procédé à l'identification des conditions pour qu'il puisse reconnaître sa compétence, au terme de l'article 41 de la Convention CIRDI. Selon l'examen croisé entre les conditions posées à l'article 25 de la Convention CIRDI et le TBI en question, il ressort que, selon le Tribunal de *Cortec*, en adjonction aux critères classiques, entant qu'identifiés par la célèbre sentence Salini, il y en a deux autres. À ce propos, le Tribunal reprend la formulation qui ressort de l'arrêt *Phoenix*. Or, pour qu'un investissement bénéficie de la protection internationale, au-delà d'une contribution financière, d'une certaine durée, du risque et la contribution au développement économique de l'État d'accueil, l'investisseur doit avoir investi ses actifs dans le respect des lois de l'État d'accueil et selon *bonne foi*.²⁹

La problématique analysée par le Tribunal est de savoir si la protection du TBI s'étend au titre minier issue d'une procédure administrative contraire à la loi de l'État d'accueil. En l'occurrence, l'investisseur n'avait pas satisfait une condition imposée par la loi, à savoir une étude d'impact environnemental, dont la pertinence en matière environnementale est fondamentale car il s'agit de la directe application du principe de précaution. C'est par une EIA que l'État et l'investisseurs peuvent collaborer afin d'envisager les risques pour l'environnement présentés par l'opération économique et la procédure pour mitiger tels risques. Le tribunal avait conclu que l'investissement trouvait sa raison d'être dans la loi de l'État d'accueil. Du moment qu'une licence ou quelconque autorisation plonge ses racines dans la loi de l'État, le respect de la condition de légalité résulte nécessaire. Au contraire, les droits réclamés par l'investisseur n'existent pas si l'acte administratif sur lequel ils se fondent n'a jamais produit des effets juridiques dans l'ordre juridique de l'État hôte.

²⁹ CIRDI, *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, n. ARB/06/5, sentence du 19 April 2009, CL-27, p. 114

Ainsi, du point de vue du Tribunal, si d'un point de vue du droit international le titre en question résulte *nul ab initio*, il n'a pas de compétence pour juger de l'affaire. En effet, il ressort de son interprétation que le but et l'objet du TBI et de la Convention CIRDI vont dans le sens contraire à que les États d'accueil soient retenus internationalement responsables pour des investissements créés en violation des normes protégeant un intérêt public fondamental tel que celui de l'environnement.³⁰

S'agissant de la gravité du non-respect des obligations imposées à l'investisseur, ce qui s'impose est logiquement une approche casuistique. Dans le cas de l'affaire *Cortec*, l'investisseur avait montré un non-respect évident pour les règles procédurales en matière de protection de l'environnement et du développement des ressources naturelles, qui lui avaient été imposées³¹.

B. Le test de proportionnalité entre l'intérêt économique et celui environnemental

Bien conscient de la gravité de la conséquence de nier à l'investisseur la protection sur le plan international, le Tribunal a suivi pédagogiquement l'approche établit dans l'affaire *Kim c. Uzbekistan*³² afin de vérifier si une telle conséquence était proportionnée, d'une part à l'importance de l'obligation non-respectée par l'investisseur, et de l'autre la gravité de la conduite de l'investisseur.

- L'évaluation de l'importance de l'obligation imposée à l'investisseur

³⁰ CIRDI, *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. République de Kenya*, n. ARB/15/29, sentence du 21 septembre 2018, p. 333 "The text and purpose of the BIT and the ICSID Convention are not consistent with holding host governments financially responsible for investments created in defiance of their laws fundamental protecting public interests such as the environment. The explicit language to the effect that protected investments must be made "in accordance with the laws of Kenya" is therefore unnecessary to secure the objects and purpose of the BIT"

³¹ Sentence arbitrale *Cortec c. Kenya*, p. 351

³² CIRDI, *Kim v. Uzbekistan*, n. ARB/13/6, décision sur la juridiction du 8 mars 2017, p. 413 : « In the Tribunal's view, the interpretive task is guided by the principle of proportionality. The Tribunal must balance the object of promoting economic relations by providing a stable investment framework with the harsh consequence of denying the application of the BIT in total when the investment is not made in compliance with legislation. The denial of the protections of the BIT is a harsh consequence that is a proportional response only when its application is triggered by noncompliance with a law that results in a compromise of a correspondingly significant interest of the Host State. »

Le Tribunal a tenu une approche factuelle en relevant le degré d'importance qu'avait en l'espèce une protection environnementale dans une zone particulièrement sensible. Le Tribunal avait abouti à une telle conclusion du moment qu'une telle sensibilité a requis différents niveaux de protection réglementaire³³. Ainsi, le Tribunal a relevé que les obligations imposées à l'investisseur pour pouvoir obtenir une autorisation s'expliquaient par leur importance fondamentale dans une zone tellement sensible³⁴.

- La compromission grave d'un intérêt public de l'État d'accueil

L'ultérieure étape suivie par le Tribunal était la vérification qu'il y avait eu la compromission d'un intérêt public de l'État comme résultat de la combinaison entre l'obligation que l'investisseur n'avait pas respecté et la conduite tenue. Il doit s'agir d'une compromission tellement grave que le déni de la protection internationale sous le TBI de l'investissement soit une sanction proportionnée pour la violation commise³⁵.

Ainsi, s'agissant de considérer le fait que l'investisseur n'avait pas respecté l'obligation de la soumission d'une étude d'impact à l'autorité compétente, le Tribunal a répondu par l'affirmative. En effet, le fait d'avoir échouer dans le respect d'une telle obligation avait fait en sorte que le Tribunal l'ait pu considérer comme une violation des lois du Kenya et, qu'au niveau international, cela justifiait la proportionnalité de la réponse du déni de protection du TBI et de la Convention CIRDI³⁶.

³³ *En l'espèce, la zone en question bénéficiait d'un statut de « forest reserve », « nature reserve », « national monument », renforcé ultérieurement par une régulation requérant une étude d'impact environnemental issue de l'autorité étatique parmi les conditions d'obtention de l'autorisation.*

³⁴ *V. p. 346 de la sentence: « In the Tribunal's opinion, the regulatory obligations on which the Claimants defaulted were of fundamental importance in an environmentally vulnerable area faced with a project to remove and at least partially process 130 million tonnes of Mrima Hill. »*

³⁵ *Sentence arbitrale Kim c. Uzbekistan, p. 408 : « Third, the Tribunal must evaluate whether the combination of the investor's conduct and the law involved results in a compromise of a significant interest of the Host State to such an extent that the harshness of the sanction of placing the investment outside of the protections of the BIT is a proportionate consequence for the violation examined. »*

³⁶ *V. p. 365 de la sentence Cortec : « The Tribunal therefore concludes that the Claimants' failure to comply with the legislature's regulatory regime governing the Mrima Hill forest and nature reserve, and the Claimants' failure to obtain an EIA licence (or approval in any valid form) from NEMA concerning the environmental issues involved in the proposed removal of 130 million tonnes of material from Mrima Hill, constituted violations of Kenyan law that, in terms of international law, warrant the proportionate response of a denial of treaty protection under the BIT and the ICSID Convention. »*

De ce fait, l'illégalité de la conduite de l'investisseur a été sanctionnée sur la base de la définition de l'investissement. Toutefois, dans la théorie, le caractère procédural de la légalité reste débattu.

Section II Le caractère procédural débattu de la légalité

Si le fait qu'une condition de conformité de l'investissement existe peut-être considéré comme acquis, il ne reste pas moins le fait qu'en doctrine et dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux on est loin d'une vision unanime quant à la place occupée par cette condition³⁷. En particulier, s'il est vrai qu'une distinction entre compétence et recevabilité est dépourvue de relevance dans la pratique (§1), des considérations tenant au balancement des intérêts en jeux pourrait conduire vers l'étude au stade de la recevabilité (§2).

§1 Une distinction dépourvue de relevance pratique

L'analyse d'une telle condition peut en effet intervenir à différents stades d'une procédure devant les tribunaux arbitraux : le Tribunal peut décider de s'en charger au moment de l'établissement de sa compétence³⁸, au stade de l'étude de la recevabilité ou encore au moment de l'analyse du fond.

Plusieurs peuvent être les raisons amenant à une telle divergence. Avant tout, lorsque la condition est explicitée dans le texte d'un TBI, elle peut se retrouver soit dans la prévision contenant la définition d'investissement³⁹, dans celle de promotion des investissements⁴⁰ ou

³⁷ R. YOTOVA, "Chapitre 13: Compliance with Domestic Law: An Implied Condition in Treaties Conferring Rights and Protections on Foreign Nationals and Their Property", in J. KLINGER, Y. PARKHOMENKO et aa, "Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law", *Kluwer Law International* 2018, pp. 307-330, en considérant les positions de R. Kreindler in *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*, quant à l'analyse de la légalité au moment de la compétence ou de l'admissibilité et Z. Douglas in « *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration* », *ICSID Rev.* 155, 185 (2014) qui prend position sur la légalité à analyser au moment du fond. Pour ce qui concerne la jurisprudence internationale, dans l'affaire *Plama c. Bulgarie*, le Tribunal a choisi d'analyser la légalité de l'investissement au moment de l'analyse sur le fond, tandis que le Tribunal dans *Inceysa Vallisoletana c. El Salvador* a considéré que le respect d'une telle condition tenait à la définition d'investissement, même en absence d'une telle prévision à l'intérieure de la définition contenue dans le TBI.

³⁸ V. par exemple *Inceysa c. El Salvador*, sentence du 2 août 2006, p. 257

³⁹ V. par exemple article 1(1) du TBI *Alemagne-Philippines* : « the term »investment shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting States[...]"

⁴⁰ V. par exemple a

dans certains cas dans les dispositions contenant les protections substantives des investissements, même si ce dernier cas arrive plus rarement⁴¹.

En tout état de cause, peu semble importer le positionnement de la condition de conformité de l'investissement au moment de son analyse devant un Tribunal. Le seul effet pratique c'est si l'établissement de la non-conformité arrive au moment des exceptions préliminaires à la juridiction ou de l'admissibilité de la demande devant le Tribunal plutôt qu'au moment de la phase du fond, surtout si la procédure est bifurquée.

Un tribunal aura la compétence *ratione materiae* que s'il s'agit d'un investissement qui est couvert par la définition d'investissement donnée par le TBI. Autrement, si on l'admet en tant qu'investissement, même si illégal, au moment de l'analyse sur le fond, l'État soulèvera la non-conformité à son ordre juridique comme moyens pour se défendre des allégations faites par l'investisseur. En doctrine, ils existent des considérations divergentes sur ce point.

Par exemple, les Tribunaux des affaires *Hamester*⁴² et *Inceysa*⁴³ ont nié leur compétence pour trancher un litige en carence d'un investissement conforme au droit local qui soit un investissement protégé au sens du TBI, et donc en carence de la compétence *ratione materiae*.

Étant donné que le but et l'objet du traité est celui de protéger d'une manière large les investissements, la non-conformité à la loi de l'État d'accueil doit être macroscopique, donc il ne peut pas s'agir d'une violation d'une simple formalité, mais il doit tenir plutôt à l'essence même de l'investissement⁴⁴.

⁴¹ V. par exemple article 2(2) du TBI Allemagne-Argentine

⁴² *Hamester c. Ghana*, p. 123,124 : indépendamment du libellé du traité, un investissement créé en violation du droit local ou du principe général soit de droit national soit du droit international de bonne foi ne peut pas être protégé.

⁴³ *Inceysa c. El Salvador*, p. 257: "In conclusion, the Tribunal considers that, because Inceysa's investment was made in a manner that was clearly illegal, it is not included within the scope of consent expressed by Spain and the Republic of El Salvador in the BIT and, consequently, the disputes arising from it are not subject to the jurisdiction of the Centre. Therefore, this Arbitral Tribunal declares itself incompetent to hear the dispute brought before it." Le Tribunal a fondé son raisonnement sur le principe de la bonne foi, l'ordre juridique international et le principe du *nemo turpitudinem allegans*.

⁴⁴ R. Dolzer, C. Schreuer, "Non-compliance by investor with host state law and international public policy" in *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2nd éd, 2012, p. 92 et ss.

Le fait que l'investissement soit conforme aux lois et réglementations de l'État d'accueil comporte que si l'investissement n'est pas légal sur le territoire de l'État, il ne sera pas couvert par la protection substantive contenue dans les dispositions du TBI⁴⁵.

Même si à niveau pratique, surtout dans une procédure d'arbitrage international d'investissement il n'y a aucune différence entre l'établissement de la compétence et la reconnaissance de la recevabilité de la demande, au niveau théorique quelque considération ultérieure peut s'imposer.

§2 Les stades procéduraux offrant un meilleur balancement des intérêts

En faisant référence au but et à l'objet d'un TBI, qui est notamment celui de la promotion et de la protection des investissements étrangers, c'est l'analyse économique de l'investissement qui devrait l'importer sur toute autre considération⁴⁶. Le contexte dans lequel un tel instrument international a été conçu imposerait davantage une analyse privilégiant la réalité économique.

La qualification d'un investissement doit ressortir de l'entente résultant du traité conclu entre les Parties Contractantes au TBI, qui doit se détacher de la vision formelle d'une seule des Parties, résultat auquel on aboutirait en considérant que la condition de légalité tient à la définition de ce qui est un investissement et donc à la compétence *ratione materiae* du Tribunal arbitral.

Toutefois, une telle lecture ne tiendrait pas en compte le but du traité, instrument capable de faire en sorte qu'il existe un échange être la localisation d'un actif sur le territoire de l'État, dont l'intérêt est la contribution à son développement économique, et l'offre unilatéral d'un arbitrage devant lequel l'investisseur aurait accès à la protection de son investissement sur le plan international.

D'un tel point de vue, la clause qui voudrait que l'actif soit localisé sur le territoire de l'État d'accueil en concordance de ses lois serait la condition pour que l'investisseur acquière la

⁴⁵ C. McLachlan QC, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford international arbitration series, p. 6.63 et ss.

⁴⁶ Z. DOUGLAS, "The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration", in M. KINNEAR et C. McLACHLAN (eds), *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Oxford University Press, 2014, Vol. 29, p. 178

propriété de l'actif selon les moyens prévus par le droit local, afin qu'aux yeux de l'État tel bien soit susceptible d'entrer dans le patrimoine du particulier⁴⁷.

Par conséquent, la condition de légalité de l'investissement devrait être analysée sous l'onglet de la recevabilité. Cela comporterait que si un investissement pourrait être protégé par un Tribunal arbitral qu'à partir du moment qu'il rentre dans le champ de sa compétence car il s'agit d'une opération ayant caractère d'investissement, en concret un investissement illégal ne saurait pas être considéré comme un investissement protégé sur la base d'un tel instrument car il n'existerait pas⁴⁸ et cela irait à l'encontre de la réalité économique.

Toutefois, n'importe quelle forme d'illégalité ne saurait pas suffire pour empêcher que la demande de l'investisseur ne soit pas analysée par un Tribunal arbitral. Comme il a été le cas dans l'affaire *Kim*, dont la même approche a été reprise par le Tribunal dans *Cortec*, il faut appliquer un test de proportionnalité afin d'identifier si une conséquence draconienne tel que le déni de la possibilité de porter une demande devant un Tribunal arbitral soit une réponse proportionnée à la gravité de la violation commise par l'investisseur. Un tel test passerait aussi par l'intérêt protégé par la loi violée.

Celle-ci est toujours une approche qui demeure dans l'optique binaire au stade juridictionnel. Toutefois, si le litige qui doit être tranché par le Tribunal est celui de savoir si l'État a commis une violation du TBI, mais que son action avait la tendance à répondre à un intérêt public de plus en plus important, tel que la protection de l'environnement, une analyse soit factuelle soit juridique plus approfondie s'imposera et le stade plus opportun sera celui du fond.

Les différends concernant des considérations environnementales se caractérisent surtout par un haut niveau d'incertitude scientifique, question qui ne peut aboutir à une solution que dans le domaine du développement scientifique et technique. Les instruments dans les mains du juriste restent les principes qui doivent accompagner une action de l'État lors de la mise en place d'une mesure visant une telle protection.

⁴⁷ Z. DOUGLAS, "The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration", in M. KINNEAR et C. McLACHLAN (eds), *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Oxford University Press, 2014, Vol. 29, p. 179

⁴⁸ CIRDI, *Saba Fakes c. Turquie*, n. ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010, p. 112 : « [...] an investment might be „legal“ or „illegal,“ made in „good faith“ or not, it nonetheless remains an investment. The expressions „legal investment“ or „investment made in good faith“ are not pleonasms, and the expressions „illegal investment“ or „investment made in bad faith“ are not oxymorons. »

De ce point de vue, s'il s'agit de prendre l'appui sur une calibration faite par une autorité administrative de l'État, comme par exemple il serait le cas d'un EIE représentant une condition préalable à l'issue de l'autorisation administrative d'un projet objet de l'investissement étranger. Il a eu déjà lieu d'analyser tel cas dans l'affaire *Cortec* et d'accepter qu'un Tribunal puisse le considérer au niveau juridictionnel.

Cependant, si tel n'est pas le cas, le fait qu'il soit requis au Tribunal même de pondérer une action de l'État en considérant les obligations environnementales qui l'ont mené à une telle adoption, une telle complexité devrait être analysée sur le stade du fond⁴⁹. Une telle approche serait bénéfique de deux points de vue : du moment qu'il s'agit de l'analyse de dispositions de droit substantiel et non plus procédural, la décision du Tribunal sera couverte par l'effet de *res judicata*, ce qui empêcherait que la même demande serait introduite devant un autre Tribunal arbitral qui pourrait aboutir à une conclusion différente, avec les conséquences d'un tel cas. De l'autre côté, le stade du fond est la sphère idéale pour un raisonnement qui puisse aboutir à une synthèse entre les intérêts économiques et ceux environnementaux, sous l'égide du principe du développement durable, faisant partie du droit applicable que le Tribunal doit interpréter sur la base de l'article 31 lett. C) de la Convention de Vienne qui imposerait une interprétation systémique.

Une telle calibration est en revanche difficile au stade de l'établissement de la compétence par le Tribunal, parce qu'au moment actuel il n'existe pas d'instrument quantitatif qui donne la réponse de savoir si un investissement serait soutenable ou durable, au moins que comme il a été dit en précédence, un Tribunal ne puisse s'appuyer sur une EIE, dans laquelle un tel raisonnement a été déjà fait par une autorité nationale.

Au moment actuel, il s'agirait d'une utopie si les investissements non-soutenables seraient considérés comme la violation de l'ordre public international ou, pour reprendre une formule employée dans la sentence *World Duty Free*, plutôt *transnational*. Malheureusement, le fait qu'un investissement ne soit pas soutenable n'arrive pas à être considéré comme un *obbrobrium* de la part de la communauté internationale, déjà parce qu'il n'est pas du tout si

⁴⁹ Z. DOUGLAS, "The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration", in M. KINNEAR et C. McLACHLAN (eds), *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Oxford University Press, 2014, Vol. 29, p. 179

évident à partir duquel moment une activité commerciale puisse être considérée comme impactant l'environnement.

Le contenu de l'ordre public transnational contient des interdictions tout à fait exceptionnelles⁵⁰, qui pour l'instant n'implique que l'interdiction de la corruption dans l'arbitrage international des investissements⁵¹. Cela reste encore utopique pour ce qui concerne le droit de l'environnement dans la représentation actuelle du scénario de la communauté internationale, même si une partie de la doctrine voit une possible ouverture à travers le prisme du droit au développement d'un État⁵².

Conclusion du Chapitre I

Eu égard de ce qui précède, il existe au moins une décision en matière de protection de l'investisseur étranger et des considérations environnementales, à savoir l'affaire *Plama c. République de Bulgarie*. Du moment qu'il n'existait pas une clause imposant la légalité de l'investissement dans le TCE, le Tribunal a estimé qu'il ne s'agirait pas d'une condition pour la protection de l'investissement, raison pour laquelle il a choisi d'analyser le manquement de l'investisseur au stade du fond⁵³.

Cette dernière considération implique que dans la pratique jurisprudentielle il n'existe pas l'unanimité de considérer le non-respect du droit local de l'État d'accueil à un stade déterminé de la procédure : compétence, recevabilité ou fond.

Toutefois, ainsi qu'il a eu lieu d'être démontré par l'analyse de l'affaire *Cortec*, le cas où l'illégalité touche une condition tenant à l'existence même de l'investissement, comme par

⁵⁰ Z. DOUGLAS, "The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration", in M. KINNEAR et C. McLACHLAN (eds), *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Oxford University Press, 2014, Vol. 29, p. 179

⁵¹ V. notamment *SA, CNUDCI, Methanex c. EEUU*, sentence du 3 août 2005 ; *CIRDI, World Duty Free c. Kenya*, n. ARB/00/7, sentence du 4 octobre 2006 ; *CIRDI, Siemens c. Argentine*, n. ARB/02/8, sentence du 6 février 2007

⁵² O. DANIC, "Chapitre 14 : Droit international des investissements droits de l'homme, droit de l'environnement" faisant référence à P. LALIVE « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international » p. 327-737, in *Droit international des investissements et l'arbitrage transnational*, sous la direction de Charles Leben, A. Pedone, p. 561-562

⁵³ *CIRDI, Plama Consortium Ltd c. République de Bulgarie*, n. ARB/03/24, décision sur la juridiction du 8 février 2005, p. 228-30

exemple un titre minier, à ce moment-là les tribunaux arbitraux ne peuvent que constater qu'un investissement non conforme aux normes sur le respect de l'environnement n'est pas couvert par la compétence *ratione materiae*.

Chapitre II La violation des normes environnementales par l'investisseur : l'introduction des demandes reconventionnelles par l'État défendeur

L'une des particularités de l'arbitrage international investisseur-État est le *ius standi* qui a été reconnu à un particulier afin de lui permettre la saisine d'un tribunal arbitral international afin de faire constater la violation commise par l'État d'accueil à l'égard d'un investissement. Au contraire, la possibilité de constater une violation commise par un investisseur devant un tribunal arbitral n'a pas été envisagée que très récemment.

Ainsi, par l'introduction d'une demande reconventionnelle, l'État d'accueil aurait la possibilité de faire constater des violations commises par l'investisseur à son égard⁵⁴. Mais avant qu'un tribunal arbitral puisse statuer sur une demande reconventionnelle introduite par l'État d'accueil, il doit vérifier s'il a le pouvoir pour trancher un litige fondé sur un tel instrument. C'est-à-dire qu'il s'agit de vérifier si une telle prétention rentre bien dans le domaine de la compétence du tribunal (Section I) et si la demande reconventionnelle a un lien suffisamment étroit pour qu'elle soit considérée comme recevable (Section II).

⁵⁴ E. RUGGERI-ABONNAT, *Les demandes reconventionnelles de l'État en arbitrage transnational d'investissement*, Thèse de doctorat (non-publiée), Université Paris II Panthéon-Assas et Université de Genève, 2021, par. 1082

Section I L'analyse de la demande reconventionnelle environnementale au stade juridictionnel : le consentement des parties

La demande reconventionnelle, comme tout autre aspect procédural, doit être entendue à la lumière de l'engagement juridictionnel qui régit le pouvoir du tribunal de rendre une décision⁵⁵. Au stade préliminaire de toute procédure, le Tribunal arbitral doit s'assurer qu'il a bien la compétence pour faire une analyse des prétentions des parties, y compris la demande reconventionnelle introduite par l'État défendeur devant lui.

Pour ce faire, le Tribunal analysera le contenu de la convention d'arbitrage conclue entre les parties au litige. Ainsi, selon l'instrument juridique choisi, il s'agira de constater qu'un contrat rend plus facilement acceptable la compétence du tribunal (§1) par rapport à l'instrument conventionnel (§ 2), au moins qu'il constate sa compétence sur la base des dispositions substantielles (§3).

§1 L'établissement de la juridiction plus simple dans le litige contractuel

D'abord, un constat empirique à caractère général s'impose dans cette analyse. La genèse du contentieux reconventionnel s'est déroulée ayant comme fondement une relation contractuelle entre l'investisseur et l'État. En prenant comme point de référence le contentieux CIRDI, il suffit de constater que dès les vingt premières affaires introduites au Centre, dans casi la moitié des cas c'est possible de retrouver des demandes reconventionnelles introduites par l'État défendeur⁵⁶.

Étant donnée la nature synallagmatique de l'instrument contractuel, l'introduction d'une demande reconventionnelle ne paraît pas anormale dans un contentieux fondé sur ce type d'instrument⁵⁷. En effet, l'objet d'un contrat est celui de régler les rapports entre deux sujets et leurs intérêts en établissant des obligations l'un vers l'autre, ce qui caractérise la nature bilatérale d'un tel type de rapport⁵⁸.

⁵⁵ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, LGDJ Lextenso Éditions, 2^{ème} édition, 2015, p. 119

⁵⁶ E. RUGGERI-ABONNAT, *op. cit.*, p. 52

⁵⁷ *Supra.* p. 51 et ss.

⁵⁸ *Supra.*

Ainsi, il est tout à fait logique que si un investisseur a la possibilité de faire constater la violation d'un de ses droits ayant comme source le contrat, cela doit être le cas également pour l'État défendeur, afin de faire constater l'inexécution d'une obligation de la part de l'investisseur. Ainsi, la clause d'arbitrage contenue dans un contrat entre l'État et l'investisseur ne présente une véritable nécessité d'explicitier le fait que le premier puisse introduire une demande reconventionnelle vers le dernier en cas de litige entre les deux⁵⁹.

À confirmation de ce constat, plusieurs éléments peuvent être considérés. Avant tout, cela peut être confirmé par les règles procédurales choisies les plus souvent en cas d'arbitrage d'investissement : le règlement CIRDI et celui de la CNUDCI. L'article 46 de la Convention CIRDI prévoit expressément que « *sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles* » tandis que le règlement d'arbitrage de la CNUDCI le prévoit aux articles 4.2 lett. e), 21, 23 et 30.

Ultérieurement, tant le juge national que le juge international reconnaissent et érigent à règle fondamentale de procédure le principe d'égalité des parties devant le juge et le contradictoire. Du moment que soit l'investisseur soit l'État ont le droit d'accès à la justice arbitrale, rien ne saurait empêcher leur de faire valoir une prétention offensive, faisant valoir un droit substantiel devant le tribunal arbitral si le contrat sur lequel il se fonde le prévoit⁶⁰.

Dans le contentieux présentant des soucis environnementaux, ce qui peut être envisagé serait un contentieux né de l'inexécution d'une obligation découlant d'un instrument synallagmatique créant un rapport spécial entre l'investisseur et l'État. Tel peut être le cas d'un litige né d'une licence d'exploitation, un certificat, une convention ou n'importe quel type de contrat ayant pour objet des activités d'investissement susceptible de produire une forme de modification de l'environnement naturel dans lequel elles s'insèrent : qu'il s'agisse d'une concession pour le développement d'un site touristique ou bien de la concession pour l'exploitation des ressources naturelles contenues dans le sous-sol du territoire de l'État, l'instrument qui régit le rapport est un contrat.

⁵⁹ *Supra*

⁶⁰ *Supra*

Indépendamment du type des biens objet d'un contrat entre l'État et l'investisseur, pour ce qui nous concerne dans cette analyse, peu importe les préoccupations à caractère environnemental qui rentrent en jeu, ce qui l'emportera sera la caractéristique intrinsèque de l'instrument employé par les deux parties pour régler leur rapport.

De ce point de vue, il s'agira simplement d'interpréter le résultat de la volonté des parties, du moment que l'arbitre regardera l'investisseur et l'État sur un pied d'égalité dans un contentieux né sur la base d'un contrat entre les deux, peu importe l'intérêt public que l'État vise à protéger⁶¹, car il s'agira bien d'identifier l'existence d'une obligation de la part de l'investisseur dans ce sens et si l'arbitre a la compétence de s'y prononcer.

Les cas les plus évidents dans la pratique arbitrale ce sont le couple de *Burlington c. Ecuador* et *Perenco c. Ecuador*. Toutefois, une telle évidence est tributaire du grand succès que l'État a eu à l'occasion : pour la première fois un État-demandeur reconventionnel gagnait contre un investisseur étranger.

Cependant, la seule véritable considération à propos de ces deux sentences est l'importance que les Tribunaux de *Burlington* et *Perenco* ont donné à l'autonomie de la volonté des parties. En effet, un accord séparé était intervenu entre les deux sociétés faisant partie du même consortium et l'État. Par leur convention d'arbitrage, les parties ont exprimé clairement leur consentement à ce que la procédure d'arbitrage était « *the appropriate forum for the final resolution of the Counterclaims arising out the investment made by Burlinghton Resources and its affiliates in Blocks 7 and 21, so as to ensure maximum judicial economy and consistency*⁶². »

Ainsi, l'investisseur s'engageait à ne pas soulever des objections préliminaires quant à la demande reconventionnelle introduite par l'Ecuador et l'État, de son côté renonçait à son droit d'introduire ses réclamations devant d'autres *fora* à l'exception de l'arbitrage qui était en cours de développement⁶³.

⁶¹ A. Luzzatto, « *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States* », in RCADI, vol. 17, 1977, p.63 “[...] an agreement to arbitrate constitutes an implicit waiver [...] the *iure imperii* or *iur gestionis* character of the subject matter of the agreement should be irrelevant.”,

⁶² CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Ecuador*, n. ARB/08/5, décision sur la demande reconventionnelle du 7 février 2017, p. 60

⁶³ CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. Ecuador*, n. ARB/08/5, décision sur la demande reconventionnelle du 7 février 2017, p. 61

En outre, le Tribunal a pris en considération aussi l'article 46 de la Convention CIRDI, faisant référence donc aux règles procédurales du CIRDI quant aux conditions d'introduction d'une demande reconventionnelle, qu'il s'agira d'analyser dans la section relative à la recevabilité et l'article 25 de la Convention. De cette manière, le Tribunal a rapidement constaté que l'intérêt de la demande reconventionnelle à faire constater le dommage environnemental naissait directement l'investissement de Burlington.

Toutefois, cette approche contraste ouvertement avec l'approche tenue dans l'affaire *Al-Warraq c. Indonésie* où le Tribunal avait donné qu'une importance très marginale à l'accord intervenu entre les deux parties au litige. En effet, l'accord portait sur l'entente entre les parties qu'en cas de demande reconventionnelle, cette dernière aurait dû être introduite devant le même Tribunal, exactement comme dans l'affaire *Burlington*. Toutefois, le Tribunal, ayant déjà établie sa juridiction sur les demandes reconventionnelles sur la base du TBI en question, il avait employé le règlement CNUDCI et ledit accord entre les parties seulement en tant qu'argument supplémentaire, voire subsidiaire pour confirmer l'existence de sa juridiction⁶⁴.

Par conséquent, lorsque l'intention des parties ressort clairement et que le Tribunal se trouve devant un contrat, il n'aurait pas de difficulté pour se reconnaître compétent afin de juger sur le litige reconventionnel. Une telle facilité ne peut pas être toujours rencontrée lorsque les tribunaux se retrouvent à interpréter le libellé de la clause compromissoire contenue dans un instrument conventionnel.

§2 L'établissement de la juridiction tribunaire du libellé de l'instrument conventionnel

Dans le contentieux d'investissement conventionnel, l'étendue du mandat du tribunal à trancher le litige est tribunaire de la convention d'arbitrage qui se forme au moment de l'acceptation de l'investisseur de l'offre unilatérale de l'État d'accueil contenu dans un traité d'investissement. Ce type de contentieux est le plus fréquent dans la pratique arbitrale et les tribunaux arbitraux prêtent particulière attention à l'interprétation qu'ils donnent à la clause

⁶⁴ CNUDCI, *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonésie*, sentence du 15 décembre 2014, p. 664 : « [...] There is additional support for the right to a counterclaim in the procedural rules selected by the Parties and the terms of their Letter Agreement regarding the arbitration of 25 November 2011. »

d'arbitrage dans le but de ne pas risquer un dépassement du pouvoir et donc l'annulation de la sentence⁶⁵.

Afin d'analyser l'étendue de leur compétence, les tribunaux arbitraux prennent comme point de départ le libellé même de la clause contenant le mécanisme du règlement des différends contenue dans le traité. La jurisprudence des tribunaux arbitraux montre dans quelle mesure la demande reconventionnelle introduite par l'État est tributaire du libellé du traité.

Pour ce qui concerne l'interprétation de la clause compromissoire dans le contentieux reconventionnel fondé sur un traité d'investissement, la méthodologie suivie dans la décision *Roussalis c. Roumanie* s'est imposé dans la pratique.

Selon la majorité du Tribunal, si la clause compromissoire ne vise que les obligations de l'État d'accueil alors ce n'est pas possible que sa demande reconventionnelle rentre dans la compétence du Tribunal⁶⁶. Ainsi, selon l'interprétation de la majorité, le TBI entre la Grèce et la Roumanie ne donnait pas compétence à un tribunal arbitral pour trancher un litige portant sur une demande reconventionnelle introduite par l'État.

Toutefois, dans un *obiter dictum* le Tribunal de *Roussalis* a relevé qu'un tribunal arbitral aurait bien compétence pour connaître des demandes reconventionnelles là où la convention d'arbitrage viserait les litiges fondés sur la loi de l'État d'accueil⁶⁷. Un tel raisonnement reposerait donc sur la prémisse que le droit international n'impose des obligations qu'aux États et non pas aux particuliers, du moment qu'il ne s'agit pas de sujets ayant personnalité juridique en droit international⁶⁸.

⁶⁵ V. Article 52 de la Convention CIRDI concernant l'excès de pouvoir manifeste ainsi que l'article V(1) lett. c de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York en 1958, comme motif de refus de reconnaître l'exéquatour de la sentence si le tribunal dépasse son mandat

⁶⁶ CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, n. ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, p. 869 : "[...] the Tribunal in its majority considers that the references made in the text of Article 9(1) of the BIT to "disputes ... concerning an obligation of the latter" undoubtedly limit jurisdiction to claims brought by investors about obligations of the host State. Accordingly, the BIT does not provide for counterclaims to be introduced by the host state in relation to obligations of the investor. The meaning of the "dispute" is the issue of compliance by the State with the BIT."

⁶⁷ CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, n. ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, p. 871

⁶⁸ P. LALIVE, L. HALONEN, « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *Czech Yearbook of International Law*, Vol. II, 2011, par. 7.19

Le fait que le Professeur Michael Reisman a rédigé son opinion dissidente à propos du rejet de la demande reconventionnelle est explicatif du fait qu'une pratique constante n'était pas encore formée dans ce domaine.

Le Tribunal dans *Goetz c. Burundi* avait rejoint une décision complètement différente. Le Tribunal a reconnu que les demandes reconventionnelles rentraient bien dans son domaine de compétence du moment que l'investisseur avait accepté l'offre d'arbitrage fait par l'État contenu dans le TBI. Même si la clause d'arbitrage était similaire à celle de *Roussalis*, du moment que l'offre concernait également les règles procédurales du CIRDI, l'investisseur venait de les accepter. Par conséquent, le Tribunal était compétent pour connaître des demandes reconventionnelles introduites par l'État d'accueil, indépendamment du libellé du TBI en cause⁶⁹.

Dans son raisonnement, le Tribunal a ainsi souligné que : « *peu importe que le TPI ne contient aucune disposition donnant compétence au Tribunal pour connaître des demandes reconventionnelles.* ». Il faut quand-même souligner que la compétence du Tribunal pouvait se fonder sur une clause de règlement des différends plus large par rapport à celle analysée dans l'affaire *Roussalis*.

Un autre exemple de clause restrictive, dont l'interprétation concernant la demande reconventionnelle introduite par l'État avait occupé le Tribunal, c'était dans l'affaire *Oxus c. Ouzbékistan*. En l'espèce la disposition en question était similaire à celle de l'affaire *Roussalis*⁷⁰, raison pour laquelle le Tribunal a établi que son mandat ne couvrait pas les demandes reconventionnelles introduites par l'État.

Par conséquent, à chaque fois que la disposition relative au règlement des différends concerne la « *violation alléguée d'une obligation incombant à la première Partie Contractante aux termes du présent Accord* »⁷¹, le tribunal arbitral déclinera sa compétence de connaître de la demande reconventionnelle introduite par un État. Autrement, il s'agirait de méconnaître

⁶⁹ CIRDI, *Antoine Goetz et autres c. Burundi*, n. ARB/01/2, sentence du 21 juin 2012, p. 278-279

⁷⁰ CNUDCI, *Oxus Gold c. Ouzbékistan*, sentence du 17 décembre 2015, p. 948 où le Tribunal accueille l'exception préliminaire introduite par l'investisseur quant à sa compétence sur la demande reconventionnelle sur la base de l'article 8(1) du TBI Royaume Uni-Ouzbékistan qui couvrirait seulement les différends « *concerning an obligation of the latter [i.e. the Contracting Party] under this Agreement.* »

⁷¹ V. Article 10 de l'accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et les États-Unis du Mexique concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, signé le 27 août 1998

l'article 31 de la Convention de Vienne et d'interpréter de « mal-foi » la disposition du traité, du moment qu'en aucun cas le tribunal ne saurait constater une violation accomplie par l'investisseur.

Le même serait le résultat lorsque la dévolution du pouvoir juridictionnel au tribunal arbitral inclurait « *tout différend portant sur une violation alléguée des dispositions du traité* »⁷² au moins qu'il ne s'agit pas d'un TBI de nouvelle génération imposant des obligations également à l'investisseur⁷³. Dans ce cas-là, telles obligations seraient contenues dans les dispositions du traité et leur violation pourraient faire l'objet d'une demande reconventionnelle introduite par l'État.

Également, si les Parties Contractantes ont choisi de limiter la compétence *ratione personae* afin que le seul investisseur puisse introduire une demande devant un tribunal arbitral et il résulte clairement du libellé du texte, le tribunal devra limiter sa compétence à la demande principale, sans se reconnaître compétent pour la demande reconventionnelle de l'État⁷⁴.

§3 L'établissement de la juridiction sur la base des dispositions substantielles: *Urbaser et Aven*

Une importante avancée, soit du point de vue des demandes reconventionnelles introduites par l'État devant les tribunaux arbitraux d'investissement, soit du point de vue des considérations sociaux-environnementales a été signée par la décision *Urbaser c. Argentine* qui a sa fois a été reprise par celle dans l'affaire *Aven c. Costa Rica*.

⁷² V. Article 8 de l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Gouvernement de la République de Corée concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, conclu le 12 décembre 2006

⁷³ V. notamment le TBI Maroc-Nigéria conclu en 2016, qui impose à l'investisseur le respect du principe de précaution (article 14.3) ; le maintien d'un système de gestion de l'environnement et le respect des droits de l'homme conformément aux normes fondamentales en matière de travail et d'environnement, ainsi qu'aux obligations en matière de droits de travail et de droits de l'homme de l'État hôte ou de l'État d'accueil (article 18) ; le respect voire le dépassement des normes de gouvernance d'entreprise acceptées au niveau national et international (article 19)

⁷⁴ V. notamment l'article 26 du TCE et les articles 1116 et 1117 de l'ALENA prévoyant que seul l'investisseur peut introduire une demande devant un tribunal arbitral

Les deux décisions marquent surtout une importante évolution quant à la reconnaissance de la subjectivité internationale de l'investisseur étranger et la possibilité de faire constater sa violation d'obligations internationales devant un tribunal international⁷⁵.

Cette prémisse s'impose lors de l'analyse de la compétence d'un tribunal arbitral sur une demande reconventionnelle puisque l'aspect substantiel du droit international des investissements a été le prisme par lequel établir la compétence sur les demandes reconventionnelles introduites par l'État⁷⁶.

Dans la jurisprudence précédente, le Tribunal dans l'affaire *Al-Warraq* avait déjà eu l'occasion de considérer qu'un instrument différent d'un TBI ou un TMI, à savoir le OIC imposait des obligations à l'investisseur. Ce dernier était parmi les éléments principalement considérés par le Tribunal afin d'admettre sa compétence pour trancher un litige portant sur la demande reconventionnelle de l'État⁷⁷.

Le Tribunal dans *Aven c. Costa Rica* a eu l'occasion d'analyser la demande reconventionnelle formulée par l'État défendeur à la procédure. Il s'agissait de l'allégation des dommages environnementaux causés par les activités liées à l'investissement étranger, mise en place indépendamment du caractère écologiquement sensible du territoire en question.

À la suite de l'analyse effectuée par le Tribunal d'*Aven* a répondu par l'affirmative à la question de savoir s'il est possible pour un État d'introduire une demande reconventionnelle devant un tribunal arbitral en se fondant sur un instrument de droit international, tel que le TBI en question. Pour rejoindre une telle conclusion, le Tribunal a dû analyser soigneusement les termes du traité. Son point de départ a été celui de rappeler que les mécanismes similaires de

⁷⁵ E. RUGGERI-ABONNAT, *These de doctorat « La demande reconventionnelle ... »* Para. 1084

⁷⁶ V. SINHA, G. FUSEA, « Cereri Reconventionale in Arbitrajul Investitional: Praguri Cheie pentru Reclamanti, Parati si Tribunale [Counterclaims in Investment Arbitration> Key Threshold Issues for Claimants, Respondents and Tribunals] », in Cristina Emilia Alexe (ed.), *Revista Romana de Arbitraj, Wolters Kluwer Romania 2021, Vol. 15, pp. 54-79*

⁷⁷ CNUDCI, *Hasham Al-Warraq c. Indonésie, sentence finale du 15 décembre 2014, p. 663* : « Article 9 imposes a positive obligation on investors to respect the law of the Host State, as well as public order and morals. An investor of course has a general obligation to obey the law of the host state, but Article 9 raises this obligation from the plane of domestic law (and jurisdiction of domestic tribunals) to a treaty obligation binding on the investor in an investor state arbitration. »

règlement des différends contenus dans les TBI sont conçus en principe comme le moyen pour qu'une demande soit introduite contre les États d'accueil⁷⁸.

Au sens de l'article 10.16 du DR-CAFTA, la demande d'instance doit indiquer la violation d'une obligation contenue dans la Section A de la convention. En outre, l'article 10.28 identifie la partie du demandeur avec l'investisseur et la partie du défendeur avec l'État d'accueil. En tout état de cause, du moment qu'un État partie au traité peut prendre le rôle de défendeur, il s'inscrit dans cette logique que les États Contractant ont prévu la possibilité d'introduire des demandes reconventionnelles⁷⁹, du moment que c'est le défendeur celui qui en aurait l'opportunité pour les introduire.

Le Tribunal avait constaté également que l'article 10 du TMI prévoyait des obligations qu'à la charge de l'État d'accueil et que pour cela les investisseurs ne peuvent pas occuper la place du défendeur. Eu égard de cela, le Tribunal répond en relevant le fait que ledit article impose implicitement à l'investisseur une obligation de respecter les lois et les réglementations de l'État d'accueil, spécialement ceux qui ont pour objet la protection de l'environnement.⁸⁰

Selon le Tribunal, l'effet des dispositions du traité en cause est logique. Du moment que les mesures imposées par l'État sont contraignantes pour toutes les activités d'investissement sous sa juridiction, il revient aux investisseurs étrangers une obligation de respecter les lois et les réglementations environnementales. Cela lui revient non pas seulement en vertu de la loi nationale de l'État d'accueil, mais aussi sous le TMI en question et donc, directement du droit international.⁸¹

Voilà la principale innovation de la sentence *Aven c. Costa Rica*, par rapport au reste de la jurisprudence arbitrale internationale dans la matière. Il s'agit pour la première fois d'un Tribunal qui constate qu'il a juridiction sur la base d'un traité d'investissement afin de connaître de la violation d'un investisseur non seulement sur la base du droit national, mais aussi sur celle du droit international.

⁷⁸ CIRDI, UNCITRAL (1976), *David R. Aven et autres c. République de Costa Rica*, n. UNCT/15/3, p. 731

⁷⁹ CIRDI, UNCITRAL (1976), *David R. Aven et autres c. République de Costa Rica*, n. UNCT/15/3, p. 731

⁸⁰ CIRDI, UNCITRAL (1976), *David R. Aven et autres c. République de Costa Rica*, n. UNCT/15/3, p. 732

⁸¹ *Ibidem*, p. 734

Pour se faire, le Tribunal a repris la jurisprudence en la matière, en constatant que la majorité des tribunaux d'investissement ont nié d'avoir juridiction pour se prononcer sur une demande reconventionnelle introduite par l'État⁸² sur la base d'un TBI. Toutefois, le Tribunal d'*Aven* a pris l'appui sur l'affaire *Urbaser c. Argentine* qui concernait plutôt les droits de l'homme, à savoir le droit à l'accès à l'eau potable. Le Tribunal en question avait constaté sa compétence pour connaître d'une demande reconventionnelle sur la base des articles 25 et 46 de la Convention CIRDI et sur la base de la clause compromissoire du TBI en cause.⁸³

L'aspect de la décision *Urbaser* concernant la recevabilité des demandes reconventionnelles considérés comme relevant par le Tribunal *Aven* est le fait que « *it can no longer be admitted that investors operating internationally are immune from becoming subjects of international law* »⁸⁴.

Dans ce sens, le Tribunal *Aven* concorde avec le Tribunal *Urbaser* principalement sur la base du fait que le droit international des investissements fait jouir les investisseurs d'un certain nombre de droits substantiels et procéduraux. C'est en échange de cela que le Tribunal trouve convaincant que surtout un type d'obligation internationale qui s'impose aux États en tant qu'*erga omnes* doit désormais s'imposer également aux investisseurs étrangers.⁸⁵

Ainsi, le Tribunal identifie dans l'obligation du respect des normes environnementales une obligation *erga omnes*, dont l'importance est telle que le respect s'impose dans l'intérêt de l'entière communauté internationale⁸⁶. Par conséquent, la clause relative au règlement des

⁸² *Ibidem*, p. 736 se référant notamment au Tribunal dans l'affaire *Saluka c. République Tchèque* qui avait constater *prima facie* la compétence sur une demande reconventionnelle présentée sur la base du TBI Olande-République Tchèque, toutefois niée sur la base des considérations circonstanciées de l'espèce

⁸³ CIRDI, UNCITRAL (1976), *David R. Aven et autres c. République de Costa Rica*, n. UNCT/15/3, p. 737

⁸⁴ CIRDI, UNCITRAL (1976), *David R. Aven et autres c. République de Costa Rica*, n. UNCT/15/3, p. 738

⁸⁵ *Ibidem*, p. 738 : « [...] It is particularly convincing when it comes to rights and obligations that are the concern of all States, as it happens in the protection of the environment. »

⁸⁶ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgique c. Espagne)*, jugement du 5 février 1970, p. 33 : « Dès lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers, personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assume certaines obligations quant à leur traitement. Ces obligations ne sont toutefois ni absolues ni sans réserve. Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. »

différends entre investisseur et État n'empêchait pas que l'État défendeur puisse introduire une demande reconventionnelle devant un tribunal formé sur la base dudit instrument.⁸⁷

De surcroît, l'intérêt d'admettre au stade juridictionnel une demande reconventionnelle devant un tribunal arbitral international est aussi celui de la bonne administration de la justice. À l'aune de l'opinion dissidente du professeur Reisman dans *Spyridon Roussalis c. Roumanie*⁸⁸, le Tribunal réaffirme les avantages pratiques en termes d'économie procédurale et d'efficacité dont soit l'État soit l'investisseur bénéficieraient.⁸⁹

Ainsi, le Tribunal a établi *prima facie* sa juridiction⁹⁰. Le seul détail qui a empêché le Tribunal de se prononcer sur le fond de la demande reconventionnelle a été le non-respect par le Costa Rica des dispositions procédurales contenues dans le règlement d'arbitrage de la CNUDCI⁹¹.

En tout état de cause, par sa décision, le Tribunal en *Costa* a démontré comme l'importance de l'intérêt public protégé tant au niveau national quant au niveau international peut se refléter d'une manière puissante au niveau procédural. Étant donné que l'environnement a une telle importance dans la communauté internationale, il convient que devant les tribunaux arbitraux il puisse se dégager un instrument qui arrive à habiliter le Tribunal à prendre des décisions qui ne soient plus exclusivement en fonction des intérêts économiques.

L'approche montrée par le Tribunal *Aven* souligne l'opportunité que les tribunaux arbitraux d'investissements ont pour faire une interprétation évolutive des dispositions substantielles

⁸⁷ CIRDI, UNCITRAL (1976), *David R. Aven et autres c. République de Costa Rica*, n. UNCT/15/3, p. 740 donnant interprétation des articles 10.15 et 10.16 du DR-CAFTA

⁸⁸ V. CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, n. ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011, le professeur Reisman dans son opinion dissidente avait noté que : « It is important to bear in mind that such counterclaim jurisdiction is not only a concession to the State Party: Article 46 works to the benefit of both respondent state and investor. In rejecting ICSID jurisdiction over counterclaims, a neutral tribunal – which was, in fact, selected by the claimant – perforce directs the respondent State to pursue its claims in its own courts where the very investor who had sought a forum outside the state apparatus is now constrained to become the defendant. (And if an adverse judgment ensues, that erstwhile defendant might well transform to claimant again, bringing another BIT claim.) Aside from duplication and inefficiency, the sorts of transaction costs which counter-claim and set-off procedures work to avoid, it is an ironic, if not absurd, outcome, at odds, in my view, with the objectives of international investment law. »

⁸⁹ CIRDI, UNCITRAL (1976), *David R. Aven et autres c. République de Costa Rica*, n. UNCT/15/3, p. 741

⁹⁰ *Ibidem*, p. 742

⁹¹ La demande reconventionnelle du Costa Rica n'avait pas respecté les articles 20.2 et 20.4 du Règlement d'Arbitrage de la CNUDCI. En se référant de manière générale aux dommages environnementaux, L'État défendeur n'avait pas argumenté précisant les faits sur lesquels il fondait ses prétentions, ni en avait demandé spécifiquement un remède dans les termes prévus par les règles procédurales applicables en l'espèce. Admettre l'analyse sur le fond d'une telle demande aurait méconnu le droit au contradictoire de l'autre partie.

d'un traité d'investissement à la lumière du reste du panorama international⁹² et par ce moyen, faire rentrer les soucis environnementaux dans l'arbitrage international d'investissement.

Une fois établie la manière dont une demande reconventionnelle peut rentrer dans sa compétence, le tribunal arbitral procède à en vérifier la recevabilité (Section 2).

Section II L'analyse de la demande reconventionnelle environnementale au stade de la recevabilité: la connexion entre les demandes des parties

Au stade de l'analyse de la recevabilité des demandes reconventionnelle, les tribunaux arbitraux ont retenu le critère de la connexion avec la demande principale introduite par l'investisseur comme condition pour l'admettre devant eux. La connexion entre les prétentions des parties est une caractéristique nécessaire et inhérente à la demande reconventionnelle (§1) qui rend possible une meilleure administration de la justice (§ 2).

§1 La connexion comme caractéristique nécessaire de la demande reconventionnelle

Le critère de la connexion est le critère sur lequel se fonde principalement l'analyse de la recevabilité de la demande reconventionnelle. En effet, sans un lien suffisamment étroit avec la demande principale, elle ne saurait être qualifiée de demande reconventionnelle.

Parmi les règles procédurales employées le plus souvent dans le domaine de l'arbitrage d'investissement, tant la Convention CIRDI à son article 46 que les règles que celles de la CNUDCI prévoient que pour admettre les demandes reconventionnelles elles doivent rentrer dans la compétence du tribunal et doivent se rapporter « directement à l'objet du différend ».

La demande reconventionnelle est une « demande incidente par laquelle une partie à une instance prétend obtenir, en sus du rejet de la demande introduite contre elle, la satisfaction par la partie adverse d'une prétention entretenant un lien de connexité avec l'objet de la demande de cette partie⁹³ ».

⁹² L. BOISSON DE CHAZOURNES, « *Environmental Protection and Investment Arbitration : Yin and Yang ?* » in *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 10, 2017, pp. 376-377

⁹³ J. SALMON, « *Dictionnaire de droit international public* », Bruylant, 2001

À cet égard, à l'occasion de donner une interprétation à la notion de « connexité directe », la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice a relevé que le lien requis pour admettre la recevabilité d'une demande reconventionnelle dans une procédure internationale doit être apprécié soit en fait qu'en droit⁹⁴.

A. Un lien factuel nécessaire

Un tribunal arbitral qui a pour mandat principal celui de donner protection à l'investissement d'un ressortissant étranger comporte que la demande reconventionnelle soit nécessairement liée factuellement à l'investissement, rentrant ainsi dans la compétence *ratione materiae* du tribunal.

Les principales règles procédurales choisies par les parties pour l'application à leur contentieux d'investissement prévoient notamment qu'un lien de connexion doit exister entre la demande principale et celle reconventionnelle.

Par exemple, du point de vue de la procédure CIRDI, une fois que le tribunal a établi qu'il s'agit bien d'un investissement couvert par la définition du TBI en question et de l'article 25 de la Convention CIRDI, il s'agit de vérifier, aux termes de l'article 46 de la Convention, si la demande reconventionnelle se rapporte « *directement à l'objet du différend* »⁹⁵.

Concernant les règles CIRDI, selon A. Hoffmann, elles imposent un lien de connexion factuel étroit entre la demande principale et celle reconventionnelle⁹⁶. Les *Notes* relatives à la première version des règles procédurales du CIRDI indiquent que le test de connexité devrait être

⁹⁴ CIJ, *Activité armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), ordonnance sur les demandes reconventionnelles du 29 novembre 2001, p. 36 : « *Considérant que le Règlement ne définit cependant pas la notion de (connexité directe); qu'il appartient à la Cour d'apprécier, compte tenu des particularités de chaque espèce, si le lien qui doit rattacher la demande reconventionnelle à la demande principale est suffisant; et que, en règle générale, l'existence du lien de connexité directe requis entre ces demandes doit être appréciée aussi bien en fait qu'en droit.* »

⁹⁵ C. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2009, 2nd edition, pp. 751-752: "The tribunal may have to ascertain if the Centre's jurisdiction extends to the ancillary claim under Art. 25 and, if the answer is affirmative, whether the ancillary claim is sufficiently connected to the primary claim to satisfy Art. 46."

⁹⁶ A. K. HOFFMANN, "Chapter 36: Counterclaims", in M. Kinneer, G. R. Fischer et autres (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015, pp. 505-520

satisfait si, du point de vue factuel, la connexion entre les demandes est telle que la résolution de la demande « ancillaire » est requise pour atteindre la solution finale du différend⁹⁷.

Dans le contentieux d'investissement présentant des intérêts pour l'environnement tels que dans *Urbaser* et *Aven*, la question de l'admissibilité de la demande reconventionnelle de l'État a été rapidement évacuée par le tribunal. Dans l'affaire *Urbaser* le Tribunal s'est contenté du lien factuel et manifeste qu'il y avait entre l'investissement ayant pour objet une concession pour la gestion des eaux, et la demande reconventionnelle par laquelle l'État opposait à l'investisseur de ne pas avoir adéquatement géré l'investissement pour permettre l'accès à l'eau à la population⁹⁸.

Une partie nourrie de la jurisprudence a exigé un lien de connexion de droit afin d'établir la recevabilité de la défense reconventionnelle de l'État, ce qui dévient plus problématique dans le contentieux conventionnel.

B. Un lien de droit plus problématique dans le contentieux conventionnel

Jusqu'à présent, la véritable barrière pour admettre les demandes reconventionnelles devant les tribunaux arbitraux a été la condition que cette dernière repose sur le même instrument juridique que la demande principale.

À cet égard, la condition de connexion et son interprétation dépendent des règles de procédure choisies par les parties. Par exemple, non toute règle procédurale mentionne expressément une condition de « *close connection* » : c'est l'exemple des règles de la CNUDCI⁹⁹. Toutefois, la pratique des tribunaux arbitraux a relevé qu'une condition de connexion de droit existe et

⁹⁷ *Notes to the ICSID Arbitration Rules (1968), Note B (a) to Rule 40, ICSID Reports 63, 100 (1993): "to be admissible such claims must arise "directly" out of the "subject-matter of the dispute"... The test to satisfy this condition is whether the factual connection between the original and the ancillary claim is so close as to require the adjudication of the latter in order to achieve the final settlement of the dispute."*

⁹⁸ *ICSID, Urbaser S.A et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine, n. ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, p. 1151 : « The Tribunal observes that the factual link between the two claims is manifest. Both the principal claim and the claim opposed to it are based on the same investment, or the alleged lack of sufficient investment, in relation to the same Concession. This would be sufficient to adopt jurisdiction over the Counterclaim as well. »*

⁹⁹ Z. DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, 1st ed., §260-263

s'impose lors de la recevabilité d'une demande reconventionnelle en tant que principe général¹⁰⁰.

Du moment que la majorité des contentieux d'investissement sont introduits sur la base des traités d'investissement et que traditionnellement ce type d'instrument a été conçu dans la perspective d'assurer une protection internationale de l'investissement étranger, imposant un certain nombre d'obligations qu'aux États d'accueil, c'est logique que comme il n'y a pas d'obligations imposées à l'investisseur découlant de ce type d'instrument, la demande reconventionnelle difficilement pourrait reposer sur le traité invoqué par le demandeur principal.

Ainsi, les tribunaux arbitraux qui ont exigé le respect d'une telle condition de connexion ont dû sanctionner la demande reconventionnelle de l'État défendeur au stade de la recevabilité. Les affaires *Saluka* et *Paushok* en sont un exemple : les États de la République Tchèque et de la Mongolie avaient introduit des demandes reconventionnelles ayant comme fondement leur législation interne.

Le Tribunal de *Saluka* en particulier a donné une interprétation restrictive de la notion de connexion en se référant aux articles 19.3 des règles CNUDCI, 25(1) et 46 de la Convention CIRDI et à l'article II de la *Claims Settlement Déclaration* Iran-États-Unis. La conclusion maturée par le Tribunal est qu'il doit exister une « *close connection* » entre les demandes¹⁰¹ de telle façon qu'elles soient indivisibles et qu'elles partagent « *a common origin, identical sources, and an operational unity* »¹⁰². Ainsi, du moment que la demande reconventionnelle était ancrée dans la loi nationale de l'État, alors que l'investisseur se fondait sur le TBI Pays Bas-République Tchèque, le Tribunal a conclu à une absence d'un lien étroit et donc de la recevabilité de l'instrument reconventionnel.

Cette approche a été ensuite confirmée par la décision intervenue dans l'affaire *Paushok c. Mongolie*. Les violations, peu importe leur nature environnementale, réclamées par l'État dans

¹⁰⁰ CNUDCI (1976), *Saluka Investments B.V. c. République Tchèque*, décision sur la juridiction quant à la demande reconventionnelle de la République Tchèque du 7 mai 2004, p. 76

¹⁰¹ CNUDCI (1976), *Saluka Investments B.V. c. République Tchèque*, décision sur la juridiction quant à la demande reconventionnelle de la République Tchèque du 7 mai 2004, p. 78

¹⁰² *Ibidem*, p. 79 reprenant les termes employés dans la jurisprudence *Klöckner*

sa demande reconventionnelle avaient comme fondement la loi nationale, raison pour laquelle le Tribunal les a considérés comme irrecevables¹⁰³.

Malgré les critiques¹⁰⁴, la pratique jurisprudentielle n'a pas manqué de suivre cette approche restrictif¹⁰⁵. Au-delà de l'exemple *Urbaser*, il semble que l'opinion majoritaire est que la demande reconventionnelle doit présenter un type de lien de connexion juridique suffisamment étroit pour qu'elle soit recevable devant le tribunal.

Pour l'instant, il semble qu'il a été plus facile d'arriver au constat de la recevabilité d'une demande reconventionnelle telle que celle dans *Urbaser* ou *Aven* grâce à la voie plus originale et plus satisfaisante de la reconnaissance des obligations à caractère environnemental ancrées dans la législation nationale de l'État, élevée au niveau international, que l'investisseur doit respecter.

Toutefois, selon une partie de la doctrine internationale, pour autant qu'il y ait un fort lien de connexion factuelle, les bénéfices dans l'économie du procès suffiraient à justifier la recevabilité de la demande reconventionnelle¹⁰⁶.

§2 Des considération de bonne administration de la justice supplétives

Pour autant que les considérations objet du présent paragraphe doivent se considérer comme des considérations supplétives, qui servent surtout à renforcer le raisonnement des tribunaux qui ont décidé d'admettre devant eux la demande reconventionnelle, il ne reste pas moins le fait que l'économie procédurale pourrait représenter la raison d'un changement de perception du contentieux international d'investissement.

¹⁰³ CNUDCI (1976), *Sergei Paushok et autres c. Mongolie*, sentence du 28 avril 2011, p. 694 : «

¹⁰⁴ N. RUBINS, « Les demandes reconventionnelles dans l'arbitrage CIRDI », in *Un demi-siècle africain d'arbitrage d'investissement CIRDI, Regards rétrospectifs et prospectifs*, W. Ben Hamida, A Ngwanza, J-B. Harelimana, LGDJ, 2019, par. 483 : « Pareille interprétation a toutefois été vivement critiquée en ce qu'elle rend presque impossible la recevabilité des demandes reconventionnelles dans le cadre de procédures arbitrales fondées sur des traités d'investissement. »

¹⁰⁵ V. notamment CIRDI, *Marco et Stefano Gavazzi c. Roumanie*, n. ARB/12/25, décision sur la compétence et la recevabilité du 21 avril 2015, p. 154 (le Tribunal a déclaré l'irrecevabilité de la demande fondée sur la loi nationale de la Roumanie alors que le demandeur se fondait sur la violation du TBI Italie-Roumanie) et CNUDCI, *Oxus Gold c. Ouzbékistan*, sentence du 17 décembre 2015, p. 954-956

¹⁰⁶ H.E. KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2013, p. 154

Dans la décision *Aven* le Tribunal a pris en compte davantage les avantages pratiques en termes de « *procedural economy and efficiency for the benefit of both the host State and the foreign investor* », faisant référence à l'opinion dissidente du professeur Reisman dans l'affaire *Spyridon c. Roumanie*¹⁰⁷. Le principale avantage d'admettre comme recevable la demande reconventionnelle de l'État concernant une violation de la protection de l'environnement par l'investisseur étranger serait d'éviter qu'elle soit introduite en tant que demande principale au sein des tribunaux nationaux de l'État d'accueil¹⁰⁸.

En cas de refus de reconnaître la recevabilité d'une demande reconventionnelle en effet, soit l'investisseur soit l'État renonceraient aux avantages d'un arbitrage international. L'investisseur, de sa part, contraint à se présenter devant les juridictions de l'État renoncerait au juge neutre et international. L'État, quant à lui, il devrait morceler ses énergies et ressources en deux contentieux¹⁰⁹, ou bien, renoncer à l'un des deux.

Au contraire, porter devant le tribunal international l'entier contentieux, lui permettrait d'avoir une vision d'ensemble et de lui faire juger le contentieux d'investissement à la lumière du cadre international de l'environnement, lui permettant ainsi de « moraliser » le recours à l'arbitrage et rééquilibrer les chances de victoire de chacune des parties à la procédure¹¹⁰.

Le fait que l'actuel système d'arbitrage investisseur-État se présente comme un système unidirectionnel, où l'investisseur peut être le seul à faire constater les violations des obligations conventionnelles de l'État d'accueil et obtenir une compensation, alors que l'aspiration la plus grande de l'État est celle de ne pas perdre¹¹¹, suscite beaucoup de critiques.

Si c'est vrai que le moyen le plus adapté serait la renégociation des TBI par les États, il ne reste pas moins que les tribunaux arbitraux peuvent participer au changement du système par la prise

¹⁰⁷ CIRDI, règles CNUDCI (1976), *David R. Aven et autres c. République de Costa Rica*, n. UNCT/15/3, p. 741

¹⁰⁸ Opinion dissidente du professeur Reisman dans l'affaire *Spyridon c. Roumanie*, *supra*: « *Aside from duplication and inefficiency, the sorts of transactions costs which counterclaim and set-off procedures works to avoid, it is an ironic, if not absurd, outcome, at odds, in my view, with the objectives of international investment law* ».

¹⁰⁹ J. KALICKI, *Counterclaims by States in Investment Arbitration*, 2(3) *ITN Quarterly*, 2013, 1-2

¹¹⁰ E. Gaillard, « *L'avenir des traités de protection des investissements* », *Droit international des investissements et l'arbitrage transnational*, direction de Ch. Leben, A. Pedone, p. 1037-1041

¹¹¹ A. K. BJORKLUND, *The role of counterclaims in rebalancing investment law*, 17 *Lewis & Clark L. Rev.* 461 (2103), p. 461

en compte des avantages procéduraux et de légitimation de ce système, au lieu de se limiter à une interprétation formelle et parfois « stérile » des TBI¹¹².

Conclusion du Chapitre II et de la Partie I

Dans le présent chapitre, il a eu lieu d'être constaté que le droit procédural d'un État d'introduire une demande reconventionnelle pour faire sanctionner les violations environnementales commise par un investisseur est en principe reconnu par les règlements procéduraux employés le plus souvent dans le domaine. Il ne reste pas moins le fait que la compétence des tribunaux arbitraux est tributaire de l'instrument sur lequel le défendeur fonderait les prétentions objet de sa demande reconventionnelle.

La pratique des tribunaux arbitraux s'est en principe démontrée plus favorable à admettre des demandes reconventionnelles sur le fondement d'un contrat. Récemment, il a eu lieu d'être constaté qu'en raison d'une obligation du respect de l'environnement directement ancrée dans l'instrument conventionnel, une ouverture sur l'introduction d'une demande reconventionnelle sur la base d'un TBI a été envisagée.

Ces constats, unis au fait que le traitement de toute réclamation devant le même *forum* produirait soit des économies procédurales soit des raisons de légitimation du système de l'arbitrage international, vont dans le sens du soutien de l'hypothèse selon laquelle les tribunaux d'investissements pourraient représenter le forum idéal pour effectuer un balancement entre les intérêts économiques et ceux environnementaux.

Ainsi, la tractation sur les aspects procéduraux des considérations environnementales en droit international des investissements se conclue sur ce point. Par la suite, il s'agira de se pencher sur les aspects substantiels de la question, prenant comme sujet d'analyse l'expropriation de l'investissement étranger.

¹¹² A. K. HOFFMANN, "Chapter 36: Counterclaims", in M. Kinnear, G. R. Fischer et autres (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Kluwer Law International, 2015, p. 520

Partie II Les considérations environnementales en arbitrage international des investissements dans l'application du moyen substantiel : l'expropriation

L'expropriation est « la procédure par laquelle une autorité publique oblige une personne privée à lui céder des biens, droits ou intérêts au nom de l'intérêt général »¹¹³. Il s'agit d'un pouvoir qui découle de la souveraineté qu'un État exerce sur son territoire, ce qui le rend un pouvoir inhérent de l'État, qui ne saurait lui être retiré.

Aujourd'hui l'expropriation peut prendre deux formes : celle dite « directe », qui correspond à l'appropriation de l'État des droits de propriété des individus par un acte administratif ou législatif¹¹⁴, et celle dite « indirecte », qui se caractérise par l'absence d'un transfert formel de la propriété, qui reste dans les mains de l'investisseur, mais dont l'effet est la perte de tout bénéfice économique¹¹⁵. Indépendamment de la forme qui prend l'expropriation, l'intérêt du droit international des investissements est celui d'encadrer ce pouvoir en imposant le respect de certaines conditions.

Par ailleurs, parfois il peut s'avérer que la jouissance économique d'un investissement soit contraire à l'intérêt public de l'environnement et que l'État adopte des mesures capables d'annihiler une telle jouissance. Ainsi on s'attardera sur les considérations environnementales que les tribunaux arbitraux sont conduits à faire au stade de la qualification de l'expropriation (Chapitre I) pour ensuite procéder avec l'analyse faite au stade du calcul de l'indemnisation qui en découle (Chapitre II).

¹¹³ J. SALMON (Dir.), Dictionnaire de droit international public, Bruylant, 2001, p. 487 « Expropriation »

¹¹⁴ CIRDI, *LG&E Energy c. Argentine*, n. ARB/02/1, décision du 3 octobre 2006, p. 187

¹¹⁵ ALENA, *Metalclad Corp. c. Mexique*, n. ARB/97/1, sentence du 30 août 2000, p. 103: “expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.”; Tribunal irano-américain, *Starett Housing corporation e.a.c. Iran*, n. 24, première chambre, 19 décembre 1983, vol. 4, p. 122, p. 154 : « [...] measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.”

Chapitre I Les considérations environnementales au stade de la qualification de l'expropriation

D'emblée, une délimitation de l'objet du présent chapitre s'impose. En effet, on laissera d'un côté l'expropriation directe du moment que ce type de mesure se caractérise uniquement par le critère formel de la mesure même, cette dernière étant donc autodéscriptive¹¹⁶.

Ce qui présente un intérêt d'étude ce sont les mesures réglementaires dont le but est la protection de l'environnement. Contrairement à l'expropriation directe, la question de balancer l'intérêt économique de l'investisseur avec celui de l'État d'exercer son pouvoir réglementaire présente toujours des évolutions¹¹⁷. En effet, la pratique jurisprudentielle semble avoir conclu que par principe les mesures environnementales sont exclues du champ d'application de l'expropriation (Section I) à l'exception de celles présentant un caractère déraisonnable (Section II).

Section I Principe d'exclusion des mesures environnementales

Lorsqu'il s'agit de sanctionner une mesure ayant pour objet la protection environnementale à titre d'expropriation, la seule approche quantitative n'est plus pertinente (§1). L'intérêt de la mesure en cause est déterminant du moment que le droit pour l'État de réglementer dans le domaine environnemental s'avère prépondérant (§2).

§1 Le glissement vers l'absence de pertinence de l'approche uniquement quantitative

Initialement, les considérations environnementales n'ont pas trouvé leur place lors de l'analyse de l'expropriation indirecte subie par un investisseur étranger. D'ailleurs, jusqu'à récemment, tout intérêt exorbitant par rapport à celui économique a difficilement été rencontré dans la pratique des tribunaux d'investissement¹¹⁸.

¹¹⁶ CIRDI, *CDSE c. Costa Rica*, n. ARB/96/1, sentence du 17 février 2000, p. 72

¹¹⁷ J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE et L. USUNIER, *Droit du commerce international*, Dalloz, 4^{ème} édition, pp. 725-726

¹¹⁸ Tribunal irano-américain, *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran et al*, sentence du 22 juin 1984, pp. 225-226 : « *The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact.* »

Cela peut aisément s'expliquer par la genèse du système du droit international des investissements, ayant pour objet principal celui de donner une protection internationale aux intérêts économiques de l'investisseur contre les attentes de l'État. Voilà que cette considération porte les tribunaux arbitraux à considérer uniquement l'effet d'une mesure sur l'investissement et de considérer un tel critère comme étant suffisant pour caractériser l'expropriation indirecte¹¹⁹.

Néanmoins, la pratique des tribunaux arbitraux a contribué à l'évolution d'une approche plus équilibrée, capable de prendre en considérations des facteurs autres que le seul effet sur les droits patrimoniaux de la mesure, à savoir son caractère réglementaire et le but qu'elle poursuit.

À l'occasion d'un défaut de renouvellement d'un permis d'exploitation, le Tribunal dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*, après avoir constaté l'effet équivalent à l'expropriation de la mesure étatique, il a pris en compte également son caractère environnemental afin de déterminer s'il s'agissait ou non d'une mesure d'expropriation indirecte¹²⁰. Pour se faire, partant du principe que les mesures de réglementations n'étaient pas exclues du champ d'application de l'expropriation, le Tribunal a considéré l'application du test de proportionnalité entre l'intérêt public et la protection des droits patrimoniaux de l'investisseur¹²¹.

Selon cette interprétation, l'effet de dépossession peut se considérer comme condition pour qualifier provisoirement une expropriation indirecte, à confirmer en cas de mesure

¹¹⁹ V. CIRDI, *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, n. ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010, p. 410 : « Given that Claimant's investment has been substantially deprived of value, that such deprivation is effectively permanent, and that the deprivation was the result of government action, the Tribunal finds that Claimant's rights under the JAAs have been expropriated in violation of Article 4(1) of the UABIT. »; DE NANTEUIL, A., *Le droit international de l'investissement*, Pedone, 2020, p. 11.08 pour la "sole effect doctrine"

¹²⁰ CIRDI (AF), *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A c. Mexique*, n. ARB/00/2, sentence du 29 mai 2003, p. 118 : « However, the Arbitral Tribunal deems it appropriate to examine, in the light of Article 5(1) of the Agreement, whether the Resolution, due to its characteristics and considering not only its effects, is an expropriatory decision. »

¹²¹ *Ibid.* p. 122: "[...] the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality. »

disproportionnée par rapport à l'intérêt en jeu¹²². Au cas de mesure illicite, la dépossession devait être indemnisée.

La prise en compte de l'objectif poursuivi par la mesure réglementaire a été l'objet d'une ultérieure évolution dans la pratique jurisprudentielle, grâce aux sentences *Methanex* et *Saluka*. Selon ces tribunaux en effet, la considération environnementale de la mesure de régulation vaut à l'exclure du champ d'application de l'expropriation, indépendamment de l'effet de dépossession.

Le Tribunal de *Methanex* se trouvait confronté à une mesure environnementale interdisant la commercialisation d'une substance cancérigène dont l'investisseur canadien était le principal producteur au monde. Sans prendre en compte les effets de dépossession subis par Methanex, le Tribunal a conclu que selon le droit international général, la mesure en cause se qualifiait de mesure de réglementation et non pas d'expropriation en raison du but qu'elle poursuivait¹²³.

Le Tribunal de *Saluka* ne se trouvait pas confronté à une mesure de régulation à caractère environnemental, mais sa décision reste pertinente dans la littérature du point de vue du contenu de la doctrine des *police powers*. En effet, le Tribunal a confirmé l'approche suivie par *Methanex* qui tend à regarder spécifiquement l'intérêt général poursuivi par la mesure de réglementation et de ne pas s'arrêter à l'effet de dépossession pour qualifier l'expropriation indirecte génératrice d'une obligation de compensation¹²⁴.

La décision *Saluka* a été reprise par le Tribunal dans *Chemtura c. Canada* qui a clarifié ultérieurement qu'une mesure motivée par une prise de conscience croissante des dangers que présentent certaines substances chimiques pour la santé humaine et l'environnement ne sauraient être qualifiées d'expropriation¹²⁵.

¹²² ROBERT-CUENDET S., *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement, Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, p. 277

¹²³ ALENA, *Methanex Corporation c. États-Unis*, CNUDCI, sentence du 3 août 2005, Partie IV, Chapitre D, p. 7 : « [...] as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable. »

¹²⁴ CNUDCI, *Saluka Investments B.V. c. République Tchèque*, sentence partielle du 17 mars 2006, p. 255: "It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare."

¹²⁵ ALENA, *Chemtura Corporation c. Canada*, CNUDCI, sentence du 2 août 2010, p. 266: "[...] the PMRA took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the

Ainsi, c'est par l'abandon de la doctrine de l'effet unique et la progressive prise en compte des objectifs poursuivis par l'État a fait en sorte que dans le domaine de la protection de l'environnement une réglementation soit exclue du champ de l'expropriation.

§2 Le droit prépondérant de l'État de réglementer dans le domaine de l'environnement

La pratique décisionnelle qu'on vient d'analyser a contribué à changer le paradigme appliqué par les tribunaux lorsqu'ils analysent une mesure de protection de l'environnement qui peut affecter l'investissement d'un ressortissant étranger. Actuellement l'approche suivie par les tribunaux est celui qui part du principe que l'État peut toujours exercer son pouvoir de régulation sur son territoire, sans qu'il soit tenu à compenser l'investisseur substantiellement privé de ses droits patrimoniaux.

Ainsi c'est à exclure que l'exercice d'un « *police power* » rentre dans le champ d'application des clauses visant à protéger l'investisseur contre l'expropriation faite par l'État. Le Tribunal de *S.D. Myers* en analysant si l'adoption d'une mesure visant l'interdiction de l'exportation transfrontière de déchets toxiques constituait une expropriation indirecte, a affirmé que certaines mesures réglementaires ne peuvent aboutir à une expropriation indirecte visée à l'article 1110 de l'ALENA¹²⁶.

Comme relevée par Robert-Cuendet, la pratique conventionnelle récente confirme l'approche qui exclue en principe les mesures de régulation du champ d'application de l'expropriation¹²⁷. Toutefois, l'analyse de la récente pratique jurisprudentielle de *Bear Creek Mining c. Pérou* et *Eco Oro Minerals c. Colombie* dont les Tribunaux ont eu l'occasion d'interpréter ce type de disposition mette en avant une incohérence.

dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances [...] does not constitute an expropriation.”

¹²⁶ ALENA, *S.D. Myers c. Canada*, sentence partielle du 13 novembre 2000, p. 281: “[...] *The general body of precedent usually does not treat regulatory action as amounting to expropriation. Regulatory conduct by public authorities is unlikely to be the subject of legitimate complaint under Article 1110 of the NAFTA, although the Tribunal does not rule out that possibility.*”

¹²⁷ ROBERT-CUENDET, *op. cit.*, pp. 287-290 faisant référence aux modèles américain et canadien qui prévoient : « [s]auf dans rares cas, par exemple lorsque la mesure qui est si rigoureuse au regard de son objet qu'on ne pourra raisonnablement penser qu'elle a été adoptée et appliquée de bonne foi, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement. »

Dans l'affaire *Eco Oro* l'investisseur canadien avait allégué une violation de l'ALE Canada-Colombia sur la base du fait la mesure litigieuse visait à exclure toute activité minière d'une zone délicate du point de vue environnemental. Selon *Eco Oro*, la mesure constituait une expropriation indirecte alors que l'État soutenait d'avoir mis en place une mesure de régulation en protection de l'environnement.

Par une décision du 9 septembre 2021, le Tribunal *Eco Oro* a fait application avec succès de la doctrine des *police powers* sur la base de l'Annexe 811 qui excluait qu'une mesure réglementaire légitime dont le but était la protection de l'environnement pouvait être une mesure d'expropriation indirecte¹²⁸.

Cependant, le résultat n'a pas été le même dans la sentence *Bear Creek*, rendue trois années plus tôt, le 30 novembre 2017. Malgré le libellé identique de l'Annexe 812.1 sur l'expropriation indirecte de l'ALE Canada-Pérou, le Tribunal n'y a pas lu une prévision de doctrine des *police powers*.

Il s'agit d'une décision plutôt obscure, surtout à la lumière de la soumission des considérations du Canada en tant que non-partie au différend. Curieusement, le Tribunal n'a pas adressé la question des *police powers* au moment de l'analyse de l'expropriation indirecte, mais bien au moment de l'analyse d'une autre disposition du traité, celle prévoyant les exceptions générales au régime sur l'investissement de l'ALE¹²⁹.

Sur la base du contexte du traité en cause, caractérisé par des dispositions au regard de l'expropriation « very detailed »¹³⁰ le Tribunal avait considéré que la liste des exceptions était exhaustive et que celles du droit international général ne pouvaient s'appliquer en l'espèce¹³¹.

¹²⁸ CIRDI, *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia*, n. ARB/16/41, décision du 9 septembre 2021, p. 635: “[...] The Tribunal therefore turns to consider whether the Challenged Measures were a legitimate exercise of Colombia’s police powers pursuant to Annex 811(2)(b): were they a nondiscriminatory measure or series of measures designed and applied to protect the environment. If the answers to these questions are both yes, there is no indirect expropriation unless they comprise a rare circumstance”

¹²⁹ CIRDI, *Bear Creek Mining c. Pérou*, n. ARB/14/21, sentence du 30 novembre 2017, p. 473-474

¹³⁰ *Ibidem*, p. 372 : le Tribunal avait considéré qu’une interprétation littérale du traité s’imposait sur la base du fait que « the FTA contains more extensive and detailed definitions and rules that do most other BITs »

¹³¹ *Ibidem*, p. 473-474: “the list is not introduced by any wording (e.g. “such as”) which could be understood that it is only explanatory. [I]n the view of the very detailed provisions of the FTA regarding expropriation [...] the interpretation of the FTA must lead to the conclusion that no other exceptions from general international law or otherwise can be considered applicable in this case. There is, thus, no need to enter into the discussion between the Parties regarding the jurisprudence concerning any police power exception for measures addressed to investments.”

L'approche du Tribunal est critiquable car la disposition des *police powers* était effectivement contenue dans le texte du traité, comme mesure excluant l'expropriation indirecte. Selon la doctrine, le Tribunal a potentiellement adressé la question au stade de l'analyse de la mesure du Pérou, qui avait été jugé comme n'étant pas justifiée à cause de ses caractéristiques¹³².

Toutefois, ce qui semble confirmer qu'une mesure non-discriminatoire de régulation visant la protection de l'intérêt public exclue l'existence d'une expropriation indirecte est le fait que le Tribunal en se référant à la soumission du Canada sur la question « *does not disagree with this general evaluation* »¹³³.

Pour conclure, la pratique tant conventionnelle que celle jurisprudentielle a tendance à démontrer qu'un État provoquant un effet équivalent à la privation substantielle d'un investissement par l'adoption d'une mesure réglementaire ne sauraient en principe être qualifiée d'expropriation. Ce qui aboutit à être donc le critère de distinction entre une mesure réglementaire et une expropriation indirecte est le caractère raisonnable de dite mesure.

Section II La sanction des mesures environnementales déraisonnables

L'État garde toujours sa place en tant que principal acteur dans la protection de l'environnement. Si d'une part c'est vrai qu'une procédure d'arbitrage international est capable de mettre sur un pied d'égalité l'État et un particulier, il ne reste pas moins le fait que l'État garde toujours son caractère de protecteur de l'intérêt public.

Le fait que l'État soit le régulateur et que par l'exercice de sa souveraineté il mette en place un cadre dans lequel l'investisseur puisse développer son activité économique, le caractère raisonnable des mesures étatiques exigent la bonne foi de l'État (§1), cette dernière s'assortissant aux attentes légitimes de l'investisseur (§ 2).

¹³² J. PAINE, "Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru: Judging the Social License of Foreign Investments and Applying New Style Investment Treaties", in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds), *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Oxford University Press, 2018, pp. 340-348

¹³³ *Bear Creek Mining c. Pérou*, p. 471

§1 L'exigence d'une régulation effectuée de bonne foi

Le critère capable de produire une synthèse entre la protection de l'environnement et celle de l'investisseur contre les actions étatiques arbitraires est celui de la raisonnable¹³⁴, traduite par la bonne foi de l'État au moment de l'adoption d'une mesure qui a pour effet celui de priver le ressortissant étranger de ses droits.

À ce propos, la ligne de démarcation entre une mesure visant la privation de l'investisseur et celle ayant pour but véritablement la protection de l'environnement doit être tracée sur la base de la démarche suivie par l'État afin de l'adopter. Autrement dit, d'un point de vue pratique, l'État sera condamné à compenser l'investisseur du fait de l'adoption d'une mesure réglementaire illicite¹³⁵.

La doctrine et la jurisprudence sembleraient concorder sur le fait que cette distinction irait dans le sens du développement durable, puisqu'une telle approche est capable de faire avancer au même temps l'intérêt économique sans méconnaître celui de l'environnement, par le biais d'une régulation de qualité mise en place par l'État¹³⁶.

Dans la pratique plus récente, les tribunaux arbitraux concordent sur le fait que le pouvoir de l'État de réglementer en matière d'environnement ne serait pas illimité. Il doit être remis en perspective de toute autre règle de droit international relevant, au terme du paragraphe 3 lettre c de l'article 31 de la Convention de Vienne. En effet, les Tribunaux de *Infinito Gold* et *David Aven* confirment cette position, en expliquant que si c'est vrai que l'État garde sa marge discrétionnaire dans le but de protéger l'environnement, il doit le faire dans le respect du *due process* et de la bonne foi¹³⁷.

¹³⁴ S. ROBERT-CUENDET, *op. cit.*, p. 294

¹³⁵ Y. NOUVEL, « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux » in RGDIP, 2002-1, p. 88

¹³⁶ M. PAPANIKOLAOU, « Regulatory Expropriation and Sustainable Development », M-C. Cordonier Segger, M.W. Gehring e.a., Sustainable Development in World Investment Law, Global Trade Law Series, Vol. 3, Kluwer Law International, 2011, p. 323-324

¹³⁷ V. *Infinito Gold c. Costa Rica*, p. 774-778: “[t]hese two objectives – environment and investment protection – should, if possible, be reconciled so that they are mutually supportive and reinforcing.”; *David Aven c. Costa Rica*, p. 411-412

La pratique des tribunaux d'investissement est venue donner un contenu au principe de bonne foi. En effet ce dernier doit conduire l'État à adopter de manière transparente une régulation qui ne soit pas arbitraire, discriminatoire ou disproportionnée par rapport aux intérêts en jeux¹³⁸.

Le Tribunal de l'affaire *Occidental Petroleum* a estimé qu'une mesure administrative destinée à sanctionner le non-respect et la menace à l'intégrité du système de régulation des hydrocarbonés de l'Équateur avait été prise dans un but légitime d'assurer une certaine dissuasion. Toutefois, le caractère disproportionné de la mesure pour ce qui concerne l'effet de privation de l'investissement uni fait que l'État avait adopté la mesure en violation de son droit interne démontraient que la mesure ne correspondait pas à un exercice légitime des police powers¹³⁹.

Également, la mesure prise par l'État dans l'affaire *Burlington* n'avait pas été considéré comme justifiée en raison du manquement à la disposition de droit interne sur la base de laquelle la mesure était fondée et le fait que l'absence de risque immédiat pour l'environnement n'exigeait pas une intervention de l'État qui était disproportionnée¹⁴⁰.

La conformité au droit interne est souvent prise en considération lors de la détermination du caractère raisonnable de la mesure adoptée par l'État¹⁴¹. Toutefois, les tribunaux ont spécifié qu'il s'agirait plutôt d'un facteur parmi d'autres pour vérifier la bonne foi de l'État ayant adopté une décision¹⁴². Le fait d'avoir adopté une mesure qui se démontre être légale témoignerait l'absence d'une rupture brutale dans la régulation de l'État et son intention principale de réglementer dans le domaine de l'environnement¹⁴³.

¹³⁸ V. S.D. Myers, *Metalclad, Pope & Talbot* et *Tecmed* où il s'agissait de mesures dont le caractère discriminatoire ou arbitraire avaient démontré que la protection de l'environnement n'était pas le but véritablement visé par la régulation adoptée.

¹³⁹ CIRDI, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Equateur*, n. ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012, p. 450

¹⁴⁰ CIRDI, *Burlington Resources c. Equateur*, n. ARB/08/5, décision du 14 décembre 2012, p. 529

¹⁴¹ V. à titre d'exemple les affaires *Occidental Petroleum* (p. 450), *Burlington* (p. 529), *Bear Creek* (p. 398)

¹⁴² CIRDI, *Eco Oro Minerals c. Colombia*, n. ARB/16/41, décision du 9 septembre 2021, p. 646: "[t]he Tribunal notes that [the indirect expropriation disposition] does not impose an obligation to comply with such domestic laws, although it is a **relevant factor to consider in ascertaining the bona fides of the measures.**"

¹⁴³ J.E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, p. 310-314

Ainsi, le seul et plus récent exemple de régulation environnementale reconnue entant que telle pour son caractère raisonnable est celui de *Eco Oro c. Colombia*. En l'occurrence le Tribunal avait jugé licite la mesure réglementaire visant à protéger l'écosystème des *páramos* en raison de son caractère non-discriminatoire, qui concernait toute concession minière et la conformité au principe de précaution en matière environnementale, ancré tant dans le droit national colombien qu'en droit international. Le résultat d'interdire toute activité minière était en effet proportionné à l'importance environnementale reconnue aux *páramos* au niveau national et international¹⁴⁴.

Cependant, une difformité aux formalités prescrites avait été constatée par le Tribunal. Néanmoins, selon le raisonnement du Tribunal, cela n'aurait pas suffi pour lui faire constater le manque de bonne foi de l'État du moment que « *the importance of protecting the páramo ecosystems is unquestionable and there was no doubting the genuine motivation of those responsible to protect the environment* »¹⁴⁵.

Une telle conclusion a été rejointe sur la base du libellé de l'annexe relative à l'expropriation indirecte, qu'au cas de régulation en matière environnementale prévoyait qu'une expropriation n'aurait été caractérisée qu'en présence de « *rare circumstances* ». Selon le Tribunal, une telle éventualité se réaliserait qu'en présence d'un « *very significant aggravating element or factor in the conduct of the State* », ce qui vient confirmer l'importance de la méthodologie réglementaire dans la distinction entre une mesure de bonne foi et une expropriation indirecte¹⁴⁶.

Dès lors, le caractère raisonnable d'une mesure de régulation environnementale se caractérise par la bonne foi de l'État, qu'à sa fois se reflète dans les attentes légitimes de l'investisseur.

§2 Les attentes légitimes de l'investisseur encadrées par la diligence due

Les attentes légitimes de l'investisseur est un élément que traditionnellement tient à la catégorie du traitement juste et équitable accordé par l'État. Cependant, sur la base de la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis au sujet des *regulatory takings*, les « *investment-backed*

¹⁴⁴ CIRDI, *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia*, n. ARB/16/41, sentence du 9 septembre 2021, p. 636

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 678

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 643

expectations » ont trouvé une place centrale, de façon que cela a ensuite été repris par les tribunaux arbitraux¹⁴⁷.

Selon la doctrine, en droit international des investissements cette notion est liée au principe de la bonne foi¹⁴⁸ car le but de promouvoir l'investissement des étrangers passe par l'offre d'un cadre juridique stable et prévisible, qui permet l'élaboration de la meilleure stratégie commerciale¹⁴⁹.

Par exemple, selon le Tribunal de *Methanex*, le fait de créer des attentes légitimes dans l'investissement s'érigerait à une condition pour sanctionner d'expropriation l'adoption d'une régulation environnementale, malgré le respect du non-process son caractère non-discriminatoire¹⁵⁰.

Similairement, le Tribunal *Tecmed*, dans son test de proportionnalité prenait en compte les attentes légitimes de l'investisseur pour analyser si la mesure considérée se qualifiait d'expropriation¹⁵¹. En effet, le Tribunal était parvenu à constater qu'il s'agissait bien d'attentes à qualifier comme légitimes, qui avaient été frustrées à cause du refus du renouvellement d'un permis d'exploitation dans le domaine du traitement des déchets sur lequel l'investisseur fondait son investissement dans une optique de long terme¹⁵².

i. Les caractéristiques des attentes légitimes

¹⁴⁷ A. NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2020, p. 419-420 faisant référence à l'arrêt de la Cour Suprême des EEUU *Penn Central Transp. Co v. City of New York*, 26 juin 1978, 438 U.S. 104, p. 124

¹⁴⁸ A. SIWY, "Chapter VI: Investment Arbitration – Indirect Expropriation and the Legitimate Expectations of the investor", in G. Zeiler, I. Welsler, e.a., *Austrian Arbitration Yearbook 2007*, Kluwer International, 2007: "Dolzer recognized that legitimate expectations derive from the international legal principle of good faith. Any state has the sovereign right to prohibit investment. If it however decides to allow foreign investors to place their capital in its territory, the investors can reasonably rely on this decision" citation de DOLZER, *New Foundation for the Law of Expropriation of Alien Property*, AJIL 75 1981

¹⁴⁹ U. KRIEBAUM, C. SHREUER, *At What Time Must Legitimate Expectations Exist*, TDM Vol. 9 Issue 1, 2012, p. 1

¹⁵⁰ ALENA, *Methanex Corp. c. Mexique*, CNUDCI, sentence du 3 août 2005, Part IV, Chapter D, p. 7 : « [a]s a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government. »

¹⁵¹ ALENA, *Tecmed c. Mexique*, n. ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, p. 122 : « examining the actions of the State in light of Article 5(1) of the Agreement to determine whether such measures are reasonable with respect to their goals, the deprivation of economic rights and the legitimate expectations of who suffered such deprivation. »

¹⁵² ALENA, *Tecmed c. Mexique*, n. ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, p. 149-151

La doctrine Viñuales, prenant comme point de départ *Methanex* a identifié les conditions pour qu'il y ait des attentes légitimes « spécifiques » et aptes à être protégées. Il s'agit en effet d'une assurance qui doit : 1) provenir de l'autorité compétente en matière environnementale ; 2) avoir comme destinataire spécifique l'investisseur ; 3) au moment de l'accès sur le marché ; 4) l'engagement doit spécifiquement viser la mesure reprochée ; 5) l'assurance doit être donnée de bonne foi, donc l'investisseur ne peut pas se fonder sur l'assurance provenant d'un agent corrompu de l'État¹⁵³.

La pratique jurisprudentielle est alignée quant à une telle qualification des attentes légitimes à protéger. Par exemple, le Tribunal dans l'affaire *Abengoa c. Mexique* a établi l'expropriation par le Mexique prenant particulièrement en compte la confiance des investisseurs de que leur concession pour le traitement des déchets était valable et conforme à la loi. Une telle confiance était le résultat de plusieurs et continues confirmations de la part de toutes les autorités fédérales compétentes du fait que la concession n'aurait pas été retirée¹⁵⁴.

Le Tribunal l'affaire *Bear Creek c. Pérou* a ultérieurement confirmé telle position. Selon son raisonnement en effet, une mesure réglementaire révoquant la concession minière pour les soucis socio-environnementaux liés au projet de l'investisseur ne pouvait pas être considéré comme justifié du moment que les autorités étatiques avaient approuvé, voire encouragé l'investisseur dans son projet. En l'occurrence, le Tribunal avait conclu que l'investisseur avait démontré que l'État lui avait donné des garanties quant à la conformité du projet. Sans aucun changement des circonstances dans lesquelles telles garanties avaient été donnée, cela venait confirmer le défaut de raisonabilité de la mesure de l'État¹⁵⁵.

ii. La due diligence encadrant les attentes légitimes

Ce qu'il faut considérer au moment de la naissance d'une attente légitime est la diligence due de l'investisseur. Surtout dans le domaine de la réglementation environnementale, assujetti à

¹⁵³ J.E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, p. 374

¹⁵⁴ CIRDI, *Abengoa S.A. et CONFIDES S.A c. Mexique*, n. ARB(AF)/09/2, sentence du 18 avril 2013, p. 624

¹⁵⁵ CIRDI, *Bear Creek Mining c. Pérou*, n. ARB/14/21, sentence du 30 novembre 2017, p. 412 : « *the Tribunal concludes that Claimant could take it for granted to have complied with all legal requirements with regard to its outreach to the local communities. Respondent, after its continuous approval and support of Claimant's conduct, cannot in hindsight claim that this conduct was contrary to the ILO Convention 169 or was insufficient, and caused or contributed to the social unrest in the region.* »

l'évolution technologique et caractérisé par l'incertitude scientifique, le risque d'un changement dans la réglementation fait partie du risque commercial de l'investisseur¹⁵⁶.

Autrement dit, du point de vue des attentes de l'investisseur, une mesure environnementale est réputée comme raisonnable si elle rentre dans le champ de prévisibilité envisagée par un investisseur qui a exercé la diligence due dans la connaissance du cadre réglementaire dans lequel il avait connaissance de s'insérer. Un investisseur diligent doit s'attendre un changement réglementaire normal¹⁵⁷.

La récente pratique décisionnelle de *Eco Oro c. Colombia* confirme cette approche des attentes légitimes. En effet selon le Tribunal, avant même de compter sur les encouragements ou le support du gouvernement, l'investisseur doit exercer la diligence due¹⁵⁸. L'approche du Tribunal souligne que des attentes légitimes peuvent se former qu'à partir du moment que l'investisseur exerce une diligence due.

Particulièrement éclaircissante dans la matière résulte le résumé fait par le professeur Sands, arbitre dans *Eco Oro*, qui souligne le fait qu'un investisseur diligent « *aurait connu que le droit général de l'État d'agir pour protéger l'environnement l'emporte sur le droit particulier de l'investisseur là où des ressources naturelles de l'État sont concernées* ¹⁵⁹ ».

Certes, le Tribunal a reconnu également que l'investisseur n'aurait pas pu anticiper la confusion générée par le cadre normatif de l'État créé par des décisions contradictoires et le changement de position des organes étatiques quant à la délimitation de la zone environnementalement sensible des *páramos*¹⁶⁰. Toutefois, la majorité n'a pas considéré qu'il constituait un élément aggravant de la conduite de l'État, dont la bonne foi ne pouvait pas être remise en cause¹⁶¹.

¹⁵⁶ S. ROBERT-CUENDET, *op. cit.*, p. 297

¹⁵⁷ J.E. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, p. 375

¹⁵⁸ CIRDI, *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia*, n. ARB/16/41, sentence du 9 septembre 2021, p. 681: “[t]here must be an obligation on an investor claiming that its reasonable investment-backed expectations has been breached, to have undertaken its own due diligence before relying on any encouragement or support given by the Government in making its investment.”

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 684 nous traduisons: “[...] any investor would have known that the general right of the State to act to protect the environment prevails over the narrower particular right of the investor where the State's resources.”

¹⁶⁰ CIRDI, *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia*, n. ARB/16/41, sentence du 9 septembre 2021, p. 696

¹⁶¹ CIRDI, *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia*, n. ARB/16/41, opinion partiellement dissidente de l'arbitre Horacio A. Grigera Naón du 9 septembre 2021, p. 20: “[n]o due diligence on the side of the Claimant could have enabled it to predict the radical impairment of its Concession rights through host State conduct or justify

Par conséquent, la décision qui vient d'être considérée semble suggérer qu'étant donnée l'importance de l'intérêt environnemental objet de la régulation par les États requiert non seulement un plus haut niveau de diligence due par l'investisseur, mais même une majeure sensibilité quant à l'intérêt en jeux.

Conclusion du Chapitre I

Comme il y a eu l'occasion de constater, dans un premier temps les considérations environnementales ne faisaient pas vraiment partie de l'analyse menée par les arbitres. Lorsqu'il s'agissait de qualifier d'expropriation une mesure ayant un effet équivalent à celui de priver substantiellement l'investisseur de ses droits, la méthode quantitative était celle privilégiée.

Toutefois, c'est par le biais de la doctrine des *police powers* qu'on a eu une véritable avancée en droit international des investissements. Lorsque les arbitres ont abandonnée l'analyse ciblée uniquement sur l'effet quantitatif de la mesure pour se tourner vers d'autres facteurs, il y a eu une possibilité de rééquilibrer les intérêts économiques et ceux environnementaux.

Ainsi, maintenant un État se verra sanctionné d'avoir accompli une expropriation indirecte que si la mesure environnementale résulte une régulation déraisonnable, de mal foi et en dehors du risque normatif normal que l'investisseur peut avoir accepté au moment de la phase d'admission. Il ne reste pas moins que la pratique la plus récente¹⁶² a mise en lumière comme une vraie sensibilité vers la problématique environnementale peut influencer l'analyse de la bonne foi de l'État, ainsi que la diligence due par l'investisseur pour procéder à la distinction entre une mesure réglementaire et une expropriation déguisée.

the State's breach of its own, constitutionally mandated obligations to protect the páramos, reminded by the Colombian Council of State, which were ignored when granting the Concession [...]."

¹⁶² V. CIRDI, *Eco Oro Minerals c. Colombia*, n. ARB/16/41, décision du 9 septembre 2021

Chapitre II Les considérations environnementales au stade du calcul de la réparation

Une fois établie l'existence d'une expropriation effectuée par l'État à l'adresse d'un investisseur étranger, ce dernier a le droit de voir réparer le préjudice subi. Comme il a eu lieu d'être constaté, l'État garde toujours son pouvoir souverain d'exproprier un investissement positionné sur son territoire. La conséquence juridique de l'expropriation est l'obligation à compenser l'investisseur, ce qui contribue à rendre licite une expropriation en droit international¹⁶³.

La question sur laquelle s'ouvre le débat c'est dans quelle mesure les circonstances qui entourent l'expropriation, comme l'intérêt environnemental poursuivi par l'État, influent sur le calcul du *quantum*. Or, pour ce faire, il s'agira avant tout d'approfondir les considérations relatives au standard de la compensation (Section I). Par la suite, concernant le moment où l'État est trouvé responsable d'avoir exproprié sans compensation l'investisseur, il s'agira de vérifier la mesure dans laquelle l'indemnisation peut être limitée en raison de la conduite de l'investisseur (Section II).

Section I Le standard de la compensation

Le standard usuellement retenu en droit international des investissements pour la quantification de la compensation est celui de la juste valeur marchande de l'investissement (§1) sur la base duquel des considérations environnementales peuvent être envisagées (§2).

§1 Standard de la juste valeur marchande

Généralement, en matière d'expropriation on se réfère à la « formule Hull » pour donner un contenu à la compensation que l'État doit correspondre à l'investisseur après l'avoir exproprié. Le nom vient de son concepteur, le Secrétaire d'État américain Cordell Hull qui avait considéré que le droit international coutumier imposait aux États d'accompagner un acte d'expropriation

¹⁶³ V. CPJI, *Affaire relative à l'usine de Chorzow* (Allemagne c. Pologne), arrêt sur le fond du 13 septembre 1928, n. 13, Rec. Série A n. 17 ; tribunal irano-américain, *Amoco international finance corporation c. Iran*, 14 juillet 1987, Iran-US, T.R. vol. 15, p. 189 ; exemple dans l'arbitrage État-investisseur CIRDI, *Barnardus Funekotter e.a. c. Zimbabwe*, n. ARB/05/6, sentence du 22 avril 2009

par une compensation « prompte, adéquate et effective »¹⁶⁴. On retrouve telle formule dans les dispositions relatives à l'expropriation contenues dans la majorité des traités bilatéraux et multi-latéraux d'investissements¹⁶⁵ et dans la pratique des tribunaux arbitraux¹⁶⁶.

Quant au caractère « adéquat » de la compensation, selon les considérations faites par la Banque Mondiale, elle correspond à la valeur marchande de l'investissement. Telle valeur correspond au montant qu'un acheteur consentant (« willing buyer ») paierait à un vendeur de consentant (« willing seller ») après avoir pris en considération la nature de l'investissement, ses caractéristiques, les circonstances dans lesquelles il opérerait dans le futur et tout autre facteur relevant dans le cas d'espèce¹⁶⁷.

La définition donnée à la valeur de marché en 2017 par l'*International Valuation Standards Council* est : « le montant estimé pour lequel un actif ou un passif devrait être échangé à la date d'évaluation entre un acheteur et un vendeur consentants dans le cadre d'une transaction dans des conditions de concurrence normale, après une commercialisation appropriée et lorsque les parties ont chacune agi en connaissance de cause, avec prudence et sans contrainte¹⁶⁸ ».

Comme cela a déjà été dit, la jurisprudence des tribunaux arbitraux a fait référence à la valeur de marché d'un investissement pour calculer la compensation que devait accompagner l'expropriation. Tel a été le cas aussi dans des affaires présentant un intérêt environnemental, tels *CDSE c. Costa Rica* et *Metalclad c. Mexique*.

Néanmoins, selon le Tribunal de *CSDE*, lorsqu'il s'agissait de déterminer le montant de compensation que l'État devait verser à l'investisseur exproprié, « *the fact that the Property*

¹⁶⁴ A. NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2020, pag. 405 faisant référence à la lettre adressée par le Secrétaire de l'État américain à son homologue mexicain à l'occasion des expropriations subies par des ressortissants nord-américains sur le territoire mexicain, contenue in *AJIL*, vol. 32, 1938, spec. Supp, p. 181

¹⁶⁵ V. par exemple Art. 5 TBI Bangladesh-Danemark (2009) : Investments of investors of each Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to measures, having effect equivalent to nationalization or expropriation, hereinafter referred to as expropriation, in the territory of the other Contracting Party except for expropriations made in the public interest, on a basis of non-discrimination, carried out under due process of law, and against *prompt, adequate and effective compensation*; Art. 13.1 lett. d du TCE (1994) : [Expropriation] is accompanied by the *payment of prompt, adequate and effective compensation*.

¹⁶⁶ V. par exemple CNUDCI, *CME c. République tchèque*, sentence finale du 14 mars 2003, p. 497 ; CIRDI, *Wena Hotels c. Egypt*, décision sur l'annulation du 5 février 2002, p. 91

¹⁶⁷ World Bank Group, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, Vol. 2, 1992, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, Art. IV, par. 5

¹⁶⁸ Définition reprise de M. OUANICHE, S. PRINGENT, *La réparation dans l'arbitrage international d'investissement : Guide pratique*, Bruylant, 2022, p. 185, par. 553

was taken for [an environmental] reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking ». Ainsi, selon le Tribunal, peu importe l'intérêt environnemental poursuivi par la mesure en cause, du moment qu'il n'altérerait pas le caractère d'expropriation, pour lequel « *adequate compensation must be paid* »¹⁶⁹.

Le même raisonnement a été appliqué par le Tribunal dans *Metalclad*, cette fois lorsqu'il s'agissait de déterminer le montant de la compensation à la suite d'une expropriation indirecte¹⁷⁰.

Ainsi, cette ligne jurisprudentielle a relevé l'absence de pertinence de l'intérêt environnemental visé par l'expropriation au moment du calcul de la compensation, exclusivement déterminée par la valeur marchande de l'investissement. Toutefois, ces deux tribunaux n'ont pas pris en considération dans quelle mesure ce standard peut être perméable à ce type de circonstance.

§2 Un standard légèrement perméable aux intérêts environnementaux

Ce qu'il ressort de la lecture des *Guidelines* de la Banque Mondiale est le fait qu'afin de déterminer la valeur marchande de l'investissement il faut prendre en compte les circonstances futures dans lesquelles ce dernier opérerait, et donc également à la lumière de la mesure litigieuse, au moins pour ce qui concerne une mesure ayant un effet équivalent à l'expropriation.

Selon le professeur Nouvel, du moment que la mesure litigieuse entraîne un changement du cadre économique général dans lequel l'investisseur développe son activité, les tribunaux arbitraux devraient considérer ce changement comme étant une circonstance pertinente à l'estime du *lucrum cessans*. En effet, le manque à gagner doit être calculé en fonction de la rentabilité de l'investissement, ce qu'après l'introduction d'une mesure réglementaire affectant l'activité économique de l'investisseur saurait être réduite¹⁷¹.

¹⁶⁹ CIRDI, *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica*, n. ARB/96/1, sentence du 17 février 2000, p. 71

¹⁷⁰ ALENA, *Metalclad c. Mexique*, n. ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, p. 109-111

¹⁷¹ Y. NOUVEL, « *L'indemnisation d'une expropriation indirecte* », *International Law FORUM du droit international* 5, n. 3, Koninklijke Brill N.V., Leiden, 2003, pp. 198-204

Cette théorie a été ultérieurement reprise par la professeure Robert-Cuendet dans sa monographie concernant l'expropriation indirecte en matière environnementale¹⁷². S'appuyant sur la doctrine de Nouvel, elle explique que la mesure environnementale litigieuse doit être prise en compte lors de l'évaluation de l'investissement sur la base du fait qu'en tant qu'opérateur économique opérant sur le territoire de l'État d'accueil, l'investisseur étranger « n'est jamais à l'abri des responsabilités sociales et environnementales¹⁷³. »

Une confirmation de cette approche peut être envisagée dans la décision du Tribunal dans l'affaire *Unглаube c. Costa Rica*. En l'occurrence, l'affaire qui occupait le Tribunal concernait l'investissement dans un projet touristique localisé à proximité d'un important site où une espèce rare de tortue pondait ses œufs. Du moment que l'existence de telle espèce était menacée, le Costa Rica avait annoncé son intention de créer une réserve naturelle dans un but protectif de la biodiversité. Le différend entre les parties est né du moment que les investisseurs avaient subi une expropriation *de facto*.

Partant, une fois qualifiée d'expropriation indirecte la mesure litigieuse, le Tribunal a procédé à la détermination du montant de la compensation. Ce qui résulte particulièrement relevant est son raisonnement à l'égard de la valeur marchande. Selon le Tribunal, afin d'identifier telle valeur, il s'agissait de prendre en considération toute contrainte légale, physique et économique. Or, selon le Tribunal, pour ce faire il y avait lieu de déterminer la valeur de l'usage « *appropriate to the environmentally-sensitive surroundings*¹⁷⁴ ».

Ainsi, si l'État déclare qu'un endroit résulte particulièrement sensible du point de vue environnemental, que de ce fait il adopte une réglementation venant limiter la rentabilité d'un investissement jusqu'au point qu'un tribunal d'investissement peut la qualifier d'expropriation indirecte, il ne reste pas moins que dans le calcul de la compensation telle réglementation devra être prise en compte car faisant partie des circonstances entourant l'investissement.

¹⁷² S. ROBERT-CUENDET, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement, Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, op. cit., p. 474-475

¹⁷³ *Ibidem*, p. 474 faisant référence à Y. NOUVEL, « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », op. cit., p. 201

¹⁷⁴ CIRDI, *Marion Unглаube et Reinhard Unглаube c. Costa Rica*, n. ARB/08/1 et n. ARB/09/20, sentence du 16 mai 2012, p. 309

Donc, du moment qu'une expropriation indirecte se qualifie par son effet de perte du bénéfice économique de l'investissement¹⁷⁵, si la perte est totale, le *lucrum cessans* équivaldrait à zéro et par conséquent la compensation correspondrait au seul *damnum emergens*, à savoir ce qui avait été effectivement investi par l'opérateur économique. Du reste, la protection de l'investisseur ne passe pas par une assurance contre n'importe quel risque de changement des circonstances qui entourent l'investissement¹⁷⁶.

Par ailleurs, la doctrine plus sensible aux aspects environnementaux touchant la dimension du droit international des investissements confirme cette approche. La professeure Ishikawa trace les conséquences du principe générale de précaution qui amènerait les États à adopter des mesures environnementales impliquant des changements de la régulation, qu'à leur fois provoqueraient un risque de fluctuation de l'activité commerciale. Selon elle, ce type de risque doit être pris en compte en tant que risque général, à subsumer aux circonstances que le tribunal arbitral doit prendre en compte au moment de la détermination du *quantum* de la compensation¹⁷⁷.

Toutefois, actuellement la prise en considération des facteurs contextuels demeure très limitée dans la jurisprudence arbitrale¹⁷⁸. Quelque ouverture a été possible lorsque les tribunaux ont considéré que la conduite de l'investisseur venait limiter la réparation qui lui devait être reconnue.

Section II La limitation de la compensation à cause du fait de l'investisseur

Le moment de la détermination du *quantum* de compensation à reconnaître à l'investisseur est un stade qui se démontre particulièrement opportun pour balancer l'intérêt économique et celui de la protection de l'environnement. Ainsi, *arguendo*, si en raison de son activité nuisible pour

¹⁷⁵ CIRDI, *L.E.S.I. et ASTALDI S.p.A c. République algérienne démocratique et populaire*, n. ARB/05/3, sentence du 12 novembre 2008, p. 131

¹⁷⁶ CNUDCI, *CME Czech Republic B.V. c. République tchèque*, sentence du 14 mars 2003, p. 562: « [T]he purpose of an investment treaty is not to put the investor into a more favourable position than he would have been in the normal development of his investment within the circumstances provided by the host country. »

¹⁷⁷ T. ISHIKAWA, « Chapter 12: The Role of International Environmental Principles in Investment Treaty Arbitration: Precautionary and Polluter Pay Principles and Partial Compensation », in F. Romanin, A. Bonifanti et F. Seatzu, *Natural resources grabbing: an international law perspective*, Brill, Nijhoff, 2016, p. 267

¹⁷⁸ IISD, *L'indemnisation en vertu des traités d'investissement*, série des bonnes pratiques de l'IISD, octobre 2019, p. 26

l'environnement, la limitation de la compensation due à l'investisseur saurait être en principe reconnue (§1) il ne reste pas moins le fait qu'elle a été rarement arrêtée dans la pratique (§2).

§1 Une limitation en principe reconnue

L'ajustement du *quantum* de la compensation due à un investisseur après avoir été exproprié a déjà eu l'occasion d'être reconnu, soit par des tribunaux fondés sur un traité international d'investissement, soit par ceux en dehors de ce cadre.

Par exemple, le tribunal irano-américain dans l'affaire *Starrett Housing* avait ajusté le montant de la compensation qui avait fait l'objet du calcul par la méthode DCF (*Discounted Cash Flow*). Ce type de méthode a été développée par ce tribunal afin de calculer le *lucrum cessans* sur la base des revenus enregistrées dans les années précédentes à la mesure d'expropriation. En l'occurrence, le Tribunal avait constaté que la pratique décisionnelle l'amenait à déterminer de façon équitable le montant de la compensation, prenant en compte ce qu'un investisseur raisonnable aurait pu s'attendre dans le contexte de son projet d'investissement¹⁷⁹.

Dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux fondés sur des traités d'investissement on retrouve des exemples dans lesquels cette approche a été réitérée. C'est le cas dans l'affaire *Azurix c. Argentine*, où le Tribunal avait raisonné sur la base du standard de l'investisseur « *bien informé* » pour prendre en considération le prix payé pour la concession dont il était question, ainsi que les circonstances qui l'entourait pour diminuer finalement le montant de la compensation¹⁸⁰.

Par ailleurs, l'article 39 du projet d'articles sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite prévoit que la détermination de la réparation du préjudice doit prendre en considération la contribution du sujet lésé. Bien que le projet se réfère aux relations

¹⁷⁹ Tribunal irano-américain, *Starrett Housing International, inc. c. Iran*, sentence du 19 décembre 1983, 4 CTR 122, p. 337-345

¹⁸⁰ CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, n. ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, p. 427 : « [T]he function of the Tribunal is not to second-guess the values established by the various bidders at the time of the privatization of AGOSBA, but to try and determine what an independent and well-informed third party would have been willing to pay for the Concession in March 2002, in a context where the Province would have honored its obligations. »

inter-étatiques, le comité *ad hoc* pour l'annulation de la sentence *MTD c. Chile* avait constaté que rien n'empêcherait son application au cas d'une plainte pour violation d'un TBI¹⁸¹.

Cette considération se présente comme un écho dans la pratique plus récente. Le Tribunal dans l'affaire *Bear Creek Mining* se retrouvait confronté à la question de savoir si la conduite de l'investisseur avait contribué au retrait de sa concession minière. En effet, du moment que *Bear Creek* n'avait pas obtenu la « *licence sociale* », cela pouvait avoir donné lieu aux manifestations contre le projet minier, mises en place par la communauté autochtone. Telles manifestations avaient été la raison de l'adoption de la mesure litigieuse.

Ainsi, si le Tribunal avait suivi le raisonnement dans la décision *Abengoa c. Mexique*, qui estimait que l'omission ou la culpabilité de l'investisseur peut diminuer, voire exclure la responsabilité internationale de l'État¹⁸².

Dès lors, *in abstracto* lorsque les tribunaux sont requis de déterminer le *quantum* de la compensation qui doit accompagner la mesure environnementale, l'une des circonstances à prendre en considération est la conduite de l'investisseur. Néanmoins, jusqu'à présent la pratique décisionnelle montre qu'une telle éventualité difficilement a été sanctionnée.

§2 Une limitation rarement arrêtée par les tribunaux arbitraux

La jurisprudence des tribunaux arbitraux a eu l'occasion de réduire le *quantum* de la compensation lorsque l'investisseur avait contribué par sa faute au comportement étatique jugé en violation du traité.

S'agissant de la faute contributive, l'affaire *Occidental Petroleum* en est un exemple récent. En l'espèce, l'investisseur avait violé la loi nationale en matière d'hydrocarbonés en aménageant le transfert à un tiers des droits objet du contrat qu'il avait conclu avec l'Équateur concernant l'exploitation de champs pétrolifères. La loi de l'État hôte imposait qu'un transfert

¹⁸¹ CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd et MTD Chile S.A. c. Chile*, n. ARB/01/7, décision sur l'annulation du 21 mars 2007, p. 99: « [P]art II of the ILC Articles, in which Article 39 is located, is concerned with claims between States, though it includes claims brought on behalf of individuals, e.g., within the framework of diplomatic protection. There is no reason not to apply the same principle of contribution to claims for breach of treaty brought by individuals. » (en référence au paragraphe 4 du commentaire au projet d'articles.)

¹⁸² V. CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, n. ARB/14/21, sentence du 30 novembre 2017, p. 411 ; CIRDI, *Abengoa S.A. y COFIDES S.A. c. Mexique*, n. ARB(AF)/09/2, sentence du 18 avril 2013, p. 670

influençant le contrôle sur ses ressources naturelles devait être autorisé préalablement de la part du ministre de l'énergie. L'intérêt d'une telle autorisation était la protection des ressources de l'Équateur à travers l'évaluation de la capacité financière et technologique des opérateurs économiques candidats à l'exploitation. Le Tribunal avait considéré qu'une telle condition n'était par déraisonnable, ni inusuelle dans le domaine¹⁸³.

La violation de la part de l'investisseur avait conduit l'État à l'adoption d'une mesure d'expropriation indirecte, considérée en violation du TBI. Toutefois, ayant constaté qu'une telle mesure avait été adoptée à titre de sanction, dans le but de sauvegarder le régime des ressources naturelles en question, le Tribunal a reconnu une diminution du 25% du montant de l'indemnisation en raison de la « *grave* » violation de l'investisseur¹⁸⁴.

Brigitte Stern, arbitre dissident dans l'affaire, en considération de la gravité du comportement de l'investisseur avait estimé que même une réduction au 50% aurait pu être justifiée¹⁸⁵. En faisant référence à la décision dans l'affaire *MTD c. Chile*, où le Tribunal avait diminué du 50% le montant de l'indemnisation sur la base de la négligence de l'investisseur¹⁸⁶. L'arbitre Stern considérait que la gravité de l'illégalité par rapport à la simple négligence de *MTD* était une raison de plus pour justifier une réduction au 50%¹⁸⁷.

Par ailleurs, les tribunaux arbitraux disposent d'une large marge d'appréciation quant à l'opportunité et le montant d'une diminution de la réparation¹⁸⁸. Cet élément, uni à

¹⁸³ CIRDI, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Équateur*, n. ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012, p. 446

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 687: « [T]he Tribunal, in the exercise of its wide discretion, finds that, as a result of their material and significant wrongful act, the Claimants have contributed to the extent of 25% to the prejudice which they suffered when the Respondent issued the Caducidad Decree. »

¹⁸⁵ *Ibidem*, opinion dissidente de Brigitte Stern du 20 septembre 2012, p. 7 : « [...] Here the split 50/50 would have been even more justified, as the Claimants have acted both very imprudently and illegally. »

¹⁸⁶ CIRDI, *MTD Equity et MTD Chile c. Chile*, n. ARB/01/7, sentence du 25 mai 2004, p. 242-246 où le Tribunal avait condamné l'État pour la violation du traitement juste et équitable, mais après il a diminué l'indemnisation sur la base de la distinction entre les décisions d'un investisseur prudent et celles risquées prises par l'investisseur, qui devait en supporter le risque commercial.

¹⁸⁷ CIRDI, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Équateur*, n. ARB/06/1, opinion dissidente de Brigitte Stern du 20 septembre 2012, p. 7 : « [...] the tribunal and the ad hoc committee have endorsed a 50/50 split on the sole ground that the claimant had acted imprudently from a business point of view though not illegally. »

¹⁸⁸ CIRDI, *MTD Equity et MTD Chile c. Chile*, n. ARB/01/7, décision sur l'annulation du 21 mars 2007: « [...] As is often the case with situations of comparative fault, the role of the two parties contributing to the loss was very different and only with difficulty commensurable, and the Tribunal had a corresponding margin of estimation. »

l'interprétation stricte à donner à la notion de faute contributive¹⁸⁹, explique pourquoi selon l'IISD, les doctrines appliquées afin de limiter le *quantum* de la réparation en droit international des investissements ont « *un rôle périphérique dans la pratique arbitrale* », en effet il s'agit d'un simple « complètement » du principe de la réparation intégrale, posée par la jurisprudence *Chorzow*¹⁹⁰.

Or, s'agissant du *quid*, l'interprétation des conditions de licéité de l'expropriation, surtout celle relative au paiement « prompt » de la compensation, exerce une certaine influence. Dans l'affaire *South American Silver c. Bolivie* le Tribunal avait considéré que l'État avait violé le TBI en expropriant sans payer une compensation à l'investisseur. Ainsi, du moment que l'investisseur n'avait pas contribuer par son comportement à l'absence de compensation, le Tribunal a constaté que la diminution sur tel fondement ne serait possible¹⁹¹. L'approche avait été critiqué par l'arbitre dissident, qui reprenait la doctrine Brownlie selon laquelle la compensation ne serait pas une condition de licéité de l'expropriation¹⁹².

En tout état de cause, dans la jurisprudence actuelle ce n'est pas encore possible de rencontrer des sentences limitant la compensation sur la base de l'impact environnemental de l'investissement. Selon la doctrine internationale, cette reluctance peut s'expliquer par le fait que jusqu'à récemment, il n'y avait pas une base juridique pour faire rentrer de telles considérations au stade de la diminution de la compensation¹⁹³.

Toutefois, *arguendo* si on pense à une mesure de régulation ou même une expropriation directe adoptée par l'État en raison de l'impact de l'investissement sur l'environnement, le fait que la victime de la mesure litigieuse ait contribué à son adoption impliquerait une diminution de la

¹⁸⁹ Commentaire au projet d'articles sur la Responsabilité des États pour fait internationalement illicite, article 39, par. 1 faisant référence à une contribution « matérielle » ; par. 5 s'agissant de négligence, action ou omission « grave » ou « manifeste »

¹⁹⁰ IISD, *L'indemnisation en vertu des traités d'investissement*, *op. cit.*, par. 2.4

¹⁹¹ CPA, *South American Silver Limited v. Bolivia*, CNUDCI, n. 2013-15, sentence du 22 novembre 2018, p. 876: « [I]n this case, the violation of the Treaty arose from Bolivia's failure to compensate or offer to provide compensation, a violation that, as established by the Tribunal, is not attributable to the investor nor is based on the conduct that the Respondent attributes to the investor. The Tribunal may not reduce the amount of compensation owed to the investor for a Treaty violation unrelated to its conduct. »

¹⁹² *Ibidem*, opinion dissidente de l'arbitre Osvaldo Cesar Guglielmo du 22 novembre 2018, p. 187 : « [t]he absence of compensation is not a condition of unlawful expropriation. The existence of a dispute between the Parties over the amount of compensation to be provided for expropriation does not render the expropriation unlawful. »

¹⁹³ T. ISHIKAWA, « Chapter 12: The Role of International Environmental Principles in Investment Treaty Arbitration: Precautionary and Polluter Pays Principles and Partial Compensation », *op. cit.*, pp. 245-274

compensation. Selon Ishikawa, les tribunaux arbitraux pourraient prendre en compte le coût supporté par la société des externalités négatives produites par l'opérateur économique et calculer la diminution sur la base du principe pollueur-payeur¹⁹⁴.

Quoique ce principe est l'un des principaux dans le domaine du droit international de l'environnement¹⁹⁵, cela reste toujours un principe exprimé souvent dans des termes indiquant plutôt une intention qu'une obligation à proprement parler¹⁹⁶. Ainsi, du moment que la doctrine et la jurisprudence internationales ne sont pas capable d'identifier ce principe en tant que principe général de droit international ni comme coutume internationale¹⁹⁷, jusqu'à présent c'est difficilement envisageable que les tribunaux arbitraux fondés sur les traités d'investissement aboutissent à la diminution de la compensation sur cette base.

Néanmoins, une possibilité que ce principe rentre dans la marge d'appréciation dont disposent les tribunaux arbitraux reste possible afin de diminuer la compensation à attribuer après qu'une expropriation ayant eu lieu vient d'être constatée.

Conclusion du Chapitre II et de la Partie II

Le calcul de la compensation qui doit accompagner une expropriation ou mesure ayant un effet équivalant subie par l'investisseur a comme point de départ les données financières caractérisant la valeur de l'investissement préjugé. Toutefois, comme il a eu lieu d'être constaté, dans une optique intégrative de la protection de l'investisseur et celle de l'environnement, les tribunaux arbitraux ont la possibilité de prendre en considérations les circonstances entourant la mesure litigieuse adoptée par l'État.

¹⁹⁴ T. ISHIKAWA, *op. cit.* p. 263-268

¹⁹⁵ Le principe se trouve exprimé dans un grand nombre d'instruments internationaux, le premier étant les Recommandations de l'OCDE sur les principes guide des aspects internationaux des politiques environnementales du 1971 ; le principe 21 de la Déclaration de Stockholm de 1972 ; la Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures ; la Convention d'Helsinki de 1992 sur la protection de l'environnement marin de la zone de la mer Baltique et la Convention de la même année sur la protection de l'environnement marin du Nord-est Atlantique ; le Protocole de la Convention de Londres de 1996 réglementant l'immersion de déchets et d'autres matières en mer, etc.

¹⁹⁶ V. Principe 16 de la Déclaration de Rion : « Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement. »

¹⁹⁷ T. ISHIKAWA, *op. cit.*, p. 262

Autrement dit, le calcul de la réparation de l'investisseur résulterait artificielle si les tribunaux faisaient abstraction des conditions générales juridico-économiques dans lesquelles l'opération économique s'insère.

De surcroît, le stade du calcul de la compensation semble être le moment idéal pour que les tribunaux arbitraux puissent balancer les intérêts économiques et ceux environnementaux, étant donné qu'il ne s'agit pas d'une approche tout-ou-rien, à la différence du stade de qualification de la mesure d'expropriation ou de régulation.

Malheureusement, la pratique se démontre encore « immature » sur cet aspect, étant donnée la fréquence avec laquelle des tribunaux ont limité la compensation pour d'autres raisons que celles économiques.

Conclusion générale

En concluant la présente étude, ce qui doit être considéré tant qu'aspect positif est une générale ouverture de la pratique jurisprudentielle des tribunaux arbitraux d'investissement vers une meilleure prise en compte de la problématique environnementale.

Cependant, même dans le cadre de cet esprit d'ouverture, certaines limites demeurent en considération du rapport conflictuel qui existe entre les intérêts environnementaux et ceux économiques.

De manière générale, ce qu'il a eu lieu d'être relevé est le fait que là où il s'agit d'une analyse ayant pour résultat un *aut aut*, les tribunaux d'investissements ne sauraient représenter le cadre le mieux placé pour faire une analyse dans une optique de développement durable. Cela a été particulièrement relevé pour des questions binaires comme l'établissement de la compétence au cas d'un investissement qui ait violé une norme protégeant l'environnement ou encore là où il s'agissait de donner une réponse tenant à la qualification d'une mesure de *police powers* ou bien d'une expropriation indirecte.

Généralement, les stades d'analyse qui se prêtent le mieux pour une analyse qui balance les deux aspects sont ceux où le tribunal peut bénéficier d'une certaine marge d'appréciation, comme c'est le cas du calcul de la compensation après qu'un investisseur ait subi une expropriation.

Dans l'avenir, les tribunaux arbitraux pourraient se retrouver confrontés davantage à ce type de question au cas où, sur la ligne jurisprudentielle de *Urbaser* et *Aven* les tribunaux établiraient leur compétence pour connaître des demandes reconventionnelles des États ayant subi les externalités environnementales négatives à cause d'une conduite de l'investisseur.

Une ultérieure remarque s'impose aussi quant à la préparation qui sera de plus en plus requise aux arbitres. C'est faux le fait qu'il n'existe pas de possibilité de pouvoir engager une procédure devant un tribunal arbitral qui retient de ne pas avoir une suffisante compétence pour

s'exprimer sur une question qui présente un haut niveau de spécificité technico-scientifique¹⁹⁸. Par exemple, désormais la Cour Permanente d'Arbitrage met à disposition une liste d'arbitres et d'experts pour les différends environnementaux¹⁹⁹.

S'il est vrai donc que les Accords de Paris, en tant qu'instrument de protection environnementale engageant la totalité des États membres des NU, représentent « *a widely-accepted articulation [...] of international concern* »²⁰⁰ par rapport aux questions de changement climatique, de surcroît les Tribunaux devraient être encouragés à donner satisfaction aux prétentions reposant sur de telles considérations.

Il s'avère ainsi que par un biais comme celui de la liste de la CPA, des considérations environnementales seraient même plus effectives, dans une perspective de rééquilibrage des obligations de l'État et de l'investisseur.

¹⁹⁸ J.E. VIÑUALES, *Conflits normatifs en droit international : normes environnementales vs. Protection des investissements*, op. cit.

¹⁹⁹ <https://pca-cpa.org/fr/about/panels/panels-of-arbitrators-and-experts-for-environmental-disputes/>

²⁰⁰ W. MILES, M. LAWRY-WHITE, "Arbitral Institutions and the Enforcement of Climate Change Obligations for the Benefit of all Stakeholders: The Role of ICSID" faisant référence à une partie de la décision du Tribunal *Philip Morris c. Uruguay* dans son raisonnement concernant la sainté publique vis-à-vis de la consommation de tabac, p. 429-430

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

I. Conventions internationales

a. Conventions multilatérales

Convention du CIRDI

b. Traités d'investissement

TBI Allemagne-Argentine

TBI Allemagne-Philippines

TBI Bangladesh-Danemark

TBI Burkina Faso (modèle)

TBI Canada-Costa Rica

TBI Maroc (modèle)

TBI Maroc-Nigeria

TBI Bélgoluxembourgeoise-Corée

TBI Bélgoluxembourgeoise-Mexique

ALENA

ALE Canada-Pérou

Traité sur la Charte de l'Énergie

II. Jurisprudence

a. CIRDI

Abengoa S.A. y COFIDES S.A. c. Mexique, n. ARB(AF)/09/2, sentence du 18 avril 2013

Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, n. ARB/07/16, sentence du 8 novembre 2010

Antoine Goetz et autres c. Burundi, n. ARB/01/2, sentence du 21 juin 2012

Azurix Corp. c. Argentine, n. ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006

Bear Creek Mining Corporation c. Pérou, n. ARB/14/21, sentence et opinion dissidente du Professeur Philippe Sands du 30 novembre 2017

Bernardus Funekotter e.a. c. Zimbabwe, n. ARB/05/6, sentence du 22 avril 2009

Burlington Resources inc. c. Equateur, n. ARB/08/5, décision du 14 décembre 2012 et décision sur la demande reconventionnelle du 7 février 2017

Churchill Mining and Planet Mining Ltd c. République d'Indonésie, n.ARB/12/40

Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica, n. ARB/96/1, sentence du 17 février 2000

Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited c. Kenya, n. ARB/15/29, sentence du 22 octobre 2018

David R. Aven et autres c. Costa Rica, n. UNCT/15/3, sentence du 18 septembre 2018

Eco Oro Minerals Corp. c. Colombie, n. ARB/16/41, décision du 9 septembre 2021

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. République de Ghana, n. ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, n. ARB/03/26, sentence du 2 août 2006

Kim v. Uzbekistan, n. ARB/13/6, décision sur la juridiction du 8 mars 2017

Fraport c. Philippines, n. ARB/11/12, sentence du 10 décembre 2014

Infinito Gold Ltd. c. Costa Rica, n. ARB/14/5, sentence du 3 juin 2021

L.E.S.I. et ASTALDI S.p.A c. République algérienne démocratique et populaire, n. ARB/05/3, sentence du 12 novembre 2008

LG&E Energy corp., LG&E Capital, LG&E International inc. c. Argentine, n. ARB/02/1, décision du 3 octobre 2006 et sentence du 25 juillet 2007

Marco et Stefano Gavazzi c. Roumanie, n. ARB/12/25, décision sur la compétence et la recevabilité du 21 avril 2015

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A c. Albanie, n. ARB/11/24, sentence du 30 mars 2015

Metalclad c. Mexique, n. ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000

MTD Equity Sdn. Bhd et MTD Chile S.A. c. Chile, n. ARB/01/7, décision sur l'annulation du 21 mars 2007

Niko Resources (Bangladesh) Ltd c. République populaire du Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Ltd (BAPEX) et Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation, n. ARB/10/11 et ARB/10/18, decision sur la juridiction du 19 août 2013

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Equateur, n. ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012 et opinion dissidente de Brigitte Stern

Phoenix Action Ltd c. République Tchèque, n. ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009

Perenco Ecuador Ltd. c. Equateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, n. ARB/08/6, décision du 30 juin 2011 et sentence du 27 septembre 2019

Plama Consortium Ltd c. République de Bulgarie, n. ARB/03/24, décision sur la juridiction du 8 février 2005

Saba Fakes c. Turquie, n. ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010

Siemens c. Argentine, n. ARB/02/8, sentence du 6 février 2007

Spyridon Roussalis c. Roumanie, n. ARB/06/1, sentence du 7 décembre 2011

Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique, n. ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003

Unglaube Marion et Reinhard c. Costa Rica, n. ARB/08/1 et n. ARB/09/20, sentence du 16 mai 2012

Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa c. Argentine, n. ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016

Wena Hotels Ltd. c. Egypt, n. ARB/98/4, décision sur l'annulation du 5 février 2002

World Duty Free Company c. République de Kenya, n. ARB/00/7, sentence du 7 juillet 2000

b. Cour Permanente d'Arbitrage

South American Silver Limited v. Bolivia, CNUDCI, n. 2013-15, sentence du 22 novembre 2018 et opinion dissidente de Osvaldo Cesar Guglielmo

c. Cour Permanente de Justice Internationale

Affaire S.S. Lotus (France c. Turquie), arrêt du 7 septembre 1927, Recueil Série A

Affaire relative à l'usine de Chorzow (Allemagne c. Pologne), arrêt sur le fond du 13 septembre 1928, n. 13, Rec. Série A n. 17

Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda), arrêt du 3 février 2006, Rec. p.

d. Tribunal irano-américain

Amoco international finance corporation c. Iran, 14 juillet 1987, Iran-US C.T.R., vol. 15, p. 189

Starrett Housing corporation, Starrett Systems, inc., Starrett housing international, inc. c. Iran e.a., n. 24, première chambre, 19 décembre 1983, Iran-US C.T.R., vol. 4, p. 122

Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran e.a., n. 7, deuxième chambre, 29 juin 1984, Iran-US C.T.R., vol. 6, p. 219

e. Tribunaux ad hoc

Achmea B.V.c. République de Slovaquie, n. 2008-13, sentence du 7 décembre 2012

Chemtura Corporation c. Canada, CNUDCI, sentence du 2 août 2010

CME Czech Republic B.V. c. République tchèque, sentence sur les dommages du 14 mars 2003

Hesham Talaat M. Al-Warraaq c. Indonésie, sentence du 15 décembre 2014

Khan Resources Inc, Khan Resources BV et Cauc Holding Company Ltd c. Gouvernement de Mongolie, décision sur la juridiction du 25 juillet 2012

Methanex Corp. c. États-Unis, CNUDCI, sentence du 3 août 2005

Oxus Gold c. Ouzbékistan, sentence du 17 décembre 2015

Saluka Investments B.V. c. République Tcheque, décision sur la compétence sur la demande reconventionnelle du 7 mai 2004 et sentence partielle du 17 mars 2006

S.D. Myers c. Canada, CNUDCI, sentence partielle du 13 novembre 2000

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company et CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolie, CNUDCI, sentence du 28 avril 2011

III. Manuels, ouvrages et thèses

CORDONIER SEGGER (M-C.), GEHRING (M.W.) et NEWCOMBE (A.), Sustainable Development in World Investment Law, Global Trade Law Series, Vol. 30, Kluwer Law International, 2011

DANIC (O.), «Chapitre 14 : Droit international des investissements droits de l’homme, droit de l’environnement », in Droit international des investissements et l’arbitrage transnational, sous la direction de Charles Leben, A. Pedone

DE NANTEUIL (A.), Droit international de l’investissement, Paris, A. Pedone, 2020

DOLZER (R.), SCHREUER (C.), “Non-compliance by investor with host state law and international public policy” in Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2nd éd, 2012

DOUGLAS (Z.), The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press, 2009, 1st ed

DUPUY (P.M.) et VIÑUALES (J.E.), Harnessing Foreign Investment Protection to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards, New York, Cambridge University Press, 2013

GAILLARD (E.), La Jurisprudence du CIRDI, Paris, A. Pedone, 2004

GAILLARD (E.), « L’avenir des traités de protection des investissements », in Droit international des investissements et l’arbitrage transnational, direction de Ch. Leben, A. Pedone

JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (P.) et USUNIER (L.), Droit du commerce international, Paris, Dalloz, 4^e édition, 2021

KJOS (H.-E), Applicable Law in Investor-State Arbitration, Oxford University Press, 2013

MARISI (F.), Annexe: Summery Table of Environmental Cases in Investment Arbitration, in Environmental Interests in Investments Arbitration, International Arbitration Law Library, Vol. 51, Kluwer Law International, 2020, pp. 293-320

OUANICHE (M.) et PRIGENT (S.), La réparation dans l'arbitrage international d'investissement : Guide pratique, Bruxelles, Bruylant, 2022

PAPARINSKIS (M.), « Regulatory Expropriation and Sustainable Development », M-C. Cordonier Segger, M.W. Gehring e.a., Sustainable Development in World Investment Law, Global Trade Law Series, Vol. 3, Kluwer Law International, 2011

ROBERT-CUENDET (S.), Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte, Paris, Martinus Nijhoff Publishers, 2010

ISHIKAWA (T.), Chapitre 12 – The Role of International Environmental Principles in Investment Treaty Arbitration: Precautionary and Polluter Pays Principles and Partial Compensation, in ROMANIN JACUR (F.), BONFANTI (A.) et SEATZU (F.) (eds.), Natural Resources Grabbing: An International Law Perspective, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2016

RUGGERI-ABONNAT (E.), Les demandes reconventionnelles de l'État en arbitrage transnational d'investissement, Thèse de doctorat (non-publiée), Université Paris II Panthéon-Assas et Université de Genève, 2021

SALMON (J.), Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001

SANTULLI (C.), Droit du contentieux international, LGDJ Lextenso Éditions, 2^{ème} édition, 2015

SCHREUER (C.), The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, 2009, 2nd edition

VIÑUALES (J.E.), Foreign Investment and the Environment in International Law, New York, Cambridge University Press, 2012

YOTOVA (R.), “Chapitre 13: Compliance with Domestic Law: An Implied Condition in Treaties Conferring Rights and Protections on Foreign Nationals and Their Property”, in J. KLINGER, Y. PARKHOMENKO et al., “Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law”, Kluwer Law International 2018, pp. 307-330

IV. Articles de doctrine

BJORKLUND (A.-k), The role of counterclaims in rebalancing investment law, 17 Lewis & Clark L. Rev. 461, 2103

BOISSON DE CHAOURNEZ (L.),

« Environmental Protection and Investment Arbitration : Yin and Yang ? » in Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Vol. 10, 2017

DOUGLAS (Z.), “The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration”, in M. KINNEAR et C. McLACHLAN (eds), ICSID Review Foreign Investment Law Journal, Oxford University Press, 2014, Vol. 29

HOFFMANN (A.K.), “Chapter 36: Counterclaims”, in M. Kinnear, G. R. Fischer et autres (eds), Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International, 2015, pp. 505-520

KALICKI (J.), Counterclaims by States in Investment Arbitration, 2(3) ITN Quarterly, 2013

KRIEBAUM (U.), SHREUER (C.), At What Time Must Legitimate Expectations Exist, TDM Vol. 9 Issue 1, 2012

LALIVE (P.), HALONEN (H.), « On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », Czech Yearbook of International Law, Vol. II, 2011

MCLACHLAN (C.), SHORE (L.), WEINIEGER (M.), International Investment Arbitration: Substantive Principles, Oxford international arbitration series, p. 6.63 et ss.

MILES (W.), LAWRY-WHITE (M.), “Arbitral Institutions and the Enforcement of Climate Change Obligations for the Benefit of all Stakeholders: The Role of ICSID”, ICSID Review, Vol 34., n. 1, 2019, pp.1-31

NOUVEL (Y.), « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux » in RGDIP, 2002-1

NOUVEL (Y.), « L’indemnisation d’une expropriation indirecte », International Law FORUM du droit international 5, n. 3, Koninklijke Brill N.V., Leiden, 2003, pp. 198-204

OSTROVE (M.), « La clause relative à l’expropriation, l’imbrication du concept d’attentes légitimes dans la notion d’expropriation indirecte », RGDIP, 2015, n.1, pp. 197-213

PAINE (J.), “Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru: Judging the Social License of Foreign Investments and Applying New Style Investment Treaties”, in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Oxford University Press, 2018, pp. 340-348

RUBINS (N.), « Les demandes reconventionnelles dans l’arbitrage CIRDI », in Un demi-siècle africain d’arbitrage d’investissement CIRDI, Regards rétrospectifs et prospectifs, W. Ben Hamida, A Ngwanza, J-B. Harelimana, LGDJ, 2019

SINHA (G.), FUSEA, « Cereri Reconventionale in Arbitrajul Investitional: Praguri Cheie pentru Reclamanti, Parati si Tribunale [Counterclaims in Investment Arbitration> Key Threshold Issues for Claimants, Respondents and Tribunals] », in Cristina Emilia Alexe (ed.), Revista Romana de Arbitraj, Wolters Kluwer Romania 2021, Vol. 15, pp. 54-79

SIWY (A.), “Chapter VI: Investment Arbitration – Indirect Expropriation and the Legitimate Expectations of the investor”, in G. Zeiler, I. Welsch, e.a., Austrian Arbitration Yearbook 2007, Kluwer International, 2007

VIÑUALES (J.E.), « Conflits normatifs en droit international : normes environnementales vs. Protection des investissements », in Le droit international face aux enjeux environnementaux,

Société française pour le droit international, colloque d'Aix-en-Provence, Paris, A. Pedone, 2010, pp. 407-425

V. Sites d'internet

- Institut national de la statistique et des études économiques
<https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1644>

- Y. Levashova, « Imposing Conditions on Investor Protection: A Role of Investor's Due Diligence », Kluwer Arbitration Blog, 20 juin 2019, dernier accès 17 mai 2022, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/20/imposing-conditions-on-investor-protection-a-role-of-investors-due-diligence/>

- <https://pca-cpa.org/fr/about/panels/panels-of-arbitrators-and-experts-for-environmental-disputes/>

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	4
Partie I Les considérations environnementales en arbitrage international des investissements dans l'application des moyens procéduraux	12
Chapitre I Le respect des normes environnementales par l'investisseur : la condition de légalité de l'investissement.....	12
Section I Une condition généralement reconnue en droit international.....	13
§1 Une condition existante sur la base de plusieurs théories	13
§ 2 Une condition toujours sanctionnable en cas d'investissement ancré dans le droit local : l'affaire <i>Cortec</i>	18
Section II Le caractère procédural débattu de la légalité.....	22
§1 Une distinction dépourvue de relevance pratique	22
§2 Les stades procéduraux offrant un meilleur balancement des intérêts	24
Conclusion du Chapitre I	27
Chapitre II La violation des normes environnementales par l'investisseur : l'introduction des demandes reconventionnelles par l'État défendeur	28
Section I L'analyse de la demande reconventionnelle environnementale au stade juridictionnel : le consentement des parties.....	29
§1 L'établissement de la juridiction plus simple dans le litige contractuel	29
§2 L'établissement de la juridiction tributaire du libellé de l'instrument conventionnel	32
§3 L'établissement de la juridiction sur la base des dispositions substantielles: <i>Urbaser et Aven</i>	35
Section II L'analyse de la demande reconventionnelle environnementale au stade de la recevabilité: la connexion entre les demandes des parties.....	40
§1 La connexion comme caractéristique nécessaire de la demande reconventionnelle	40
§2 Des considération de bonne administration de la justice supplétives	44
Conclusion du Chapitre II et de la Partie I.....	46
Partie II Les considérations environnementales en arbitrage international des investissements dans l'application du moyen substantiel : l'expropriation.....	47
Chapitre I Les considérations environnementales au stade de la qualification de l'expropriation.....	48
Section I Principe d'exclusion des mesures environnementales	48
§1 Le glissement vers l'absence de pertinence de l'approche uniquement quantitative	48
§2 Le droit prépondérant de l'État de réglementer dans le domaine de l'environnement	51
Section II La sanction des mesures environnementales déraisonnables	53
§1 L'exigence d'une régulation effectuée de bonne foi	54
§2 Les attentes légitimes de l'investisseur encadrées par la diligence due	56
Conclusion du Chapitre I	60
Chapitre II Les considérations environnementales au stade du calcul de la réparation.....	61
Section I Le standard de la compensation	61
§1 Standard de la juste valeur marchande.....	61
§2 Un standard légèrement perméable aux intérêts environnementaux	63
Section II La limitation de la compensation à cause du fait de l'investisseur	65
§1 Une limitation en principe reconnue	66
§2 Une limitation rarement arrêtée par les tribunaux arbitraux.....	67
Conclusion du Chapitre II et de la Partie II	70
Conclusion générale	72
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE.....	74

TABLE DES MATIERES 84

