

Merci d'utiliser le titre suivant lorsque vous citez ce document :

OCDE (2004), « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements », Éditions OCDE.
<http://dx.doi.org/10.1787/616018623408>



La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements

OCDE

La version originale de ce document a été publiée comme suit :

OECD (2004), “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/03, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>



DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIERES ET DES ENTREPRISES

DOCUMENTS DE TRAVAIL SUR L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL
Numéro 2004/3

LA NORME DU TRAITEMENT JUSTE ET EQUITABLE DANS LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Septembre 2004

Le présent document, mis en diffusion générale sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE, a été rédigé dans le cadre des travaux du Comité de l'investissement dans le but d'approfondir la compréhension de la norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements.

Le présent document rassemble les nombreux points de vue exprimés dans le cadre des débats du Comité. Il s'agit d'une étude descriptive qui ne reflète pas nécessairement les opinions de l'OCDE ou des gouvernements des pays Membres de l'Organisation et ne saurait être interprétée comme préjugant des négociations ou des différends actuels ou à venir relativement aux accords internationaux d'investissement.

Le présent document a été établi par Catherine Yannaca-Small, analyste juridique, Division de l'investissement, Direction des affaires financières et des entreprises.

LA NORME DU TRAITEMENT JUSTE ET EQUITABLE DANS LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Introduction

L'obligation d'accorder un « traitement juste et équitable » est souvent énoncée concurremment avec d'autres normes visant à assurer la protection de l'investissement direct étranger par les pays d'accueil. Il s'agit d'une norme de traitement à caractère « absolu » et « non contingent », c'est-à-dire une norme qui définit le traitement qui doit être accordé selon des termes dont le sens exact reste à déterminer en fonction d'un contexte spécifique d'application, à l'inverse des normes « relatives » intégrées dans les principes du « traitement national » et de « la nation la plus favorisée », qui définissent le traitement requis eu égard au traitement accordé à d'autres investissements¹. Cette norme, à laquelle font parfois référence les toutes premières ébauches d'instruments multilatéraux de commerce et d'investissement, a été instituée principalement par le biais du réseau de plus en plus important des traités bilatéraux d'investissement.

L'obligation des parties aux accords d'investissement d'accorder aux investissements réciproques « un traitement juste et équitable »² a reçu diverses interprétations de la part des représentants des Etats, des arbitres et des spécialistes. Le débat qu'a suscité cette norme a porté principalement sur la question de savoir si elle est mesurée au regard de la norme minimale du droit international coutumier, une norme élargie du droit international incluant d'autres sources comme les obligations de protection des investissements généralement contenues dans les traités de même que des principes généraux, ou si elle constitue un concept autonome inscrit dans les traités et qui n'est pas expressément lié au droit international. Ce débat pourrait avoir des répercussions très vastes, notamment en raison du nombre croissant de décisions arbitrales concernant des plaintes pour refus d'accorder un traitement juste et équitable.

La signification de la norme du traitement juste et équitable n'est pas nécessairement la même dans tous les traités. Son interprétation correcte peut être influencée par la formulation particulière d'un traité, les circonstances dans lesquelles il est conclu, le déroulement des négociations ou d'autres indications sur l'intention des parties. Jusqu'à présent, les tentatives visant à clarifier le contenu normatif du principe proprement dit ont été relativement rares. D'aucuns estiment que la formulation

1 Voir *CNUCED, Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s, 1998*. Voir aussi A. A. Fatouros, « Government Guarantees to Foreign Investors », *Columbia University Press (1962)*, p. 135-141 et 214-215.

2 La formulation précise varie selon les traités d'investissement. Certains définissent expressément la norme en fonction du droit international : c'est le cas des traités conclus par la France, les Etats-Unis et le Canada ; d'autres ne mentionnent pas le droit international : c'est le cas des traités conclus par les Pays-Bas, la Suède, la Suisse et l'Allemagne. Par exemple, le modèle de traité bilatéral d'investissement de l'Allemagne stipule que chaque partie contractante accordera dans tous les cas un traitement juste et équitable à ces investissements, et celui de la Suisse, que « les investissements et revenus des investisseurs de chaque Partie se verront accorder en tout temps un traitement juste et équitable. » Voir *CNUCED, op. cit. n. 1*.

est vague afin de permettre aux arbitres d'articuler les différents principes nécessaires pour atteindre l'objectif du traité dans le cadre de différends particuliers. Toutefois, un certain nombre d'Etats semblent préoccupés par le fait que moins les arbitres reçoivent de précisions, plus grande est leur marge de manœuvre et plus la procédure aboutit à des décisions *ex aequo et bono*, c'est-à-dire fondées sur ce qui paraît aux yeux des arbitres « juste » et « équitable ».

L'OCDE a, par le passé, fait référence à deux reprises à la « norme du traitement juste et équitable », qu'elle a associée à la norme minimale requise en droit international³ et aux principes généraux du droit international⁴ mais dont elle n'a toutefois pas analysé de manière approfondie le contenu spécifique⁵. Depuis, de nombreuses affaires ont fait jurisprudence, ce qui pourrait apporter un éclairage sur le contenu normatif du principe.

La présente étude fournit des éléments d'information factuelle sur la jurisprudence, les publications et les pratiques nationales en ce qui concerne la norme du traitement juste et équitable. Elle examine les origines de la norme et son utilisation dans le cadre des accords internationaux et des pratiques nationales (**Partie I**), ses relations avec la norme minimale du droit international coutumier (**Partie II**) et ses éléments constitutifs tels que les tribunaux arbitraux les ont définis (**Partie III**).

I. L'origine de la norme du traitement juste et équitable et son utilisation actuelle dans le cadre des accords internationaux et des pratiques nationales

A. L'origine de la norme du traitement juste et équitable

Le traitement « équitable » est mentionné pour la première fois dans la *Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce (1948)*. L'article 11(2) envisageait que les investissements étrangers soient assurés d'un « traitement juste et équitable » et disposait que l'Organisation internationale du commerce pourrait :

1. recommander et favoriser la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux mesures tendant :
 - i) à assurer un traitement juste et équitable en ce qui concerne l'effort d'entreprise, les compétences techniques, les capitaux, les procédés ou techniques apportés d'un Etat membre dans un autre.

L'Organisation devait entre autres être autorisée à favoriser la conclusion d'accords destinés à faciliter une « répartition équitable » des compétences techniques, des procédés, des techniques, des matières premières et de l'outillage, compte dûment tenu des besoins de tous les Etats membres. De même, les Etats membres devaient reconnaître le droit de chacun d'eux de déterminer les conditions d'admission des investissements étrangers sur son territoire, et d'appliquer des « conditions équitables » et « d'autres conditions raisonnables » en ce qui concerne la propriété des investissements

3 « Projet de Convention sur la protection des biens étrangers et Résolution relative au projet de Convention sur la protection des biens étrangers », *OCDE*, p. 13-15, 1967.

4 « Accords intergouvernementaux relatifs aux investissements dans les pays en développement », *OCDE*, 1984.

5 En 1967 et en 1984, les travaux de l'OCDE étaient essentiellement fondés sur les pratiques et les publications nationales.

existants et à venir.⁶ De nombreuses questions n'ayant pas été résolues, certains des principaux pays développés n'ont pas ratifié la charte, et la première initiative multilatérale engagée après-guerre pour négocier un accord de commerce et d'investissement est restée sans suite.

Au plan régional, la Neuvième conférence internationale américaine a adopté en 1948 *l'accord économique de Bogotá*,⁷ qui couvrait notamment l'octroi de mesures de protection appropriées aux investisseurs étrangers. L'article 22 de cet accord stipulait :

*Les capitaux étrangers recevront un traitement équitable. Les Etats conviennent par conséquent de ne pas prendre de mesures injustifiées, déraisonnables ou discriminatoires qui seraient préjudiciables aux droits ou aux intérêts légitimement acquis par des ressortissants d'autres pays en raison de l'effort d'entreprise, des capitaux, des compétences techniques, des procédés ou des techniques qu'ils auraient fournis.*⁸

Comme la Charte de La Havane, l'accord de Bogotá n'est pas entré en vigueur faute de soutien.

Au plan bilatéral, les *traités d'amitié, de commerce et de navigation élaborés par les Etats-Unis* après la Première Guerre mondiale comportaient une référence type au droit international relativement à la protection des ressortissants étrangers et de leurs biens. Pendant la période qui a suivi la rédaction de la Charte de La Havane, les termes « équitable » et « traitement juste et équitable » sont apparus dans certains traités d'amitié, de commerce et de navigation conclus par les Etats-Unis⁹. Les tenants de la norme la considéraient comme une protection contre les actes contraires aux règles internationalement acceptées.¹⁰

En 1959, l'article premier d'un *projet de convention sur les investissements étrangers* élaboré sous la direction de Herman Abs, directeur général de la Deutsche Bank et de Lord Shawcross, procureur général du Royaume-Uni, stipulait que chacune des parties s'engageait à assurer à tout

-
6. Même si cette disposition est importante du fait qu'elle constitue un précédent, elle ne garantissait pas en soi que les investisseurs bénéficieraient de cette norme de traitement ; elle autorisait simplement l'Organisation internationale du commerce à en recommander l'inscription dans les accords à venir.
 7. Voir Stephen Vasciannie in « The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice », *British Yearbook of International Law*, (2000), vol. 70, p. 99-164.
 8. Il stipulait également que les Parties n'imposeraient pas, sans justification ou sans raison valable, d'entraves qui empêcheraient d'autres Etats de se procurer, à des conditions équitables, les capitaux, les compétences techniques et les techniques propres à développer leur économie.
 9. Les traités d'amitié, de commerce et de navigation conclus par les Etats-Unis avec l'Irlande (1950), la Grèce (1954), Israël (1954), la France (1960), le Pakistan (1961), la Belgique (1963) et le Luxembourg (1963) fournissaient la garantie expresse que les ressortissants étrangers, leurs biens, leurs entreprises et autres intérêts recevraient un « traitement équitable », et ceux conclus notamment avec la République fédérale d'Allemagne, l'Ethiopie et les Pays-Bas utilisaient les termes « traitement juste et équitable » pour désigner un ensemble similaire d'éléments entrant dans le processus d'investissement étranger. K. Vandeveld avance que les termes « traitement juste et équitable » utilisés par les Etats-Unis sont l'équivalent des termes « traitement équitable » contenus dans de nombreux traités d'amitié, de commerce et de navigation ; voir Vandeveld, « The Bilateral Treaty Program of the United States », *Cornell International Law Journal*, 21 (1988) p. 201-276.
 10. J.C. Thomas, « Reflection on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* (2002) 17 (1), p. 21-101.

moment un traitement juste et équitable aux biens des ressortissants des autres Parties.¹¹ A la suite de cette initiative, l'Allemagne a proposé à l'OCDE d'élaborer une convention sur la protection internationale de la propriété privée.

Le 12 octobre 1967, les discussions approfondies amorcées à l'OCDE au début des années 1960 ont débouché sur l'adoption par le Conseil de l'OCDE du **Projet de convention sur la protection des biens étrangers**.¹² L'Article Premier (a) stipulait : « Régime des biens étrangers : « Chacune des Parties s'engage à assurer à tout moment un traitement juste et équitable aux biens des ressortissants des autres Parties ». Le Projet de convention, même s'il n'a jamais été ouvert à la signature, reflétait l'opinion et la tendance qui avaient généralement cours dans les pays de l'OCDE en ce qui a trait aux questions d'investissement, et a influencé la teneur des délibérations sur l'investissement étranger qui se sont tenues pendant cette période. En demandant d'« assurer un traitement juste et équitable », le Projet de convention accordait à la norme une plus grande importance que les instruments élaborés auparavant.

B. Utilisation actuelle de la norme du traitement juste et équitable dans le cadre des accords internationaux et des pratiques nationales

-- Traités bilatéraux

L'influence du Projet de convention de l'OCDE est perceptible dans le nombre croissant de **traités bilatéraux d'investissement** qui ont été négociés, depuis la fin des années 1960, entre les pays développés et les pays en développement. La référence au traitement juste et équitable est devenue l'une des principales caractéristiques de ces traités. Toutefois, si la norme figure dans la plupart des traités bilatéraux d'investissement, elle n'est pas toujours mentionnée dans les traités conclus par certains pays d'Asie (par exemple dans certains traités signés par le Pakistan, l'Arabie saoudite et Singapour)¹³. Ces dernières années, même les pays qui étaient traditionnellement en faveur du contrôle national des investissements étrangers, et privilégiaient de ce fait l'application du traitement national plutôt que du traitement juste et équitable, ont inséré ce dernier dans leurs traités bilatéraux d'investissement. Les traités bilatéraux d'investissement conclus par le Chili¹⁴ et la Chine¹⁵ ainsi qu'entre le Pérou et la Thaïlande, la Bulgarie et le Ghana et les Emirats arabes unis et la Malaisie comprennent la norme du traitement juste et équitable.¹⁶ Il convient enfin de souligner que cette norme est maintenant inscrite dans les traités conclus par les pays d'Amérique latine, qui souscrivaient à la doctrine de Calvo depuis le début du XXe siècle¹⁷ et évitaient soigneusement les termes « juste et équitable ».

11. Abs et Shawcross, « The Proposed Convention to Protect Foreign Investment: A Round Table: Comment on the Draft Convention by its Authors », *Journal of Public Law*, 9 (1960), p. 119-124.

12. *op. cit.* n. 3.

13. Voir CNUCED, *Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s*, 1998, *op. cit.* n. 1, p.54.

14. Accord type, article 4 sur le traitement des investissements (1994), CNUCED, *op. cit.* n. 1 p.54.

15. Accord type, article 3, CNUCED, *op. cit.* n. 1.

16. Centre international pour le règlement des différends (CIRDI), *Investment Laws of the World: Bilateral Investment Treaties (1972-)*.

17. En vertu de la doctrine de Calvo, ces pays étaient réticents à conclure des traités qui entraîneraient un transfert de compétence des tribunaux nationaux à des tribunaux internationaux en cas de litige portant sur des biens appartenant à des ressortissants étrangers.

Dans leur chapitre sur les investissements, les traités nouvelle génération conclus récemment, notamment les accords de libre-échange intervenus entre les *Etats-Unis et l'Australie*¹⁸, *l'Amérique centrale (Accord de libre-échange de l'Amérique centrale (ALEAC))*¹⁹, *le Chili*²⁰, *le Maroc*²¹ et *Singapour*²², stipulent de façon plus spécifique que chacune des parties accordera aux investissements couverts un traitement conforme au droit international coutumier, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.

L'article 909 de l'Accord de libre-échange conclu entre *l'Australie et la Thaïlande*²³ prévoit également que chaque partie accordera un traitement juste et équitable aux investissements étrangers réalisés sur son territoire.

-- *Instruments multilatéraux*

Dans le cadre multilatéral, l'article 48 du *projet de Code de conduite des sociétés transnationales* publié par les Nations Unies²⁴ stipule :

Les sociétés transnationales devraient recevoir un traitement [juste et] équitable [et non discriminatoire] [aux termes des] [conformément aux] lois, règlements et pratiques administratives des pays dans lesquels elles mènent leurs activités [de même qu'en vertu des obligations intergouvernementales auxquelles les gouvernements de ces pays ont souscrit de leur plein gré] [conformément à leurs obligations internationales] [conformément au droit international].

Bien que la dernière version du texte (1986) ne fasse pas apparaître de consensus sur la plupart des points ci-dessus, les Etats parties aux négociations sont convenus que le Code devrait contenir des dispositions sur le traitement « équitable » des entreprises transnationales.

L'article 12 (d) de la *Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements* adoptée en 1985 dispose que lorsqu'elle garantit un investissement, l'Agence s'assure qu'il reçoit dans le pays hôte un traitement juste et équitable et une protection juridique.²⁵ Il semble

18 Accord de libre-échange Etats-Unis-Australie, signé le 1^{er} mars 2004.

19 Accord de libre-échange Etats-Unis-Amérique centrale (Accord de libre-échange de l'Amérique centrale (ALEAC)), signé le 28 janvier 2004. Les pays de l'Amérique centrale sont le Costa Rica, le Salvador, le Guatemala, le Honduras et le Nicaragua.

20 Accord de libre-échange Etats-Unis-Chili, signé le 6 juin 2003.

21 Accord de libre-échange Etats-Unis-Maroc, signé le 15 juin 2004.

22 Accord de libre-échange Etats-Unis-Singapour, signé le 6 mai 2003.

23 Accord de libre-échange Australie-Thaïlande, signé le 19 octobre 2003, dont le texte peut être consulté sur le site http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/aust-thai/aust-thai_fta.pdf.

24. Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales, *The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, Current Studies, Series A (New York, 1986) UN Doc. ST/CTC/SER. A/4, Annex 1.

25. Voir <http://www.miga.org/screens/about/convent/convent.htm>. L'article 12 (d) de la Convention stipule :

(d) *Lorsqu'elle garantit un investissement, l'Agence s'assure :*

(i) *que ledit investissement est économiquement justifié et qu'il contribuera au développement du pays d'accueil ;*

que cela constituerait non seulement un principe prudent qui permettrait d'atténuer le risque lié aux investissements garantis, mais aussi un moyen pour l'Agence multilatérale de garantie des investissements de remplir son mandat en vertu des articles 2 et 23, à savoir favoriser les flux d'investissements vers les pays en développement et entre ces pays, ce qui englobe l'action en faveur de la protection des investissements.

L'article III(2) des *Principes directeurs pour le traitement de l'investissement direct étranger* énoncés par la Banque mondiale en 1992²⁶ stipule que chaque partie contractante accorde aux investissements qui sont réalisés sur son territoire par des investisseurs d'une autre partie contractante un traitement loyal et équitable conforme aux Principes directeurs. L'article II(3) précise en outre le traitement accordé aux investisseurs étrangers en ce qui a trait à la sécurité des droits des personnes et de la propriété, l'octroi de permis et de licences, le transfert de revenus et de bénéfices et le rapatriement de capitaux. Il est proposé que le traitement juste et équitable soit une exigence fondamentale.

La norme du traitement juste et équitable est également prise en compte dans la *Quatrième convention de Lomé*,²⁷ signée en 1990 par le Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et la Communauté économique européenne ainsi que dans l'article IV du *traité de l'ASEAN pour la promotion et la protection des investissements*.²⁸

Le *Protocole de Colonia sur la promotion et la protection réciproques des investissements à l'intérieur du MERCOSUR* adopté en janvier 1994 par les pays du MERCOSUR²⁹ accorde expressément aux investisseurs de chaque pays membre du MERCOSUR un traitement juste et équitable à tout moment. Un protocole additionnel pour la promotion et la protection des investissements provenant d'Etats non membres du MERCOSUR a également été adopté.³⁰

L'article 159 du traité de 1994 instituant le *Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA)* demande également aux Etats membres d'accorder un traitement juste et équitable aux investisseurs privés.

L'article 1105 (1) de l'*ALENA*, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, stipule, sous la rubrique « Norme minimale de traitement » :

-
- (ii) que ledit investissement satisfait à la législation et à la réglementation du pays d'accueil ;
 - (iii) que ledit investissement est compatible avec les objectifs et les priorités déclarés du pays d'accueil en matière de développement; et
 - (iv) des conditions offertes aux investissements dans le pays d'accueil et, notamment, de l'existence d'un régime juste et équitable et de protection juridiques.

- 26. Banque mondiale, « Cadre juridique pour le traitement de l'investissement étranger », 1992.
- 27. La Quatrième convention de Lomé est entrée en vigueur pour une durée de 10 ans le 1^{er} mars 1990.
- 28. Le traité de l'ASEAN est l'accord pour la promotion et la protection des investissements conclu par les gouvernements de Brunei Darussalam, de l'Indonésie, de la Malaisie, des Philippines, de Singapour et de la Thaïlande.
- 29. Le MERCOSUR a été créé en 1991 par le traité d'Asunción. Ses Etats membres sont l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay.
- 30. CNUCED, *International Investment Instruments: A Compendium (1996) Vol. II, p. 527-534.*

« Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales. »

Le *projet d'accord multilatéral sur l'investissement de l'OCDE (1998)* indique dans son préambule que « des régimes d'investissement justes, transparents et prévisibles complètent le système juridique mondial et sont bénéfiques pour ce système » ; l'article intitulé « Traitement général » stipule :

« Chaque partie contractante accorde aux investissements qui sont réalisés sur son territoire par des investisseurs d'une autre partie contractante un traitement loyal et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité complète et constantes. En aucun cas, une partie contractante n'accorde un traitement moins favorable que celui qu'exige le droit international. »

Le *Traité sur la Charte de l'énergie (1995)* prévoit également qu'un traitement loyal et équitable sera accordé « à tout instant ». Même si ce traité ne concerne qu'un secteur, il est important dans le présent contexte parce qu'il compte parmi ses signataires plusieurs pays en transition³¹ qui adhèrent à la norme.

Enfin, l'article 39 de l'*Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et la République de Singapour* conclu en juin 2002 stipule que chaque partie s'engage à « accorder à tout moment aux investissements des investisseurs d'une autre Partie un traitement juste et équitable. »

II. La norme du traitement juste et équitable au regard de la norme minimale requise par le droit international coutumier

Comme on l'a vu, les discussions concernant le traitement juste et équitable ont principalement porté sur la question de savoir si la norme exige que la conduite de l'Etat d'accueil soit évaluée au regard :

- de la norme minimale internationale requise par le droit international coutumier ;
- du droit international, toutes sources confondues ;
- d'une norme autonome énoncée dans un traité.

31. Les parties à ce traité sont l'Arménie, l'Azerbaïdjan, le Bélarus, la Bulgarie, la Croatie, le Kazakhstan, le Kirghizistan, le Tadjikistan et le Turkménistan.

A. ***La norme du traitement juste et équitable en tant qu'élément compris dans la norme minimale de traitement³² requise par le droit international coutumier***

En droit coutumier, les investisseurs étrangers ont droit à un certain degré de traitement et tout traitement qui n'atteint pas ce degré peut engager la responsabilité de l'Etat³³. Le traitement juste et

32 La norme minimale internationale est une norme du droit international coutumier qui régit le traitement des ressortissants étrangers en énonçant un ensemble minimum de principes que les Etats, indépendamment de leur législation interne et de leurs pratiques, doivent respecter à l'égard des ressortissants étrangers et de leurs biens. Alors que le principe du traitement national prévoit que les étrangers peuvent au plus s'attendre à recevoir un traitement égal à celui des nationaux, la norme minimale internationale fixe un certain nombre de droits fondamentaux établis par le droit international et que les Etats doivent accorder aux étrangers, indépendamment du traitement qu'ils réservent à leurs propres citoyens. La violation de cette norme engage la responsabilité internationale de l'Etat hôte et peut fonder un recours international au bénéfice de l'étranger lésé, pour autant que celui-ci ait épuisé les voies de recours internes. A. H. Roth est l'auteur du principal ouvrage sur la question (*The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens, Leiden, 1949*). Pour cet auteur, la norme internationale n'est rien d'autre qu'un ensemble de règles interreliées dérivées d'une norme particulière du droit international général, selon laquelle le traitement des étrangers relève du droit des nations (p.127). I. Brownlie (*Principles of Public International Law, Oxford, Sixth Edition, 2003*) affirme pour sa part que la doctrine juridique a opposé une « norme minimale internationale », une « norme morale pour les Etats civilisés », au principe du traitement national (p. 502). Pour C. Rousseau (*Droit international public, Paris, 1970*), « La grande majorité de la doctrine estime qu'il existe à cet égard un standard international minimum suivant lequel les Etats sont tenus d'accorder aux étrangers certains droits,...même dans le cas où ils refuseraient ce traitement à leurs nationaux » (p. 46). Enfin, l'*American Law Institute* définit la norme internationale de justice comme étant la norme requise pour le traitement des étrangers en vertu a) des principes applicables du droit international tels que les ont établis le droit international coutumier, les décisions judiciaires et arbitrales internationales et les autres sources reconnues du droit ou, en l'absence de ces principes, b) des principes analogues de justice généralement reconnus par les Etats qui possèdent un système juridique raisonnablement développé (*Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States, 1965*, par.165.2).

33 Par le passé, l'existence d'une norme minimale internationale applicable au traitement des biens et investissements appartenant à des étrangers a maintes fois été remise en cause. Pendant la plus grande partie du siècle dernier, cette norme a été à l'origine de tensions entre les pays développés et les pays en développement, plusieurs pays ayant remis en question l'existence (ou le maintien) d'une norme minimale internationale à caractère coutumier. Cette tension a eu des incidences dans plusieurs secteurs. Par exemple, la Ligue des Nations et la Commission du droit international des Nations Unies ne sont pas parvenues à s'entendre sur la codification du droit régissant la responsabilité des Etats en matière de préjudices subis par des étrangers. Les travaux du Centre et de la Commission des Nations Unies sur les sociétés transnationales ont également été rendus difficiles en raison des problèmes liés au traitement des biens appartenant à des ressortissants étrangers. Grâce à leur forte majorité à l'Assemblée générale des Nations Unies, les pays en développement ont pu instaurer le principe du traitement national comme étant la règle dans les affaires d'expropriation (*Charte des droits et devoirs économiques des Etats, article 22, chapitre II, Assemblée générale des Nations Unies – Résolution 3281 (XXIX 1974)* adoptée par 104 votes pour, 16 contre (la plupart des pays développés) et 6 abstentions. Pendant un certain temps, cette approche a été étayée par la doctrine, notamment celle que diffusaient les spécialistes des pays en développement. Voir l'article de G. Roha, « Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law? », in *American Journal of International Law, 1961, p. 863 et suivantes*. Voir également M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment, Cambridge, 1994, p. 126 et suivantes*, et P. Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », *Recueil des cours, tome 250, 1994, p. 83*.

équitable a été identifié par certains comme l'un des éléments³⁴ de la norme minimale de traitement accordé aux ressortissants étrangers et à leurs biens requise par le droit international. Cet avis a été appuyé par de nombreux spécialistes.^{35,36} On s'est toutefois demandé récemment si le contenu de la norme minimale se limite à l'interprétation qui lui a été donnée au début du XXe siècle dans le cadre des affaires *Neer et Roberts*³⁷ ou s'il renvoie au droit coutumier évolutif, qui a été influencé par le

-
- 34 La jurisprudence montre que la norme minimale internationale s'applique parfois s'agissant : a) de l'administration de la justice dans les affaires concernant des ressortissants nationaux, et habituellement liées à la notion de *déni de justice* (décision de la Commission des réclamations générales Etats-Unis-Mexique dans l'affaire *Janes*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales internationales*, 1926, IV, p. 82.) ; b) du *traitement des étrangers en détention* : dans cette affaire, la Commission des réclamations générales Etats-Unis-Mexique a affirmé que l'égalité de traitement avec les détenus nationaux ne constituait pas le critère déterminant pour établir le bien-fondé des actes des autorités au regard du droit international. Ce critère vise au sens large à savoir si les étrangers sont traités conformément à une norme ordinaire de civilisation (décision de la Commission des réclamations générales Etats-Unis-Mexique dans l'affaire *Harry Roberts*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales internationales*, 1927, IV, 77) ; c) de la *protection et de la sécurité intégrales*, habituellement comprise comme étant l'obligation, pour le pays hôte, d'adopter toutes les mesures raisonnables pour protéger physiquement les avoirs et les biens des menaces ou des attaques susceptibles de viser certains étrangers ou groupes d'étrangers (voir G. Sacerdoti, « Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection », *Recueil des cours, Tome 269, 1997, p. 347*). La doctrine soutient généralement que cette norme impose à l'Etat hôte une obligation générale d'agir avec la diligence voulue pour protéger l'investissement étranger et ne crée pas une « responsabilité stricte » engageant la responsabilité de l'Etat hôte en cas de destruction de l'investissement, même par des personnes dont les actes ne pourraient pas être imputés à l'Etat. Voir R. Dolzer et M. Stevens, *in* *Bilateral Investment Treaties, CIRDI, 1995*. d) du droit général d'*expulsion* par l'Etat hôte, qui n'a jamais été remis en question, mais pour lequel des normes minimales ont été invoquées en ce qui concerne ses modalités d'applications, qui doivent être les moins préjudiciables possibles pour la personne visée ; l'affaire *Boffolo* a fait date à cet égard (*Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, 1903, X, p.528).
35. Gann, « The US Bilateral Investment Treaty Program », *Stanford Journal of International Law*, 21 (1985) ; Huu-Tru, « Le réseau suisse d'accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements », *Revue générale de droit international public*, 92 (1988) ; Paterson, « Canadian Investment Promotion and Protection Treaties », *Annuaire canadien de droit international*, 29 (1991).
36. Une opinion quelque peu différente mais assez proche a été exprimée par la CNUCED dans l'étude intitulée « Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s » (1998), selon laquelle cette norme couvre un ensemble de principes de droit, notamment la non-discrimination, le devoir de protection de la propriété étrangère et la norme minimale internationale.
- 37 La décision rendue en 1926 dans l'affaire *Neer* a fait date en matière de norme minimale internationale. Une plainte avait été déposée devant la Commission des réclamations générales Etats-Unis-Mexique par les Etats-Unis au nom de la famille de Paul Neer, décédé au Mexique dans des circonstances mystérieuses. Les plaignants alléguaient que le gouvernement mexicain avait manqué de diligence dans la poursuite des responsables et devait dédommager la famille. La Commission a jugé que le fait que le gouvernement mexicain n'ait pas arrêté ou puni les auteurs du meurtre du citoyen américain n'était pas en soi contraire à la norme minimale internationale relative au traitement des étrangers. Dans une décision qui a fait date, la Commission a exposé le concept et affirmé que le bien-fondé des actes d'un gouvernement devrait être évalué au regard d'une norme internationale. De son point de vue, le traitement réservé à un étranger, pour constituer une violation du droit international, doit relever de l'atteinte à la dignité, de la mauvaise foi, du défaut délibéré de se conformer à ses obligations ou de l'insuffisance de l'action gouvernementale, à un niveau tellement inférieur aux normes internationales, que tout homme raisonnable et impartial reconnaîtrait immédiatement cette insuffisance. Elle a estimé enfin que le fait que l'insuffisance procède de l'exécution déficiente d'une loi raisonnable ou que les lois d'un pays n'habilitent pas les autorités à s'aligner sur les normes

réseau serré de traités bilatéraux d'investissement (voir ci-dessous les affaires *Mondev*, *ADF* et *Waste Management*.)

Comme il est indiqué dans la Partie I ci-dessus, la norme du traitement juste et équitable est énoncée dans plusieurs instruments internationaux même si la plupart de ces instruments – sauf l'ALENA, les accords de libre-échange conclus par les Etats-Unis et les Commentaires du Projet de convention de l'OCDE – ne font aucunement référence à une norme du droit international.³⁸ Toutefois, de nombreux traités bilatéraux d'investissement, en particulier ceux conclus par la France, le Japon, le Royaume-Uni et les Etats-Unis, de même que les nouveaux modèles de traité bilatéral d'investissement des Etats-Unis et du Canada associent droit international et « traitement juste et équitable ».

– *Instruments internationaux et pratique des Etats*

Dans les Notes et les Commentaires relatifs à l'article premier du *Projet de convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers*, le comité chargé de l'élaboration du projet indique que le concept de traitement juste et équitable découle du fait que « le respect et la protection qu'un Etat doit aux biens des ressortissants des autres Etats constituent un principe général bien établi du droit international ». Il ajoute :

« L'expression « traitement juste et équitable », qui figure habituellement dans les accords bilatéraux traitant de ces questions, désigne le régime que chaque Etat doit normalement réserver, d'après le droit international, aux biens des ressortissants étrangers. Sous réserve des impératifs essentiels de sécurité, cette « norme » exige que la protection assurée en vertu de la Convention soit celle qui est généralement accordée par la Partie en question à ses propres ressortissants, mais du fait qu'elle est fixée par le droit international, cette « norme » peut dépasser le traitement des propres ressortissants si le droit national ou des pratiques administratives nationales sont d'un niveau inférieur à ce qu'exige le droit « international ». La norme exigée est conforme en fait à la « norme minimum » du droit international coutumier ».³⁹

La proposition selon laquelle un « traitement juste et équitable » fait référence à la norme minimale paraît dans une déclaration faite en 1979 par le *Département fédéral des affaires étrangères* de la Suisse.⁴⁰

Comme il est noté ci-dessus, l'article 1105 de l'ALENA considère clairement que le « traitement juste et équitable » fait partie des conditions du droit international.

internationales est sans importance. *Recueil des sentences arbitrales des Nations Unies*, 1926, IV, p. 60 et suivantes.

38. Sacerdoti note que cette absence de référence à une norme internationale est peut-être un moyen d'éviter le désaccord sur cette question et de lui conférer ainsi une portée directe (*op. cit.*, n. 34).

39. *Op. cit.* n. 3.

40. « On se réfère ainsi au principe classique du droit des gens selon lequel les Etats doivent mettre les étrangers se trouvant sur leur territoire et leurs biens au bénéfice du « standard minimum » international, c'est-à-dire leur accorder un minimum de droits personnels, procéduraux et économiques ». *Annuaire suisse de droit international*, 178 (1980), cité par Dolzer et Stevens, *op. cit.* n. 34.

Dans le cadre de l'ALENA, les tribunaux arbitraux, ont, au début, fait différentes interprétations de la disposition relative au « traitement juste et équitable » contenue dans le texte de l'accord. Pour préciser quelle était la bonne interprétation à donner à l'article 1105 (1), *la Commission du libre-échange de l'ALENA* a donc publié, le 21 juillet 2001, une interprétation obligatoire selon laquelle :⁴¹

L'article 1105 (1) prescrit la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers comme norme minimale de traitement à accorder aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie.

Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » ne prévoient pas de traitement supplémentaire ou supérieur à celui exigé par la norme minimale de traitement conforme au droit international coutumier à l'égard des étrangers.

La constatation qu'il y a eu violation d'une autre disposition de l'ALENA ou d'un accord international distinct ne démontre pas qu'il y ait eu violation de l'article 1105 (1).

Considérant la signification et les implications de l'interprétation de la Commission du libre-échange dans le cadre de l'ALENA relativement à l'affaire *ADF Group Inc. contre les Etats-Unis d'Amérique*⁴², les *Etats-Unis* ont fait observer que le droit international coutumier auquel il est fait référence à l'article 1105 (1) de l'ALENA n'est pas figé dans le temps et que la norme minimale de traitement évolue. Pour les Etats-Unis, l'interprétation de la Commission du libre-échange fait référence au droit international coutumier tel qu'il existe aujourd'hui.⁴³

Le rapport entre la norme du traitement juste et équitable et la norme minimale internationale a été établi lors de l'entrée en vigueur de l'ALENA dans la *Notification concernant la mise en œuvre*⁴⁴ faite par le *Canada* :

« L'article 1105 ajoute que le traitement accordé doit être conforme au droit international ; cette précision a pour but de garantir une norme minimale de traitement aux investisseurs originaires des pays signataires (...) ce passage fixe une norme minimale absolue, fondée sur des principes du droit international coutumier établis de longue date ».

Le *Canada* a reconnu avec les Etats-Unis que la norme minimale de traitement évolue. Dans l'affaire *ADF*, le Canada a indiqué n'avoir jamais estimé que le droit international coutumier, en ce qui concerne le traitement des étrangers, était resté figé depuis la décision *Neer*, et qu'il est certain que ce qui paraît choquant ou flagrant en 2002 peut différer de ce qui était considéré comme choquant ou

41. Cette interprétation a été faite conformément à l'article 2001 (2) c de l'ALENA, qui habilite la Commission du libre-échange de l'ALENA à statuer sur les éventuels différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de l'accord. L'article 1131 (2) stipule qu'une interprétation par la Commission d'une disposition de l'Accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la section B du Chapitre XI.

42. *ADF Group Inc. contre les Etats-Unis d'Amérique*, CIRDI, affaire ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003, paragraphe 179, p. 86 renvoyant à la transcription de la procédure orale, vol. II, 16 avril 2002, p. 492-493. Transmission par les Etats-Unis après l'audience, 27 juin 2002, p. 20.

43. Transcription de la procédure orale, vol. II, 16 avril 2002, p. 492-493. Transmission par les Etats-Unis après l'audience, 27 juin 2002, p. 20.

44. Notification du Canada concernant la mise en œuvre de l'ALENA, *Gazette du Canada, partie I*, 1^{er} janvier 1994, at 149.

flagrant en 1926. Le Canada a toujours estimé que le droit international coutumier peut évoluer dans le temps mais pense également que le seuil de violation de la norme minimale de traitement reste élevé.⁴⁵

Dans le même cadre, le *Mexique* a rectifié l'interprétation de sa soumission par le tribunal dans l'affaire *Pope & Talbot*. Bien que l'examen mené dans l'affaire *Neer* s'applique toujours et que le comportement du gouvernement à l'égard de l'investissement doit relever de l'inconduite grave, de l'injustice manifeste ou, selon les termes classiques utilisés dans l'affaire *Neer*, de l'atteinte à la dignité, de la mauvaise foi ou du défaut délibéré de se conformer à ses obligations, le Mexique convient également que la norme est relative et qu'un comportement qui n'aurait vraisemblablement pas violé le droit international dans les années 1920 peut très bien être perçu comme contrevenant aux principes internationalement admis aujourd'hui.⁴⁶

Les traités bilatéraux d'investissement négociés par les *Etats-Unis* ont été approuvés par le Sénat sur la base des soumissions comportant un avis selon lequel la disposition générale concernant le traitement insère une norme minimale de traitement fondée sur le droit international coutumier⁴⁷. L'article II (3) (a) de l'accord type des Etats-Unis stipule :

Chaque partie doit à tout moment accorder aux investissements couverts un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité totales, et le traitement accordé ne sera en aucun cas moins favorable que celui que requiert le droit international.

L'article 5 du nouvel **accord type des Etats-Unis** pour les traités bilatéraux d'investissement⁴⁸ et le chapitre sur l'investissement des récents **accords de libre-échange conclus par les Etats-Unis**⁴⁹, plus précis encore, tentent de définir la norme minimale de traitement. Il stipule :

Chaque partie accorde aux investissements couverts un traitement conforme au droit international coutumier, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales.

Pour plus de certitude, le paragraphe précédent prescrit la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier en tant que norme minimale de traitement devant être accordé aux investissements couverts (...).

L'obligation de fournir un « traitement juste et équitable » inclut l'obligation de ne pas commettre de déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives de règlement des différends, conformément aux principes de respect des garanties inscrites dans les principaux systèmes juridiques du monde.

45. Deuxième soumission du Canada en vertu de l'ALENA, article 1128, 19 juillet 2002, paragraphe 33.

46. Deuxième soumission des Etats-Unis du Mexique dans l'affaire ADF Group Inc. contre les Etats-Unis d'Amérique 22 juillet, p. 15.

47. Andrea Menaker, « Standards of Treatment: National Treatment, Most Favoured Nation Treatment & Minimum Standard of Treatment », *APEC Workshop on Bilateral and Regional Investment Rules and Agreements*, Groupe de travail du Comité du commerce et de l'investissement de l'APEC, p. 107.

48. Le texte de l'accord type se trouve sur le site <http://www.state.gov/e/eb/rls/prsr/2004/28923.htm>

49. Accords de libre-échange conclus avec l'Australie, l'Amérique centrale, le Chili, le Maroc et Singapour, voir *op. cit.* n. 19-24.

Selon une autre disposition interprétative contenue dans les accords de libre-échange des Etats-Unis, les parties s'accordent sur la signification de droit international coutumier en tant que pratique générale et cohérente suivie par les Etats en vertu d'un sens de l'obligation juridique, et sur le fait que la norme minimale du droit international coutumier en matière de traitement des étrangers renvoie à tous les principes du droit international coutumier qui protègent les droits et intérêts économiques des étrangers. Cela confirme que pour les parties, la norme relève du droit international coutumier et non d'un traité en particulier.

Le nouveau modèle d'Accord de promotion et de protection de l'investissement étranger établi par le **Canada**⁵⁰, formulé de manière similaire, associe « traitement juste et équitable » et « norme minimale » :

« Le traitement minimum garanti aux investissements des investisseurs un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité intégrales, en conformité avec les principes du droit international coutumier. La norme minimale de traitement constitue le niveau le plus bas et garantit que le traitement accordé à un investissement ne peut pas être inférieur aux normes généralement acceptées en droit international coutumier ».

– *Organisations internationales*

Selon une étude publiée par le **Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales**, le traitement juste et équitable est une norme de droit international traditionnel et la doctrine du droit international traditionnel considère certains éléments comme étant des composantes précises du traitement juste et équitable, notamment la non-discrimination, la norme minimale internationale et l'obligation de protection des biens étrangers par l'Etat d'accueil.⁵¹

Un document établi par le Secrétariat de l'**OMC** pour le Groupe de travail des liens entre commerce et investissement⁵² indique que le principe du « traitement juste et équitable » a ses origines dans le droit international coutumier et que l'on considère généralement qu'il « englobe le principe de la non-discrimination, ainsi que d'autres principes juridiques liés au traitement des investisseurs étrangers, mais de façon plus abstraite que les règles du traitement NPF et du traitement national ». Ce document rappelle la difficulté qu'il y a à donner une définition précise du principe et renvoie aux documents et à l'expérience de l'OCDE (Projet de convention sur la protection de la propriété privée) et de la CNUCED (document sur le traitement juste et équitable).⁵³

50 Le texte du nouvel accord type de promotion et de protection de l'investissement étranger se trouve sur le site suivant : http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/what_fipa-en.asp

51. Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales, *Bilateral Investment Treaties*, (1988), p. 42.

52. OMC, Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, *Non-discrimination, traitement de la nation la plus favorisée et traitement national*, note du Secrétariat, WT/WGTI/W/118, 4 juin 2002.

53. Selon un autre document présenté par le Secrétariat de l'OMC au même groupe de travail sur le concept de transparence, le principe du traitement juste et équitable a été dans certaines affaires interprété comme « exigeant des parties qu'elles adhèrent à des normes élémentaires de transparence » (OMC, Groupe de travail des liens entre commerce et investissement, *Transparence*, note du Secrétariat, WT/WGTI/W/109, 27 mars 2002).

– *Jurisprudence*

Affaires intervenant dans le cadre de traités bilatéraux⁵⁴

Dans l'affaire *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) contre la République du Sri Lanka*⁵⁵, le juge Asante, lorsqu'il a exprimé son opinion dissidente, a fait des observations spécifiques sur la signification du traitement juste et équitable, même si par ailleurs le jugement approuvé par la majorité des juges n'y avait pas fait référence. Notant la juxtaposition des règles du traitement juste et équitable et de la protection et de la sécurité totales, il a posé comme hypothèse que chacune faisait référence au même degré de traitement. Il a ensuite examiné la signification du traitement juste et équitable en se reportant principalement au Commentaire du Projet de convention de l'OCDE, et souligné que la norme du traitement juste et équitable était conforme à la norme minimale internationale.

Dans sa sentence arbitrale rendue le 20 juillet 1989 relativement à l'affaire *Elettronica Sicula Spa (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique contre l'Italie)*, la Chambre de la Cour internationale de justice a considéré que l'obligation de protection et de sécurité constantes prévue dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre l'Italie et les Etats-Unis ne garantissait pas à un investisseur américain que des troubles ne surviendraient jamais et que la réquisition, par une entité du gouvernement italien, d'une société italienne insolvable détenue partiellement par l'investisseur américain, ne constituait pas un manquement à cette obligation. La Cour a également jugé que le respect de cette obligation devait être évalué en fonction de la norme minimale internationale et que le délai de seize mois qui s'est écoulé avant qu'il ne soit statué sur des procédures judiciaires au niveau national ne violait pas cette norme. Le juge Schwebel, qui a exprimé une opinion dissidente, n'a toutefois pas retenu cette approche. Considérant que les actions engagées contre ELSI étaient arbitraires et déraisonnables, il a estimé, après examen des travaux préparatoires et du préambule de l'accord complémentaire, que l'un des principes sous-jacents de cet accord et du traité qu'il complète est celui du traitement équitable.⁵⁶ Il a entre autres conclu qu'une ordonnance de réquisition prise par les autorités italiennes contre ELSI privait les actionnaires de leurs droits de contrôle, et constituait une violation des principes du traitement équitable.

Dans une autre affaire dont elle a été saisie concernant des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran contre les Etats-Unis)*,⁵⁷ la Cour internationale de justice a dû déterminer, lors des audiences sur l'exception préliminaire, si le traité de bonne entente, de relations économiques et de droits consulaires de 1995 entre l'Iran et les Etats-Unis fondait la compétence de la Cour internationale de justice. Dans son arrêt, la Cour a dit que l'article IV (1) du traité, qui stipulait

-
54. Les traités bilatéraux, dans ce cas, comprennent les traités d'amitié, de commerce et de navigation, les traités d'entente ainsi que les traités bilatéraux d'investissement récents.
55. Dans cette affaire, la ferme d'élevage de crevettes du plaignant (AAPL) était située dans une région du Sri Lanka qui était passée sous le contrôle de rebelles tamouls. Au cours d'une attaque menée par le gouvernement contre les rebelles, la ferme avait été détruite et son directeur et les membres du personnel avaient été tués. On ignorait au juste si le préjudice avait été causé par les forces gouvernementales ou par les rebelles (ce qui explique l'opinion dissidente du juge Asante). *International Legal Materials*, 30 (1991), p. 580-655.
56. *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (Etats-Unis contre l'Italie)*, 1989, C.I.J. 15, décision reproduite dans 28 *International Legal Materials* 1109. Voir également Murphy, « The ELSI Case: An Investment Dispute at the International Court of Justice », *Yale Journal of International Law*, 16 (1991), p. 391-452.
57. *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran contre les Etats-Unis)*, 1996, C.I.J. 803 (Exceptions préliminaires).

l'obligation de traiter les sociétés de l'autre partie d'une manière « juste et équitable », ne couvrirait pas les actes des Etats-Unis à l'origine de la plainte déposée par l'Iran. Bien que la Cour n'ait pas traité spécifiquement la signification de la règle, le juge Higgins, dans une opinion individuelle, estime :

Les termes fondamentaux « traitement juste et équitable accordé aux ressortissants et aux sociétés » et « mesures déraisonnables et discriminatoires » sont des termes juridiques courants dans le domaine de la protection des investissements étrangers, dont il est ici question.

Dans l'affaire ***American Manufacturing & Trading (AMT) (Etats-Unis d'Amérique), Inc. contre la République démocratique du Congo***,⁵⁸ le tribunal du CIRDI a statué qu'il y avait eu violation des normes du traitement juste et équitable et de la protection et de la sécurité totales contenues dans l'accord bilatéral d'investissement conclu entre les Etats-Unis et le Congo (ex-Zaire) en 1989 en raison de la perte d'investissement subie par AMT lors du pillage généralisé perpétré au Congo. Le tribunal a jugé que le Congo avait manifestement omis de respecter la norme minimale exigée par le droit international⁵⁹ et déclaré :

La protection et la sécurité de l'investissement exigées par les dispositions de l'accord bilatéral d'investissement dont bénéficie AMT doivent être assurées conformément aux lois applicables et ne pas être inférieures à ce que reconnaît le droit international. De l'avis du Tribunal, cette obligation est fondamentale pour la détermination de la responsabilité de l'Etat d'accueil. Il s'agit donc d'une obligation objective qui ne doit pas être inférieure à la norme minimale de vigilance et de soin prescrite par le droit international.⁶⁰

Dans l'affaire ***Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil (US) contre la République d'Estonie***,⁶¹ le plaignant a cherché à recouvrer des pertes se rapportant à son investissement dans une institution financière estonienne. Le tribunal du CIRDI, après avoir examiné si certains actes de la Banque d'Estonie constituaient un manquement à son obligation d'accorder un traitement juste et équitable de même que non discriminatoire et non arbitraire en vertu de l'accord bilatéral d'investissement conclu par les Etats-Unis et l'Estonie en 1994, a rejeté la plainte. Dans son examen, il définit la norme comme suit :

En droit international, cette obligation est généralement comprise comme fournissant une norme fondamentale et générale distincte du droit interne de l'Etat d'accueil. Bien que le contenu exact de la norme ne soit pas bien défini, le Tribunal considère qu'il s'agit véritablement d'une norme minimale.

Dans l'affaire ***CME (Pays-Bas) contre la République tchèque***,⁶² CME, le plaignant, avait acquis en République tchèque une société d'audiovisuel en coparticipation. CME affirmait entre autres qu'il y

58. *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) (Etats-Unis d'Amérique) contre la République démocratique du Congo*, CIRDI, Affaire ARB/93/1 décision rendue le 21 février 1997, reproduite dans *36 International Legal Materials 1531 (1997)*.

59. *AMT par. 6.10., p. 30.*

60. *Idem, par. 6.06, p. 29.*

61. *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil Genin contre la République d'Estonie*, CIRDI, Affaire ARB/99/2 (décision) (25 juin 2001) [demande en révision rejetée] à consulter sur le site www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf.

62. *CME (Pays-Bas) contre la République tchèque* (décision partielle) (13 septembre 2001) à consulter sur le site www.mfcr.cz/scripts/hpe/default.asp.

avait eu violation des dispositions relatives au traitement juste et équitable contenues dans le traité bilatéral d'investissement conclu entre les Pays-Bas et la République tchèque, du fait des actes du Conseil de l'audiovisuel de la République tchèque. Le Tribunal a précisé :

La norme qui permet d'établir le caractère juste et équitable des actes n'est pas déterminée par l'autorité qui pose l'acte en fonction des normes applicables à ses ressortissants, mais par le droit international.

Pour définir la norme acceptable en droit international, le Tribunal s'en est remis aux propositions formulées par un éminent universitaire⁶³.

Affaires relevant de l'ALENA

Dans l'affaire *Mondev*,⁶⁴ une filiale de Mondev, une société de promotion immobilière canadienne, a intenté une action en justice contre la ville de Boston pour rupture de contrat dans le cadre d'un projet de construction d'un centre commercial à Boston. La filiale a eu gain de cause devant un tribunal de première instance mais en 1998, la Cour suprême du Massachusetts a annulé cette décision. Mondev a ensuite soumis une demande d'arbitrage contre les Etats-Unis en vertu du chapitre de l'Accord de libre-échange nord-américain sur l'investissement. Le Tribunal a mené une interprétation approfondie de la norme du traitement juste et équitable en renvoyant spécifiquement à la relation entre le traitement juste et équitable et la norme minimale de traitement en droit international coutumier, et déployé son raisonnement autour du caractère évolutif de la norme minimale. Dans sa décision⁶⁵, le Tribunal a noté qu'il n'avait pas à revenir sur tous les points débattus auparavant en ce qui concerne les interprétations données par la Commission du libre-échange le 31 juillet 2001. Il a toutefois estimé

qu'il ne fait pas de doute que si l'on interprète l'article 1105(1) comme prescrivant que la norme minimale de traitement des ressortissants étrangers en vertu du droit international coutumier soit la norme minimale de traitement accordé aux investissements des investisseurs d'une autre Partie en vertu de l'ALENA, les termes « droit international

63. Le Tribunal a cité les arguments avancés par le professeur Detlev Vagts dans l'article intitulé « *Coercion and Foreign Investment Rearrangements* », 72 A. J. I. L. 17 (1978) pour fixer le seuil approprié permettant d'établir s'il a été procédé à une expropriation forcée au détriment des droits de CME :

Annulation d'une franchise, d'un permis ou de l'autorisation de mener des activités dont l'investisseur est tributaire sauf avec son accord, et initiatives réglementaires dépourvues d'objectifs d'intérêt public sincères (ou prises de mauvaise foi à un moment inopportun) visant à rendre l'entreprise de l'investisseur non rentable.

64. Mondev est une société de promotion immobilière canadienne. Dans les années 1970, une filiale de cette société est convenue avec la municipalité de Boston et l'Autorité de revitalisation de Boston de construire un centre commercial dans cette ville. En 1990, ce centre commercial a fait l'objet d'une saisie bancaire et la filiale de Mondev a intenté une action en justice contre la ville et l'Autorité de revitalisation, entre autres pour rupture de contrat. La filiale a eu gain de cause devant un tribunal de première instance, mais en 1998, la Cour suprême du Massachusetts a annulé cette décision. Mondev a ensuite soumis une demande d'arbitrage contre les Etats-Unis en vertu du chapitre de l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA) sur l'investissement, et réclamé des dommages-intérêts de 50 millions de dollars, invoquant la violation des articles 1102 (Traitement national), 1105 (Norme minimale de traitement) et 1110 (Expropriation et indemnisation).

65. Voir *Mondev International LTD contre les Etats-Unis d'Amérique*, CIRDI, Affaire ARB(AF)/99/2 (décision) (11 octobre 2002).

coutumier » renvoient au droit international coutumier tel qu'il existait à l'entrée en vigueur de l'ALENA. Le droit international coutumier n'est pas cantonné au XIXe siècle ni même à la première moitié du XXe siècle, bien que les décisions rendues pendant cette période demeurent pertinentes. Lorsqu'elles soutiennent que l'article 1105(1) renvoie au droit international coutumier, les interprétations de la Commission du libre-échange incorporent le droit international actuel, dont le contenu est façonné par la conclusion de plus de deux mille traités bilatéraux d'investissement et de nombreux traités d'amitié et de commerce. Ces traités prévoient largement et de façon concordante le traitement juste et équitable et la protection et la sécurité totales de l'investisseur étranger et de ses investissements.⁶⁶

Selon le Tribunal, il serait étonnant que cette pratique et le grand nombre de dispositions qu'elle reflète soient interprétées comme ne signifiant rien de plus que ce qu'avait statué le tribunal *Neer* en 1927 (dans un contexte très différent).⁶⁷

De même, l'article 1105 (1) n'a pas donné à un tribunal de l'ALENA toute latitude pour décider par lui-même ce qui est sur le fond « juste » ou « équitable » dans le cadre propre à chaque affaire. Le Tribunal doit prendre en compte la norme minimale établie par la pratique des Etats et la jurisprudence des tribunaux arbitraux. Il ne peut pas se borner à adopter sa propre norme pour déterminer ce qui est « juste » et « équitable », sans se reporter à des source de droit établies.⁶⁸

Dans une autre affaire concernant l'ALENA, ***United Parcel Service of America Inc. contre le Gouvernement du Canada***⁶⁹, le Tribunal, dans sa décision relative à la compétence (22 novembre 2002), a reconnu le caractère obligatoire de l'interprétation de la Commission du libre-échange en ce qui a trait aux tribunaux constitués en vertu du chapitre 11.⁷⁰ Il a également convenu que l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable ne s'ajoute pas à la norme minimale ni ne la dépasse, mais qu'au contraire, elle est comprise dans la norme minimale.⁷¹

66 . *Idem* par. 125.

67. *Idem* par. 117.

68. *Idem* par. 119.

69 Selon UPS, Poste Canada, détentrice d'un monopole de la distribution des lettres, s'était livrée à des pratiques anticoncurrentielles en ayant recours à son infrastructure monopolistique pour réduire le coût de ses services non monopolistiques de courrier et de colis (Xpresspost et Messageries prioritaires). UPS prétendait que le Canada avait manqué à ses obligations, aux termes de l'ALENA, 1) d'exercer une surveillance sur un « monopole d'Etat » et une « entreprise d'Etat » (articles 1502 (3)(a) et 1503 (2) ; 2) d'accorder un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs (article 1102) ; et 3) d'accorder un traitement conforme au droit international (article 1105).

70. Le Tribunal a aussi souligné que quoi qu'il en soit, l'interprétation de la Commission du libre-échange a un caractère obligatoire pour les tribunaux constitués en vertu du chapitre 11, y compris celui-ci. Décision concernant la compétence, *par.* 96.

71. *Idem*, par. 97.

Dans l'affaire *ADF Group Inc. contre les Etats-Unis d'Amérique*,⁷² ADF, un sidérurgiste, demandait des dommages-intérêts pour des préjudices allégués imputables à la législation fédérale et à ses textes d'application, qui exigeaient que les projets autoroutiers financés au niveau fédéral utilisent seulement de l'acier fabriqué au pays. Dans la décision finale qu'il a rendue le 9 janvier 2003, le Tribunal établi en vertu du Mécanisme supplémentaire du CIRDI a reconnu le caractère obligatoire de l'interprétation de la Commission du libre-échange et s'est en outre largement appuyé sur l'affaire *Mondev* pour déterminer si le traitement juste et équitable renvoie à la norme minimale internationale en droit coutumier et pour examiner le caractère évolutif de cette norme.

Le Tribunal, se reportant à la position des parties à l'ALENA en ce qui concerne l'évolution du droit coutumier, a fait valoir :

*Le droit international coutumier ne renvoie pas à l'image figée de la norme minimale de traitement des étrangers telle qu'elle était définie en 1927 lors du prononcé de la décision Neer. En effet, le droit international coutumier et la norme minimale de traitement des étrangers qu'il englobe évoluent constamment.*⁷³

Le Tribunal s'est demandé si les mesures prises par les Etats-Unis dans cette affaire entraînent en contradiction avec une norme de traitement générale relevant du droit international coutumier exigeant qu'un Etat d'accueil accorde un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité totales aux investissements étrangers sur son territoire.⁷⁴ Il a précisé :

*Nous ne sommes pas convaincus que l'investisseur ait démontré l'existence, dans le droit international coutumier actuel, d'une obligation générale et autonome (c'est-à-dire découlant de règles spécifiques applicables à des contextes particuliers et délimités) d'accorder un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité totales aux investissements étrangers. L'investisseur n'a pas démontré, par exemple, qu'une telle obligation a été intégrée au corpus du droit international coutumier actuel par les centaines de traités bilatéraux d'investissement toujours en vigueur. Il se peut que dans leur état actuel, ni la pratique concordante des Etats, ni la jurisprudence judiciaire ou arbitrale ne fournissent des arguments convaincants (ou, en l'occurrence, de réfutation) relativement à la position de l'investisseur.*⁷⁵

Faisant sienne l'opinion du tribunal qui avait statué sur l'affaire *Mondev*, le tribunal saisi de l'affaire *ADF* a indiqué que toute obligation générale d'accorder un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité totales doit obéir à une discipline fondée sur la pratique de l'Etat et la jurisprudence judiciaire ou arbitrale ou sur d'autres sources de droit international coutumier ou général.⁷⁶ Le Tribunal a rejeté les demandes de l'investisseur sur ce point.

72. ADF, le plaignant, est un sidérurgiste qui demandait des dommages-intérêts pour des préjudices allégués imputables à la loi fédérale et à ses textes d'application, qui exigeaient que les projets autoroutiers financés au niveau fédéral utilisent seulement de l'acier fabriqué au pays. ADF a entre autres invoqué le fait que les Etats-Unis ont contrevenu à leur obligation aux termes de l'ALENA d'accorder un traitement juste et équitable. *Op. cit. n. 43*. La position des pays parties à l'ALENA est exposée aux paragraphes 34 à 37.

73. *Id.* par. 179, p. 86.

74. *Id.* par.186, p. 90.

75. *Id.* par.183, p. 88.

76. *Id.* par.184, p. 89.

Dans l'affaire *Loewen Group, Inc et Raymond L. Loewen contre les Etats-Unis d'Amérique*,⁷⁷ le Groupe Loewen, Inc., une société canadienne engagée dans l'industrie des pompes funèbres, et Raymond Loewen, ex-président-directeur général de cette société, ont porté devant le tribunal d'arbitrage, en octobre 1998, des demandes de dommages-intérêts contre les Etats-Unis dans le cadre de l'ALENA, au motif que les Etats-Unis étaient responsables des préjudices qu'auraient entraînés un verdict prononcé à son encontre par un jury dans un tribunal de l'Etat du Mississippi en 1995-1996⁷⁸. Dans sa décision finale du 23 juin 2003, le Tribunal du CIRDI a reconnu le caractère obligatoire de l'interprétation de la Commission du libre-échange en vertu de l'article 1131 (2). Les requérants n'ont pas contesté cette interprétation mais ont invoqué le fait que le traitement réservé à Loewen violait la norme minimale de traitement. Dans sa décision, le Tribunal a indiqué :⁷⁹

L'interprétation de la Commission du libre-échange a pour conséquence que le traitement juste et équitable et la protection et la sécurité totales ne sont pas des obligations autonomes, et ne constituent des obligations que dans la mesure seulement où le droit international coutumier les reconnaît. De même, la violation de l'article 1105(1) ne démontre pas qu'il y ait eu violation d'une autre disposition de l'ALENA. Si les tribunaux saisis des affaires Metalclad, S.D. Myers et Pope & Talbot dans le cadre de l'ALENA ont exprimé des opinions contraires, il ne faut pas en tenir compte.

Le Tribunal a noté sur ce point précis que le procès dans son ensemble (devant les tribunaux internes) ainsi que le verdict étaient manifestement sujets à caution et ne correspondaient pas aux normes minimales du droit international et à celle du traitement juste et équitable.⁸⁰ Le tribunal de première instance n'a toutefois pas agi de manière à entraîner une violation du traitement juste et équitable par les Etats-Unis parce qu'il n'a pas été établi que les Etats-Unis avaient omis de rendre raisonnablement accessibles aux plaignants les voies de recours appropriées, c'est-à-dire la possibilité de faire appel. Le Tribunal a conclu que Loewen n'avait pas fait la preuve qu'il lui avait été impossible d'avoir raisonnablement accès à ces voies de recours, notamment devant la Cour suprême des Etats-Unis.

– *Publications*

Fatouros, dans sa comparaison des normes contingentes et des normes non contingentes, note que les normes non contingentes présentent certains avantages en ce que le traitement qu'elles prescrivent est déterminé d'avance et, on peut le supposer, ne passe pas en deçà d'une norme minimale.⁸¹ Dans un article consacré à certains aspects du traité de protection des investissements Australie-Chine, **Mo** souligne que le traitement juste et équitable impose aux parties contractantes l'obligation de mettre en œuvre, en matière de traitement, des mesures qui soient conformes aux

77. Voir *The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen contre les Etats-Unis d'Amérique*, CIRDI, affaire ARB(AF)/98/3.

78. Les violations alléguées par le plaignant concernaient trois dispositions de l'ALENA – traitement national (article 1102), norme minimale de traitement (article 1105) et expropriation et indemnisation (article 1110).

79. Paragraphe 128 de la décision.

80. *Idem*, par. 137.

81. Fatouros, *op. cit.*, n.1., ajoute que le caractère général et abstrait de ces normes, toutefois, demeure un sérieux inconvénient. Il est en général difficile de déterminer si une mesure donnée est conforme à ces normes, c'est-à-dire si, pour reprendre les termes habituellement utilisés dans les traités, elle est « juste », « raisonnable » ou « équitable ».

normes internationales.⁸² **Kohona** émet l'avis selon lequel les termes « traitement juste et équitable conforme au droit international », que l'on retrouve, par exemple, dans certains traités bilatéraux d'investissement australiens, font référence à la norme minimale internationale.⁸³ **Leben** note que « le traitement juste et équitable doit être considéré comme renvoyant au standard minimum de traitement des étrangers, tel que ce standard est conçu par le droit international coutumier (d'où la précision « en conformité avec le droit international ») ». ⁸⁴ **Sacerdoti**, dans un examen des normes de traitement énoncées dans les traités bilatéraux d'investissement, affirme que la propriété acquise conformément à la loi est protégée conformément à une norme minimale internationale qui est souvent définie comme une norme de traitement *juste et équitable*.⁸⁵

Juillard⁸⁶ note, au sujet du Projet de convention de l'OCDE, que même si la référence au traitement juste et équitable est imprécise, il ne fait aucun doute que « le traitement « juste et équitable » est un principe ; que ce principe est un principe général du droit international ; et que ce principe général du droit international existe indépendamment du support conventionnel qui l'exprime. » Le professeur Juillard affirme toutefois que « l'incapacité où se sont trouvés les Etats à donner un contenu au principe démontre que le noyau commun n'est jamais qu'un noyau minimum. Et parce que l'accord entre Etats sur ce noyau commun est un *accord minimum*, la notion de standard minimum se profile à l'horizon. » Il explique ensuite la notion de standard minimum en faisant référence au standard de justice. Il cite à l'appui le texte du *Second Restatement* qui définit le standard minimum de justice :⁸⁷

« *Le standard international de justice est le standard exigé pour ce qui concerne le traitement des étrangers par :*

- a) *les principes applicables du droit international tels qu'ils sont établis par la coutume internationale, par les décisions des tribunaux judiciaires ou arbitraux, et par les autres sources reconnues du droit international ; ou, en l'absence de tels principes,*
- b) *les principes analogues de justice généralement reconnus par les Etats qui possèdent des systèmes de droit raisonnablement développés. »*

Même s'il se place du point de vue des pays en développement, **Robinson** indique que le traitement juste et équitable est un exemple classique de ce que les pays développés ont appelé norme minimale de traitement pour les investissements étrangers. Le groupe de 77 pays engagés dans les négociations qui ont porté sur l'article 48 du Projet de code international de conduite relatif aux

82. Mo, « Some Aspects of the Australia-China Investment Protection Treaty », *Journal of World Trade Law*, 25 (1991), no. 3, p. 43-80, cité par Stephen Vasciannie dans « The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice » *op. cit.* n. 7.

83. Kohona, « Investment Protection Agreements: An Australian Perspective », *Journal of World Trade Law*, 21 (1987), p. 79-103.

84. Charles Leben « L'évolution du droit international des investissements », in *Journée d'études « Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre? »* organisé par la Société française pour le droit international (1999), p. 7-28.

85. G. Sacerdoti, *op. cit.* n. 134.

86. Juillard, *op. cit.* n. 33, p. 132-34.

87. American Law Institute, *Restatement (Second) of Foreign Relations Law of the United States*, 1965, par. 165.2.

sociétés transnationales estimait que le traitement juste et équitable faisait référence à la norme minimale de traitement préconisée par les pays développés.⁸⁸

B. Le traitement juste et équitable en tant que concept associé au droit international, toutes sources confondues

D'aucuns estiment que la norme de traitement juste et équitable ne se limite pas à la norme minimale comprise dans le droit international coutumier mais devrait prendre en compte l'éventail complet de sources de droit international, y compris les principes généraux, les traités contemporains et les autres obligations conventionnelles. Cet avis a été exprimé dans une étude réalisée par l'OCDE en 1984 ainsi que par les tribunaux institués en vertu de l'ALENA dans le cadre des affaires *Metalclad* et *S.D. Myers*.

-- *Pratique des Etats*

Dans une étude réalisée en 1984⁸⁹, l'OCDE a examiné les enseignements qu'ont tirés les pays Membres de l'Organisation des principaux types d'accords intergouvernementaux utilisés pour la protection et la promotion de l'investissement direct étranger dans les pays en développement, à savoir les traités d'amitié, de commerce et de navigation, les accords de garantie des investissements, les traités de protection des investissements, les accords généraux de coopération économique comportant des clauses relatives aux investissements et les accords sectoriels ou portant sur des projets. L'étude a été réalisée à partir des contributions des pays Membres sous forme de réponse à un questionnaire.

Selon tous les pays Membres qui ont exprimé un avis sur la question, le traitement juste et équitable a introduit une norme proprement dite renvoyant aux principes généraux du droit international⁹⁰ même si cela n'est pas énoncé expressément, et constitue une clause générale qui peut être utilisée pour tous les aspects du traitement des investissements, en l'absence de garanties plus spécifiques. Il fournit en outre une orientation générale pour l'interprétation d'un accord et le règlement des difficultés qu'il est susceptible de soulever.

L'étude a montré que dans de nombreux traités, le principe du traitement juste et équitable est contenu dans des clauses qui font expressément référence aux règles et aux principes du droit international. Les exemples renvoient à certains traités conclus par la France, qui stipulent un traitement juste et équitable conformément au droit international ou aux principes généraux du droit

88. Robinson, « Guidelines for the Organisation of Eastern Caribbean States in Negotiating Bilateral Investment Treaties » (non daté). Voir également Robinson, « The Question of a reference to International Law in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations » *UNCTC Current Studies, Series A, Number 1 (1986)*, p. 2, documents cités par Vasciannie, *op. cit.* n.7.

89. *Op. cit.* n. 4.

90. Un grand nombre et une grande diversité de règles juridiques internationales sont engendrées par des moyens autres que le consentement exprès des Etats dans les traités. Parfois, ces règles de droit international d'un autre type sont regroupés sous des rubriques descriptives intitulées par exemple « droit international général » ou « droit commun international » mais elles sont en général mieux connues sous leurs appellations plus spécifiques : droit international coutumier, droit naturel, *jus cogens* et équité. Malgré leurs nombreuses sources, les règles internationales non fondées sur des traités ont en commun certaines caractéristiques ; entre autres, elles peuvent être parfois plus généralement applicables aux Etats que ne le sont les règles contenues dans des accords internationaux ; ces règles sont toutefois habituellement formulées de façon moins précise et sont davantage exposées à une contestation dans la pratique. *An Introduction to International Law*, Mark. W. Janis, deuxième édition, Little, Brown and Company, 1993, p. 41.

international ; à des traités conclus par les Etats-Unis, stipulant que le traitement, la protection et la sécurité de l'investissement ne seront en aucun cas inférieurs à ce que prescrit le droit international ; et à des traités conclus par le Royaume-Uni, après l'extinction desquels l'investissement continue d'être protégé pendant un nombre spécifié d'années, sans préjudice de l'application subséquente des principes généraux du droit international.

-- *Jurisprudence*

Dans l'affaire *Metalclad Corporation contre les Etats-Unis du Mexique*⁹¹, Metalclad affirmait que les efforts engagés par sa filiale COTERIN pour exploiter un site d'enfouissement de déchets dangereux dans la ville de Guadalcázar avaient été entravés par des mesures imputables au Mexique. Metalclad a intenté une poursuite en vertu de l'ALENA, affirmant entre autres que le manque de transparence entourant le pouvoir de la ville violait l'article 1105 de l'ALENA et qu'un décret relatif à l'environnement promulgué après le dépôt de la plainte violait l'article 1110 sur l'expropriation et l'indemnisation.

En définissant la portée et la nature des obligations du Mexique aux termes de l'article 1105, le tribunal saisi de l'affaire *Metalclad* a cité de nombreuses autres dispositions de l'ALENA, y compris son préambule et le chapitre 18 sur les exigences de transparence.^{92,93}

De l'avis du Tribunal, l'obligation d'assurer la transparence est une composante du devoir de veiller à ce que les investisseurs bénéficient de la norme minimale de traitement, comme le garantit l'article 1105. Le Tribunal a conclu que le Mexique avait omis de fournir un cadre transparent et prévisible pour les besoins de la planification des activités et des investissements de Metalclad⁹⁴ et avait donc enfreint l'article 1105.

Le Mexique a demandé qu'il soit procédé en Colombie-Britannique, le lieu désigné pour l'arbitrage, à l'examen judiciaire de la décision rendue dans l'affaire *Metalclad*. La Cour suprême de Colombie-Britannique a estimé que dans cette affaire, le tribunal avait outrepassé sa compétence en fondant sa conclusion sur les obligations de transparence énoncées dans le traité qui étaient en réalité hors du champ d'application du Chapitre 11, de même que sur la compétence restreinte conféré par les articles 1116 et 1117 à un tribunal constitué en vertu du Chapitre 11⁹⁵. Selon la Cour suprême, le

91. CIRDI, affaire ARB/AF/97/1. Le texte de la décision rendue par le Tribunal le 30 août 2000 est publié dans *ICSID Review – FILJ (2001)16*.

92. Le Mexique a estimé que l'introduction et l'extension par le Tribunal d'obligations conventionnelles de transparence absentes du droit coutumier équivalaient à un abus de compétence. La transparence est un concept du droit conventionnel développé dans le droit commercial international (article X du GATT), et non dans le corps du droit international relatif à la protection des investissements dont est dérivé le concept de la norme minimale de traitement mentionnée à l'article 1105.

93. Afin d'éviter ce type d'interprétation par les tribunaux arbitraux, les accords de libre-échange récemment signés par les Etats-Unis et le nouveau modèle de traité bilatéral d'investissement des Etats-Unis stipulent, à l'article sur la norme minimale de traitement, que *la constatation d'une infraction à une autre disposition du présent Accord ou d'un autre accord international distinct ne démontre pas qu'il y ait eu violation dudit article*. Le nouvel Accord de protection et de promotion de l'investissement étranger du Canada précise également : « ...le fait qu'un tribunal ait conclu qu'une partie a enfreint une autre obligation de l'APIE, telle que le traitement national, ne signifie pas que cela constitue une violation de l'obligation à l'égard de la norme minimale de traitement ».

94. *Idem*, par.101.

95. L'article 1116 s'intitule « Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre » et l'article 1117 « Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise ».

Tribunal, outre le fait qu'il a donné à l'article 1105 (1) de l'ALENA une interprétation élargie afin d'inclure une obligation de transparence énoncée au chapitre 18 de l'ALENA, ne s'est pas fondé pour ce faire sur une autorité ou un élément de preuve établissant que la transparence est un principe qui fait maintenant partie du droit coutumier. A cet égard, la Cour suprême a souligné que « droit international » renvoyait au « droit international coutumier » considéré comme distinct du droit international conventionnel. Dans sa décision, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a également noté son désaccord avec l'analyse faite par le tribunal dans l'affaire *Pope & Talbot* (voir ci-dessous.)

Dans l'affaire *S.D. Myers Inc. contre le Canada*⁹⁶, la société américaine a affirmé que le Canada violait les dispositions du Chapitre 11 en interdisant l'exportation de déchets de BPC aux Etats-Unis, où la société S.D. Myers exploitait une installation de retraitement de BPC. La société a déposé une plainte en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Dans sa plainte au titre de l'article 1105, la société S.D. Myers a affirmé que la promulgation de l'interdiction d'exportation par le Canada avait été faite de manière discriminatoire et injuste et constituait un déni de justice et une violation de la bonne foi en vertu du droit international.

Dans sa décision, le Tribunal a estimé que les termes « juste et équitable » et « protection et sécurité intégrales » devaient s'entendre en relation avec le traitement prescrit par le droit international.⁹⁷ Il a affirmé que l'insertion d'une disposition relative à une « norme minimale » est nécessaire pour éviter ce qui pourrait constituer une éventuelle lacune. Un gouvernement pourrait traiter un investisseur d'une manière sévère, préjudiciable et injuste sans que ce traitement diffère pour autant de celui qu'il inflige à ses propres ressortissants. *La « norme minimale » est un seuil en deçà duquel le traitement des investisseurs étrangers ne doit pas passer, même si un gouvernement n'agit pas de manière discriminatoire.* Tout en se rangeant à ce point de vue en ce qui concerne la norme minimale, il a ensuite cité l'avis formulé par Mann en ce qui concerne le contenu des termes juste et équitable⁹⁸. Admettant que les observateurs contemporains pourraient considérer que cette déclaration constitue une « généralisation abusive », le Tribunal, à une majorité de deux juges, a néanmoins établi que compte tenu des faits entourant cette affaire en particulier, le non-respect de l'article 1102 (traitement national) entraînait en soi le non-respect de l'article 1105. En rendant cette décision, le Tribunal a pris en compte le non-respect d'une règle du droit international conventionnel (Traitement

96 *S.D. Myers, Inc. contre le Canada*, (13 novembre 2000), décision partielle. International Legal Materials 408.

97. En se reportant au texte de l'article 1105, le Tribunal a fait observer que les termes « traitement juste et équitable » et « protection et sécurité intégrales » ne peuvent être pris séparément. Il a au contraire estimé que cet article doit être lu comme un tout et que les termes doivent être lus en relation avec la phrase d'introduction sur le traitement conforme au droit international. Se plaçant sous l'angle de l'article à portée générale et de sa formulation, le Tribunal a indiqué que selon lui :

le non-respect de l'article 1105 n'est avéré que lorsqu'il est démontré qu'un investisseur a fait l'objet d'un traitement injuste et arbitraire d'un degré inacceptable en droit international. Cette détermination doit être faite à la lumière de la grande déférence que le droit international accorde généralement au droit des autorités nationales de statuer sur les affaires qui interviennent sur leur territoire. Elle doit également prendre en compte les éventuelles règles spécifiques du droit international applicables à une affaire donnée.

98 F. A. Mann, « British Treaties for the Formation and Protection of Investment », *British Yearbook of International Law* 24, 244 (1981).

national) et l'a considéré comme équivalant au non-respect de la norme minimale même si la forme, le contenu et les objectifs des deux articles sont différents⁹⁹.

C. *Le traitement juste et équitable en tant que norme autonome intégrée à un traité*

-- *Jurisprudence*

Une interprétation large de l'article 1105 a été donnée par le tribunal arbitral saisi de l'affaire ***Pope & Talbot Inc. contre le Gouvernement du Canada***¹⁰⁰. Dans cette affaire, Pope & Talbot a contesté la mise en œuvre de l'Accord sur le bois d'œuvre résineux conclu par le Canada et les États-Unis et les parts de contingents d'exportation attribuées en vertu de cet accord, et allégué de nombreuses infractions à l'ALENA. Le Tribunal a admis que le texte de l'article 1105 donne à penser que le traitement juste et équitable et la protection et la sécurité intégrales font partie des exigences du droit international. Il a toutefois fait remarquer :

Selon une autre interprétation, l'article 1105 signifierait que ces éléments s'ajoutent aux conditions du droit international ou, en d'autres termes, que les investisseurs assujettis à l'ALENA bénéficient du traitement minimum requis en droit international, auquel s'ajoutent ces éléments. Il est vrai que l'article 1105 semble indiquer qu'il en va autrement, en laissant entendre que le traitement juste et équitable et la protection et la sécurité intégrales font partie du droit international.

et a conclu :,

l'article 1105 demande que les investisseurs et les investissements couverts reçoivent les avantages du traitement juste et équitable conformément aux normes ordinaires appliquées dans les pays parties à l'ALENA, sans que soit fixé un seuil limite en deçà duquel le comportement à l'origine de la plainte doit être « flagrant », « porter atteinte à la dignité » ou être extraordinaire.¹⁰¹

On n'a pas recensé d'affaire dans laquelle la norme du traitement juste et équitable contenue dans un traité bilatéral d'investissement ait été appliquée en tant que norme autonome. Toutefois, dans l'affaire ***Tecmed S.A. contre les États-Unis du Mexique***¹⁰², le Tribunal mentionne cette approche en tant qu'une des autres approches possibles mais juge la plainte au regard du principe de la bonne foi en droit international. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. a déposé une plainte auprès d'un tribunal établi en vertu du Mécanisme supplémentaire du CIRDI au motif que le non-renouvellement par le gouvernement du Mexique de son permis d'exploiter une installation de traitement de déchets dangereux violait différents droits et protections stipulés dans le traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Espagne et le Mexique. Dans sa décision, le Tribunal du CIRDI a déclaré

que la portée de l'engagement relatif au traitement juste et équitable énoncé à l'article 4(1) de l'accord est définie à partir d'une interprétation autonome, suivant le sens ordinaire

99. Voir J.C. Thomas, *op. cit.* n. 10.

100. *Pope & Talbot Inc. contre le Gouvernement du Canada*, décision sur la recevabilité (10 avril 2001).

101. En exprimant cette opinion, le Tribunal a rejeté les critères énoncés lors du jugement d'affaires intervenues au début des années 1920 à l'occasion desquelles la norme minimale de traitement a été articulée la première fois.

102. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contre les États-Unis du Mexique*, CIRDI, affaire ARB(AF)/00/2 (décision) (29 mai 2003).

attribué à cet article conformément à l'article 31(1) de la Convention de Vienne, ou selon le droit international et le principe de la bonne foi, sur la base desquels doivent être examinées l'étendue de l'obligation assumée aux termes de l'accord et les actions engagées pour la respecter.

– *Publications*

L'interprétation de **Mann**,¹⁰³ dont les travaux portent surtout sur les traités bilatéraux d'investissement conclus par le Royaume-Uni, est largement citée comme étant la principale opinion discordante par la plupart des observateurs qui ont écrit sur le sujet.

A son avis, l'énoncé selon lequel les investissements doivent recevoir un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité totales constitue une « obligation prioritaire ». Cette obligation prioritaire, de portée plus vaste qu'une interdiction de traitement arbitraire, discriminatoire ou abusif, englobe en outre d'autres normes, étant donné qu'il se peut fort bien que les autres dispositions contenues dans les accords qui prévoient une protection proprement dite ne soient rien de plus que des exemples ou des cas spécifiques servant à illustrer cette obligation prioritaire. Mann ajoute qu'il est abusif de faire équivaloir le traitement juste et équitable à la norme minimale de traitement : les termes « traitement juste et équitable » se rapportent à un comportement qui va bien au-delà de la norme minimale de traitement et accordent une protection plus large en vertu d'une norme beaucoup plus objective que toute expression jamais utilisée auparavant. Un tribunal donné n'aurait pas à se fonder sur une norme minimale, maximale ou moyenne. Il devrait plutôt établir si, dans tous les cas, le comportement en cause est ou non juste et équitable. Aucune norme définie selon une formulation différente n'est susceptible d'être pertinente. Les termes doivent être compris et appliqués comme étant indépendants et autonomes.¹⁰⁴

Mann¹⁰⁵ a traité ce point en des termes différents et beaucoup plus succincts dans un article publié l'année suivante, dans lequel il note :

Dans certains cas, il est vrai, les traités ne font que reprendre, selon une formulation sans doute légèrement différente, ce qui est par essence une condition du droit international coutumier ; le principal exemple à cet égard est la disposition par laquelle les Etats s'engagent habituellement à accorder un traitement juste et équitable à leurs ressortissants respectifs et qui en droit risque tout au plus d'équivaloir à une confirmation de l'obligation d'agir de bonne foi ou de s'abstenir d'adopter un comportement abusif ou arbitraire.

103. F.A. Mann, *op. cit.* n. 98.

104. Patrick G. Foy et Robert J.C. Deane, au sujet de cette position, ont fait remarquer qu'un nouvel argument a été introduit pendant les débats du tribunal de l'ALENA, à savoir que les normes du droit international coutumier en matière de traitement juste et équitable des ressortissants étrangers et de leurs biens sont en train d'évoluer. Les opinions de Mann font référence à des normes du droit international moderne non invoquées dans les plaintes portées devant la Commission des réclamations générales du Mexique, qui, comme on pouvait le prévoir, ne pouvaient se concevoir à l'époque. Sur ce point, l'opinion de Mann ne diffère pas de celle selon laquelle le traitement juste et équitable doit être évalué conformément au droit international coutumier, mais est plutôt représentative d'une compréhension élargie et moderne du droit international coutumier. « *Foreign Investment Protection under Investment Treaties: Recent Developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement* », ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, volume 16, n° 2, automne 2001.

105. F.A. Mann, « The Legal Aspects of Money » (1982) p. 510, cité par J.C. Thomas *op. cit.* n. 10 p. 58.

*Dolzer et Stevens*¹⁰⁶ remarquent que le fait que les parties aux traités bilatéraux d'investissement aient considéré qu'il était nécessaire d'énoncer cette norme en tant qu'obligation expresse plutôt que de s'en remettre à une référence au droit international et d'invoquer ce faisant un concept relativement vague comme celui de la norme minimale de traitement confirme probablement l'existence d'une norme autonome. Certains traités, en plus de renvoyer au traitement juste et équitable, mentionnent le droit international et semblent de ce fait réaffirmer que les normes du droit international vont dans le même sens que la disposition du traité bilatéral d'investissement, mais lui sont complémentaires.

Une étude réalisée par le Secrétariat de la CNUCED¹⁰⁷ montre que les politiques dans lesquelles le traitement juste et équitable est assimilé à la règle minimale internationale posent problème à certains égards :

Si les Etats et les investisseurs estiment que la norme du traitement juste et équitable est entièrement interchangeable avec la norme minimale internationale, ils peuvent l'indiquer clairement dans leurs instruments sur les investissements ; la plupart des instruments sur les investissements n'associent toutefois pas explicitement ces deux normes. Par conséquent, on ne saurait d'emblée affirmer que pour la plupart des Etats et des investisseurs, le traitement juste et équitable et la norme minimale internationale sont implicitement la même chose.

Les efforts déployés pour assimiler les deux normes l'une à l'autre font peut-être un peu abstraction du débat de fond qui a cours en droit international à propos de la norme minimale internationale. Plus précisément, les pays développés privilégient largement la norme minimale internationale, de nombreux pays en développement ayant pour leur part longtemps exprimé des réserves sur l'inscription de cette norme dans le droit international coutumier.

L'étude de la CNUCED ajoute que « norme du traitement juste et équitable » et « norme minimale internationale » ne sont pas synonymes. Les deux normes peuvent coïncider largement sur des questions comme le traitement arbitraire, la discrimination et le comportement déraisonnable, mais une disposition assurant le traitement juste et équitable dans un instrument relatif à un investissement n'intègre pas automatiquement la norme minimale internationale pour les investisseurs étrangers. Lorsque la norme du traitement juste et équitable est invoquée, la question centrale reste simplement de savoir si les actes en cause sont ou non, dans toutes les circonstances, justes et équitables.

A ce sujet, *Vasciannie*¹⁰⁸ note que l'approche de la signification ordinaire des termes est sans doute tout à fait conforme aux règles de l'interprétation en droit international selon l'article 31, paragraphe 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969).¹⁰⁹

106. *Op. cit. n. 34.*

107. « Fair and equitable treatment », *UNCTAD series on issues in international investment agreements, 1999.*

108. *Vasciannie, op. cit. n. 7.*

109. L'article 31 (1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités intitulé « Règle générale d'interprétation » stipule qu'« un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

III. Signification et éléments du contenu de la norme telle qu'elle a été définie par les tribunaux arbitraux

L'absence de consensus général sur le contenu de la norme du « traitement juste et équitable » a suscité un débat sur le rôle normatif réel que joue le principe dans la protection des investissements internationaux et les contraintes posées à la souveraineté des Etats.¹¹⁰

Même si la plupart des accords de protection des investissements exigent que les investissements et les investisseurs couverts reçoivent un traitement « juste et équitable », il n'existe aucun consensus général sur la signification précise de cette norme.¹¹¹ A ce sujet, le professeur *Muchlinski*¹¹² constate :

Le concept de traitement juste et équitable n'est pas défini avec précision. Il constitue un fondement général permettant de formuler un argument selon lequel l'investisseur étranger n'a pas été bien traité en raison de mesures discriminatoires ou inéquitable prises à l'encontre de ses intérêts. Son contenu dépend donc de l'interprétation de faits particuliers. On peut tout au plus affirmer qu'il renvoie au principe de non-discrimination et de proportionnalité dans le traitement réservé aux investisseurs étrangers.

Le professeur *Juillard*¹¹³ estime que l'inclusion de la norme du traitement juste et équitable dans les accords sur les investissements fournit un élément auxiliaire de base pour l'interprétation des autres dispositions d'un accord et pour combler ses lacunes. Il ajoute que le traitement juste et équitable « est une notion [] aux contours imprécis qui ne prendr[a] corps que progressivement grâce à l'œuvre prétorienne des tribunaux arbitraux. »

Les tribunaux arbitraux ont accompli un réel travail à cet égard. Dans leur interprétation de la norme du traitement juste et équitable, ils ont dépassé le débat spécifique sur le rapport entre cette norme et la norme minimale en droit international coutumier, pour se pencher sur l'identification de ses éléments. Ces éléments peuvent être décomposés en cinq catégories :¹¹⁴ a) Obligation de vigilance et de protection, b) Diligence, notamment l'absence de déni de justice et d'arbitraire, c) Transparence, d) Bonne foi – laquelle pourrait inclure la transparence et l'absence d'arbitraire et e) Eléments autonomes de justice.

A. Obligation de vigilance et de protection

Dans un certain nombre de décisions, les tribunaux renvoient à l'obligation de vigilance, également présentée comme l'obligation d'agir avec la diligence due pour assurer la protection de l'investissement étranger¹¹⁵, afin de définir un acte ou une omission de l'Etat comme étant un

110. Patrick G. Foy et Robert J.C. Deane, *op. cit.*, n. 104.

111. Rudolf Dolzer et Magrete Stevens, *op. cit.*, n. 34; Mahmoud Salem, in « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers », *Journal du droit international*, No. 3 (1986) p. 579-626.

112. Peter Muchlinski, « Multinational Enterprises and the Law » (1995) p. 625.

113. P. Juillard, *op. cit.*, n. 32.

114. Dans les quatre premières catégories citées examinées pour les besoins de la présente étude, tous les tribunaux sauf un, qui a adopté une définition autonome, ont défini le traitement juste et équitable conformément au droit international.

115. « Il est des devoirs internationaux qui consistent à exercer sur les individus soumis à l'autorité de l'État une vigilance correspondante aux fonctions et aux pouvoirs dont l'État est investi. Celui-ci n'est pas internationalement obligé d'empêcher d'une façon absolue que certains faits se réalisent ; mais il

manquement au traitement juste et équitable et à la protection et à la sécurité totales. Dans les affaires en question, les tribunaux ont rattaché et examiné de concert la norme du traitement juste et équitable et la norme de la protection et de la sécurité totales. La norme de la protection et de la sécurité totales est souvent incluse dans les traités en tant qu'obligation distincte et s'applique essentiellement lorsque l'investissement étranger a été affecté par des désordres civils et la violence physique. L'obligation de vigilance a été considérée comme une norme dérivée du droit international coutumier.¹¹⁶

Dans l'affaire *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) contre la République du Sri Lanka*¹¹⁷ (voir ci-dessus), l'une des principales questions qui se posaient était de savoir si l'assurance de « protection et de sécurité totales » donnée par un gouvernement à l'article 2(2) du traité bilatéral d'investissement Sri Lanka-Royaume-Uni créait une responsabilité stricte pour chaque partie signataire. Le juge Asante, dans son opinion dissidente, a formulé la remarque suivante sur la signification du traitement juste et équitable :

L'article 2(2) prescrit la norme générale applicable à la protection de l'investissement étranger. Toutes les exigences de traitement juste et équitable, de protection et de sécurité totales et de traitement non discriminatoire soulignent l'obligation générale pour l'Etat d'accueil de respecter les principes de la diligence due dans la protection de l'investissement étranger sur son territoire, une obligation dérivée du droit international

est tenu d'exercer, pour les empêcher, la vigilance qui rentre dans ses fonctions ordinaires. Le défaut de diligence est une inobservation du devoir imposé par le droit international, sans qu'il y ait alors à parler de faute au sens propre du mot », *Anzilotti*, « La responsabilité internationale des États – A raison des dommages soufferts par les étrangers », *Revue générale de droit international public* (1906) p. 291. Pour *Brownlie*, la norme de la diligence due est une variante du traitement national. Certaines circonstances, par exemple l'éclatement d'une guerre, peuvent créer des exceptions à la règle internationale concernant le traitement même lorsqu'elle s'applique en principe. Lorsqu'une norme de protection raisonnable ou de diligence due s'applique, il y aurait peut-être lieu d'avoir recours au principe de *diligentia quam in sua* (diligence que chacun porte à ses propres affaires) qui représenterait une variante plus subtile du principe de traitement national. Cela permettrait selon lui de prendre en compte les disparités qui existent entre les normes de bien-être et d'éducation des différents États du monde, sans pour autant constituer une norme systématique de traitement national rattachée au principe d'égalité, qui, bien que parfois confondu avec la norme du traitement national, n'y est pas identique. *Jan Brownlie, op. cit., n. 32, p. 504*. Selon le projet de convention de Harvard sur la responsabilité internationale des États en cas de préjudices causés aux ressortissants étrangers de 1929, la diligence due est une norme et non une définition. *Hildebrando Accioly, Recueil des cours, 1959, p. 400, 401*.

116 *Alfred Verdross* affirme que « dans toutes ses mesures de répression, l'État doit développer comme dans les mesures de prévention, l'activité d'un État normal. C'est donc selon le principe du *standard international* qu'il faudra apprécier si les mesures de prévention ou de réaction (...) sont ou non suffisantes au point de vue de droit des gens (...). De l'avis des gouvernements [à la Société des Nations à l'occasion de la préparation de la Conférence pour la codification du droit international], la diligence à prendre en considération est celle qu'on peut attendre d'un État civilisé. » « *Les règles internationales concernant le traitement des étrangers* » 37 *R.C.A.D.I.* 325 (193), p. 388.

117 *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) contre la République du Sri Lanka, op. cit., n. 55*. L'une des principales questions posées dans cette affaire était de savoir si l'assurance de « protection et de sécurité totales » donnée par un gouvernement aux termes de l'article 2(2) du traité bilatéral d'investissement Sri Lanka-Royaume-Uni (1980) créait une responsabilité stricte pour chaque partie signataire. L'approche fondée sur la responsabilité stricte a été rejetée par les juges majoritaires et par le juge dissident. L'article 2(2) stipulait que les investissements de ressortissants ou de sociétés de l'une ou l'autre des parties contractantes bénéficieraient à tout moment d'un traitement juste et équitable et d'une protection et d'une sécurité totales sur le territoire de l'autre partie contractante.

coutumier. Le caractère général de la norme relative à la protection énoncée à l'article 2(2) se traduit par l'absence de toute norme concernant une situation ou une compensation spécifique. Cette article est donc distinct des articles 4 et 5, qui stipulent des normes spécifiques applicables à des situations spéciales, en l'occurrence des pertes imputables à des troubles civils et à l'expropriation.

Dans l'affaire **American Manufacturing & Trading (AMT), INC. contre la République démocratique du Congo**¹¹⁸ (voir ci-dessus), le CIRDI a estimé que le Congo avait manifestement omis de respecter la norme minimale requise en droit international et a fondé sa décision sur le raisonnement suivant :

L'obligation [d'accorder un traitement juste et équitable et la protection et la sécurité] constitue une obligation de garantie de protection et de sécurité des investissements effectués par des ressortissants et des sociétés de l'autre partie. L'obligation incombant au Congo est une obligation de vigilance, qui signifie que le Congo prendra toutes les mesures nécessaires pour assurer que l'investissement des Etats-Unis bénéficie d'une protection et d'une sécurité totales et ne pourra invoquer sa propre législation pour se soustraire à cette obligation. Le Congo doit établir la preuve qu'il a pris toutes les mesures de précaution voulues pour protéger les investissements d'AMT sur son territoire.

Dans l'affaire **Wena Hotels LTD (Royaume-Uni) contre la République arabe d'Egypte**,¹¹⁹ le plaignant avait conclu un accord de location avec l'entreprise d'Etat Egyptian Hotels Company (« EHC ») en vue de la gestion et de la rénovation de deux hôtels. A la suite d'un litige concernant le contrat de location, des représentants de EHC ont illégalement saisi les deux hôtels par la force. Dans l'interprétation qu'il a donnée d'une disposition similaire contenue dans le traité bilatéral d'investissement conclu entre l'Egypte et le Royaume-Uni, le Tribunal du CIRDI a fait observer :

L'obligation incombant à [l'Etat d'accueil] est une obligation de vigilance, au sens où l'[Etat d'accueil] prendra toutes les mesures raisonnables pour veiller à ce que les investissements bénéficient d'une protection et d'une sécurité totales et ne pourra invoquer sa propre législation pour se soustraire à cette obligation.

Comme il y avait suffisamment d'éléments prouvant que l'Egypte était au courant de l'intention de EHC de saisir les hôtels mais n'a pris aucune mesure préventive à cet égard, n'a rien fait pour protéger l'investissement de Wena après les saisies illégales, n'a pas tenté de restituer les hôtels à WENA après les saisies illégales, a refusé d'indemniser Wena pour ses pertes et n'a pas intenté de poursuites contre EHC ou ses dirigeants, il a été jugé que ce pays avait violé son obligation [aux termes du traité bilatéral d'investissement] en n'accordant pas aux investissements de Wena un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité totales.

118 *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) (Etats-Unis) contre la République du Congo, op. cit. n. 58.*

119 *Wena Hotels Ltd. (R.-U.) contre la République arabe d'Egypte, CIRDI, affaire ARB/98/4 (décision) (8 décembre 2000), [recours en annulation rejeté] reproduit dans 41 I.L.M. 896 (2002).*

B. Procédure régulière/déni de justice/arbitraire

La plupart des affaires soulevées portent sur des dénis de justice¹²⁰ dans le cadre de la procédure, des décisions injustifiées et l'application des droits de l'investisseur. Le principe du déni de justice¹²¹ a été considéré comme faisant partie du droit international coutumier et comporte trois sens¹²². Dans son sens le plus large, il semble englober la responsabilité de l'Etat dans son ensemble et a été appliqué à tous les types d'actes arbitraires de l'Etat visant des étrangers¹²³, et inclut par conséquent les actes ou omissions des autorités d'un des trois pouvoirs, l'exécutif, le législatif ou le judiciaire¹²⁴. Dans son sens le plus étroit, il se limite au refus d'un Etat d'accorder à un étranger l'accès à ses

-
- 120 Selon *E. Borchard*, bien avant que l'article 38 de la Cour permanente de justice internationale ait fait des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » une source du droit international, les ministères des affaires étrangères et les tribunaux arbitraux ont eu recours à ces principes généraux pour définir un seuil minimal approximatif sur lequel ils se fondaient constamment dans la pratique inter-Etats. Il est bien connu que les étrangers peuvent se voir refuser de nombreux privilèges et se voir imposer des limites au niveau du droit interne. Le ressortissant étranger doit toutefois bénéficier de la protection policière et judiciaire pour les droits octroyés au niveau national et le refus arbitraire de leur accorder ces droits constitue un *déni de justice* [les italiques sont de nous]. La mauvaise foi, la fraude, les atteintes à la dignité qui entraînent des préjudices ne peuvent être défendus au motif qu'ils sont des coutumes du pays auquel les nationaux doivent également se soumettre. Il ajoute que bien qu'il soit difficile de définir ce qu'est le contenu proprement dit de la norme, il doute moins, en ce qui concerne la procédure, que des tribunaux justes, véritablement ouverts aux étrangers, qui administrent la justice de façon honnête et impartiale sans influence ou contrôle politique paraissent être des éléments essentiels d'un procès juste et d'une justice objective tels que le requièrent tous les systèmes. « *The 'Minimum standard' of the treatment of aliens* », *Michigan Law Review* 1940, vol. 3, n° 4, p. 445-461. Faisant référence aux aspects procéduraux, *Root*, en 1910, a défini la norme comme une norme de justice très simple, très fondamentale, généralement acceptée par tous les pays civilisés au point de faire partie de droit international au niveau mondial. *Root*, « *The Basis for Protection to Citizens Residing Abroad* », 4 *PROC. AM. SOC.INT.L.16 at 21* (1910).
- 121 Le principe du déni de justice englobe les fautes de procédure et les fautes lourdes commises par un tribunal - à savoir les procédures irrégulières et les décisions injustes. Cette double définition du déni de justice s'est répandue au cours du siècle dernier – parmi les universitaires, dans le cadre des efforts déployés pour codifier la loi en ce qui concerne la responsabilité des Etats à l'égard des étrangers et les décisions arbitrales. Voir *Alwyn V. Freeman*, selon lequel il ressort de la pratique internationale régulière et de la pratique de la vaste majorité de l'autorité judiciaire que les irrégularités et lacunes procédurales flagrantes, de même que les déficiences flagrantes qui entachent le jugement au fond lui-même. « *The International Responsibility of States for Denial of Justice* », p. 309 (*Kraus Reprint Co. 1970*) (1938).
- 122 *F.V. García-Amador et al.*, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (180) 1974.
- 123 *Idem*.
- 124 *Charles de Visscher* souligne le rôle du pouvoir judiciaire : « Le déni de justice est toute défaillance dans l'organisation ou dans l'exercice de la fonction juridictionnelle [de l'État] qui implique manquement à son devoir international de protection judiciaire des étrangers », en ajoutant toutefois, « qu'il importe peu qu'à l'origine de cette défaillance de la fonction juridictionnelle se trouve un fait qui, de point de vue du droit interne, apparaît comme imputable à un autre pouvoir de l'État ». « *La responsabilité des États* », *Recueil des cours* (1923), cité par *H. Accioly in Recueil des cours* (1959) op.cit. n. 115, p. 379. *Hackworth*, dans *Digest of International Law*, a indiqué que dans un sens plus large, le déni de justice peut résulter d'actes ou d'omissions des autorités de l'un des trois pouvoirs (exécutif, législatif ou judiciaire). *A. Freeman* exprime le même avis dans « *The International Responsibility of States for Denial of Justice* » (1938) cité par *Accioly*, op. cit., n. 115, p. 380.

tribunaux ou au fait pour un tribunal d'omettre de rendre un jugement. Il existe également un sens intermédiaire dans lequel il renvoie à l'administration irrégulière de la justice civile et pénale à l'égard des étrangers, notamment au refus d'accès aux tribunaux, aux procédures inadéquates et aux décisions injustes^{125, 126}. La plupart des affaires examinées abordent le traitement juste et équitable selon le sens intermédiaire et de nombreuses affaires analysent le concept de l'arbitraire¹²⁷. Un nombre significatif d'affaires récentes à l'appui de cette interprétation renvoient à l'affaire ELSI (voir ci-dessous.)

--Traités bilatéraux d'investissement

Dans l'affaire concernant *Elettronica Sicula (ELSI) (US) contre l'Italie*¹²⁸ (voir ci-dessus), la Chambre de la Cour internationale de justice a interprété la disposition sur le traitement juste et équitable contenue dans l'accord international visé, mais son interprétation de l'article premier de l'Accord supplémentaire, qui interdit certaines mesures arbitraires et discriminatoires¹²⁹ dans le cadre de l'application de la loi, a toutefois fait date. Elle a rejeté l'argument selon lequel le fait qu'un tribunal national estime qu'un acte est illicite ne signifie pas nécessairement que l'acte est arbitraire¹³⁰ et a décrit l'arbitraire dans le droit international comme suit :

« Il faut tenir compte du fait qu'un acte d'une autorité publique peut avoir été illégitime en droit interne sans que cela signifie nécessairement que cet acte était illicite en droit international, en tant que violation d'un traité ou autrement. Ce serait ôter à l'arbitraire

125 Voir Garcia-Amador, *op. cit.* n. 122.

126 Selon Brownlie, c'est le *Harvard Research Draft on International Law* qui donne la « meilleure indication » sur la signification de déni de justice : il y a déni de justice lorsque l'accès aux tribunaux est refusé, retardé de manière injustifiée ou entravé, en cas d'insuffisance grave dans l'administration de la procédure judiciaire ou corrective, d'omission de fournir les garanties généralement considérées comme indispensables à la bonne justice ou de jugement manifestement injuste. L'erreur d'un tribunal national qui n'engendre pas d'injustice manifeste n'est pas un déni de justice ; *op. cit.* n. 32 at 506. Dans l'affaire *Azinian contre les Etats-Unis du Mexique*, le Tribunal a jugé qu'un déni de justice peut être plaidé si les tribunaux pertinents ont refusé de traiter ces poursuites, les ont soumises à des délais injustifiés ou administrent la justice de manière gravement inadéquate. Il a ajouté qu'il existe un quatrième type de déni de justice, à savoir la mauvaise application manifeste et malveillante de la loi, et que ce type de conduite recoupe sans nul doute la notion de faux-semblant pouvant constituer une violation du droit international, CIRDI, affaire ARB(AF)/97/2 paragraphes 102-103.

127 Pour A. Verdross, « l'État viole le droit des gens s'il porte *arbitrairement* atteinte aux droits privés des étrangers, fût-ce même par un acte de législateur. Et cela même si de tels actes ne sont pas dirigés contre les personnes en raison de leur qualité d'étranger, mais se fondent sur des lois générales, applicables aussi aux nationaux ». *Op. cit.*, note 117, p. 358-359. Le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* définit un « acte arbitraire » comme étant un acte qui est injustifié et déraisonnable et qui cause de graves préjudices aux droits établis des nations étrangères. (par. 712, note 11 (1986)).

128 *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (Etats-Unis contre l'Italie)*, *op. cit.* n. 59.

129 L'affaire ELSI apporte des éléments intéressants sur la signification de la norme minimale en droit international coutumier et du traitement juste et équitable. Lors de l'application d'un traité, décrivant les règles qu'il contenait comme des principes de traitement équitable, la Chambre de la Cour internationale de justice a considéré que protection et sécurité constantes et norme internationale minimale étaient des principes équivalents. Dans sa définition de l'arbitraire au niveau international, elle n'a pas assimilé à l'arbitraire le simple caractère illicite au regard du droit interne.

130 La Chambre a également noté, au paragraphe 29 de sa décision, que même si les décisions des tribunaux nationaux sont parfois pertinentes, la norme relative à l'acte arbitraire, en vertu du droit international, peut être très différente.

toute signification utile qui lui soit propre que de l'identifier à la simple illégitimité. Il ne découle pas non plus du fait qu'une juridiction nationale a conclu qu'un acte était injustifié, déraisonnable ou arbitraire, que cet acte doit être qualifié d'arbitraire en droit international, bien que la qualification donnée par une autorité nationale à l'acte attaqué puisse constituer une indication utile. »

Citant le jugement de la CIJ dans l'affaire du *Droit d'asile*,¹³¹ la Chambre a fait remarquer :

« L'arbitraire n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui s'oppose au règne de la loi.¹³² Il s'agit d'une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique ».

Dans son opinion dissidente, le juge Schwebel s'est dit d'accord avec le concept classique de l'acte arbitraire en droit international retenu par la Chambre. Il a ensuite interprété l'article premier comme créant une obligation de résultat (par opposition à une obligation de comportement) et déclaré que le fait de ne pas corriger une mesure arbitraire constitue une violation du traité d'amitié, de commerce et de navigation, indépendamment de l'existence de voies de recours internes »¹³³.

Dans l'affaire *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. et A.S. Baltoil (Etats-Unis) contre la République d'Estonie*¹³⁴ (voir ci-dessus), le tribunal du CIRDI a lié la norme énoncée à l'article II(3)(a) du traité bilatéral d'investissement Etats-Unis-Estonie à la norme minimale et décrit ses éléments comme suit :

Les actes contraires à la norme minimale comprendraient les actes témoignant d'une omission délibérée de remplir son devoir et une insuffisance d'action nettement en deça des normes internationales ou même d'une mauvaise foi subjective.

En ce qui concerne l'arbitraire aux termes de l'article II(3)(b), le Tribunal, considérant l'ensemble des éléments de preuve, a jugé fondé le retrait de la licence de Genin par la Banque d'Estonie¹³⁵. Il a déclaré :

A la lumière de cette conclusion, pour être assimilée à une violation du traité bilatéral d'investissement, il aurait toutefois fallu que toute irrégularité procédurale observée relève de la mauvaise foi, du mépris délibéré du respect des procédures ou de l'extrême insuffisance de l'action. Aucun de ces éléments n'a été constaté dans cette affaire. En

131 Décision dans l'affaire du *Droit d'asile*, rapports de la CIJ, 1950, p. 284.

132 Selon Murphy, cette interprétation ôte de l'efficacité à la norme de la protection autrefois utile. Selon cette approche, un gouvernement national pourrait adopter différents textes de loi et règlements administratifs qui attaquent arbitrairement l'intérêt des investisseurs étrangers. Mais aussi longtemps que le gouvernement fournit un espace judiciaire dans lequel un tribunal applique ces textes et règlements, les mesures ne seront pas réputées arbitraires aux termes du traité d'amitié, de commerce et de navigation. *Sean D. Murphy, op. cit. n. 56.*

133 Cette analyse de l'obligation de « comportement » et de « résultat » est tirée des projets d'articles sur la responsabilité d'Etat de la Commission du droit international.

134 *Alex Genin contre la République d'Estonie, op. cit., n. 61.*

135 Il est intéressant de noter que même si le Tribunal a examiné séparément ces deux dispositions du traité bilatéral d'investissement Etats-Unis-Estonie (obligations d'accorder un « traitement juste et équitable » et un « traitement non discriminatoire et non arbitraire »), il est parvenu aux mêmes conclusions quant à l'interprétation qu'il convient de donner à ces normes.

*résumé, le Tribunal ne considère pas le retrait de la licence comme un acte arbitraire qui viole son « sens de de la correction juridique ».*¹³⁶

Dans l'affaire ***Compagnie générale des eaux (Vivendi) contre la République d'Argentine***¹³⁷, Vivendi a déposé un recours en arbitrage devant le CIRDI contre l'Argentine au motif que les autorités de la province de Tucumán avaient annulé un accord de concession conclu entre Vivendi relativement à la fourniture de services d'assainissement et que le fait que le gouvernement de l'Argentine n'ait pas empêché les autorités de la province de Tucumán d'agir ou n'ait pas réussi à faire en sorte qu'elles se conforment au contrat de concession constituait une violation du traité bilatéral d'investissement Argentine-France. Vivendi invoquait entre autres le fait que les actes du gouvernement, ou son inaction, constituaient un manquement à l'obligation incombant à l'Argentine d'accorder un traitement juste et équitable à l'investissement de Vivendi. Le Tribunal a déclaré :

que, compte tenu des faits exposés, Vivendi aurait dû au préalable contester les actes des autorités de Tucumán devant les tribunaux administratifs de cette province, et ne pourrait porter plainte contre la République d'Argentine que si elle se voyait refuser l'accès aux tribunaux de Tucumán pour chercher à faire adopter des mesures correctives aux termes de l'article 16.4, si elle était injustement traitée par ces tribunaux (déni de justice), si le jugement de ces tribunaux était fondamentalement injuste (déni de justice fondamentale) ou si elle se voyait refuser des droits garantis aux investisseurs français en vertu du traité bilatéral d'investissement par la République d'Argentine.

Cependant, comme Vivendi n'avait pas cherché à obtenir réparation auprès des tribunaux administratifs de la province de Tucumán et que le Tribunal ne disposait pas d'éléments probants quant au fait que ces tribunaux lui auraient refusé l'accès à la procédure ou auraient commis un déni de justice fondamentale, le Tribunal a jugé que la responsabilité de la République d'Argentine n'était pas engagée en vertu du traité bilatéral d'investissement.

Dans l'affaire ***Middle East Cement Shipping and Handling Co S.A. (Grèce) contre l'Égypte***¹³⁸, Middle East Shipping a engagé des procédures d'arbitrage contre l'Égypte auprès du CIRDI en vertu du traité bilatéral d'investissement Grèce-Égypte afin de recouvrer les pertes subies dans le cadre d'un accord de concession¹³⁹. En se fondant sur l'article 2.2 du traité bilatéral d'investissement, le Tribunal a déclaré

que le traité bilatéral d'investissement demande que les investissements des investisseurs d'une partie contractante bénéficient à tout moment d'un traitement juste et équitable et d'une protection et d'une sécurité totales sur le territoire de l'autre partie contractante. Cette disposition du traité bilatéral d'investissement doit être considérée comme présentant une pertinence particulière au regard de la protection spéciale accordée en vertu de l'article

136 Citant ici l'affaire ELSI.

137 *Compagnie générale des eaux (Vivendi) (France) contre la République d'Argentine*, CIRDI ARB/97/3 (décision) (21 novembre 2000).

138 *Middle East Cement Shipping and Handling Co S.A. (Grèce) contre l'Égypte* CIRDI, affaire ARB/99/6 (décision) (12 avril 2002).

139 Le plaignant alléguait que les actes des autorités égyptiennes avaient entraîné une révocation de fait de sa licence d'importation et d'entrepôt de ciment, ce qui lui avait occasionné des pertes substantielles au regard de ses contrats de fourniture de ciment ainsi que d'autres dommages, notamment à la suite de la saisie administrative effectuée par l'Égypte et de la vente aux enchères subséquente d'un navire lui appartenant.

4 contre les mesures assimilables à une expropriation, et à l'exigence relative à l'application régulière de la loi énoncée à l'article 4.a). Il aurait donc fallu qu'une initiative aussi importante que la saisie et la vente aux enchères d'un navire appartenant au plaignant lui ait été notifiée directement comme le prévoit l'article 7, paragraphe 7 de la loi n° 308 indépendamment de l'obligation ou de la pratique légale en vertu de laquelle cette notification s'effectue par courrier recommandé avec accusé de réception, comme l'a fait valoir le plaignant (CV 4). Le Tribunal estime que la procédure appliquée de fait ici ne respecte pas les exigences énoncées aux articles 2.2 et 4 du traité bilatéral d'investissement.

Le Tribunal conclut par conséquent que le [Poseidon] a été saisi dans le cadre d'une mesure dont les effets seraient assimilables à ceux d'une expropriation et que le plaignant est fondé à recevoir une compensation.

Dans l'affaire **Lauder (Etats-Unis) contre la République tchèque**¹⁴⁰, le plaignant a introduit une procédure d'arbitrage devant la CNUDCI contre la République tchèque au motif que cette dernière avait manqué à ses obligations aux termes du traité bilatéral d'investissement Etats-Unis-République tchèque, compte tenu du traitement accordé par le Conseil de l'audiovisuel à son investissement dans une coentreprise du secteur des médias (CNTS)¹⁴¹. Lauder a invoqué le fait que le Conseil de l'audiovisuel n'avait pas accordé un traitement juste et équitable à son investissement en (1) revenant sur des autorisations préalablement données ayant trait aux droits exclusifs de CNTS d'utiliser une licence de télédiffusion, d'en bénéficier et de la maintenir; et (2) d'avoir eu un comportement hostile à l'égard de CNTS. Le Tribunal a déclaré :

Comme tout traité, le traité sera interprété en référence à son objet et à son but, ainsi qu'au cadre dans lequel il a été conclu (Convention de Vienne sur le droit des traités, articles 31 et 32). Le préambule du traité stipule que les parties conviennent que le traitement juste et équitable de l'investissement est souhaitable afin de maintenir un cadre stable pour l'investissement et l'utilisation efficace maximale des ressources économiques. Le Tribunal arbitral note qu'il n'y a pas d'autre définition de la notion de traitement juste et équitable dans le traité.

La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement a examiné la signification de cette doctrine. Le traitement juste et équitable est lié à la norme établie de la diligence due et fournit une norme internationale qui s'inscrit dans le droit international coutumier¹⁴². Dans le cadre des traités bilatéraux d'investissement, la norme du traitement juste et équitable est subjective et dépend fortement d'un contexte factuel. Elle empêche également la discrimination à l'égard du bénéficiaire de la norme, lorsque cette discrimination équivaut en l'occurrence à un traitement injuste ou inéquitable¹⁴³.

140 *Lauder (Etats-Unis) contre la République tchèque* (décision finale) (3 septembre 2002) consultable sur le site www.mfcr.cz/scripts/hpe/default.asp

141 Les participants à la coentreprise étaient CEDC (société allemande appartenant à Lauder), CET 21 (une société tchèque), et la Czech Savings Bank.

142 Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, « Bilateral Investment Treaties In The Mid-1990s », at 53, document UNCTAD/ITE/IIT/7, U.N. Sales No. E.98.II.D.8 (1998) (en anglais).

143 Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement : « Fair And Equitable Treatment », vol. III at 10,15, U.N. Doc. UNCTAD/ITE/IIT/II, U.N. Sales No. E.99.II.D.15 (1999) (en anglais).

Le Tribunal a estimé qu'aucune des mesures contestées ne constituait un manquement à l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable, renvoyant ainsi à un raisonnement précédent relatif aux mesures arbitraires et discriminatoires :

La plupart des arguments réfutant l'adoption de mesures arbitraires ou discriminatoires par la République tchèque depuis 1996 s'appliquent également au respect par le défendeur de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable.

Le Tribunal a estimé que le Conseil de l'audiovisuel avait agi de manière cohérente dans son application de la loi et rejeté la plainte pour manquement à l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable.

-- ALENA

Dans l'affaire *S.D. Myers Inc contre le Canada* (voir ci-dessus), le Tribunal a jugé que les termes « juste et équitable » et « protection et sécurité intégrales » doivent être pris en compte concurremment avec le traitement conforme au droit international. Il a ajouté :

Le Tribunal considère que le non-respect de l'article 1105 n'est avéré que lorsqu'il est démontré qu'un investisseur a fait l'objet d'un traitement injuste et arbitraire d'un degré inacceptable en droit international. Cette détermination doit être faite à la lumière de la grande déférence que le droit international accorde généralement au droit des autorités nationales de statuer sur les affaires qui interviennent sur leur territoire.¹⁴⁴

Le tribunal saisi de l'affaire S.D. Myers a toutefois décidé de ne pas examiner l'application spécifique de l'article 1105 aux faits relevant de l'affaire et de recourir à la constatation qu'il avait faite en ce qui concerne le non-respect de l'article 1102 relatif au traitement national. Il a conclu que dans l'affaire en cause, la discrimination dont le plaignant a fait l'objet en violation de la disposition relative au traitement national établit en principe une violation de l'article 1105 également¹⁴⁵.

Dans l'affaire *Mondev International LTD contre les Etats-Unis*¹⁴⁶ (voir ci-dessus), après avoir montré l'importance que revêt le contexte spécifique dans lequel est déposée une plainte au titre de l'article 1105(1), le Tribunal a appliqué la norme relative au déni de justice¹⁴⁷ à la violation de la

144 Le Tribunal a enfin ajouté que dans certains cas, le non-respect d'une règle du droit international par une partie hôte ne permet pas nécessairement d'établir de façon déterminante qu'un investisseur étranger ne s'est pas vu accorder un « *traitement juste et équitable* », mais que le fait qu'une partie hôte ait agi de manière contraire à une règle du droit international qui est spécifiquement conçue pour protéger les investisseurs militera fortement en faveur de l'établissement d'une violation de l'article 1105.

145 Bien que la formulation du critère utilisé pour déterminer s'il y a eu violation de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable semblait correspondre aux points de vue exprimés par les parties à l'ALENA, ces dernières ont critiqué la décision au motif qu'après avoir établi un rapport entre l'article 1105 et le droit international coutumier, le Tribunal a assimilé la violation d'une règle du droit international conventionnel (celle qui a trait au traitement national) à un manquement à la norme minimale. Voir Thomas, op. cit. n. 11 p. 67-68.

146 *Mondev International LTD contre les Etats-Unis d'Amérique*, op. cit., n. 64- 65.

147 Dans sa deuxième soumission sur cette affaire, le Canada a noté que la norme à l'égard de laquelle la responsabilité d'une Partie à l'ALENA est engagée aux termes de l'article 1105 est une norme de droit international qui serait appliquée « dans un système de droit raisonnablement développé ». Il s'ensuit qu'une Partie spécifique à l'ALENA ne peut arguer du fait que son système doit être la seule

« norme du traitement juste et équitable ». Sur la question de savoir si l'investisseur était fondé à déposer une plainte devant des tribunaux institués en vertu de l'ALENA, le Tribunal a déclaré :

La norme établie à l'article 1105(1) doit être appliquée dans les deux cas, c'est-à-dire que des recours internes aient ou non été introduits. Par conséquent, en vertu de l'ALENA, il n'est pas juste de prétendre que la règle relative au déni de justice et la règle relative à l'épuisement des voies de recours internes « soient interreliées et indissociables ». Le Tribunal s'attache donc seulement à l'aspect de l'article 1105(1) qui concerne ce qui est communément appelé déni de justice, c'est-à-dire la norme de traitement des étrangers applicable aux décisions des tribunaux de l'Etat d'accueil.

Le Tribunal a ensuite mentionné l'affaire ELSI¹⁴⁸ et estimé que les critères relatifs au comportement arbitraire défini par la Chambre de la Cour internationale de justice étaient utiles dans le cadre d'un déni de justice et qu'ils avaient été appliqués dans ce contexte. Le Tribunal a ajouté :

Le Tribunal souligne que le verbe « surprendre » n'est pas utilisé isolément. Il convient de se demander si un résultat surprend, mais si le heurt ou la surprise occasionnés auprès d'un tribunal impartial mènent, à la réflexion, à des craintes justifiées en ce qui a trait à la correction juridique du résultat, compte tenu, d'une part, que les tribunaux internationaux ne sont pas des tribunaux d'appel, et, d'autre part, que le chapitre 11 de l'ALENA (et d'autres traités relatifs à la protection des investissements) vise à fournir une véritable mesure de protection. En définitive, il s'agit de savoir si, au niveau international et compte tenu des normes généralement admises en matière d'administration de la justice, un tribunal peut conclure, à la lumière de tous les faits disponibles, que la décision attaquée était manifestement inappropriée et indigne et a eu pour résultat que l'investissement a fait l'objet d'un traitement injuste et inéquitable. Il s'agit incontestablement d'une norme évolutive mais il se peut que dans la pratique on ne dispose d'aucune formule plus précise pour couvrir tout l'éventail des possibilités¹⁴⁹.

Dans l'affaire *ADF Group Inc. contre les Etats-Unis d'Amérique*¹⁵⁰ (voir ci-dessus), ADF invoquait, entre autres, le fait que les Etats-Unis avaient violé leur obligation aux termes de l'ALENA d'accorder un traitement juste et équitable. En évaluant la plainte déposée par ADF en vertu de l'article 1105(1) de l'ALENA, le Tribunal a examiné l'argument invoqué par cette entreprise selon lequel les mesures prises par les Etats-Unis [exigences en matière de contenu national et d'exécution des marchés publics] sont en soi injustes et inéquitables dans le cadre de l'ALENA. Le Tribunal a conclu que les exigences en matière de contenu national et d'exécution des marchés publics ne sont

référence, et que c'est la pratique des Parties à l'ALENA prises collectivement ainsi que celle des autres « pays développés » qui peuvent fournir une certaine orientation quant au respect des normes d'un « système de droit raisonnablement développé » (p. 14).

148 *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Etats-Unis d'Amérique contre l'Italie)*, op. cit. n.56, Rapport de la CIJ, p. 15, at p. 76 (par. 128), citant le passage du jugement de la CIJ dans l'affaire du *Droit d'asile*, où il est question des cas où l'arbitraire « se substitue au règne de la loi ».

149 Dans une note de bas de page, le Tribunal a noté sur ce point que l'on peut comparer la règle énoncée dans le projet de convention de Harvard sur la responsabilité internationale des Etats à l'égard des préjudices causés aux étrangers à l'article 8 (b), qui renvoie à une décision qui s'écarte déraisonnablement des principes de justice reconnus par les principaux systèmes de droit du monde ; reproduit dans L.B. Sohn & R.R. Baxter, in « Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens » (1961) 55 *AJIL* 515, at p. 551.

150 *ADF Group Inc. contre les Etats-Unis d'Amérique*, op. cit., n. 42.

d'aucune manière limitées aux parties à l'ALENA. Au contraire, elles sont présentes dans les systèmes de droit interne ou dans la pratique administrative de nombreux Etats. Par conséquent, les *mesures prises par les Etats-Unis ne peuvent être qualifiées de particulières, d'aberrantes ou d'arbitraires*. Le Tribunal a également déclaré :

le Tribunal n'est pas compétent pour examiner la validité et la qualité juridiques des mesures adoptées par les Etats-Unis en cause ici en vertu du droit administratif interne américain. Ce tribunal n'est pas une instance d'appel habilitée à statuer sur des mesures prises par les Etats-Unis. Notre compétence se limite, en vertu de l'article 1131(1) de l'ALENA, à évaluer la conformité des mesures adoptées par les Etats-Unis avec les dispositions pertinentes du chapitre 11 de l'ALENA et les règles applicables du droit international. Le Tribunal insiste également sur le fait que même s'il était d'une manière ou d'une autre démontré ou admis que les mesures adoptées par les Etats-Unis constituaient un excès de pouvoir en vertu du droit interne des Etats-Unis, elles ne seraient pas pour autant assimilables à une injustice ou à une inéquité flagrantes au titre de la norme du traitement conforme au droit international coutumier énoncée à l'article 1105(1). L'acte non autorisé ou constituant un excès de pouvoir commis par une entité gouvernementale est évidemment imputé, en droit international, à l'Etat dont relève l'entité qui commet l'acte, si cette entité a agi à titre officiel. Toutefois, pour qu'un acte ou une mesure soient considérés comme contraire aux exigences du droit international coutumier énoncées à l'article 1105(1), ils doivent dépasser la simple illégalité ou l'absence de pouvoir en vertu du droit interne d'un Etat.

ADF a également soutenu que les Etats-Unis avaient négligé de se conformer de bonne foi à leurs obligations en vertu de l'article 1105(1) et n'avaient pas rempli le devoir qui leur incombe, en vertu du droit international coutumier, de se conformer de bonne foi à leurs obligations. Le Tribunal a déclaré à cet égard que l'affirmation selon laquelle il y a eu manquement à un devoir de bonne foi en vertu du droit coutumier est de peu d'utilité lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu d'une norme de traitement juste et équitable ou de conférer un contenu à cette norme. Il a ajouté que l'investisseur n'avait pas tenté de faire la preuve que le rejet de sa demande de renonciation aux exigences concernant le traitement avec des entreprises américaines formulées par la FHWA était *entaché d'arbitraire*¹⁵¹.

Dans l'affaire *Loewen Group, Inc et Raymond L. Loewen contre les Etats-Unis d'Amérique*¹⁵² (voir paragraphes 57-58), le Tribunal a également tenté de définir le « traitement juste et équitable » dans le cadre d'un déni de justice¹⁵³.

Ni la pratique de l'Etat, ni les décisions des tribunaux internationaux, ni l'opinion des observateurs ne permettent de déduire que la mauvaise foi ou l'intention de nuire est un

151 Selon le Tribunal, sur un plan plus général, l'investisseur n'a pas pu soutenir sérieusement que le traitement spécifique accordé à ADF International, que ce soit de la part de la FHWA ou du VDOT, constituait un refus d'accorder un traitement juste et équitable et une protection et une sécurité intégrales conformément à la norme minimale du droit international coutumier inscrite à l'article 1105(1).

152 *The Loewen Group, Inc et Raymond L. Loewen contre les Etats-Unis d'Amérique, op. cit. n. 77.*

153 Ce ne sont pas les différends entre des parties qui intéressent le droit international coutumier dans les affaires de déni de justice opposant des parties privées. De fait, le professeur Greenwood QC, qui est intervenu pour le compte du défendeur, reconnaît que le droit international coutumier impose aux Etats l'obligation de maintenir pour les étrangers un système de justice juste et équitable et de leur donner accès à ce système. (Deuxième opinion, par. 79)

élément essentiel du traitement injuste ou inéquitable ou du déni de justice assimilable au non-respect du droit international. L'injustice flagrante au sens d'absence de régularité dans l'application de la loi conduisant à un résultat qui heurte le sens de la correction juridique suffit, même si l'on procède à l'interprétation au regard de ses propres conditions.

Le Tribunal a fait observer, au sujet des conclusions du tribunal qui a statué dans l'affaire *Mondev* :

la question est de savoir si, au niveau international et compte tenu des normes généralement admises en matière d'administration de la justice, un tribunal peut conclure, à la lumière de tous les faits pertinents, que la décision contestée était clairement abusive et indigne a eu pour résultat que l'investissement a fait l'objet d'un traitement « injuste et inéquitable ».

Il a ensuite fait remarquer qu'une réponse affirmative à cette question signifie qu'il y a violation de l'article 1105.

il ne nous appartient pas de déterminer si la conduite du procès a constitué une violation du droit interne et du droit international. Une plainte déposée au titre de l'ALENA ne peut être transformée en recours contre les décisions des tribunaux internes. Cependant, l'ensemble du procès de même que le verdict étaient manifestement abusifs et indignes et ne peuvent être considérés comme étant conformes à la norme minimale internationale ni à celle du traitement juste et équitable.

Dans l'affaire *Waste Management contre le Mexique*¹⁵⁴, Waste Management, Inc., une entreprise américaine de gestion des déchets, a déposé des plaintes contre le Mexique en vertu du Mécanisme supplémentaire du CIRDI pour violation des articles 1105 et 1110 de l'ALENA. Dans la décision qu'il a rendue le 2 juin 2000, le Tribunal a rejeté la plainte de l'investisseur au motif qu'il n'avait pas la compétence pour statuer. Waste Management a soumis une nouvelle demande et après avoir admis sa compétence, le Tribunal, dans la décision qu'il a rendue à l'unanimité le 30 avril 2004,¹⁵⁵ a rejeté toutes les plaintes déposées par Waste Management. Le Tribunal, qui a examiné des décisions antérieures rendues par des tribunaux institués en vertu de l'ALENA dans les affaires *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF* et *Loewen*, a fait remarquer, au sujet de la norme du traitement juste et équitable :

*On cherche ici à trouver les modalités d'examen d'une affaire introduite en vertu de l'article 1105 et il n'est pas nécessaire de prendre en compte les conclusions spécifiques auxquelles ont abouti les affaires mentionnées ci-dessus. Toutefois, comme le montre ce tour d'horizon, malgré certaines différences d'éclairage, une norme générale est en train d'émerger pour les affaires soulevées en vertu de l'article 1105. Les décisions rendues dans les affaires *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF* et *Loewen* semblent indiquer qu'il y a violation de la*

154 L'avis d'arbitrage a rappelé qu'en 1995, l'Etat de Guerrero et la ville d'Acapulco avaient accordé une concession de 15 ans à Waste Management Inc., une filiale mexicaine d'Acaverde qui s'appelait alors USA Waste Services, Inc., pour des services de gestion des déchets publics (nettoyage de rues, remblayage, etc.), mais ne s'étaient pas acquittés de leurs obligations de paiement et d'autres obligations énoncées dans le contrat de concession, malgré le fait qu'Acaverde avait rendu tous les services prévus au contrat. Il a aussi indiqué que Banobras, une banque mexicaine qui avait émis une garantie non assortie de conditions pour le paiement avait refusé arbitrairement d'honorer la garantie de paiement. Waste Management a présenté une demande de dommages-intérêts de 60 millions d'USD.

155 *Waste Management, Inc. contre les Etats-Unis du Mexique*, CIRDI, affaire ARB(AF)/00/3.

*norme minimale de traitement à laquelle renvoie la norme du traitement juste et équitable en cas de comportement attribuable à un Etat et préjudiciable au plaignant lorsque ce comportement est arbitraire, manifestement inéquitable, injuste ou spécifique aux circonstances et discriminatoire, et expose le plaignant à un préjudice lié à son origine ou à sa race ou est le fait d'un manque de régularité dans la procédure débouchant sur un résultat qui heurte la correction juridique – comme ce pourrait être le cas d'une omission flagrante d'appliquer la justice naturelle dans les procédures judiciaires ou d'un manque total de transparence et d'honnêteté dans la procédure administrative. Pour les besoins de l'application de la norme, il convient de prendre en compte le fait que le traitement accordé n'a pas respecté les déclarations faites par l'Etat hôte et sur lesquelles se fait raisonnablement le plaignant*¹⁵⁶.

C. **Transparence**

Dans quelques affaires récentes, les tribunaux arbitraux ont défini le traitement « juste et équitable » en se fondant sur le concept relativement nouveau de la transparence, qui n'est pas généralement considéré comme constituant une norme du droit international coutumier.

Dans l'affaire *Metalclad Corporation contre les Etats-Unis du Mexique*¹⁵⁷ (voir paragraphes 66-69), le Tribunal a estimé que l'absence de règle clairement établie concernant les exigences relatives aux permis de construction au Mexique avait entraîné un manque de transparence et de cadre prévisible pour les activités de planification et d'investissement de Metalclad¹⁵⁸. Il a décidé que le Mexique, en n'ayant pas veillé à accorder la transparence requise par l'ALENA à l'article 1802 sur la transparence, avait violé la norme du traitement juste et équitable énoncée à l'article 1105.

Le Tribunal a défini le concept de « transparence » (énoncé à l'article 1802) comme l'idée selon laquelle toutes les exigences juridiques pertinentes pour les besoins de l'investissement devraient être communiquées rapidement à tous les investisseurs. Il a également affirmé que la partie qui constate que la « confusion ou l'incompréhension » règne parmi les investisseurs en ce qui concerne les conditions juridiques à respecter serait tenue de veiller à ce que la position exacte [soit] rapidement déterminée et énoncée de manière que les investisseurs puissent s'acquitter rapidement de toutes les formalités en ayant la certitude d'agir en conformité avec toutes les lois pertinentes.¹⁵⁹ (Cette décision a été rejetée lors d'un examen judiciaire.)

Dans l'affaire *Maffezini (Argentine) contre le Royaume d'Espagne*¹⁶⁰, le Tribunal a examiné le transfert non autorisé des fonds du plaignant par un fonctionnaire espagnol. Il a estimé :

du fait que les actes de SODIGA (société faisant appel à l'épargne publique) en ce qui a trait au prêt ne peuvent être considérés comme étant de nature commerciale et font intervenir ses fonctions publiques, leur responsabilité doit être imputée au Royaume d'Espagne. En particulier, ces actes sont assimilables à la violation par l'Espagne de son obligation de protéger l'investissement énoncée à l'article 3(1) du traité bilatéral d'investissement

156 *Id. par.* 98.

157 *Metalclad contre le Mexique, op. cit. n. 91.*

158 Décision rendue dans l'affaire *Metalclad*, par 99.

159 *Id.*, par. 76.

160 *Maffezini contre le Royaume d'Espagne, CIRDI, affaire ARB/97/7, décision rendue le 13 novembre 2000.*

Argentine-Espagne. En outre, le manque de transparence qui a caractérisé la conclusion de cette transaction de prêt est incompatible avec l'engagement pris par l'Espagne de veiller à ce que l'investisseur reçoive un traitement juste et équitable conformément à l'article 4(1) de ce même traité. Le Tribunal estime par conséquent qu'en ce qui concerne cette prétention, la plainte du plaignant est fondée et que celui-ci est habilité à recevoir réparation.

Le Tribunal n'a pas précisé ce qu'il entendait par « manque de transparence ».

D. *Le principe de la bonne foi*¹⁶¹ *en tant que combinaison d'éléments : respect des attentes fondamentales, transparence et absence d'arbitraire*

Dans l'affaire *TECMED S.A. contre les Etats-Unis du Mexique*¹⁶² (voir ci-dessus), le Tribunal a interprété la norme du traitement juste et équitable comme découlant du principe de la bonne foi. On ne sait pas bien toutefois si, pour le Tribunal, la bonne foi était une source d'obligation en soi, c'est-à-dire une obligation générale¹⁶³ ou un principe régissant la création de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable.

Le Tribunal a estimé que l'obligation de traitement juste et équitable est une expression et un élément du principe de la bonne foi admis en droit international, bien que – citant l'affaire *Mondev*¹⁶⁴ --

161 Selon *Anthony d'Amato*, le principe de la bonne foi exige que les parties à une transaction traitent de manière honnête et juste l'une avec l'autre, exposent leurs motivations et leurs objectifs avec loyauté et s'abstiennent de tirer parti de manière déloyale de l'interprétation littérale et involontaire de l'accord qu'elles concluent. Le principe de la bonne foi doit [par conséquent] avoir un caractère prescriptif aux fondements du droit naturel inscrits dans le droit international coutumier, au droit international coutumier en tant que droit découlant de l'articulation de la coutume dans de nombreux traités et à son énonciation expresse à l'article 31(1) de la Convention de Vienne. Rubrique « *Good Faith* » (bonne foi), *Encyclopedia of Public International Law*, 1984, p. 107-109.

162 *Op. cit. n. 102.*

163 La Cour internationale de justice a toutefois rejeté cette prétention en soutenant que même si le principe de la bonne foi est l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, elle ne constitue pas en soi une source d'obligation lorsqu'aucune source d'obligation n'existe par ailleurs (Essais nucléaires, rapports de la C.I.J., p. 268, par. 46 ; p. 473, par. 49). Dix ans plus tard, la Cour internationale de justice a réaffirmé le rôle pertinent du principe de la bonne foi dans sa décision sur la compétence dans l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria.), 1998, CIJ 275 (11 juin). Le Nigéria prétendait que le Cameroun violait le principe de la bonne foi en se préparant secrètement à invoquer la compétence obligatoire de la Cour, tout en maintenant un contact bilatéral avec le Nigéria sur les questions relatives à la frontière. *Id.*, at 296, par. 31. La Cour a rejeté la prétention du Nigéria, faisant observer que même si le principe de la bonne foi est l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, il ne constitue pas en soi une source d'obligation lorsqu'aucune source d'obligation n'existe par ailleurs ; at 297 par. 39 (citant l'affaire des Actions armées frontalières et transfrontalières entre le Cameroun et le Nigéria). La Cour a ajouté qu'il n'existe « en droit international aucune obligation spécifique » applicable au comportement en cause et a conclu qu'« en l'absence de telles obligations et de toute atteinte aux droits correspondants du Nigéria, ce dernier n'est pas fondé à se prévaloir du principe de la bonne foi à l'appui de ses conclusions ». *Id.*, 32. Toutes les citations ci-dessus sont tirées du *Rejoinder Memorial on Jurisdiction, Admissibility and the Proposed Amendment* soumis par les Etats-Unis dans l'affaire *Methanex*, 27 juin 2001, p. 25-26.

164 Dans cette affaire, le Tribunal avait estimé que pour un esprit contemporain, ce qui est injuste ou inéquitable n'est pas nécessairement assimilable à ce qui constitue une atteinte à la dignité ou à ce qui est flagrant. En particulier, un Etat peut faire subir à un investissement étranger un traitement injuste ou inéquitable sans nécessairement agir de mauvaise foi. Affaire *Mondev*, *op. cit.*, n. 64.

la violation de ce principe n'exige pas nécessairement que soit établie la mauvaise foi de l'Etat. Ce principe englobe les attentes fondamentales de l'investisseur, à savoir recevoir de l'Etat hôte un traitement transparent et cohérent, c'est-à-dire non arbitraire, *correspondant à ce qu'un observateur neutre considérerait comme juste et équitable*. Le Tribunal a développé son raisonnement en se reportant aux conclusions des affaires *Neer* et *ELSI* :

Le Tribunal arbitral estime que cette disposition de l'Accord, à la lumière du principe de la bonne foi établi en droit international, exige que les Parties contractantes accordent aux investissements internationaux un traitement qui ne soit pas contraire aux attentes fondamentales qu'avait l'investisseur étranger au moment de l'investissement. L'investisseur étranger s'attend à ce que l'Etat hôte agisse avec lui de manière cohérente, dénuée d'ambiguïté et entièrement transparente. L'investisseur étranger s'attend également à ce que l'Etat hôte agisse de manière cohérente, c'est-à-dire sans révoquer arbitrairement des décisions qu'il avait prises antérieurement ou des permis qu'il avait déjà accordés et sur lesquels l'investisseur misait pour remplir ses engagements et planifier et lancer ses activités commerciales et professionnelles. L'investisseur s'attend également à ce que l'Etat ait recours aux instruments juridiques qui régissent les actions de l'investisseur ou l'investissement conformément à la fonction habituelle de ces instruments, et ne prive pas l'investisseur de l'investissement sans lui verser l'indemnisation applicable. De fait, le défaut de l'Etat hôte d'adopter ce comportement à l'égard de l'investisseur étranger ou de ses investissements affecte la capacité de l'investisseur d'appréhender le traitement et la protection accordés par l'Etat hôte et de déterminer si celui-ci se conforme au principe du traitement juste et équitable. Par conséquent, l'adoption de ce comportement par l'Etat hôte est étroitement liée au principe susmentionné, aux possibilités réelles qu'il soit appliqué et à l'exclusion de la possibilité que le comportement de l'Etat hôte soit considéré comme arbitraire, c'est-à-dire comme présentant des lacunes pouvant être perçues comme telles par tout homme raisonnable et impartial¹⁶⁵ ou, en l'absence de violation de règles spécifiques, comme étant contraire à la loi parce qu'il « heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique »¹⁶⁶.

Le Tribunal a décidé que le comportement du Mexique et les « lacunes » qui en sont découlées équivalaient à une violation des garanties relative au « traitement juste et équitable » inscrites dans le traité bilatéral d'investissement.

E. Eléments autonomes de justice

Dans l'affaire *Pope & Talbot Inc. contre le Canada*¹⁶⁷, le Tribunal, bien que reconnaissant – dans la décision sur la recevabilité (deuxième décision) – que le texte de l'article 1105 semble indiquer que ces éléments [le « traitement juste et équitable » et « la protection et la sécurité intégrales »] sont compris dans les exigences du droit international, a néanmoins fait observer qu'ils s'ajoutaient aux exigences du droit international (voir paragraphe 77).

A la suite de la deuxième décision du Tribunal, la Commission du libre-échange de l'ALENA a fait connaître ses notes d'interprétation. Le Tribunal, dans sa décision sur les dommages (troisième décision),¹⁶⁸ a ensuite examiné la compatibilité de sa deuxième décision avec l'interprétation de la

165 Affaire *Neer contre les Etats-Unis du Mexique* (1929) R.I.A.A.

166 Citant l'affaire *ELSI*.

167 *Pope & Talbot Inc. contre le Canada*, *op. cit.* n. 100.

168 Décisions sur les dommages (31 mai 2002).

Commission du libre-échange et a admis que son interprétation pourrait sembler différente de celle de la Commission. Il a néanmoins conclu que cela n'était pas nécessairement le cas et que la cohérence des deux interprétations serait fonction de la question de savoir si le concept qui sous-tend les éléments du traitement juste et équitable en droit international coutumier diffère des éléments qui constituent les normes ordinaires appliquées dans les pays parties à l'ALENA¹⁶⁹.

Le Tribunal a décidé de vérifier la validité des conclusions énoncées dans sa deuxième décision en ayant recours à la norme (au seuil) de comportement injuste flagrant que le Canada estime devoir s'appliquer en vertu de l'article 1105. Il a conclu que même l'application de cette interprétation restrictive aux faits de l'affaire mènerait exactement aux mêmes conclusions que celles auxquelles il est parvenu dans sa décision précédente.

Synthèse

La norme du « traitement juste et équitable » est formulée de différentes façons dans les accords d'investissement. Certains accords, en particulier certains traités bilatéraux d'investissement, définissent expressément cette norme en faisant référence au droit international, et d'autres non.

- En raison des différentes formulations, l'interprétation appropriée de la norme du traitement juste et équitable dépend du texte spécifique d'un traité, de son cadre, de son objet et de son but, ainsi que de l'historique des négociations ou d'autres indications relatives à l'intention des parties. Par exemple, certains traités comprennent des termes explicites associant ou, dans certains cas, limitant le traitement juste et équitable à la norme minimale de traitement en droit international coutumier. D'autres traités qui associent la norme au droit international sans préciser s'il s'agit du droit coutumier ou ne font aucune référence au droit international pourraient, selon le contexte ou l'intention des parties, par exemple, être interprétés comme conférant à la norme un champ d'application qui est plus large que celui de la norme minimale définie par le droit international coutumier.
- Indépendamment de la manière dont les gouvernements interprètent la norme du « traitement juste et équitable », il est admis que la norme minimale renvoie à un droit international coutumier évolutif qui n'est pas « figé » dans le temps mais peut évoluer en fonction de la pratique générale et cohérente des Etats et l'*opinio juris*, comme en témoigne parfois la jurisprudence issue de l'interprétation et de l'application de ces traités.
- L'analyse des opinions des tribunaux arbitraux qui ont tenté d'interpréter et d'appliquer la norme du « traitement juste et équitable » a fait ressortir un certain nombre d'éléments qui, isolément ou conjugués avec d'autres, ont été considérés comme compris dans la norme de traitement. La plupart des opinions arbitrales recensées dans la présente étude mentionnent deux éléments, la diligence due et le respect des procédures régulières (notamment l'absence de déni de justice et d'arbitraire), et un petit nombre seulement mentionnent la transparence et la bonne foi. La diligence due et le respect des procédures régulières, notamment l'absence de déni de justice et d'arbitraire, sont des éléments bien inscrits dans le droit international coutumier, alors que la transparence est souvent définie, dans les accords internationaux, en tant qu'obligation aux termes d'une disposition distincte. La bonne foi semble davantage considérée comme un principe de base sous-tendant une obligation plutôt que comme une obligation distincte à l'égard des investisseurs en vertu de la norme du traitement juste et équitable.

169 *Idem*, par. 56.

- Les éléments identifiés semblent posséder un contenu juridique suffisant pour permettre que des affaires soient jugées sur la base du droit conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités et qu'il ne soit pas statué *ex aequo et bono*.
- Il est contre-indiqué pour l'instant d'établir une interprétation définitive de la norme du « traitement juste et équitable ». La jurisprudence qui l'a appliquée et a identifié les éléments de son contenu normatif, relativement récente, n'est pas uniforme et ne permet donc pas de dresser une liste solide et concluante.