

LE DROIT EUROPEEN DES INVESTISSEMENTS ET LE DEVENIR DU TRAITEMENT JUSTE ET EQUITABLE

Ali BENCHENEB

Professeur émérite, Université de Bourgogne

Ancien Recteur d'académie

1. La construction de l'Europe repose sur une caractéristique fondamentale : la création d'un ordre juridique européen¹, c'est-à-dire d'un ensemble de règles dont l'application est placée sous le contrôle du juge, qu'il s'agisse de juridictions spécifiquement européennes comme le sont le tribunal de l'Union européenne, la Cour de justice ou les juridictions des différents Etats membres.

Encore faut-il rappeler que la singularité de cet ordre juridique se déduit de deux principes : d'une part, celui de la primauté du droit européen sur le droit de chacun des Etats membres² ; d'autre part, celui de l'effet direct des normes de droit européen qui permet à un justiciable d'invoquer l'ensemble des droits et obligations devant toutes les juridictions des différents Etats membres³.

2. Commencée en 1957 à la faveur de l'un des traités de Rome⁴, la construction s'est poursuivie et donc approfondie avec la mise au point de nombreux traités, en dernière date avec la

¹-Ce qui peut constituer une différence essentielle avec d'autres entités régionales, comme par exemple, l'Union pour le Maghreb arabe.

²-Ce principe a été mis en avant très tôt par la CJCE dans un arrêt fondateur du 15/07/1964 (Affaire Costa c/Enel), Rec. CJCE, p.1141. Mais il laisse intacte la question de savoir quelle est la place de ce droit régional par rapport au droit international.

³ -Ce principe a été posé par un arrêt de la CJCE du 5/02/1963 (Affaire Van Gend en Loos), Rec. CJCE, p.1.

⁴-A côté du traité portant constitution de la Communauté économique européenne (CEE) avait en effet été signé le Traité de la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA).

traité de Lisbonne⁵. Elle a également été accompagnée d'un processus d'élargissement conduisant désormais à l'implication de vingt-huit pays au lieu des six pays fondateurs de ce qui au départ se présentait seulement comme une « communauté économique européenne ». Et bien entendu la déclinaison des normes inscrites dans les Traités a donné lieu, pour faire simple, à d'innombrables règlements, directives mais aussi des décisions.

3. Cette construction s'est faite et elle continue à se faire non seulement autour de l'idée qu'elle constituait pour les intéressés un facteur de paix mais aussi de celle selon laquelle l'entité européenne - qui se superpose aux différents Etats membres - se singularise par un ensemble de libertés fondamentales en son sein : libertés de circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux ainsi que libre établissement, l'ensemble permettant de donner sens au concept de marché intérieur européen.

Au demeurant, le principe du libre établissement (Article 49 TFUE) et celui de la libre circulation des capitaux (article 63 TFUE) ne sont pas pour rien dans le traitement des investissements à l'intérieur de l'espace européen, qu'il s'agisse de l'admission d'un investissement d'un ressortissant de l'Union européenne⁶ sur le territoire d'un Etat membre ou des conditions d'exploitation de l'investissement.

⁵-D'un point de vue conventionnel, les grandes étapes de cette construction évolutive sont à situer, à la suite du Traité de Rome du 25 mars 1957, dans le Traité de Maastricht du 7 février 1992 créant une Communauté européenne (CE), le Traité d'Amsterdam entré en vigueur le 1^{er} mai 1999 puis le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 qui n'est entré en vigueur que le 1^{er} décembre 2009 après bien des difficultés d'approbation.

Dans la suite de cet écrit, il ne sera fait référence qu'au texte issu de ce dernier traité : le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

⁶-Au sein de l'Union européenne, le principe est donc bien celui de la simple déclaration de l'investissement pour ne pas constituer une entrave à la libre circulation des capitaux. En ce sens, CJUE 4/06/2002, Com. C/ Portugal (affaire C-367/98). Et pour plus de détails sur ce point, notamment, C. NOURISSAT et B. de CLAVIERE-BONNAMOUR, Droit de la concurrence, Libertés de circulation : Droit de l'Union-Droit interne, Dalloz, 2013, (4eme édition), n°193 et suivants.

Le principe du libre établissement donne à lui seul à tout ressortissant de l'Union européenne le droit de s'établir sur le territoire de tout Etat membre, autrement dit d'y installer son entreprise et par conséquent de l'exploiter, sans entraves, à peine de manquement de l'Etat membre d'accueil à ses obligations⁷. Il s'agit d'un droit d'autant plus conséquent qu'il est relayé par la libre circulation des capitaux au sein de l'espace européen. Mais il ne concerne que les relations économiques entre opérateurs au sein de cet espace.

4. Bien que l'édification européenne n'ait pas ignoré le domaine des relations extérieures, notamment en matière commerciale pour protéger son marché intérieur mais aussi pour favoriser les exportations des produits agricoles et industriels, elle n'a pas eu pour préoccupation première le terrain des investissements à destination des pays tiers et de ceux émanant de ces mêmes Etats dans son espace.

Longtemps, cette question est restée un sujet relevant de la compétence exclusive des Etats membres de l'Union européenne, à telle enseigne que cette situation a favorisé la conclusion de traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements. C'est ainsi que l'Algérie a eu à conclure des traités notamment avec l'Union belge luxembourgeoise⁸, avec l'Italie⁹, avec l'Espagne¹⁰ et avec la France¹¹.

5. Mais la construction européenne est aussi une suite caractérisée par un élargissement des compétences de l'Union ou, si l'on

⁷-L'article 49 qui prévoit, sauf exceptions tirées de l'intérêt général, le libre établissement a été reconnu dès 1974 par la Cour de justice des communautés européennes comme étant une disposition d'effet direct, malgré à cette époque l'absence de directives (arrêt *Reyners* du 21 juin 1974, Rec., p.631).

⁸-DP 91-345 du 9/10/1991, JORA n°46.

⁹-DP 91-346 du 9/10/1991, JORA n°46.

¹⁰-DP 95-88 du 25/03/1995, JORA n°23

¹¹-DP 94-01 du 1^{er} /01/1994, JORA n°1.

préfère, une « européanisation des compétences étatiques »¹². Par exemple, le Traité de Maastricht a donné à l'Union de nouvelles compétences en matière de santé et de protection des consommateurs en même temps qu'il a stimulé la création d'une union monétaire.

Autre exemple, le Traité d'Amsterdam a consacré de nouvelles compétences en faveur de l'Union européenne en matière de libertés, de sécurité et de justice.

Le Traité de Lisbonne n'a pas été en reste. Il a, lui aussi, donné de nouvelles compétences à l'Union, singulièrement en matière d'investissements internationaux. En effet, les investissements directs étrangers envisagés sous l'angle, non pas des relations intérieures au sein de l'Union mais des relations Union européenne/Etats tiers sont intégrés, comme dans le droit de l'OMC et dans nombre d'édifices régionaux, par l'article 207 du TFUE dans le domaine relevant de la politique commerciale commune de l'Union, politique qui est un domaine de compétence exclusive de l'Union.

6. Or ce dessaisissement des Etats membres en matière d'investissements directs étrangers au profit de l'Union européenne résultant de l'accord de Lisbonne n'est pas sans conséquences.

D'une part en effet, cette nouvelle compétence peut produire à terme des effets sur les accords bilatéraux conclus par les Etats membres avec les Etats tiers comme l'Algérie dans la mesure où les futurs traités devraient être conclus non pas par les Etats membres mais par l'Union en tant que telle¹³.

¹²-Selon l'expression d'A. LEVADE, La construction européenne et son incidence sur les compétences étatiques et la hiérarchie des normes, Revue française Droit constitutionnel, 2015, n°102, p.293.

¹³-Cf. s/d C. KESSEDJIAN et Ch. LEBEN, Le droit européen et l'investissement, Panthéon-Assas, 2009, spécialement : J. DUTHEIL de la ROCHERE, Le pouvoir des Etats membres de l'Union

D'autre part, ce transfert de compétence intervient à un moment où le droit international des investissements fait l'objet de réajustements significatifs d'une crise de maturité de cette partie du droit international¹⁴ au point qu'une organisation comme la CNUCED n'hésite pas à réunir des experts en vue de la transformation du régime des accords internationaux d'investissement¹⁵.

Cette situation rend donc pertinente une attention à cet aspect d'un droit en devenir, d'autant qu'en matière d'investissements, l'heure ne semble plus être à celui des cloisonnements entre droit international et droits internes.

7. Avec les risques propres à toute étude à caractère exploratoire, on se propose, dans les développements qui suivent, d'envisager l'élaboration de ce droit européen de l'investissement en mettant en évidence deux caractéristiques : l'acquisition de la compétence européenne en matière d'investissement et sa contribution à l'élaboration d'un nouveau droit de l'investissement, du moins dans l'un de ses aspects fondamentaux.

I. La compétence européenne en matière d'investissements

8. Chacun sait que l'admission d'un investissement international et sa réalisation ne sont pas régies exclusivement par des normes de droit interne, même si l'on est toujours en présence d'une opération impliquant qu'un investisseur intervienne dans un Etat dont il n'est pas le ressortissant.

européenne de conclure des traités bilatéraux relatifs aux investissements, cet auteur préconisant la solution d'accords mixtes, c'est-à-dire conclus à la fois par les Etats membres et l'Union européenne pour « aborder dans un instrument unique les aspects divers de la protection et de la promotion de l'investissement » (p.33).

¹⁴-Ce qui fait dire à un auteur qu'il est nécessaire de « ramener le pendule vers le centre ». Cf. J.E. VINUALES, « L'Etat face à la protection internationale de l'entreprise », in (s/d A. SUPIOT), *L'entreprise dans un monde sans frontières : perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, 2015, p.112.

¹⁵ -En dernière date, à Genève du 25 au 27 février 2015.

Le droit international a en effet pris une place de plus en plus importante, singulièrement à compter de la seconde moitié du vingtième siècle, grâce, le plus souvent, à la multiplication d'accords bilatéraux conclus par des Etats pour assurer la protection des investissements.

La prolifération de ce type d'accords est intervenue dans un contexte de compétition si ce n'est de concurrence entre Etats¹⁶, nombre d'entre eux étant purement et simplement conclus sur la base de modèles de traités, le cas échéant actualisés de temps à autre. C'est ainsi que la CNUCED a dénombré pas moins de 3240 accords existant fin 2013¹⁷ et qu'elle édite les différents modèles de traités dans un « Compendium ».

9. En réalité, ce phénomène n'est pas le seul qui soit observable dans le paysage contemporain du droit de l'investissement international.

En effet, et abstraction faite d'un accord portant sur la protection des investissements¹⁸ qui concerne le seul secteur de l'énergie, le Traité sur la Charte de l'Energie, des dispositions spécifiques relatives à la protection des investissements sont adoptés dans le cadre d'accords de libre-échange conclus à un niveau régional, ce qui met en évidence le lien étroit existant entre commerce et investissement et suggère également que la libéralisation des échanges va de pair avec la promotion des investissements.

¹⁶-Pour une démonstration du fondement néo libéral de ces accords (mais aussi sur les changements en cours), cf. M. SORNARAJAH, « Resistance and change in the international law of investment, Cambridge University Presse, 2015.

¹⁷-Cf. Rapport sur l'investissement dans le monde de la CNUCED de 2014 (Vue d'ensemble), p.22.

¹⁸-Ce traité sur la charte de l'énergie, signé en décembre 1994, est entré en vigueur en avril 1998, ne concerne pas seulement, dans le domaine du pétrole et du gaz, les pays européens et ceux issus de l'ancien bloc soviétique, le Japon et l'Australie y ayant adhéré.

Il en a été ainsi et en premier lieu de l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA) conclu entre le Canada, le Mexique et les USA, entré en vigueur en janvier 1994, dont tout un chapitre (XI) est entièrement dédié à l'investissement entre ces pays, ce type d'accords en ayant inspiré d'autres en Amérique mais aussi en Asie¹⁹.

Cette régionalisation du droit de l'investissement produit cependant un effet à l'intérieur du seul espace régional considéré, comme cela aurait pu être le cas au sein de l'Union pour le Maghreb Arabe (UMA) si les suites pertinentes avaient été données à la convention conclue en son sein²⁰.

Les normes ainsi élaborées ne concernent pas les investisseurs des pays tiers non plus que les investissements réalisés par des ressortissants européens dans les pays tiers, les cas échéant protégés par des accords bilatéraux. Chaque Etat impliqué dans l'espace régional reste en effet compétent pour négocier et conclure des accords avec des Etats tiers.

10. Or à la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne de 2007, on se trouve en présence d'un nouveau schéma.

Dès lors en effet que les investissements directs étrangers²¹ ont été intégrés à la politique commerciale commune qui a pour

¹⁹-C'est le cas de l'ASEAN qui concerne six pays asiatiques et dont l'accord de libre-échange comporte depuis 1996 un protocole sur la protection des investissements reproduit dans le Compendium de la CNUCED, volume IV, p. 61 mais aussi du MERCOSUR, à l'origine un accord de marché commun entre pays de l'Amérique du Sud, désormais complété d'un protocole de protection des investissements étrangers du 19 janvier 1994 (Compendium, volume II, p.515). En revanche, la convention de facilitation et de développement des échanges commerciaux entre Etats arabes ratifiée par 19 des Etats arabes dont l'Algérie (cf. DP 04-223 du 3 août 2004, jora n° 49) s'abstient de toute indication sur les investissements, ce qui dans l'esprit de ses promoteurs revient à continuer à dissocier commerce et investissement.

²⁰-Il s'agit de la convention du 23 juillet 1990 relative à la promotion et à la garantie des investissements au sein de l'UMA dont le texte peut être consulté au JORADP de 1991, n°6.

²¹-La compétence exclusive ne porte donc pas sur les investissements de portefeuille, en d'autres termes sur l'acquisition de titres sur les marchés de capitaux et constitutive

objet avant toutes choses la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux (articles 206 et 207-1 TFUE), l'Union européenne dispose en la matière d'une compétence exclusive pour conclure des accords de protection des investissements avec les Etats tiers²². Or cette compétence est de nature à conduire à trois conséquences.

11. Elle signifie en premier lieu que les Etats membres de l'Union européenne ne sont plus en principe habilités à conclure ou à modifier des accords bilatéraux de protection des investissements directs avec des Etats tiers.

Mais des dispositions transitoires – pourtant non prévues par le Traité de Lisbonne – ont été adoptées qui permettent à la Commission d'autoriser un Etat membre à modifier ou à conclure un tel traité²³. Encore faut-il noter que lorsqu'un Etat bénéficie d'une telle autorisation, il ne peut signer un tel accord et par la suite le conclure qu'après autorisation expresse de la Commission²⁴.

12. En second lieu, cette compétence exclusive ne produit pas d'effets juridiques sur les accords signés par les Etats membres avant le 1^{er} décembre 2009. Même si le Traité sur le fonctionnement

seulement d'un placement financier mais qui sont assez souvent protégés par les accords bilatéraux. Ceci ne devrait pas être sans conséquences sur les futurs accords car si l'investissement de portefeuille devrait faire l'objet de protection, les Etats membres devraient alors être parties contractantes aux côtés de l'Union européenne.

²²-s/d Ch. LEBEN et C. KESSEDJIAN, « Le droit européen et l'investissement », éditions Panthéon-Assas, 2009.

²³-En ce sens articles 7 et suivants du Règlement n°1219/2012 du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des Etats membres et des Etats tiers, JOUE L351 du 20 décembre 2012. L'autorisation n'est accordée que dans la mesure où une négociation parallèle n'est pas menée par l'Union européenne et où le traité à conclure est compatible avec le droit de l'Union européenne, spécialement en matière de libre circulation des capitaux pour ne pas remettre en cause le droit des institutions européennes de suspendre les mouvements de capitaux.

²⁴-Règlement précité, article 11 §.4.

de l'Union européenne n'a prévu aucune disposition transitoire, il est évident que l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne ne pouvait produire les effets d'une dénonciation, à fortiori d'une dénonciation globale de l'ensemble des Traités jusque-là conclus avec des Etats tiers par les différents Etats membres.

13. Enfin, cette compétence exclusive devrait permettre à long terme une certaine unification du droit de l'investissement pour les Etats membres et leurs investisseurs dans leurs relations avec les Etats tiers et réciproquement.

14. Ces constats suggèrent cependant que la compétence exclusive de l'Union européenne ne peut s'exercer de manière linéaire.

Si par le biais de la Commission²⁵ l'Union européenne a, pour l'heure, mené de négociations avec le Canada et Singapour puis en a initié avec les USA, sa doctrine en la matière semble s'élaborer progressivement, voire procéder par tâtonnements en matière de règlement des litiges entre investisseurs et Etats²⁶, du fait des multiples jeux de pouvoirs qui existent en son sein.

A cet égard, il est possible de faire état de deux moments dans l'élaboration de cette doctrine présentée ici comme européenne mais qui, selon toute vraisemblance, ne lui est pas spécifique.

15. Dans un premier temps, en 2010, la Commission de Bruxelles a émis une Communication intitulée « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux »²⁷. Ce document confirme mais « à long terme » le remplacement des

²⁵-Plus précisément, la Direction générale pour le commerce.

²⁶-Sur ce point et notamment sur les questions de transparence et de cohérence des solutions arbitrales, cf. E. LOQUIN et S. MANCIAUX, Les propositions de l'Union européenne en matière d'arbitrage d'investissement, in Arbitrage et droit de l'Union européenne, Lexis Nexis, 2012, p.153 et s.

²⁷-Communication de la commission du 7 juillet 2010, Com (2010) 343final.

TBI par les accords conclus par l'Union européenne et il se limite aux aspects de protection, la politique de promotion de l'investissement semblant devoir rester à la charge des Etats membres.

Dans cette Communication, la Commission opte clairement pour une démarche en deux étapes : la première a pour objet, dans le cadre de négociations commerciales visant à établir le libre-échange, d'envisager l'élargissement de la négociation à la protection des investissements, le texte citant expressément le Canada, l'Inde, Singapour et le MERCOSUR ; la seconde, qui en fait traduit une absence de priorité sans doute fondée sur une analyse des flux d'investissement existants, concernerait des accords de protection pure et simple des investissements à négocier avec des Etats tiers, en quelque sorte des Etats marginaux dans l'ordre des préoccupations européennes.

16. Quel que soit le cas de figure, le contenu des accords ne semble pas remis en cause. Les aspects fondamentaux de la protection des investissements que l'on trouve classiquement dans les accords bilatéraux se retrouvent, comme par exemple ceux relatifs au traitement national, au traitement juste et équitable et à l'expropriation.

Pour autant, la communication évoque surtout, dans le cadre de la politique européenne, un objectif général de clarification de « l'équilibre entre les différents intérêts en jeu, tels que la protection des investisseurs contre l'expropriation illégale ou le droit de chaque partie de réglementer dans l'intérêt général »²⁸. Elle se distingue par une appréciation plutôt critique du système arbitral existant en matière de litiges entre investisseurs et Etat, en particulier s'agissant de la « fragmentation des différends et des

²⁸-Communication précitée, §.3 c).

interprétations », le tout étant considéré comme attentatoire à la « cohérence et à la prévisibilité »²⁹.

17. Dans un second temps, en novembre 2013, c'est-à-dire à une date où la Commission a entrepris les premières négociations résultant de sa compétence exclusive, elle a publié un document de synthèse sur la « protection des investissements et (le) règlement des différends entre investisseurs et Etats dans les accords de l'UE »³⁰.

Ce document confirme en creux la critique du droit actuel des investissements puisque, sans hésitation aucune, il y est écrit que « le système a besoin d'améliorations », compte tenu des « imperfections du système actuel », ce qui doit conduire à « rééquilibrer le système ».

C'est pourquoi le document s'engage dans des propositions plus concrètes visant d'abord à envisager de clarifier les notions d'expropriation indirecte et de traitement juste et équitable ainsi que le droit de régler des parties, c'est-à-dire des Etats ou de l'Union européenne. De même, il préconise pour les litiges pouvant survenir entre investisseurs et Etats, de trouver une solution pour éviter les recours dilatoires mais aussi un code de conduite pour les arbitres de façon à tenir compte des conflits d'intérêt et, vraisemblablement sous l'influence des travaux de la CNUDCI, une plus grande transparence dans le procès arbitral.

²⁹-Communication précitée, §.3 d). Pour cette raison, la Commission préconise le recours à des listes d'arbitres ou à des mécanismes d'appel.

³⁰-Ce texte n'émane pas de la Commission en tant que telle mais de la direction générale du commerce qui lui est rattachée. Sur ce texte les remarques de C. NOURISSAT, *Le remplacement des traités bilatéraux relatifs aux investissements conclus par les Etats membres et les pays tiers par des accords européens ; un facteur de « méditerranisation » du droit des investissements* in s/d F. OSMAN « Vers une lex mediterranea des investissements », Bruylant, 2016 (à paraître), p.177 et s.

18. Il se confirme ainsi que l'acquisition par l'Union européenne d'une compétence exclusive en matière d'investissements directs étrangers coïncide avec une crise de croissance du droit de l'investissement international, caractérisée par une critique devenue plutôt systématique de ce droit et non plus seulement limitée à quelques appréciations doctrinales plus ou moins prudentes.

Or dans la mesure où cette crise doit être surmontée, il peut paraître opportun d'examiner la contribution concrète de l'Union européenne au nouveau droit de l'investissement, du moins sur l'un de ses aspects essentiels, celui du traitement « juste et équitable ».

II. La position européenne sur l'élaboration d'un nouveau droit de l'investissement en matière de traitement juste et équitable.

19. Les développements qui suivent ont plutôt un caractère prospectif à la date où ils interviennent puisque les documents qui leur servent de base ne sont pas encore de droit positif.

Ils reposent pour l'essentiel sur un accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne dont la négociation s'est achevée en septembre 2014 mais qui n'est pas encore ratifié³¹. Ce texte est un accord de libre échange qui comporte un chapitre 10 entièrement dédié aux investissements.

³¹-Le texte est consultable sur le site du gouvernement canadien :

www.international.gc.ca/trade-agreements-accords_commerciaux/ agr- acc/

On tiendra compte également de la proposition sur la protection des investissements, le règlement des différends en matière d'investissement et le système juridictionnel des investissements dans le cadre du TTIP rendu public par la Commission le 16 septembre 2015 ainsi que du « draft » de la Commission mis en ligne le 12 novembre 2015(tradoc_153807.pdf).

20. Ajoutons que ce que l'on présente dans ces développements comme étant la position européenne ne lui est pas spécifique.

Il y a bien en effet désormais émergence d'un consensus au sein d'un certain nombre d'Etats, pas seulement de l'espace européen, sur la nécessité de faire évoluer le droit international de l'investissement.

Ce consensus prend forme essentiellement à travers un certain nombre de critiques émises à l'encontre de sentences arbitrales rendues sous les auspices du CIRDI alors qu'en vérité il devrait s'agir de critiques sur le caractère flou ou approximatif du droit sur la base duquel les sentences ont été rendues, autrement dit de critiques à l'endroit des Etats eux mêmes qui par voie de traités ont pu prendre des engagements, souvent au demeurant par pur mimétisme, sans leur donner un contenu précis.

21. Autre remarque, si l'on se préoccupe ici du seul traitement juste et équitable³², il ne faut certainement pas en déduire que le droit de l'investissement en devenir ne concerne que cet élément de cette matière. Simplement, la notion de traitement juste et équitable y occupe une place centrale dans le droit conventionnel de l'investissement, comme on peut le constater en consultant par exemple quelques accords bilatéraux conclus par l'Algérie avec des Etats européens³³. De surcroît, il vaut de

³²-Sur le traitement juste et équitable, l'OCDE avait déjà commis une étude exhaustive il a plus de dix ans : cf. La norme de traitement juste et équitable dans le droit international des investissements, Doc 2004/3 de la direction financière. Pour une récente étude d'ensemble, cf. C. SANTULLI, Le traitement juste et équitable : stipulation particulière ou principe général de bonne conduite ? RGDI 2015, p.69 et s.

³³-Pour s'en tenir aux accords cités aux notes 8 à 11 ci-dessus, l'obligation pour l'Etat de consentir un traitement juste et équitable se retrouve dans l'accord conclu avec l'Union belgo-luxembourgeoise (article 3.1), l'accord conclu avec la France (article 3) et l'accord conclu avec l'Italie (article 4), ceci sans préjudice de la possibilité pour des investisseurs non ressortissants de ces Etats de se prévaloir de la clause de la nation la plus favorisée.

signaler que la notion fait une entrée remarquable dans le projet de loi relatif à la promotion des investissements adopté en conseil des ministres le 7 octobre 2015, si l'on veut bien être attentif à l'article 20 de ce projet.

22. Cela dit, si la compréhension du standard du traitement juste et équitable est appelée à évoluer, il faut, avant de prendre la mesure de cette évolution, s'expliquer sur ses raisons.

= les raisons d'une évolution

23. Le standard du traitement juste et équitable est ancien³⁴. Mais, en première approximation, il faut bien constater qu'il n'a pas grande signification, si ce n'est celle d'alerter les mauvais esprits sur le fait que tout Etat peut avoir des comportements injustes et inéquitable, ce qui atteste à tout le moins des limites des règles juridiques de droit interne qui encadrent l'activité des Etats.

Le constat de ces limites a conduit à une tentative de dépassement des différents droits internes par le droit international, en particulier par celui applicable aux investissements, ceci pour pouvoir tirer les conséquences des comportements étatiques en termes de responsabilité, que ces comportements soient le résultat de faits ou d'actes juridiques, spécialement des lois ou des règlements.

24. Pour généreuse qu'elle soit, cette ambition du droit international renferme elle-même les limites de l'intention, dès lors que l'on constate que le juste résulte de l'application du droit et que l'équitable renvoie à un comportement conforme à l'équité, concept, on ne peut plus, insaisissable³⁵.

³⁴-On en trouve trace en effet dans les vieux accords de commerce et d'amitié.

³⁵-Dans le même sens pour le droit international : D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, LGDJ (3ème édition), p.446. Il y a donc une différence importante

Autant dire que l'obligation pour un Etat de traiter justement et équitablement un investisseur est un sujet de controverses entre l'Etat et l'investisseur et qu'elle conduit à interprétation par les arbitres saisis d'un litige.

25. Dès lors, il devient évident que la perception de ce standard est susceptible de variations selon la propre culture des arbitres pour ne rien dire de leurs présupposés idéologiques. Ces variations forcément subjectives posent problème en termes de lisibilité du droit issu de la « jurisprudence » autant pour les investisseurs que pour les Etats en sorte qu'elles contrarient l'idée même de sécurité juridique.

Concrètement, en présence d'un comportement, il est plus que délicat pour un investisseur de savoir si le standard du traitement juste et équitable est ou n'est pas respecté et, pour ses conseils, l'analyse ne peut qu'aboutir à un résultat aléatoire.

Quant aux Etats, le traitement juste et équitable devient un élément perturbateur de leur pouvoir de réglementer voire du pouvoir de prendre des mesures incitatives puis de les modifier ou de les supprimer, par suite d'un retournement de conjonctures comme cela peut advenir d'une aide d'état ou d'un dispositif fiscal et, plus généralement, de subventions.

On peut aller plus loin et se demander si l'Etat devient essentiellement un protecteur de la sécurité et de la propriété ou s'il est plutôt le garant de l'intérêt général, la réponse à cette question pouvant être de nature à limiter sa souveraineté et par

entre le traitement national et le traitement juste et équitable : le premier invite à observer le système juridique de l'Etat considéré alors que le second conduit à prendre en considération le droit international. Mais la remarque ne vaut pas seulement pour le droit international : cf. de moi-même, Introduction générale à la règle de droit en Algérie, EUD et Ajed éditions, 2012, n°75-76.

conséquent à paralyser son pouvoir d'administrer une crise majeure³⁶.

26. On est en effet convaincu du désordre créé par la notion de traitement juste et équitable au constat que l'interprétation du standard a été conduite dans certaines sentences par référence au droit international coutumier pour aboutir à la reconnaissance d'un « traitement minimum » à reconnaître en faveur des investisseurs³⁷, le traitement minimum donnant lieu lui-même à une interprétation et donc générant des incertitudes, en d'autres termes une insécurité juridique.

En revanche, dans d'autres sentences, l'approche du standard du traitement « juste et équitable » s'est éloignée de la référence au droit coutumier pour lui donner une consistance autonome susceptible de dépasser le traitement arbitraire ou abusif³⁸.

Cette approche adonné plus de latitude aux arbitres tant il est vrai que l'autonomie d'un concept favorise leur liberté en matière d'appréciation et donc de jugement. Elle a eu pour conséquence d'augmenter les obligations des Etats d'accueil, en clair de limiter leurs marges de manœuvre. Ce faisant, elle a

³⁶-Comparer, à la suite de la crise financière argentine, R. BACHAND, « Préconceptions de la souveraineté de l'Etat chez les internationalistes : l'exemple des affaires argentines », in SFDI, *l'Etat dans la mondialisation*, Pédone, 2013, p.245.

³⁷-En ce sens CIRDI 21/02/1997, *AMT c/ RD Congo*, §.6.06. Comme le suggère A. de NANTEUIL, in *Droit international de l'investissement*, Pédone, 2014 ; §.674 et suivants, il existe une relation entre la protection des étrangers et celle des investisseurs, qui explique la sollicitation du droit international coutumier.

³⁸-Ce mouvement semble amorcé dans une sentence CIRDI du 29/05/2003, *Tecmed c/ Mexique*, §.155 dans laquelle le tribunal arbitral indique que l'approche autonome du traitement juste et équitable doit prendre en considération le texte du traité, dans le respect de la convention de Vienne sur le droit des traités. Il est vrai qu'on en trouve trace dans une sentence CNUDCI du 10/04/2001 rendue dans l'affaire *Pope Talbot c/ CANADA* par application du traité ALENA (§.110). Adde, CIRDI, sentence du 14/01/2010, *Lemire c/UKRAINE*, §.284.

augmenté considérablement le nombre de contestations³⁹, pour ne rien dire de la sphère de l'imprévisibilité en partant du postulat que le seul objet du droit de l'investissement était la protection des investisseurs⁴⁰.

27. A la vérité, cette interprétation autonomiste du traitement juste et équitable n'a pas concerné et ne concerne pas que les Etats membres de l'ALENA.

Ainsi des Etats européens se sont vus reprocher une violation de l'obligation de réserver aux investisseurs un traitement juste et équitable⁴¹ et des initiatives contentieuses ont été prises contre l'Allemagne à la suite de sa décision d'arrêter la mise en œuvre de son programme nucléaire⁴², contre la France⁴³ par un designer de coques de bateaux et, plus récemment, contre l'Espagne⁴⁴, pour s'en tenir à ces exemples.

Cette multiplication des contentieux fait craindre que le pouvoir de réglementation des Etats⁴⁵, si ce n'est leur souveraineté exprimé dans le discours législatif ou les compétences en tant que telles de l'Union européenne ne soit contrarié voire purement et simplement menacé. Elle génère un

³⁹-Cette approche autonomiste a favorisé également la mise au point de nouveaux modèles d'accords bilatéraux en 2004, notamment de la part du Canada (article 5) et des USA. Ces modèles invitent à une lecture du traitement juste et équitable par référence au droit coutumier. Le modèle américain est plus explicite quant à la réduction du pouvoir des arbitres dès lors qu'il prévoit explicitement que le TJE ne peut créer des droits substantiels nouveaux (« ...do not create additional substantive rights »).

⁴⁰- Ce que C. SANTULLI nomme « la logique générale de protection des investissements », op.cit. p.75.

⁴¹-Ainsi la République tchèque, si l'on se réfère à la sentence CIRDI du 18 avril 2008, Phoenix c/REPUBLIQUE TCHEQUE.

⁴²-Voir CIRDI, ARB 12/12 Vattenfal AB et autres c/Allemagne.

⁴³-Voir CIRDI, ARB 13/22 Erbil Serter c/ France.

⁴⁴ -Voir CIRDI, ARB 15/16, BAYWA et autres c/ Espagne.

⁴⁵-Il n'y est fait allusion que dans le préambule par l'accord euro canadien alors qu'il fait l'objet d'une stipulation spécifique dans la proposition européenne de septembre 2015 relative au projet de TTIP.

besoin d'encadrement plus strict de la notion de traitement juste et équitable, jusque-là restée d'un maniement délicat.

= l'esquisse d'un encadrement

28. Lorsqu'on consulte les stipulations pertinentes en matière d'investissement de l'accord paraphé par le Canada et l'Union européenne⁴⁶, on ne peut qu'être frappé par les développements désormais consacrés au traitement juste et équitable.

29. Il n'est plus question en effet de se limiter à faire état d'une obligation générale et finalement indéterminée pesant sur les Etats de traiter justement et équitablement les investisseurs alors que les Etats d'accueil peuvent voir leur responsabilité internationale engagée.

30. Il n'est pas davantage question de permettre une interprétation du standard par référence au droit coutumier dont on a vu qu'elle était peu signifiante et qui pose toujours des problèmes de preuve redoutables, tant il est vrai qu'il faudrait consulter l'ensemble des accords internationaux conclus en matière d'investissements, soit plus de trois mille traités, pour déceler ou non l'existence d'une coutume⁴⁷.

Pour prendre un exemple, la question peut se poser de savoir si le droit international coutumier renferme l'idée qu'en procédant à un investissement un investisseur a des attentes légitimes contraignantes pour l'Etat qui a admis son investissement. Dans l'affirmative, l'attente légitime est comprise comme le fait

⁴⁶-L'approche est la même si l'on se réfère à l'article 3 (traitement des investisseurs et des investissements protégés) du « draft » de la Commission cité en note 31.

⁴⁷-En ce sens S. SCHWEBEL, *The influence of bilateral investment treaties on customary international law*, *The american society of international law*, 2004, p.29. Mais l'existence de conventions ne réduit-elle pas l'intérêt du recours au droit coutumier ? Et la multiplication des accords conclus avec les pays du tiers monde n'a-t-elle pas eu pour objet sinon pour finalité de contourner les critiques à l'adresse d'un droit construit sans la participation de ces Etats et donc sans leur adhésion à ces normes ?

pour l'investisseur de disposer d'un « environnement prévisible » notamment sur le plan réglementaire⁴⁸.

Le risque est alors que « l'attente légitime » neutralise toute application d'une nouvelle réglementation à l'investisseur étranger, y compris si elle est d'ordre public, comme cela peut être le cas pour des réglementations ayant pour objet de protéger la santé des personnes, l'environnement ou les droits des travailleurs.

31. Par suite du rejet de la méthode de renvoi au droit international coutumier, le nouveau droit -manifestement inspiré de la pratique arbitrale contemporaine- semble se construire en adoptant la méthode de la liste⁴⁹ semi fermée d'hypothèses pour lesquelles les Etats admettent l'existence d'une violation de l'obligation de traiter justement et équitablement un investisseur.

Elle est semi fermée simplement parce que les signataires des accords prévoient, à la supposer utile, la possibilité de réviser la liste⁵⁰, comme pour signifier que l'interprétation du standard du juste et de l'équitable est du pouvoir des Etats et non plus des arbitres.

32. Quant à la liste contenue dans l'article X.9, §.2 du projet d'accord, elle est, tout bien considéré, le reflet de la pratique arbitrale.

⁴⁸-En faveur d'une inclusion de l'attente légitime comme élément du traitement juste et équitable, sentence CNUDCI du 12/01/2011, Grand river enterprises, c/ USA, §. 140. En sens contraire, la sentence CIRDI du 18 /09/2009, Cargill c/Mexique., §.290.

⁴⁹-Cette méthode est celle que préconisent les experts réunis à la CNUCED

⁵⁰-Cf. article X.9 §.3 de l'accord qui prévoit un examen régulier de la question du contenu du TJE en vue de recommandations émanant du comité des services et de l'investissement pouvant conduire à décision du Comité de commerce. Dans le même sens, la proposition de la Commission au titre du TTIP, article 3 §.3.

La violation du standard est en effet limitée aux hypothèses suivantes : déni de justice résultant d'une procédure juridictionnelle⁵¹, manquement essentiel à l'application de la loi, « y compris un manquement essentiel sur le plan de la transparence⁵² dans le cadre d'une procédure criminelle ou administrative », acte manifestement arbitraire⁵³, discrimination injustifiée comme le serait celle fondée sur le sexe, la race ou les croyances religieuses, traitement abusif de l'investisseur (tel que la coercition, la contrainte ou le harcèlement)⁵⁴ et, enfin, manquement aux obligations qualifiées de violation du traitement juste et équitable par suite d'un accord ultérieur des Parties, sauf à être concrétisé par une décision du Comité du commerce.

On se trouve ainsi en présence seulement de six hypothèses de violation caractérisée de l'obligation de traiter justement et équitablement un investisseur, en sorte que le standard ne peut plus servir de prétexte à la remise en cause des politiques publiques. C'est à peine si le nouveau discours des Etats n'affirme pas que les flux d'investissements ne constituent pas

⁵¹-Pour une illustration récente tirée de la pratique arbitrale et concernant l'Egypte ; sentence CIRDI du 1^{er} /06/2009 ; Siag c/EGYPTE, §.455.L'interdiction du déni de justice vaut droit au jugement d'une prétention mais aussi à son exécution comme le confirme la sentence précitée (§.453) et ne concerne pas en tant que tel le bien-fondé de la prétention qui ressortit de l'acte illicite.

⁵²-La transparence est un succédané de la bonne foi. Ramenée aux mesures ou décisions étatiques, elle suggère une obligation de révéler leurs motifs et par conséquent un contrôle de leur réalité si l'on se réfère à la sentence rendue dans l'affaire Tecmed c/Mexique, précitée (§154).

⁵³-Dans l'affaire Sicula qui avait opposé l'ITALIE et les USA, la CIJ avait eu l'occasion de juger que l'arbitraire est « une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique » (Arrêt du 20/07/1989, §.128), façon habile de dire que l'acte arbitraire est frappé de subjectivité et exempt de rationalité ou injustifiable au point d'être dépourvu de l'apparence de la légitimité, comme suggéré par la sentence CIRDI du 8/10/2009, EDF c/ ROUMANIE (§.303).

⁵⁴-Illustrations d'un harcèlement résultant d'un accord signé sous la pression dans la sentence CIRDI du 6 /02/2008, Desert Line Project c/ YEMEN (§.193 ou résultant de contrôles injustifiés dans la sentence Siag c/Egypte, précitée (§.450).)

une fin en soi et que les valeurs de progrès ne se déterminent pas par la politique des firmes mais par celle des Etats.

33. Une remarque essentielle concerne la violation des attentes légitimes de l'investisseur car cette situation ne se retrouve pas dans la liste.

La notion d'attente légitime revendiquée par les investisseurs suppose non pas seulement que toutes décisions et tous actes d'un Etat ait un fondement rationnel mais que cette rationalité soit fondée sur les seuls intérêts de l'investisseur, d'où le risque de sanctionner les Etats de manière inconsidérée⁵⁵. Ce n'est pas dire qu'elle ait vocation à disparaître dans le nouveau droit de l'investissement.

34. La notion d'attentes légitimes fait en effet l'objet d'une attention particulière de la part des négociateurs dans la mesure où par une stipulation particulière⁵⁶, il reste possible de qualifier de manquement de l'Etat au traitement juste et équitable le non-respect de l'attente légitime de l'investisseur.

Mais, sans doute pour rendre plus objective l'analyse du comportement de l'Etat et, ce faisant, éviter que les prérogatives étatiques, comme celle tirée du pouvoir de modifier le cadre légal d'une activité dans la perspective d'une meilleure protection de l'environnement, ne soient systématiquement remises en cause, la prise en compte de l'attente légitime de l'investisseur est soumise à une double vérification.

35. D'une part, il ne peut y avoir attente légitime que si l'Etat d'accueil a pris un engagement particulier au regard d'un investisseur⁵⁷.

⁵⁵-Cf. A de NANTEUIL, *op.cit.* §.707

⁵⁶-Cf. article X.9 §.4 de l'AECG et l'article 3 §.4 de la proposition pour le TTIP.

⁵⁷-Cette position a été celle du tribunal arbitral dans l'affaire Total c/ARGENTINE : sentence CIRDI du 27/12/2010 (§.120). Si elle peut être discutable, elle a l'avantage d'éviter

Ceci devrait impliquer que l'attente légitime ne peut plus résulter d'une lecture des intentions supposées des Etats ou d'une lecture de leurs intentions générales lorsqu'ils légifèrent en matière d'investissement, à fortiori d'une analyse globale sinon subjective de la politique de l'Etat considéré.

L'engagement particulier devrait se déduire d'un acte qui a pour destinataire précis l'investisseur, que cet acte ait un caractère unilatéral ou qu'il résulte d'un contrat d'Etat, cet instrument pouvant alors retrouver une nouvelle jeunesse.

L'attente légitime est donc purement et simplement circonscrite à la violation d'un engagement particulier, façon à peine voilée de mettre un frein à une interprétation libérale de la notion.

36. D'autre part, cet engagement particulier devra être celui qui aura conduit à la décision d'investir ou de maintenir son investissement plutôt que de le liquider.

Cette seconde condition est tout aussi sévère que la première. Bien entendu, elle ne présuppose pas que la décision d'investir dépend d'une seule considération, ce qui serait irréal.

Mais elle signifie clairement que l'attente légitime ne peut se déduire des seuls documents émanant de l'investisseur, comme le sont les études préalables à une décision d'investir voire d'une collection de propos politiques rapportés par les médias. L'attente légitime est la conséquence d'un acte spécifique de l'Etat et elle présuppose qu'à la suite de l'engagement étatique, l'investisseur ait pris la précaution de garder trace du lien de causalité existant entre l'engagement étatique et la décision d'investir.

toutes spéculations autour de déclarations de politique générale (au surplus hors la présence de son auteur) ou de propos rapportés par les médias et dont l'origine ou la fidélité dans la restitution est douteuse.

37. Finalement, en observant le devenir du traitement juste et équitable dans le droit des investissements dans la politique législative européenne, on peut constater que la construction européenne ne se fait pas, contrairement aux apparences, contre les Etats et que cette dernière reste dans une large mesure l'expression de la volonté des entités étatiques qui en sont partie prenante.