

Les Cahiers de droit



La jurisprudence arbitrale : composante principale du droit international des investissements

Paul Uranga

Volume 64, Number 3, September 2023

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1106116ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1106116ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Uranga, P. (2023). La jurisprudence arbitrale : composante principale du droit international des investissements. *Les Cahiers de droit*, 64(3), 553–592.
<https://doi.org/10.7202/1106116ar>

Article abstract

International investment law is mainly the result of a multitude of investment treaties, often bilateral, sometimes regional, and very rarely multilateral. This fragmented regime, with arbitration as the main means of settling disputes between investors and States, does not, in theory, encourage the emergence of a truly coherent and relevant jurisprudence. However, the flourishing arbitration practice in investment matters has proven to be a real source of jurisprudence of significant importance. Although precedent has no binding legal value, its persuasive value and the systematic use of it must be noted. Such use of arbitral precedents has allowed for the development of a common understanding of the norms of investment treaties and thus indirectly favoured the conventional development of this law. Arbitral jurisprudence thereby infuses all areas of international investment law, from the discourse of arbitrators to the very evolution of applicable norms. It is in this respect that arbitral jurisprudence can be understood as the main component of international investment law.

La jurisprudence arbitrale : composante principale du droit international des investissements

Paul URANGA*

Le droit international des investissements résulte principalement d'une multitude de traités d'investissement, souvent bilatéraux, parfois régionaux et très rarement multilatéraux. Ce régime éclaté, ayant l'arbitrage comme moyen principal de règlement des différends entre investisseurs et État, ne favorise pas, en théorie, l'émergence d'une jurisprudence réellement cohérente et pertinente. Toutefois, la pratique arbitrale florissante en matière d'investissement s'est révélée constituer une véritable jurisprudence à l'importance non négligeable. Bien que le précédent n'ait pas de valeur juridique obligatoire, force est de constater sa valeur persuasive et la systématique de son usage. Une telle utilisation des précédents arbitraux a pu permettre le développement d'une compréhension commune des normes des traités d'investissement et favoriser ainsi indirectement le développement conventionnel de ce droit. La jurisprudence arbitrale innerve de ce fait tous les pans du droit international des investissements, du discours des arbitres à l'évolution même des normes applicables. C'est en cela que la jurisprudence arbitrale peut s'entendre comme la composante principale du droit international des investissements.

* Doctorant à la Faculté de droit de l'Université Laval et doctorant contractuel à la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux dans le cadre d'une cotutelle assurée par les Professeurs Richard Ouellet et Baptiste Tranchant.
Texte à jour le 21 mars 2023.

En vertu des règles linguistiques de la revue, l'utilisation de la seule forme masculine vise à alléger le texte et, selon les circonstances, elle désigne aussi bien les femmes que les hommes.

International investment law is mainly the result of a multitude of investment treaties, often bilateral, sometimes regional, and very rarely multilateral. This fragmented regime, with arbitration as the main means of settling disputes between investors and States, does not, in theory, encourage the emergence of a truly coherent and relevant jurisprudence. However, the flourishing arbitration practice in investment matters has proven to be a real source of jurisprudence of significant importance. Although precedent has no binding legal value, its persuasive value and the systematic use of it must be noted. Such use of arbitral precedents has allowed for the development of a common understanding of the norms of investment treaties and thus indirectly favoured the conventional development of this law. Arbitral jurisprudence thereby infuses all areas of international investment law, from the discourse of arbitrators to the very evolution of applicable norms. It is in this respect that arbitral jurisprudence can be understood as the main component of international investment law.

El derecho internacional de las inversiones procede principalmente de una multitud de tratados de inversiones, frecuentemente de carácter bilateral, a veces regionales y raramente multilaterales. Este tipo de régimen fragmentado, el cual tiene al arbitraje como principal medio de resolución de controversias entre los inversores y el Estado, teóricamente no favorece el surgimiento de una jurisprudencia realmente coherente y pertinente. No obstante, la floreciente práctica del arbitraje en materia de inversiones ha demostrado que constituye una verdadera jurisprudencia con una considerable importancia. A pesar de que el precedente no tenga valor jurídico vinculante, cabe destacar su valor persuasivo y la sistematicidad de su uso. Tal uso de los precedentes arbitrales ha permitido el desarrollo de una comprensión común de las normas de los tratados de inversiones, y de esta manera, favorecer indirectamente el desarrollo convencional de este derecho. La jurisprudencia arbitral define de este modo, todos los aspectos del derecho internacional de las inversiones, desde el razonamiento de los árbitros hasta la propia evolución de las normas aplicables. Es en este punto que la jurisprudencia arbitral puede entenderse como el componente principal del derecho internacional de las inversiones.

	<i>Pages</i>
1 La jurisprudence arbitrale comme composante principale de l'interprétation de l'arbitre	564
1.1 L'utilisation des précédents arbitraux comme moyen d'interprétation principal	565
1.2 L'utilisation des précédents arbitraux comme justification du raisonnement interprétatif	571
2 La jurisprudence comme principal vecteur du développement du droit international des investissements	578
2.1 Le rôle central de la jurisprudence dans la détermination des normes conventionnelles	578
2.2 L'influence de la jurisprudence sur l'évolution du droit international des investissements	584
Conclusion	592

De nos jours, le droit international des investissements n'est plus l'affaire d'un public de juristes spécialisés ou de négociateurs gouvernementaux. La discipline n'avance désormais plus cachée¹ : elle connaît plutôt une exposition croissante en partie à cause de ses coups d'éclat jurisprudentiels. Les contentieux en cascade de nombreux investisseurs contre l'Argentine après la crise économique qui a secoué le pays à la fin des années 90², la contestation de la politique du paquet de cigarettes neutre en Australie par l'affaire *Philip Morris Asia Limited c. Le Commonwealth d'Australie*³, ou encore l'affaire *Vattenfall AB et autres c. La République fédérale d'Allemagne*⁴ concernant le projet

1. Anthony DEPALMA, « Nafta's Powerful Little Secret ; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go too Far, Critics Say », (11 mars 2001), The New York Times, [En ligne], [www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html] (27 mars 2023). Cet article, souvent cité, est révélateur de la méfiance envers l'arbitrage d'investissement et son caractère traditionnellement confidentiel.

2. Voir, par exemple, un résumé des conséquences de la crise pour l'Argentine : Rémi BACHAND, « Les poursuites CIRDI contre l'Argentine : quand la gestion publique se heurte aux droits des investisseurs étrangers », *Notes de recherche CEIM*, 2005, [En ligne], [www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Poursuites_Argentine.pdf] (27 mars 2023).

3. *Philip Morris Asia Limited c. Le Commonwealth d'Australie*, décision rendue dans l'affaire n° 2012-12, Cour permanente d'arbitrage, 8 mars 2017, [En ligne], [www.italaw.com/cases/851] (16 juillet 2023).

4. *Vattenfall AB et autres c. La République fédérale d'Allemagne*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/12/12, CIRDI, 9 novembre 2021, [En ligne], [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2220/DS16921_En.pdf] (16 juillet 2023).

d'arrêt du nucléaire, opposant l'Allemagne et les investisseurs étrangers ayant investi dans le secteur, sont autant d'exemples retentissants qui ont permis de faire connaître la matière. Cette exposition n'est pas venue sans coûts ; et, à mesure que la pratique arbitrale se développait, les critiques à l'encontre de l'arbitrage d'investissement se sont amoncelées. En outre, il est régulièrement fait mention d'une « crise de légitimité » qui menacerait la pérennité du droit international des investissements⁵. Les négociations concernant les nouveaux accords commerciaux régionaux de l'Union européenne, à l'image de l'*Accord économique et commercial global* (AECG)⁶, sont venues cristalliser cette tendance au rejet des règles de protection des investissements étrangers⁷. Pourtant, l'arbitrage en matière d'investissement, en dépit de critiques qui le secouent sans discontinuer depuis maintenant plus d'une décennie⁸, est une forme féconde de résolution des litiges⁹. Le choix originel d'un règlement des différends entre investisseur et État, presque entièrement réglé par l'arbitrage¹⁰, a pu donner lieu à une jurisprudence parmi les plus abondantes et âprement débattues du droit international.

5. Par exemple un ouvrage souvent cité : Michael WAIBEL et autres (dir.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Londres, Kluwer Law International, 2010.
6. *Accord économique et commercial global*, Can./UE., 30 octobre 2016, J.O.U.E. L 11, [En ligne] [eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114%2801%29&from=FRD] (16 juillet 2023) (ci-après « AECG »).
7. Certains États européens, comme la Belgique, ont exprimé de vives critiques concernant l'arbitrage d'investissement, voir notamment : Florian COUVEINHES-MATSUMOTO, « L'épopée de la Wallonie et la signature de l'AECG/CETA », *RGDIP*, 2017, 69 ; voir aussi les critiques relayées par la société civile européenne au Parlement européen : Cécile RAPOPORT, « La participation du public à l'élaboration des partenariats transatlantiques », dans Christian DEBLOCK et Joël LEBULLENGER (dir.), *Génération TAFTA – Les nouveaux partenariats de la mondialisation*, Rennes, Éditions PUR, 2018, p. 181.
8. Voir notamment une vue d'ensemble du discours critique sur le régime d'investissement : Malcolm LANGFORD et Daniel BEHN, « Managing Backlash: The Evolving Investment Treaty Arbitrator? », (2018) 29-2 *Eur J Intl L* 551, 554-558 ; Daniel BEHN, Ole Kristian FAUCHALD et Malcom LANGFORD, « The International Investment Regime and its Discontents », dans Daniel BEHN, Ole Kristian FAUCHALD et Malcom LANGFORD (dir.), *The Legitimacy of Investment Arbitration: Empirical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 39.
9. En date du 21 mars 2023, il y avait 852 procédures d'arbitrage conclues (connues) en matière d'investissement. Le total s'élève à 1 229 si l'on compte celles qui sont en cours. Voir le site Web INVESTMENT POLICY HUB, « Investment Dispute Settlement Navigator », [En ligne], [investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement] (21 mars 2023).
10. La quasi-totalité des TBI soumet le règlement des différends entre investisseurs et État à une clause d'arbitrage venant du CIRDI, de la CNUDCI ou d'une autre source. Sur 2 584 traités conclus et recensés, 2 449 contiennent un mécanisme de

Il est en effet commun de parler de jurisprudence en matière de contentieux des traités d'investissement depuis ce qui pourrait être vu comme une révolution pour la matière : la sentence rendue sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)¹¹ dans l'affaire *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*¹². Cette sentence a consacré, sans réelle opposition du défendeur durant l'instance, le principe que le consentement des États à se soumettre à l'arbitrage pouvait être trouvé dans un traité international. Venait d'être reconnu un « arbitrage sans lien direct¹³ » (*without privity*¹⁴) qui instituait la possibilité pour tout investisseur de saisir unilatéralement un tribunal arbitral sur le fondement de l'offre générale d'arbitrage contenue dans un traité, le consentement étant ainsi qualifié de dissocié¹⁵. C'est sans doute l'une des toutes premières créations jurisprudentielles puisque, d'une part, elle n'avait pas été prévue par les rédacteurs des premiers traités bilatéraux d'investissement (TBI) et de ceux de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* et que, d'autre part, rien dans la clause compromissoire du traité en l'espèce ne permettait de reconnaître « un droit de saisine directe du tribunal arbitral au profit des investisseurs des deux parties¹⁶ ». À ce titre, c'est le précédent le plus suivi de l'histoire

règlement des différends investisseur-État : voir INVESTMENT POLICY HUB, « Mapping of IIA Content », [En ligne], [investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping] (27 mars 2023).

11. Une sentence CIRDI est une sentence rendue par un tribunal arbitral sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), institué par la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, [En ligne], [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Convention_FRE.pdf] (16 juillet 2023) (ci-après « Convention CIRDI »).
12. *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/87/3, CIRDI, 27 juin 1990, [En ligne], [www.italaw.com/cases/96] (16 juillet 2023).
13. Carlo SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2015, p. 128-131, emploie cette expression.
14. L'expression est de Jan PAULSSON, « Arbitration without Privity », (1995) 10-2 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 232.
15. Ce type d'arbitrage a reçu diverses autres appellations, par exemple « arbitrage transnational unilatéral » de Walid BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2003.
16. Arnaud DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2020, p. 51 et 52. À noter que la position de la majorité a été critiquée dans l'opinion dissidente de l'arbitre Samuel K.B. Asante qui considère que le raisonnement du tribunal viole la *Convention de Washington* : voir l'affaire *Asian Agricultural Products Ltd. C. Sri*

du droit des investissements, car il est appliqué systématiquement par tous les tribunaux, quels que soient d'ailleurs leur traité ou leur règlement d'arbitrage¹⁷. Cet évènement est communément accepté comme le « point de départ » d'un développement exponentiel des arbitrages d'investissement et donc de la jurisprudence foisonnante relative aux traités d'investissement.

En conséquence, si l'on s'arrête à la simple constatation empirique, il semble *a priori* aisé de parler de jurisprudence en matière d'investissement et d'attester son importance. Néanmoins, si l'on reprend une définition stricte du terme « jurisprudence », entendu comme l'« habitude de juger dans un certain sens¹⁸ », alors pour beaucoup il apparaît évident que la question de son existence dans ce cadre n'est que rhétorique¹⁹. Parler de jurisprudence en matière d'investissement serait un oxymore, parce qu'elle est souvent dénoncée comme erratique²⁰ ou peu cohérente²¹. Outre les débats concernant la question de l'existence d'une jurisprudence dans l'arbitrage de manière générale²², l'idée de l'inexistence d'une jurisprudence en droit international des investissements résulte d'autres facteurs. Ainsi, en plus d'un règlement des différends issu de l'arbitrage commercial confidentiel, peu propice au développement d'une réelle jurisprudence cohérente, les sources de ce droit sont fragmentées²³ en

Lanka, décision rendue dans l'affaire n° ARB/87/3 (opinion dissidente de Samuel K.B. Asante), CIRDI, 15 juin 1990, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1035.pdf] (16 juillet 2023).

17. Patrick JACOB, « L'introuvable revirement de jurisprudence CIRDI », dans Guillaume LE FLOCH et Marie LEMAY (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit international*, Paris, Pedone, 2021, p. 85.
18. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2022, s.v. « Jurisprudence », p. 593-594 : « Tendance habituelle d'une juridiction déterminée ou d'une catégorie de juridiction à juger dans tel sens. »
19. Néanmoins, pour certains, l'homogénéité de la jurisprudence « n'est qu'une caractéristique supplémentaire souhaitable, mais non qualifiante », notamment en matière d'arbitrage. Voir Thomas CLAY, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, n° 264, p. 219.
20. P. JACOB, préc., note 17, p. 81 et 82.
21. *Id.*
22. Sur la question de la jurisprudence en arbitrage, se référer notamment à Jean-Michel JACQUET, « Avons-nous besoin de jurisprudence arbitrale ? », (2010) 3 *Rev arb* 445 ; Catherine KESSEDJIAN, « La pratique arbitrale », dans Dolores BENTOLILA et Marcelo G. KOHEN (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 121 ; Charles LARROUMET, « À propos de la jurisprudence arbitrale », (2006) 348 *Gaz. Pal.* 5 ; Emmanuel GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, La Haye, Académie de droit international de La Haye, 2008 ; Emmanuel GAILLARD, « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », (2010) 55-4 *McGill LJ* 891.
23. Une majorité d'auteurs commencent leurs propos en rappelant cet état de fait. Pour un exemple, voir Anna JOUBIN-BRET, « The Governing Diversity and Inconsistency in

une multitude de TBI²⁴, régionaux²⁵, voire multilatéraux²⁶. En d'autres termes, la conjugaison de ces deux caractéristiques permettrait seulement de parler de jurisprudence au sens quantitatif du terme, soit l'agrégat des décisions et des sentences rendues par les organes juridiques, dans une branche du droit donné²⁷. Cela reviendrait à éclipser sa portée réelle et son importance.

Si la question théorique de l'existence d'une véritable jurisprudence en matière d'arbitrage d'investissement importe finalement peu au regard de la pratique réelle des tribunaux, il demeure toutefois des préoccupations tenant aux allégations d'incohérence des décisions entre elles. Par ailleurs, ce point particulier est régulièrement mis en évidence et relayé, notamment en 2018 par l'International Bar Association²⁸, mais surtout par le Groupe de travail III de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) qui travaille depuis 2017 sur la réforme du règlement des différends investisseur-État²⁹. Ce « manque de

the IIA System», dans Karl P. SAUVANT (dir.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 137, aux p. 137-139.

24. En date du 21 mars 2023, il y avait 2 828 TBI signés. À l'heure actuelle, 2 218 sont en vigueur. Voir le site Web INVESTMENT POLICY HUB, «International Investment Agreements Navigator», [En ligne], [investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements] (27 mars 2023).
25. *Accord de libre-échange nord-américain*, Can./Mex./É.-U., [1994] R.T.Can. n° 2, C. 11, [En ligne], [www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/index.aspx?lang=fra] (16 juillet 2023) (ci-après «ALENA»). Cet accord a été remplacé par l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique*, (2020), R.T.Can. n° 7, C. 14, [En ligne] [https://treaty-accord.gc.ca/Treaty_Docs/PDF/105579.pdf] (16 juillet 2023); AECG, préc., note 6, C. 8; *Partenariat transpacifique global et progressiste*, (2018), R.T.Can. C. 9, [En ligne], [https://treaty-accord.gc.ca/cts-rtc.aspx?lang=fra] (16 juillet 2023).
26. Le Traité sur la charte de l'énergie régle les investissements en matière d'énergie entre nombre de pays européens. L'exemple le plus flagrant est la *Convention de Washington* de 1966 qui met en place le CIRDI pour les règles de procédure applicables : *Traité sur la Charte de l'énergie*, 17 décembre 1994, (16 avril 1998), [En ligne] [www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-fr.pdf] (16 juillet 2023).
27. Gérard CORNU (dir.), préc., note 18.
28. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA), *Consistency, Efficiency and Transparency in Investment Treaty Arbitration*, report by the IBA Arbitration Subcommittee on Investment Treaty Arbitration, novembre 2018, p. 6-35, [En ligne], [uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/investment_treaty_report_2018_full.pdf] (27 mars 2023).
29. Par exemple, dans l'une des premières notes du secrétariat de la COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des différends : réformes du règlement des différends entre investisseurs et États*, Doc. N.U. A/CN.9/917 (21 juillet 2017), par. 11, il est fait état de préoccupations quant au «manque de cohérence d'un système fondé sur des

cohérence³⁰» de la jurisprudence a ainsi donné lieu à divers travaux³¹, et des options de réforme sont envisagées, telles que l'établissement d'un centre consultatif multilatéral, d'un mécanisme d'examen ou d'appel autonome ou encore d'un tribunal multilatéral d'investissement³². Si ces efforts pour dompter la jurisprudence arbitrale restent pour le moment incertains, ils montrent moins son inexistence que son incroyable importance pour le bon développement du droit international des investissements. Il peut néanmoins être difficile de voir dans la jurisprudence, à l'instar de la doctrine, plus qu'un «moyen auxiliaire de détermination des règles de droit³³» au sens de l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice*. La jurisprudence est donc généralement considérée comme une source subsidiaire, voire indirecte du droit international³⁴, les décisions des tribunaux internationaux n'emportant d'effet que pour les parties au litige³⁵.

Lato sensu, à l'exclusion des systèmes de common law qui instituent la règle du *stare decisis*³⁶, la jurisprudence est rarement envisagée telle une créatrice de normes juridiques. Les adjudicateurs créent moins qu'ils

décisions prises par des tribunaux constitués pour entendre une affaire particulière [...] et l'absence de mécanismes de correction».

30. COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, Groupe de travail III (48^e session, 27 novembre-1^{er} décembre 2017, Vienne), *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, Doc. N.U. A/CN.9/WG.III/WP.142 (18 septembre 2017), par. 32.
31. Par exemple, voir Julian ARATO et autres, «*Working Group No 3: Lack of Consistency and Coherence in the Interpretation of Legal Issues*», Academic Forum Concept Paper on Issues of ISDS Reform, 30 janvier 2019, [En ligne], [www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/3_Inconsistency_-_WG3.pdf] (28 mars 2023).
32. Pour une vue d'ensemble des trois options de réforme, se référer notamment à la note du secrétariat de la COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, Groupe de travail III (38^e session, 14-18 octobre 2019, Vienne), *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)*, Doc. N.U. A/CN.9/WG.III/WP.166 (30 juillet 2019), [En ligne], [documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/081/96/PDF/V1908196.pdf?OpenElement] (28 mars 2023).
33. *Statut de la Cour internationale de justice*, 1945, art. 38, [En ligne], [www.icj-cij.org/fr/statut#Chapitre_II] (28 mars 2023).
34. Olivier CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2017, p. 174 et 197.
35. *Statut de la Cour internationale de justice*, préc., note 33, art. 59.
36. En l'occurrence, les décisions précédentes des cours supérieures ont une réelle forme obligatoire et créent ainsi mécaniquement de nouvelles obligations pour les tribunaux futurs saisis d'un problème de droit analogue. Voir par exemple : Frederick SCHAUER, «*Precedent*», (1987) 39-3 *Stan L Rev* 571 ; T. Ellis LEWIS, «*The History of Judicial Precedent*», (1931) 47-3 *Law Q Rev* 411.

n'appliquent le droit, que cela soit en droit international³⁷ ou dans les systèmes romano-germaniques. Par exemple, le rôle du juge, selon la doctrine française classique, se cantonnant à une simple constatation du droit³⁸, la jurisprudence qui est l'extension de son interprétation ne peut donc être un élément constitutif du droit. La jurisprudence y est donc appréhendée seulement à la manière d'une « autorité »³⁹, la répétition de solutions identiques — de précédents — ne permettant pas de créer du droit, encore moins de voir la jurisprudence comme source du droit⁴⁰. Conséquemment, aucune règle juridiquement obligatoire ne peut dès lors s'en dégager⁴¹, du moins d'après la conception classique retenue par les systèmes civilistes. Pour autant, il apparaît aujourd'hui de manière évidente que, par leur activité prétorienne, les tribunaux — sans restriction de matière ou de tradition juridique — créent le droit⁴². Cette part créatrice de la fonction juridictionnelle ne s'exerce jamais de manière directe et sans l'appui d'un support législatif, la fonction première du juge ou de l'arbitre n'étant pas de créer des normes, mais de résoudre le différend posé devant lui⁴³. C'est

37. Voir, par exemple, COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, CIJ, 1996, p. 237.

38. Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1955, p. 385.

39. François GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, Paris, LGDJ, 2016, par. 140, p. 8-9. Réédition de la version de 1919.

40. Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 249.

41. Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zacharie*, 5^e éd., t. 1, Paris, Marchal et Billard, 1897, p. 128.

42. Wolfgang FRIEDMANN, « Legal Philosophy and Judicial Lawmaking », (1961) 61-5 *Colum L Rev* 821 ; Jacques LENOBLE et André BERTEN, *Dire la norme : droit, politique et énonciation*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 45 ; Sadok BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », Paris, L.G.D.J., 1974, p. 293 ; le pouvoir créateur du juge est d'autant plus présent au niveau international où, « [e]n l'absence d'un pouvoir législatif, c'est en effet le juge qui, le plus souvent, vient combler les interstices de la normativité internationale » : Prosper WEIL, *Le droit international en quête de son identité : cours général de droit international public*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1996, p. 142.

43. Voir par exemple : David CARON, « International Courts and Tribunals : Their Role amidst a World of Courts », (2011) 26-2 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 1 ; David CARON, « Fifth Annual Charles N. Brower Lecture on International Dispute Resolution : The Multiple Functions of International Courts and the Singular Task of the Adjudicator », (2017) 111 *American Society of International Law Proceedings* 231. Voir également pour éclairer le propos : Thomas SCHULTZ, « The Three Pursuits of Dispute Settlement », (2011) *Czech & Central European Yearbook Arbitration* 227 ; Thomas SCHULTZ et Cedric G. DUPONT, « Investment Arbitration : Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors ? A Quantitative Empirical Study », (2014) 25-4 *Eur J Intl L* 1147.

par cette résolution du différend qui lui est soumis que l'adjudicateur doit interpréter la règle de droit, la clarifier et la préciser afin de l'appliquer au cas en l'espèce et ainsi présenter une solution générale pour un problème de droit donné. La seule différence entre les pays issus de tradition civiliste et ceux qui sont de common law réside dans l'institutionnalisation et la reconnaissance explicite de ce pouvoir créateur accordé aux juges⁴⁴. En somme, bien que la jurisprudence ne puisse décemment pas être qualifiée de source formelle en droit international général comme en droit des investissements, il ne semble pas audacieux d'avancer qu'elle revêt une importance non négligeable pour l'évolution du droit⁴⁵.

Il ressort de ces considérations liminaires que le droit international des investissements est définitivement un terreau fertile pour une étude sur la jurisprudence, d'un point de vue tant quantitatif, au regard du nombre de décisions et de sentences rendues, que qualitatif, du fait de ses caractéristiques singulières. Beaucoup ont par ailleurs étudié la question sous divers angles, passant de l'analyse du précédent⁴⁶ à celle

44. Mathias AUDIT, «La jurisprudence arbitrale comme source de droit», dans Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 119, à la page 120.

45. Robert Y. JENNINGS, «The Judiciary, International and National, and the Development of International Law», (1996) 45-1 *ICLQ* 1; Hersch LAUTERPACH, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 21; Georges ABI-SAAB, «La jurisprudence: quelques réflexions sur son rôle dans le développement du droit international», dans Manuel PÉREZ GONZALEZ et Manuel Díez DE VELASCO VALLEJO (dir.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en Homenaje al Profesor M. Díez de Velasc*, Madrid, Tecnos, 1993, réédité dans Georges ABI-SAAB, Marcelo G. KOHEN et Magnus Jesko LANGER, *Le développement du droit international. Réflexions d'un demi-siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 2013.

46. Outre les sources déjà citées et celles qui le seront, voir par exemple: Andrea BJORKLUND, «Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante», dans Colin B. PICKER, Isabella D. BUNN et Douglas W. ARNER (eds.), *International Economic Law: The State and Future of the Discipline*, Oxford, Hart Publishing, 2008, 265; Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, «Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture», (2008) 23-3 *Arb Intl* 357; Romesh WEERAMANTRY, «The Future Role of Past Awards in Investment Arbitration», (2010) 25-1 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 111; Judith GILL, «Is There a Special Role for Precedent in Investment Arbitration?», (2010) 25-1 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 87; Michael REISMAN, «“Case Specific Mandates” versus “Systemic Implications”: How Should Investment Tribunals Decide? The Freshfields Arbitration Lecture», (2013) 29-2 *Arb Intl* 131; Lucy REED, «The *De Facto* Precedent Regime in Investment Arbitration: A Case for Proactive Case Management», (2013) 25-1 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 95; Yannick RADI, «Le précédent en droit international des investissements. Réflexions d'un internationaliste sur les considérations théoriques et les enjeux pratiques d'une discussion passionnée», dans

de la cohérence de la jurisprudence⁴⁷. Il en découle un constat mitigé où « l'observation de la pratique montre qu'en réalité de nombreuses grandes questions reçoivent sur le principe des réponses analogues⁴⁸ » et qu'une jurisprudence constante s'est effectivement développée concernant certaines questions, bien que des incohérences soient encore souvent pointées du doigt⁴⁹. L'importance de la jurisprudence des traités d'investissement comme source subsidiaire de droit est généralement affirmée⁵⁰ et vastement étudiée⁵¹. Notre étude s'inscrit donc dans cette mouvance très vivace de la littérature scientifique ayant trait à l'analyse de la jurisprudence en arbitrage d'investissement. Moins qu'à démontrer la survenance d'une règle de précédent implicite ou d'une existence théorique de la jurisprudence en la matière, nous nous attacherons essentiellement à témoigner de la place centrale qu'elle occupe désormais dans la formation d'un véritable droit international des investissements. La question n'est pas dénuée d'intérêt, puisqu'il apparaît que les tribunaux arbitraux en

Niki ALOUPI et Caroline KLEINER (dir.), *Le précédent en droit international. Colloque de Strasbourg de la Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 2016, p. 371-381 ; Patrick M. NORTON, « The Role of Precedent in the Development of International Investment Law », (2018) 33-1 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 280 ; Richard C. CHEN, « Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration », (2019) 60-1 *Harv Int'l LJ* 47 ;

47. Par exemple, Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, « Is Consistency a Myth ? », dans Yas BANIFATEMI et Emmanuel GAILLARD (dir.), *Precedent in International Arbitration*, Huntington (NY), Juris Publishing, 2008 ; Katharina DIEL-GLIGOR, *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence : A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017 ; Julian ARATO, Chester BROWN et Federico ORTINO, « Parsing and Managing Inconsistency in ISDS », (2020) 21-2-3 *Journal of World Investment & Trade* 336 ; Wolfgang ALSCHNER, « Ensuring Correctness or Promoting Consistency ? Tracking Policy Priorities in Investment Arbitration through Large-Scale Citation », dans D. BEHN, O.K. FAUCHALD et M. LANGFORD (dir.), préc., note 8, p. 230-255.
48. Patrick JACOB et Arnaud DE NANTEUIL, « Arbitrage d'investissement et droit international général », (2019) 65-1 *AFDI* 603, 603.
49. *Id.*
50. Voir notamment : Eric DE BRABANDERE, « Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law », dans Tarcisio GAZZINI et Eric DE BRABANDERE (dir.), *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Leiden, Brill Nijhoff, 2012 ; Florian GRISEL, « The Sources of Foreign Investment Law », dans Zachary DOUGLAS, Joost PAUWELYN et Jorge E. VIÑUALES (dir.), *The Foundations of International Investment Law : Bringing Theory into Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 212-233, où Grisel présente par ailleurs la jurisprudence comme la source « matérielle » du droit international des investissements ; M. AUDIT, préc., note 44.
51. Cela est notamment attesté par le numéro annuel de l'Annuaire français de droit international (AFDI) consacré à cette question. Voir P. JACOB et A. DE NANTEUIL, préc., note 48.

matière d'investissement ont développé une réelle jurisprudence cohérente permettant d'assurer un continuum normatif nécessaire entre le flou des standards des traités d'investissement et la diversité des situations contentieuses qui peuvent se former, et ce, par l'utilisation extensive des précédents arbitraux. Rappelons que le « précédent » est entendu comme un élément de la jurisprudence, une décision ou une sentence considérée isolément qui aurait dégagé une solution générale à un problème de droit particulier et qui pourrait être répétée dans des cas analogues⁵².

Nous entendons démontrer que la jurisprudence arbitrale occupe une place prépondérante dans le droit international des investissements. Les décisions passées revêtent une importance considérable pour le régime de protection des investissements étrangers et en forment une composante indissociable, surtout lorsqu'elles convergent en une jurisprudence constante. Les tribunaux arbitraux ont ainsi recours aux décisions et aux sentences passées tant pour les aiguiller que pour justifier leur raisonnement : ce faisant, ils s'arrogent souvent le pouvoir de les utiliser sans distinction de leur pertinence et parfois à défaut des indications du traité visé. Cette utilisation extensive des précédents a permis de développer un droit essentiellement jurisprudentiel, évoluant souvent bien au-delà des frontières ambiguës posées par les premiers traités d'investissement. Dès lors, en dépit d'une valeur juridique relative, la jurisprudence des tribunaux arbitraux se distingue de la jurisprudence présente dans d'autres domaines du droit par son importance à tous ses niveaux d'existence, que ce soit dans la dialectique interprétative des arbitres ou dans son développement général.

Pour mener à bien notre analyse, nous avons jugé nécessaire d'articuler notre propos autour de deux axes : le premier met en exergue le caractère prépondérant de la jurisprudence comme composante de l'interprétation de l'arbitre (partie 1) ; le second présente la jurisprudence comme principal vecteur du développement du droit international des investissements (partie 2).

1 La jurisprudence arbitrale comme composante principale de l'interprétation de l'arbitre

Dans cette partie, nous tentons de démontrer que la jurisprudence s'avère d'une importance décisive dans le processus d'interprétation de

52. Florent TAP, *Recherche sur le précédent juridictionnel en France*, coll. « Bibliothèque des thèses », Paris, Mare & Martin, 2021, p. 42, citant l'ouvrage de Georges VEDEL, *Le précédent judiciaire en droit public français*, Paris, Société de législation comparée, 1985, p. 276.

l'arbitre, puisque les précédents arbitraux agissent comme un moyen d'interprétation principal (1.1) ainsi que comme une justification du raisonnement auprès des parties, soit les États et les investisseurs (1.2).

1.1 L'utilisation des précédents arbitraux comme moyen d'interprétation principal

Sans grandes surprises, le travail de l'arbitre, comme celui de tout adjudicateur, est de résoudre le différend porté devant lui en appliquant les normes appropriées aux faits. Il en a le pouvoir, émanant du consentement des parties à porter leur différend devant l'arbitrage. Pour ce faire, il va devoir procéder à une interprétation pour dégager le véritable sens de la norme⁵³.

En droit international public, les juges sont tenus à un cadre commun pour l'interprétation des traités internationaux, représenté par les articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969⁵⁴. Pour ce qui relève de l'interprétation d'un traité d'investissement, l'arbitre est également tenu par ce canon d'interprétation, car son matériau principal est un traité international. Pourtant, il apparaît rapidement que ce n'est qu'un « point de départ offrant une palette colorée de virtualités⁵⁵ ». L'article 31 détermine une règle générale d'interprétation disposant 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 but⁵⁶ ». Tandis que l'article 32 énonce les moyens complémentaires d'interprétation, soit les « travaux préparatoires et [les] circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'[article] 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à cet article⁵⁷ » mène à un résultat « ambigu ou obscur⁵⁸ » ou encore « manifestement absurde ou déraisonnable⁵⁹ ». Néanmoins, il est admis que ces articles ne permettent pas de préciser l'approche à retenir au moment de l'interprétation d'une

53. Voir, par exemple, Matthias HERDEGEN, « Interpretation in International Law », dans Anne PETERS et Rüdiger WOLFRUM (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, par. 1.

54. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331, art. 31 et 32 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980).

55. Franck LATTY, « Les techniques interprétatives du CIRDI », dans Alain Pellet (dir.), *Les techniques interprétatives de la norme internationale*, Paris, Pedone, 2011, p. 462.

56. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 54.

57. *Id.*, art. 32.

58. *Id.*

59. *Id.*

disposition conventionnelle⁶⁰. Autrement dit, il n'existe qu'un cadre global d'interprétation laissant place à l'utilisation d'une multitude d'approches, de méthodes ou de moyens⁶¹ permettant d'interpréter les dispositions conventionnelles. D'autant plus que la Convention CIRDI⁶² et les règles annexes, par exemple, semblent moins astreindre les arbitres à l'utilisation d'un procédé particulier que leur poser un cadre malléable⁶³.

Le choix d'une méthode ou d'une autre reste ainsi guidé par une forme de subjectivité non assumée⁶⁴, résultante des paradigmes propres à chaque

60. Jean-Marc SOREL, « Interprétation des traités », dans Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (dir.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités : commentaire article par article*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2006, partie 3, section 3, par. 9.

61. Voir Hersch LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982. Par exemple, dans ce texte, Herch LAUTERPACHT liste la jurisprudence (*case law*) au sens large, puis la doctrine des spécialistes du droit public (*teachings of publicists*), les travaux préparatoires (*preparatory works*), les principes généraux du droit (*general principles of law*) et le droit international coutumier (*customary international law*) ainsi que l'objet et le but (*object and purpose*). Manley O. HUDSON, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942. A Treatise*, New York, The Macmillan Company, 1943, p. 640-661, distingue entre l'intention des parties (*intention of the Parties*), le sens littéral (*natural meaning*), le contexte (*context*), la nature et le rôle d'un instrument (*nature and purpose of an instrument*), les travaux préparatoires (*preparatory works*), le contexte juridique (*legal background*), le contexte politique et social (*political and social background*), les dispositions analogues (*analogous provisions*), les actions entreprises par les parties (*action by the Parties*), l'interprétation large ou stricte (*liberal or restrictive interpretation*) et les règles spéciales d'interprétation (*special rules of interpretation*). Enfin, Shabtai ROSENNE et Yaël RONEN, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005. Volume III Procedure*, 4^e éd., Lieden, Brill, 2006, p. 1552-1562, font la distinction entre les décisions judiciaires (*judicial decisions*), la doctrine des spécialistes du droit public (*teachings of publicists*), la pratique des États (*practice of states*) et les résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies (*resolutions of the UN General Assembly*). Ces auteurs sont cités par Ole Kristian FAUCHALD, « The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis », (2008) 19-2 *Eur J Intl L* 301, 308, note 35.

62. Pour un commentaire sur la *Convention de Washington*, voir Christoph H. SCHREUER et autres, *The ICSID Convention : A Commentary*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

63. En vertu de l'article 48(3) de la *Convention CIRDI*, préc., note 11, et de la règle 47(1)(i) du *Règlement d'arbitrage du CIRDI*, 2022, art. 47(3)(i), [En ligne], [icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Arbitrage_FRE.pdf] (30 mars 2023), une décision traite « de chaque question soumise » au tribunal et expose « les motifs sur lesquels » la décision est fondée. Également, l'article 42 de la Convention CIRDI dispose qu'un tribunal tranche « un différend conformément aux règles de droit convenues par les parties » au différend. Ces dispositions générales ne constituent pas une maxime d'interprétation, mais plutôt un cadre général.

64. Les arbitres se réfèrent souvent aux articles 31 et 32 pour annoncer leur objectivité : voir Fr. LATTY, préc., note 55, p. 471-473.

arbitre⁶⁵ et liés à l'impossibilité d'atteindre une neutralité axiologique parfaite⁶⁶ dans l'analyse de tout point de droit. Par ailleurs, la *Convention de Vienne sur le droit des traités* ne donne aucune indication sur le poids à attribuer aux différents concepts énoncés dans les articles 31 et 32, pas plus qu'elle ne fournit d'informations sur la possibilité de choisir entre une interprétation large, étroite, textuelle ou téléologique, formelle ou basée sur des éléments économiques⁶⁷. En outre, la jurisprudence arbitrale peut illustrer ce problème dans le contexte de l'interprétation du principe de *res judicata*⁶⁸. À contre-courant des interprétations favorisant une application formelle de l'identité de partie requise pour faire barrière à la compétence du tribunal, certains tribunaux ont opté pour une nouvelle approche substantielle, en tenant compte de la réalité économique⁶⁹. Cette interprétation soucieuse de donner plein effet à la clause, perçant le *voile corporatif*⁷⁰ et associant les filiales et les entités apparentées à la société mère en fait de personnalité juridique a notamment été retenue dans la deuxième affaire *Apotex Holding Inc. and Apotex Inc. c. États-Unis d'Amérique*⁷¹.

65. À ce sujet, voir Anthea ROBERTS, « Clash of Paradigms : Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System », (2013) 107-1 *AJIL* 45.

66. Olivier CORTEN, préc., note 34, p. 118-127. Pour une compréhension plus approfondie du terme, se référer à Max WEBER, « Essai sur le sens de la "neutralité axiologique" dans les sciences sociologiques et économiques », dans Max WEBER (dir.), *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, Agora, 1992, p. 365-433, ou encore à Noberto BOBBIO, « Sur le positivisme juridique », dans Noberto BOBBIO (dir.), *Essais de théorie du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 25-26.

67. Aharon BARAK, *Purposive Interpretation of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2005, p. 210. Certains tribunaux en matière d'investissement relèvent par ailleurs cette absence de préférence entre les différentes composantes des articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* : *Agua del Tunari SA c. La République de Bolivie*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/02/3, décision sur les objections à la juridiction, CIRDI, 21 octobre 2005, par. 91, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10957_0.pdf] (16 juillet 2023).

68. L'autorité de la chose jugée est depuis longtemps considérée comme une règle essentielle en droit international qui requiert l'application d'un test de la triple identité pour l'actionner : voir l'affaire de la Fonderie du Trail. *Canada c. États-Unis*, [11 mars 1941] RSA III. 2066.

69. Ce concept a été proposé par August REINISCH, « The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes », (2004) 3-1 *Law & Prac Intl Cts & Trib* 37, aux pages 55-60.

70. *Id.*

71. *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. c. États-Unis d'Amérique*, décision rendue dans l'affaire n° ARB(AF)/12/1, CIRDI, 25 août 2014, par. 7.37-7.40, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3324.pdf] (16 juillet 2023). Le tribunal se fonde notamment sur une autre sentence ayant adopté une vision similaire de l'autorité

L'absence d'unité dans la méthode et les moyens permettant d'interpréter un traité connaît une exception notable. Effectivement, certaines études empiriques consacrées à l'interprétation de l'arbitre démontrent l'utilisation extrêmement répandue des précédents arbitraux⁷². Il apparaît que, en l'absence d'une méthode d'interprétation commune et homogène, les arbitres semblent utiliser presque unanimement les décisions et les sentences passées dans leur processus d'interprétation, et ce, comme un moyen d'interprétation à part entière, voire comme le moyen le plus important privilégié par l'arbitre⁷³. Il est pourtant *a priori* paradoxal d'observer une telle pratique, d'autant plus au regard de l'absence formelle de règle les y contraignant, absence résultant des articles 38 et 59 du *Statut de la Cour internationale de justice*⁷⁴ d'un point de vue du droit international public. Pour le contentieux CIRDI, cette idée résulte d'une interprétation de l'article 53-1 de la Convention CIRDI⁷⁵ qui spécifie que la sentence est définitive et obligatoire pour les parties⁷⁶. À ce titre, les tribunaux rappellent par ailleurs, très fréquemment et souvent de manière similaire, qu'ils ne sont pas liés par les précédentes sentences et décisions⁷⁷. Pour autant, il ressort que les tribunaux sont généralement conscients de l'utilité des précédents arbitraux. Dans l'affaire *Merrill and*

de la chose jugée : *RSM Production Corporation et autres c. Grenada*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/10/6, CIRDI, 10 décembre 2010, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0726.pdf] (16 juillet 2023).

72. O.K. FAUCHALD, préc., note 61 ; Jeffrey P. COMMISSION, « Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence », (2007) 24-2 *J Intl Arb* 129 ; Pour une étude plus récente et large regroupant les décisions de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), de la Cour internationale de justice et des arbitrages d'investissement, voir Niccolo RIDI, « The Shape and Structure of the « Usable Past » : An Empirical Analysis of the Use of Precedent in International Adjudication », (2019) 10-2 *Journal of International Dispute Settlement* 200.
73. *Id.*
74. *Statut de la Cour internationale de justice*, préc., note 33, art. 38 et 59.
75. *Convention CIRDI*, préc., note 11, art. 53(1).
76. La même idée est contenue dans l'article 34 alinéa 2 du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, 2021, art. 34 al. 2, [En ligne], [uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/21-07997_ebook_f.pdf] (2 avril 2023).
77. Il existe une multitude d'exemples, mais nous ne jugeons pas utile d'être exhaustif ici. Voir par exemple : *Quiborax c. La République de Bolivie*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/06/2, CIRDI, 27 septembre 2012, par. 46, [En ligne], [jusmundi.com/fr/document/decision/en-quiborax-s-a-non-metallic-minerals-s-a-v-plurinational-state-of-bolivia-decision-on-jurisdiction-thursday-27th-september-2012#decision_509] (16 juillet 2023) ; *Vestey Group Ltd. c. République bolivarienne du Venezuela*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/06/4, CIRDI, 15 avril 2016, par. 11, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7230.pdf] (16 juillet 2023) ; *Lighthouse Corporation c. Timor-Leste*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/15/2, CIRDI, 22 décembre 2017,

*Ring Forestry L.P. c. Canada*⁷⁸, le tribunal avait notamment considéré les précédents comme un «fundamental tool for the interpretation of the law⁷⁹», tout en précisant qu'ils ne peuvent représenter une «source of law in themselves⁸⁰».

Singulièrement, le recours au précédent comme principal moyen d'interprétation s'explique avant tout par ces spécificités structurelles. D'un côté, les dispositions lacunaires des premiers traités d'investissement rendent le travail d'interprétation de l'arbitre plus difficile et moins prévisible⁸¹. De l'autre, les dispositions des TBI qui fondent les arbitrages résultent toutes d'une même matrice⁸² et, bien qu'il existe généralement certaines différences de formulation, «little reason exists to believe in most cases that minor changes in language were meant to alter significantly the meaning of the provision⁸³». Ces éléments ont permis une utilisation massive des sentences et des décisions arbitrales résultant de l'application de traités très souvent différents⁸⁴. Il est néanmoins une propension, discutable mais révélatrice de l'importance des décisions passées dans l'interprétation des tribunaux, au recours à des précédents issus de traités tiers aux formulations hautement dissemblables⁸⁵. En d'autres termes, dans le choix des décisions passées pertinentes applicables à l'espèce,

par. 111, [En ligne], [jsumundi.com/en/document/decision/en-lighthouse-corporation-pty-ltd-and-lighthouse-corporation-ltd-ibc-v-democratic-republic-of-timor-leste-award-friday-22nd-december-2017#decision_970] (16 juillet 2023).

78. *Merrill and Ring Forestry L.P. c. Canada*, décision rendue dans l'affaire n° UNCT/07/1, CIRDI, 31 mars 2010, [En ligne], [www.italaw.com/cases/669] (16 juillet 2023).

79. *Id.*, par. 188. Un autre exemple tiré de la jurisprudence serait l'affaire *Azurix Corp. c. La République d'Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/01/12, CIRDI, 14 juillet 2006, par. 391, [En ligne], [www.italaw.com/cases/118] (16 juillet 2023). Une autre affaire a également affirmé que les précédents «shed [...] useful light on the issues that arise for decision in this case»: *RosInvestCo UK Ltd. c. La Fédération de Russie*, décision rendue dans l'affaire n° 079/2005, CCS, 12 septembre 2010, par. 285, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0720.pdf] (16 juillet 2023).

80. *Id.*

81. Ce point est abordé en détail dans la section 2.1.

82. Jeswald W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 9.

83. Kenneth J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties : History, Policy, and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 13.

84. Dans sa thèse souvent citée, Stephen SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 308 et suiv., appelle cela l'interprétation croisée des traités (*cross-treaty interpretation*) et considère que cela concourt à la formation d'un véritable système multilatéral des investissements (p. 308): «[The tribunals] also regularly rely on provisions in wholly unrelated BITs in interpreting the applicable BIT.»

85. C'est ce que met en évidence W. ALSCHNER, préc., note 47, p. 230-255.

les tribunaux font état d'une tendance croissante à l'utilisation de précédents découlant de traités peu analogues à celui qui est en cause. Cela impliquerait qu'une majorité de tribunaux «pays little attention to treaty design differences» et privilégie la cohérence des décisions entre elles⁸⁶.

Enfin, à côté de ces raisons structurelles, c'est bien l'évolution vers la transparence qui a permis les références massives des tribunaux aux précédents arbitraux. À cet égard, la «publication joue bien évidemment un rôle cardinal dans le développement d'une jurisprudence arbitrale puisqu'elle permet aux conseils comme aux arbitres un accès aux décisions antérieure⁸⁷». Cette tendance marquée vers la transparence⁸⁸ peut être relevée au regard de l'importante accessibilité des décisions et des sentences arbitrales⁸⁹. Les deux principaux règlements d'arbitrage ont par ailleurs évolué dans ce sens au gré de leurs différentes modifications. Pour ce qui est du CIRDI, bien que l'article 62(1) du *Règlement d'arbitrage du CIRDI* de 2022 continue d'imposer le consentement obligatoire des parties à la diffusion des sentences et d'autres matériels de la procédure arbitrale⁹⁰, celui-ci doit être explicite et intervenir dans une durée déterminée aux termes de l'article 62(3)⁹¹. Cet article pose donc une présomption d'acceptation; en cas de refus explicite des parties, l'article 62(4) spécifie que «le Centre publie des extraits des documents⁹²», qui correspondent au raisonnement juridique nettoyé des informations confidentielles. Cette approche reflète la recherche d'un équilibre entre la confidentialité, nécessaire à la préservation des intérêts des États et des investisseurs, et la publicité, indispensable à l'information du public et au développement du droit⁹³. En ce qui a trait au *Règlement d'arbitrage*

86. *Id.*

87. M. AUDIT, préc., note 44, p. 126.

88. *Biwater Gauff (Tanzanie) Ltd. c. République unie de Tanzanie*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/05/22, ordonnance de procédure n° 3, CIRDI, 29 septembre 2006, par. 114, [En ligne], [https://jsumundi.com/en/document/decision/en-biwater-gauff-tanzania-limited-v-united-republic-of-tanzania-award-thursday-24th-july-2008] (16 juillet 2023).

89. Aujourd'hui, il est aisé de trouver la plupart des décisions et des sentences rendues en la matière. Voici quelques sites Web où apparaissent les sentences et les décisions arbitrales reproduites en matière d'investissement : Global Arbitration Review, Italaw, [En ligne], [https://globalarbitrationreview.com/] (12 mai 2023); Jus Mundi, [En ligne], [https://jsumundi.com/fr] (12 mai 2023); Investment Policy Hub, [En ligne], [https://investmentpolicy.unctad.org/] (12 mai 2023); CIRDI, [En ligne], [https://icsid.worldbank.org/fr/a-propos] (12 mai 2023).

90. *Règlement d'arbitrage du CIRDI*, préc., note 63, art. 62(1).

91. *Id.*, art. 62(3).

92. *Id.*, art. 62(1).

93. Philippe BORDACHAR, «La justice prédictive et l'arbitrage international relatif aux investissements étrangers», (2018) 60-1 *Archives de philosophie du droit* 204.

de la *CNUDCI*, pour les arbitrages commencés avant le 1^{er} avril 2014, ce texte laconique n'aborde que la diffusion par consentement des parties ou en cas d'obligation légale⁹⁴. En revanche, pour les litiges formés en vertu de traités d'investissement conclus après cette date, c'est le *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités* qui s'appliquera⁹⁵. Son article 3 impose une publication de tous les documents de la procédure arbitrale et, en particulier, des décisions et des sentences⁹⁶. Ces règles vont plus loin que celles du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* et constituent un grand pas pour la transparence.

La faveur qu'ont les arbitres pour les précédents arbitraux dans leur processus d'interprétation peut ainsi être expliquée de diverses façons. Certains ont pu parler d'une émergence *de facto*⁹⁷ d'un système de précédents. Pour autant, la disponibilité des décisions et des sentences arbitrales ou la proximité des normes des traités d'investissement entre elles ne permet pas de tout expliquer. Une autre des raisons du développement de cette pratique réside dans son utilité certaine pour le raisonnement des tribunaux (1.2).

1.2 L'utilisation des précédents arbitraux comme justification du raisonnement interprétatif

L'utilisation des précédents s'inscrit dans un phénomène psychologique et social, reflétant la « manifestation of a deeply rooted human penchant for using analogical reasoning to make sense of, and to manage, the complexity of the environment⁹⁸ ». D'autant plus que la valeur du précédent pour le raisonnement arbitral en matière d'investissement est proportionnelle à l'imprécision des traités⁹⁹. La valeur persuasive des décisions et des

94. *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, préc., note 76, art. 34 (5).

95. *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*, 2021, art. 1(1), [En ligne], [uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/21-07997_ebook_f.pdf] (2 avril 2023) (ci-après « *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage* »). À noter que dans l'hypothèse de l'application de la *Convention des Nations unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondée sur des traités*, adoptée en 2014, cela permet l'application du *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage*, pour les arbitrages résultant des traités conclus avant le 1^{er} avril 2014.

96. *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, préc., note 76, art. 3.

97. L. REED, préc., note 46.

98. Alec STONE SWEET, « Path Dependence, Precedent, and Judicial Power », dans Martin SHAPIRO et Alec STONE SWEET (dir.), *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 122.

99. Ce point est abordé dans la section 2.1.

sentences passées est généralement admise par les tribunaux arbitraux¹⁰⁰ et se décèle également dans le choix de certains de suivre ou de rejeter des précédents qu'ils ne considèrent pas comme convaincants¹⁰¹. Les arbitres usent par ailleurs de cette valeur persuasive du précédent à dessein, pour appuyer leur position et leur interprétation ainsi que pour se justifier auprès de plusieurs publics.

Tout d'abord, l'usage des précédents ou d'une ligne cohérente à cet égard permet aux arbitres de justifier leur raisonnement interprétatif auprès des parties au différend, soit les investisseurs et les États. D'un point de vue formel, les tribunaux ont l'obligation de «répondre à tous les chefs de conclusions soumises au Tribunal[,] et [la décision] doit être motivée¹⁰²» sous risque de voir sa décision annulée pour «défaut de motifs¹⁰³». Par ailleurs, la disponibilité des décisions et des sentences arbitrales a également pu favoriser grandement leur utilisation par les parties au différend pour qui elles servent d'argument d'autorité pour démontrer le bien-fondé de leur position¹⁰⁴. Pour satisfaire ses obligations procédurales, l'arbitre est ainsi contraint formellement de tenir compte de la jurisprudence que les parties ont soulevée au soutien de leur interprétation¹⁰⁵. Selon le juge Fitzmaurice, lorsqu'un précédent est invoqué par les parties, «the tribunal cannot ignore [it]», il est alors «bound to take into consideration and (by implication) which it ought to follow unless the decision can be shown to have been clearly wrong, or distinguishable from the extant case, or in some way legally or factually inapplicable¹⁰⁶». Pour autant, il n'est pas certain

100. Voir, par exemple, l'affaire *AES Corp. c. La République d'Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/02/17, CIRDI, 26 avril 2005, par. 30, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0011.pdf] (16 juillet 2023).

101. C'est notamment le cas dans l'affaire *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporacion emergentes F.I., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. et ALOS 34 S.L. c. La Fédération russe*, décision rendue dans l'affaire n° 24/2007, CCS, 20 mars 2009, par. 94, [En ligne], [www.italaw.com/cases/915] (16 juillet 2023), ayant trait à la clause de la nation la plus favorisée (ci-après «*Renta 4 SVSA et al. c. Fédération russe*»).

102. Convention CIRDI, préc., note 11, art. 48(3).

103. *Id.*, art. 52(1)(e).

104. Wolfgang ALSCHNER, «Correctness of Investment Awards: Why Wrong Decisions Don't Die», (2020) 18-3 *Law & Prac Intl Cts & Trib* 345, 365.

105. Voir par exemple : *Renta 4 SVSA et al. c. Fédération russe*, préc., note 101, par. 16 ; *KT Asia Investment Group B.V. c. La République du Kazakhstan*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/09/8, CIRDI, 17 octobre 2013, par. 82, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3006.pdf] (16 juillet 2023).

106. Gerald G. FITZMAURICE, «Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law», dans Martti KOSKENNIEMI (dir.), *Source of International Law*, Londres, Routledge, 2000, p. 172.

que l'absence de prise en considération de précédent mobilisé par l'une ou l'autre des parties, même s'il s'inscrit dans un courant jurisprudentiel convergent, puisse constituer un motif d'annulation de la sentence, dans la mesure où le précédent n'est pas suivi par l'arbitre¹⁰⁷. Les possibilités d'annuler les sentences en matière d'investissement étant très limitées, que ce soit par l'entremise des comités *ad hoc* du CIRDI¹⁰⁸ ou par celui des juridictions nationales concernant les arbitrages menés conformément à d'autres non-CIRDI¹⁰⁹, il paraît peu probable que l'absence de référence aux précédents arbitraux soit réellement sanctionnée. Il demeure néanmoins important pour les arbitres de montrer que leur interprétation est « justifiable en droit¹¹⁰ », et qu'elle ne relève pas de l'arbitraire. L'utilisation des précédents, surtout s'ils s'inscrivent dans une jurisprudence constante, permet à l'arbitre d'éviter les éventuelles critiques¹¹¹ et de donner du poids à son raisonnement qui se transforme en « collective determination¹¹² », qui

107. Christina KNAHR, « Annulment and its Role in the Context of Conflicting Awards », dans M. WAIBEL et autres (dir.), préc., note 5, p. 151 et suiv.

108. Le rôle des comités *ad hoc* est limité par l'article 52, qui énumère de manière exhaustive les motifs qui peuvent emporter l'annulation. Les comités *ad hoc* n'ayant pas pour but de se prononcer sur la bonne application du droit par les tribunaux, mais sur le bon déroulement de la procédure, leur rôle n'est donc pas celui d'une cour d'appel. Voir : *Mitchell c. République démocratique du Congo*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/99/7, décision sur la demande d'annulation de la sentence, CIRDI, 1^{er} novembre 2006, par. 19, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf] (16 juillet 2023) ; autre exemple plus récent : *Señor Tza Yap Shum c. République du Pérou*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/07/6, décision sur la demande d'annulation de la sentence, CIRDI, décision sur la demande d'annulation de la sentence, CIRDI, 12 février 2015, par. 98-99, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4371.pdf] (16 juillet 2023).

109. Dans le cas d'une sentence rendue en dehors du cadre CIRDI (par exemple, en vertu des règlements d'arbitrage de la CNUDCI, de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) ou de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS), les recours en annulation sont régis par la loi nationale de l'État du siège. Ces lois énoncent généralement des motifs d'annulation limités, et ne s'intéressent pas au contrôle de la bonne application du droit. C'est par exemple le cas de la France, avec l'article 1520 du Code de procédure civile. Pour en savoir plus, voir, par exemple, Susan D. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration : Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions », (2005) 73-4 *Fordham L Rev* 1521, 1551-1554.

110. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, Thémis, 2021, par. 145.

111. Un comité a même considéré qu'une décision étant cohérente avec la jurisprudence constante pouvait prévenir son annulation : voir l'affaire *Caratube International Oil Company LLP c. Kazakhstan*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/08/12, décision sur la demande d'annulation de la sentence, CIRDI, 21 février 2014, par. 163 et 167, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3082.pdf] (16 juillet 2023).

112. P.M. NORTON, préc., note 46, p. 298.

n'est plus « the tribunal's judgment alone but that of 15, 20 or 30 experts in international law¹¹³ ». Du point de vue des parties, leurs attentes de voir les précédents convergents appliqués¹¹⁴ et d'être traitées de manière égale dans des situations analogues passées¹¹⁵ sont sauvegardées. Pour les tribunaux, leur interprétation est facilitée¹¹⁶ et vraisemblablement plus précise et juste¹¹⁷.

Par ailleurs, plus encore avec la disponibilité accrue des sentences, le précédent est utilisé par l'arbitre pour justifier son raisonnement auprès de la communauté arbitrale. La valeur du précédent n'étant pas juridique, mais persuasive, il est impératif pour les arbitres de justifier au mieux les positions adoptées dans leurs décisions et sentences. Cette nécessité est corrélée avec l'absence de hiérarchie des tribunaux arbitraux, la jurisprudence arbitrale ayant pu être comparée à un marché concurrentiel (*competitive market*)¹¹⁸. Au sein de ce marché, « various solutions to

113. *Id.* Pour un exemple du contentieux, voir l'affaire *Teinver c. Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/09/1, décision sur la demande d'annulation, CIRDI, 29 mai 2019, par. 59, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10552.pdf] (16 juillet 2023).

114. *BP America Production Company et autres c. La République d'Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/04/8, CIRDI, 27 juillet 2006, par. 42, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0097.pdf] (16 juillet 2023).

115. Andrès RIGO SUREDA, « Precedent », dans Andrès RIGO SUREDA (dir.), *Investment Treaty Arbitration: Judging under Uncertainty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 112.

116. Par exemple, dans l'affaire *Ambiente Ufficio S.p.A. et autres c. La République d'Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/08/9, décision sur la juridiction et la recevabilité, CIRDI, 8 février 2013, par. 7-13, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1276.pdf] (16 juillet 2023) (ci-après « affaire *Ambiente c. Argentine* »), le tribunal ne développe pas les faits au stade de la compétence, mais renvoie plutôt à une affaire qui lui est analogue et parallèle : *Abaclat et autres c. Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/07/5, décision sur la juridiction et la recevabilité, CIRDI, 4 août 2011 [En ligne], [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0236.pdf] (16 juillet 2023) (ci-après « affaire *Abaclat c. Argentine* »). Dans un autre exemple, un tribunal a reproduit simplement une partie du raisonnement d'un précédent tribunal et affirme ne voir aucune raison de s'en départir : *Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. et Rockhopper Mediterranean Ltd. c. République de l'Italie*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/17/14, décision sur l'objection intra-Union européenne (UE), CIRDI, 29 juin 2019, par. 145-146, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10646_0.pdf] (16 juillet 2023).

117. Richard C. CHEN, préc., note 46, p. 58-60.

118. Thomas WALDE, « Specific Nature of Investment Arbitration, The Introduction: The Reports of the Directors of Studies : Chapter 2 », dans Philippe KAHN et Thomas W. WALDE (dir.), *New Aspects of International Investment Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2006, p. 47.

arising interpretative challenges compete for attention and acceptance¹¹⁹ ». Les solutions les plus persuasives généreront une conjoncture favorable (*momentum*) qui mènera à une jurisprudence constante¹²⁰. Dès lors, les arbitres, parties à une communauté arbitrale limitée¹²¹, qui semblent chercher inconsciemment la reconnaissance de leurs pairs et les futures nominations¹²², vont user des précédents dans ce but, comme vecteurs de légitimité¹²³. Cet aspect de l'utilisation de la jurisprudence par les arbitres internationaux n'est pas à relativiser, certaines études ayant pu mettre en avant les biais qui s'imposent consciemment ou non à tout adjudicateur dans sa prise de décision¹²⁴. La pression est exacerbée par le fait que ce sont les parties qui généralement, en vertu des règlements d'arbitrage¹²⁵, désignent les arbitres pour le règlement de leur différend. Le métier très spécialisé d'arbitre international étant devenu une profession rentable¹²⁶, ces réseaux informels de désignation tendent donc à contraindre les arbitres dans leur processus décisionnel. Cela signifie que les « market forces would thus constrain decision-making in structural terms through a natural selection of arbitrators¹²⁷ ». C'est pour cela que le précédent est aussi un outil aux mains de l'arbitre, par lequel il légitime et maintient sa position auprès des parties et de ses pairs.

Enfin, l'utilisation de la jurisprudence dans le raisonnement de l'arbitre est, dans certains cas, le résultat d'une volonté de justification auprès de la société prise dans son ensemble. L'arbitrage d'investissement a pu faire

119. *Id.*

120. *Id.*

121. Le terme « mafia » a été employé dans une étude empirique très critique : voir Pia EBERHARDT et Cecilia OLIVET, *Profiting from Injustice. How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom*, Bruxelles, Corporate Europe Observatory, Transnational Institute, 2012. Ce terme avait été écarté par Jan PAULSSON, « Ethics, Elitism, Eligibility », (1997) 14-4 *J Intl Arb* 13, 19.

122. Marc J. GOLDSTEIN, « A Career in International Commercial Arbitration », dans Mark W. JANIS et Salli SWARTZ (dir.), *Careers in International Law*, 2^e éd., Washington, American Bar Association, 2008.

123. Tai-Heng CHENG, « Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration », (2007) 30 *Fordham Intl LJ* 1014, 1046.

124. Par exemple, voir Richard POSNER, « What Do Judges and Justices Maximize ? (The Same Thing Everybody Else Does) », (1993) 3 *Sup Ct Econ Rev* 1.

125. Dans le contexte du CIRDI par exemple, se référer à l'article 37(2)d(a) de la Convention CIRDI, préc., note 11, art. 37(2)(a).

126. Yves DEZALAY et Bryant GARTH, *Dealing in Virtue : International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996.

127. Dolores BENTOLILA, *Arbitrators as Lawmakers*, La Haye, Kluwer Law International, 2017, p. 150.

l'objet d'une grande médiatisation auprès de la société civile¹²⁸, ce qui n'a pas manqué d'attirer les critiques, ainsi que les questions sur la légitimité de ce droit¹²⁹. Certaines interrogations se sont par ailleurs élevées sur la légitimité qu'ont ces arbitres de régler, de manière privée et dénuée du contrôle étatique, des questions qui ont trait à des intérêts publics comme la protection de l'environnement, la sécurité alimentaire ou encore les droits de la personne¹³⁰. Une autre contrainte s'exerce alors sur la prise de décision de l'arbitre, soit une obligation morale¹³¹, héritée de la philosophie du droit¹³² et de la volonté de renforcer l'État de droit (*rule of law*)¹³³. Les tribunaux arbitraux vont alors essayer de remplir ce que Thomas Schultz considère comme une « troisième fonction » du règlement des différends, en développant l'État de droit et donc en rendant l'application des normes plus cohérente et donc prévisible¹³⁴. Dès lors, l'utilisation du précédent pour les arbitres prend parfois racine dans cette volonté de « contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the

128. Pour ne citer que trois affaires : *Philip Morris Asia Limited c. Le Commonwealth d'Australie*, préc., note 3 ; *Vattenfall AB et autres c. La République fédérale d'Allemagne*, préc., note 4 ; *Yukos Universal (Isle of Man) c. La Fédération de Russie*, décision rendue dans l'affaire n° AA 227, CPA, 18 juillet 2014.

129. Voir par exemple : S.D. FRANCK, préc., note 109 ; Charles BROWER et Stephan SCHILL, « Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law ? », (2009) 9-2 *Chicago Journal of International Law* 471 ; Daniel BEHN, « Legitimacy, Evolution, and Growth in Investment Treaty Arbitration: Empirically Evaluating the State-of-The-Art », (2015) 2 *Geo J Intl L* 363 ; D. BEHN, O.K. FAUCHALD et M. LANGFORD, préc., note 8.

130. Gus VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 152.

131. G. KAUFMANN-KOHLER, préc., note 46, p. 374.

132. Par exemple, Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, éd. rév., New Haven, Yale University Press, 1969, p. 33, 38-39, et Matthew H. KRAMER, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 103-186, considèrent respectivement que la prévisibilité est la qualité intrinsèque de la loi et qu'elle participe à l'État de droit (*rule of law*) .

133. Il est acquis que le concept de *rule of law*, équivalent à celui de l'État de droit, est universellement accepté comme bon. Pour une définition de ce concept, utilisé notamment dans son contexte de légalité formelle (*formal legality*), comme nous l'entendons dans notre analyse, voir Brian Z. TAMANAHA, « Three Themes », dans Brian Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 119-122.

134. Thomas SCHULTZ, « Against Consistency in Investment Arbitration », dans Zachary DOUGLAS, Joost PAUWELYN et Jorge VIÑALES (dir.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 305 ; Th. SCHULTZ, préc., note 43, p. 235-242 : à noter que dans cette version précédente de sa pensée, la promotion de l'État de droit est la deuxième fonction, tandis que dans son article plus récent c'est la troisième fonction.

legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law¹³⁵ ». Pour cela, certains ont estimé qu'il était nécessaire pour le tribunal de prendre en considération les répercussions systémiques (*systemic implications*) que son interprétation aura sur les autres tribunaux ainsi qu'un « modicum of awareness of each of these tribunals for each other and the system as a whole¹³⁶ ». La cohérence des interprétations, parce qu'elle accroît la prévisibilité du droit des investissements¹³⁷ et *ipso facto* sa légitimité auprès du public¹³⁸, est un objectif qui contribue à l'application de la jurisprudence par les arbitres en matière d'investissement.

À peu de choses près, les précédents semblent agir en quelque sorte comme une boussole interprétative pour le travail de l'arbitre, ce qui permet d'apprécier un point de droit particulier au regard des décisions précédemment rendues et de justifier de la direction choisie. Cette boussole aide autant qu'elle contraint l'arbitre à son utilisation, surtout s'il existe une jurisprudence constante et ayant développé des attentes pour les parties. Elle demeure particulièrement utile en droit international des investissements au regard de la rédaction originellement floue et imprécise des normes des traités d'investissement¹³⁹.

135. *Saipem S.p.A. c. People's Republic of Bangladesh*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/05/07, décision sur la compétence et recommandations sur les mesures provisoires, CIRDI, 21 mars 2007, par. 67, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0733.pdf] (16 juillet 2023); *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. c. République du Pérou*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/11/17, CIRDI, 9 janvier 2015, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4105.pdf] (16 juillet 2023); *Vestey Group Ltd. c. La République bolivarienne du Venezuela*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/06/4, CIRDI, 15 avril 2016, par. 113, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7230.pdf] (16 juillet 2023).

136. *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, CNUDCI, sentence, 8 juin 2009, par. 3-9, [En ligne], [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf]; cette position est critiquée par M. REISMAN, préc., note 46.

137. *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c. La République de Hongrie*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/03/16, CIRDI, 2 octobre 2006, par. 293, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf] (16 juillet 2023). Beaucoup d'autres décisions et sentences arbitrales mettent en avant la nécessité de développer le droit international des investissements dans cette optique finale de prévisibilité.

138. Le manque de cohérence et d'uniformité dans la jurisprudence peut entraîner la diminution de l'attrait de l'arbitrage par la perte de confiance des potentiels requérants en ce mode de résolution des différends. Voir, par exemple, August REINISCH, « The Challenge of Fostering Greater Coherence in International Investment Law », dans Roberto ECHANDI et Pierre SAUVÉ (dir.), *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 236.

139. Voir la section 2.1.

2 La jurisprudence comme principal vecteur du développement du droit international des investissements

Nous mettrons en avant ici l'idée que la jurisprudence, représentée par les décisions et les sentences qui la constituent, est une composante qui conduit à la définition de normes conventionnelles (2.1) peu précises et ambiguës. L'accumulation de décisions définissant les normes de traitement se transforme alors en jurisprudence constante et développe ainsi de manière déterminante le droit international des investissements par la voie jurisprudentielle mais également, en fin de course, par la voie conventionnelle (2.2).

2.1 Le rôle central de la jurisprudence dans la détermination des normes conventionnelles

Les traités d'investissement étaient originellement des textes courts et rédigés de manière peu précise¹⁴⁰, les normes substantielles—comme le traitement juste et équitable ou le traitement de la nation la plus favorisée—étant généralement vagues et peu claires¹⁴¹. C'est essentiellement le cas des premiers modèles d'accords de TBI des États européens, les TBI canadiens et américains étant souvent plus longs et précis sur la définition de certaines normes comme celles qui sont relatives à l'expropriation et les exceptions applicables¹⁴². Néanmoins, il est acquis que la plupart des normes des traités d'investissement, de par leur imprécision caractéristique¹⁴³, sont rédigées sous la forme de *standards* plutôt que sous celle de *règles (rules)*¹⁴⁴. Cette distinction classique fait

140. Anthea ROBERTS, «Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States», (2010) 104:2 *AJIL* 179, 189.

141. Voir, par exemple, sur le traitement juste et équitable : *Traité bilatéral d'investissement*, France-Azerbaïdjan, 1^{er} septembre 1998, art. 3 (entré en vigueur le 24 août 2000). Pour le traitement de la nation la plus favorisée, voir le *Traité bilatéral d'investissement*, Allemagne-Mexique, 25 août 1998, art. 4 (entré en vigueur le 23 février 2001).

142. Voir Anne VAN AEKEN, «Control Mechanisms in International Investment Law», dans Zachary DOUGLAS, Joost PAUWELYN et Jorge VIÑUALES (dir.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 416-417.

143. La plupart des traités signés avant les années 2000, notamment européens, sont extrêmement concis et même imprécis quant aux normes qu'ils contiennent. Voir, par exemple, le *Traité bilatéral d'investissement*, Allemagne-Botswana, 2000 (entré en vigueur 6 août 2007), qui compte sept pages, ou encore le *Traité bilatéral d'investissement*, France-République dominicaine, 1999 (entré en vigueur 23 janvier 2003), qui ne fait que cinq pages.

144. A. VAN AEKEN, préc., note 142. Également, Federico ORTINO, «Refining the Content and Role of Investment “Rules” and “Standards”: A New Approach to International Investment Treaty Making», (2013) 28-1 *ICSID Review* 152.

référence au degré de précision des obligations normatives, les *standards*¹⁴⁵ imposant des directives larges et vagues de comportement tandis que les *règles*¹⁴⁶ prescrivent des directives spécifiques et précises¹⁴⁷. Alors que les *règles* sont le reflet d'un choix normatif précis *ex ante* (avant le comportement), et en général ne laissent pas à l'adjudicateur la possibilité de les interpréter, les *standards* relèvent plutôt d'une volonté de flexibilité en permettant à l'adjudicateur de définir *ex post* (après le comportement) le contenu précis de la norme¹⁴⁸. D'une part, les *règles* vont permettre une plus grande prévisibilité du fait que les normes décrivent clairement les comportements attendus et peuvent donc être facilement prévues par les acteurs¹⁴⁹. D'autre part, les *standards* sont bien plus faciles à mettre en place en raison de leur coût administratif et politique moindre, mais ils présentent une moins grande prévisibilité du contenu de la norme, car ce dernier est laissé à la discrétion de l'adjudicateur, au profit d'un plus grand nombre de situations couvertes et donc d'une meilleure flexibilité¹⁵⁰.

Selon Anthea Roberts, la rédaction des traités d'investissement, en majorité sous la forme de *standards* de traitement et couplée avec un fort mécanisme d'application des obligations du traité, induit un « shift [of the] interpretive power from the treaty parties to investment tribunals¹⁵¹ ». Le glissement du pouvoir d'interprétation est amplifié par l'utilisation extensive que font les tribunaux arbitraux des précédents et des travaux universitaires, parfois sans référence à la pratique des États¹⁵². Autrement dit, plus une norme est imprécise et générale, plus l'adjudicateur aura

145. Nous traduisons ainsi le terme *standards*.

146. Nous traduisons ainsi le terme *rules*.

147. Voir par exemple : Louis KAPLOW, « Rules versus Standards : An Economic Analysis », (1992) 42-3 *Duke LJ* 557 ; Joel P. TRACHTMAN, *The Economic Structure of International Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2008 ; Robert E. SCOTT et Paul B. STEPHAN, *The Limits of Leviathan. Contract Theory and the Enforcement of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 ; Frederick SCHAUER, « The Convergence of Rules and Standards », (2003) 3 *NZLR* 303 ; Duncan KENNEDY, « Form and Substance in Private Law Adjudication », (1976) 89-8 *Harv L Rev* 1685 ; Russel KOROBKIN, « Behavioral Analysis and Legal Form : Rules vs Standards Revisited », (2000) 79-1 *Or L Rev* 23 ; Pierre J. SCHLAG, « Rules and Standards », (1985) 33 *UCLA L Rev* 379.

148. L. KAPLOW, préc., note 147 ; Kenneth W. ABBOTT et autres, « The Concept of Legalization », *International Organization*, vol. 54, n° 3, 2000, p. 413.

149. William F. BAXTER, « Choice of Law and the Federal System », (1963) 16-1 *Stan L Rev* 1, 3 ; F. ORTINO, préc., note 144.

150. Joel TRACHTMAN, « The Domain of WTO Dispute Resolution », (1999) 40-2 *Harv Intl LJ* 333, 351-353 ; F. ORTINO, préc., note 144.

151. A. ROBERTS, préc., note 140, p. 190.

152. *Id.*

une marge d'appréciation importante, «[l]e pouvoir discrétionnaire se [nourrissant] du vague d'une norme juridique¹⁵³», d'après le juge Bedjaoui. Les États qui se sont abstenus de définir complètement les normes des traités, pour telle ou telle raison¹⁵⁴, «se reposent sur le juge pour concrétiser le contenu des obligations¹⁵⁵». L'indéfinition caractéristique des normes des traités d'investissement implique donc un important travail d'interprétation pour préciser et clarifier le sens de chaque norme et ainsi lui donner un vrai contenu¹⁵⁶, plus encore si l'on est en présence d'une norme coutumière de droit international¹⁵⁷.

Le travail de clarification peut tout de même mener à des incohérences dans la jurisprudence et procurer moins de prévisibilité aux acteurs du

-
153. Mohammed BEDJAOUI, «L'opportunité dans les décisions de la Cour internationale de justice», dans Laurence BOISSON DE CHAZOURNES et Vera GOWLLAND-DEBBAS (dir.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 574.
 154. Pour les raisons qui ont poussé les États à rédiger leurs traités sous la forme de standards, voir : F. ORTINO, préc., note 144 ; Andrès RIGO SUREDA, «Uncertainty, Judicial Discretion and Policy», dans Andrès RIGO SUREDA (dir.), *Investment Treaty Arbitration: Judging under Uncertainty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 7-19.
 155. Geneviève BURDEAU, «Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions», (2007) 50 *Archives de philosophie du droit* 297.
 156. Cass R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2018, p. 27. Par ailleurs, la définition des normes des traités d'investissement s'est souvent faite grâce aux développements de la jurisprudence internationale, de la Cour internationale de justice par exemple : voir Alain PELLET, «La jurisprudence de la Cour internationale de justice dans les sentences CIRDI», (2014) 1 *JDI* 5.
 157. Voir tous les différends liés à la crise argentine et sur la difficile application de l'état de nécessité : *CMS Gas Transmission Company c. La République d'Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/01/8, CIRDI, 12 mai 2005, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf] (16 juillet 2023) ; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. La République d'Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/01/3, CIRDI, 22 mai 2007, par. 313, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf] (16 juillet 2023) ; *Sempra Energy International c. La République d'Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/02/16, CIRDI, 28 septembre 2007, par. 355, [En ligne] [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf] (16 juillet 2023) ; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. La République d'Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/02/1, décision sur la responsabilité, CIRDI, 3 octobre 2006, par. 257, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf] (16 juillet 2023) ; *Total S.A. c. La République d'Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité, CIRDI, 27 décembre 2010, par. 220, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0868.pdf] (16 juillet 2023).

droit international des investissements. Un exemple pertinent peut être celui de la norme de traitement de la nation la plus favorisée (NPF) qui, dans certains traités, ne détermine pas expressément si le traitement englobe les dispositions procédurales, donc le règlement des différends, au même titre que les dispositions substantielles¹⁵⁸. Les tribunaux ont donc eu l'occasion de préciser au terme de différends sur la question si la norme de traitement NPF pouvait permettre d'importer une clause d'arbitrage plus favorable. Certains, comme le tribunal dans l'affaire *Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, ont considéré que cela était possible, tandis que d'autres ont jugé que cela ne l'était pas, le tribunal dans l'affaire *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie* précisant que « the intention to incorporate dispute settlement provisions must be clearly and unambiguously expressed¹⁵⁹ ». La jurisprudence relative à cette question s'est ensuite révélée divisée autour de ce sujet, et l'on a mis très souvent en avant les différentes formulations de la norme présente dans les traités¹⁶⁰. Pour autant, les incohérences, surtout si elles restent isolées, ne sont pas forcément préjudiciables au développement du droit, car « une décision unique ne peut probablement pas défaire une jurisprudence¹⁶¹ », plus encore si elle est bien établie. Il est à cet égard peu probable que la seule décision *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS c. Royaume d'Espagne* de juin 2022¹⁶², accueillant pour la première fois favorablement l'exception intra-Union européenne (UE), fasse changer l'état de la jurisprudence sur ce point, celle-ci demeurant très cohérente.

D'autres normes comme le traitement juste et équitable (TJE) ont également été précisées et clarifiées grandement par le travail des tribunaux qui ont pu délimiter, au fil des sentences, la teneur de la norme de TJE. Le contenu de la norme s'est vu révélé : il mettait en lumière les

158. Voir notamment le *Traité bilatéral d'investissement*, Argentine-Espagne, 3 octobre 1991, art. 4(2) (entré en vigueur le 28 septembre 1992) : « En todas las materias regidas por el presente Acuerdo » (« pour toutes les matières régies par cet accord »).

159. *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/03/24, décision sur la compétence, CIRDI, 8 février 2005, par. 204, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf] (16 juillet 2023).

160. COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Final Report : Study Group on the Most-favoured-Nation Clause*, Annuaire de la Commission du droit international, vol. 2, partie 2, Nations Unies, 2015, paragr. 59-66, où sont proposés six types de formulation des clauses NPF).

161. P. JACOB, préc., note 17, p. 88.

162. *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS c. Royaume d'Espagne*, décision rendue dans l'affaire n° V2016/135, CCS, 16 juin 2022, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170301.pdf] (17 juillet 2023).

éléments composant l'obligation de TJE¹⁶³. Certains, comme la prohibition du déni de justice ou encore de toute forme de mesures arbitraires ou discriminatoires ainsi que l'interdiction du harcèlement, ont été tirés essentiellement du standard minimal de traitement¹⁶⁴, interprété à l'aune des affaires de la Commission mixte États-Unis–Mexique des années 1920, notamment de l'affaire *LFH Neer et Pauline Neer c. Mexique*¹⁶⁵. Sans entrer dans les débats autour de la filiation du TJE avec le standard minimal de traitement, remarquons que, principalement dans le cas de clauses de TJE non qualifiées¹⁶⁶, d'autres éléments ont été dégagés de la pratique des tribunaux, ce qui témoigne d'une vision évolutive du standard¹⁶⁷. Les exigences de transparence, de prévisibilité et de stabilité du cadre juridique national, de même que la protection des attentes légitimes des investisseurs, représentent des composantes nouvelles et constituent une précision significative des comportements permettant d'engager la responsabilité de l'État au titre de l'obligation de TJE¹⁶⁸. La clarification de ces normes conventionnelles peu claires aide finalement à créer une compréhension commune des principes régissant la protection des investisseurs étrangers. Selon Benedict Kingsbury et Stephan Schill, les tribunaux d'investissement «are helping to define specific principles of global administrative law and set standards for State¹⁶⁹». Les tribunaux arbitraux concourent ainsi,

163. «The evolving case law has identified, as we have seen, a number of rationally manageable subcategories»: Rudolf DOLZER, «Fair and Equitable Treatment: Today's Contours», (2014) 12-1 *Santa Clara Journal of International Law* 7, 33; pour la jurisprudence, voir par exemple: *Festorino Invest Limited et autres c. Pologne*, décision rendue dans l'affaire n° V2018/098, CCS, 30 juin 2021, par. 113, citant le tribunal dans l'affaire *Joseph Charles Lemire c. Ukraine (II)*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/06/18, CIRDI, 14 janvier 2010, par. 284-285, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170046.pdf] (17 juillet 2023); ou encore *IC Power Asia Development Ltd. c. La République du Guatemala*, décision rendue dans l'affaire n° 2019-43, CPA, 7 octobre 2020, par. 557-558 et suiv, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16460.pdf] (17 juillet 2023).

164. A. DE NANTEUIL, préc., note 16, p. 374.

165. *LFH Neer et Pauline Neer c. Mexique*, 15 octobre 1926, Recueil des sentences arbitrales des Nations unies, vol. 4, p. 61-62.

166. Les clauses non qualifiées font référence aux clauses formulées sans lien explicite avec la coutume internationale, voir Patrick DUMBERRY, *The Fair and Equitable Treatment Standard. A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law & Business, 2013, p. 40.

167. J.W. SALACUSE, préc., note 82, p. 304; A. DE NANTEUIL, préc., note 16, p. 372-373; Ioana TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 130-131.

168. Catharine TITI, «The Arbitrator as a Lawmaker: Jurisgenerative Processes in Investment Arbitration», (2013)14-5 *The Journal of World Investment & Trade* 829, 839-840.

169. Benedict KINGSBURY et Stephan SCHILL, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality, and the Emerging Global Administrative*

lorsqu'ils sont saisis pour interpréter un standard de traitement peu clair, à une meilleure compréhension du contenu du droit pour les acteurs du droit international des investissements. À côté de leur fonction principale de règlement du différend, les tribunaux ont également une fonction complémentaire, qui consiste à combler les lacunes (*gap-filling*), ouverte par les États rédacteurs des traités¹⁷⁰. Un tribunal d'investissement dans l'affaire *Total S.A. c. La République d'Argentine* a argué par ailleurs que, les standards de traitement (en l'occurrence le TJE) des traités étant intrinsèquement souples (*inherently flexible*), la jurisprudence de même que la pratique des États et les sources coutumières du droit international général sont alors nécessairement prises en considération par les tribunaux dans leur application¹⁷¹.

La clarté des règles et la compréhension de leur contenu par les sujets de droit sont considérées comme des qualités fondamentales de la loi, ce que Lon L. Fuller appelle la « moralité interne du droit¹⁷² ». *In fine*, il n'est pas étonnant que la légitimité d'une norme internationale repose en partie sur sa détermination textuelle entendue comme la capacité à délivrer un message clair et transparent, selon Thomas Franck¹⁷³. Dès lors, malgré certaines divergences mises en avant par la littérature scientifique¹⁷⁴, la détermination et la clarification des normes imprécises découlant des traités d'investissement par les tribunaux démontrent nettement l'importance de la jurisprudence pour le développement du droit international des investissements, d'autant plus qu'elle permet de faire évoluer les règles du droit international des investissements en les étendant au-delà des frontières conventionnelles et en amorçant de nouvelles initiatives de la part des États (2.2).

Law, New York, New York University Public Law and Legal Theory, Working Papers, New York University School of Law, 2009, p. 1.

170. Wolfgang ALSCHNER, « The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaty Design: Myths versus Reality », (2017) 42-1 *Yale J Intl L* 1, 13.

171. *Total S.A. c. La République d'Argentine*, préc., note 157, par. 107.

172. L.L. FULLER, préc., note 132, p. 38 et 39.

173. Thomas FRANCK, *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 52.

174. Voir, par exemple, la monographie de Trinh HAI YEN, *The Interpretation of Investment Treaties*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014. Pour un autre exemple, plus concis : Chester BROWN, Federico ORTINO et Julian ARATO, « Lack of Consistency and Coherence in the Interpretation of Legal Issues », *EJIL :Talk !*, 5 avril 2019, [En ligne], [www.ejiltalk.org/lack-of-consistency-and-coherence-in-the-interpretation-of-legal-issues/] (17 avril 2023).

2.2 L'influence de la jurisprudence sur l'évolution du droit international des investissements

Les tribunaux arbitraux ont dès lors tant une fonction d'application de la norme conventionnelle aux faits qu'une fonction de révélation de son contenu parfois abstrait. Par ailleurs, le juge Fitzmaurice—dans son opinion séparée dans l'affaire *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited c. Espagne*—énonçait que «les décisions judiciaires d'un type ou d'un autre constituent la principale méthode par laquelle la loi peut trouver une mesure concrète de clarification et de développement¹⁷⁵». Plus que cette fonction certaine de précision des normes conventionnelles, les tribunaux ont très souvent pu interpréter le silence des traités comme les autorisant à adopter une approche créative¹⁷⁶. À ce titre, les arbitres ont parfois été considérés comme jouissant d'un pouvoir quasi législatif¹⁷⁷.

Au cours des dernières années, de nombreuses quasi-créations jurisprudentielles ont pu voir le jour, l'une d'entre elles étant assurément l'acceptation des actions collectives ou réclamations de masse (*mass claim*), selon l'appellation maladroite du tribunal dans l'affaire *Abaclat et autres c. Argentine* basée sur le TBI Argentine-Italie¹⁷⁸. Si la terminologie employée demeure un point d'anicroche¹⁷⁹, et ne semble faire référence qu'au nombre important de demandeurs non affiliés¹⁸⁰ résultant d'une même

175. «Judicial pronouncements of one kind or another constitute the principal method by which the law can find some concrete measure of clarification and development»: *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited c. Espagne*, rapports de la CIJ, opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice, jugement du 5 février 1970, p. 64, par. 2, [En ligne], [www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-04-EN.pdf] (17 juillet 2023).

176. C'est le résultat d'une étude récente de Simon BATIFORT et Andrew LARKIN, «The Meaning of Silence in Investment Treaties», (2022) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 1.

177. Par exemple : C. TITI, préc., note 168; D. BENTOLILA, préc., note 127.

178. *Abaclat et autres c. Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/07/5, décision sur la compétence et la recevabilité, CIRDI, 4 août 2011, par. 480, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0236.pdf] (17 juillet 2023) (ci-après «affaire *Abaclat c. Argentine*»).

179. Ce terme fait avant tout référence à un mécanisme existant en droit international public qui permet de régler les recours multiples individuellement, ce qui diffère de la procédure devant les tribunaux d'investissement : voir Hans VAN HOUTTE et Bridie MCALEY, «*Abaclat and Others v Argentine Republic: ICSID, the BIT and Mass Claims*», (2012) 27-2 *ICSID Review* 231.

180. La procédure «[is] referring simply to the high number of Claimants appearing together as one mass, and without any prejudice to the procedural classification of the present proceedings as a specific kind of "collective proceedings" recognized under any specific legal order»: *Abaclat c. Argentine*, préc., note 178, par. 480. Les deux autres tribunaux subséquents se sont également écartés de cette terminologie (*mass claim*);

matrice factuelle, l'admissibilité de ce genre de recours constitue un fait nouveau majeur du contentieux du droit international des investissements. Les procédures multipartites ne sont pourtant pas inconnues en arbitrage d'investissement, et ont même donné lieu à plusieurs précédents¹⁸¹, mais l'affaire *Abaclat* est novatrice au regard des 60 000 demandeurs et de la position prise à la majorité par le tribunal de retenir sa compétence. Bien que la justification du tribunal concernant les obstacles juridiques comme le consentement de l'Argentine puisse être utile à relever¹⁸², c'est l'absence de disposition sur la possibilité des réclamations de masse dans les textes du CIRDI et dans le TBI en cause qu'il est intéressant de souligner ici. En effet, le tribunal reconnaît que «the ICSID framework contains no reference to collective proceedings as a possible form of arbitration», mais il estime que, au regard du but du TBI et de l'esprit de la Convention CIRDI, cela représente moins un silence éloquent (*qualified silence*) qu'un vide (*gap*) qu'il pourrait combler¹⁸³. Cette possibilité serait octroyée selon le tribunal par les articles 44 de la Convention CIRDI¹⁸⁴ et 19 du *Règlement d'arbitrage du CIRDI*¹⁸⁵, lui permettant de créer une nouvelle procédure spécifique. Comme d'aucuns l'ont souligné, la situation paraît relever plus d'une «adoption of completely new rules, requiring legislative power which an ICSID tribunal lacks¹⁸⁶». Par ailleurs, les tribunaux dans les affaires *Giovanni Alemanni et autres c. La République d'Argentine* et *Ambiente*

voir : *Ambiente c. Argentine*, préc., note 116, par. 119 ; *Giovanni Alemanni et autres c. République d'Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/07/8, CIRDI, décision sur la compétence et la recevabilité, 17 novembre 2014, par. 267, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4061.pdf] (17 juillet 2023) (ci-après affaire «*Alemanni c. Argentine*»).

181. Par exemple, *Antoine Goetz et Consorts c. République du Burundi*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/95/3, CIRDI, 10 février 1999, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0380.pdf] (17 juillet 2023) ; *Bayview Irrigation District et al. c. Mexique*, décision rendue dans l'affaire n° ARB(AF)/05/1, CIRDI, 19 juin 2007, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0076_0.pdf] (17 juillet 2023) ; *Bernardus Henricus Funnekotter et autres c. La République du Zimbabwe*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/05/6, CIRDI, 22 avril 2009, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0349.pdf] (17 juillet 2023).
182. Sur une analyse du raisonnement du tribunal dans l'affaire *Abaclat c. Argentine*, préc., note 178, voir, par exemple, Katarzyna Barbara SZCZUDLIK, «Mass Claims under ICSID», (2016) 4-2 *Wroclaw Review of Law Administration & Economics* 70, 84 et suiv.
183. *Abaclat c. Argentine*, préc., note 178, par. 517-520.
184. Convention CIRDI, préc., note 11, art. 44.
185. *Règlement d'arbitrage du CIRDI*, préc., note 63, art. 19.
186. K.B. SZCZUDLIK, préc., note 182, p. 98 ; *Abaclat et autres c. Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/07/5, opinion dissidente Georges Abi-Saab, CIRDI, 28 octobre, 2011, par. 201, [En ligne], www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0237.pdf] (17 juillet 2023).

Ufficio SpA et autres c. La République d'Argentine sont également venus considérer comme admissibles les réclamations de masse, d'après des argumentaires similaires mais différents, en affirmant que rien ne permettait de penser que le silence des textes applicables pouvait s'interpréter telle une limitation¹⁸⁷. Certes, l'admissibilité des réclamations de masse a fait l'objet de critiques¹⁸⁸ : cependant, elle a connu un développement récent avec l'affaire *Theodoros Adamakopoulos et autres c. République de Chypre* où le tribunal se déclare compétent pour connaître une réclamation de près de 950 demandeurs¹⁸⁹. Même si le tribunal rejette la solution de l'affaire *Abaclat* consistant à créer une nouvelle procédure spécifique¹⁹⁰, il ne consacre pas moins la possibilité d'aborder ce type de recours¹⁹¹, et ce, alors qu'il n'existe toujours pas de dispositions portant sur la question.

Si pour l'instant cette évolution jurisprudentielle n'a pas connu de développement conventionnel probant, d'autres ont pu avoir cette chance. Effectivement, les décisions et les sentences arbitrales permettent au droit international des investissements d'évoluer grâce à leur influence sur les États qui élaborent leurs traités et leurs modèles de traités, au regard de l'interprétation faite par les arbitres¹⁹². Du point de vue des tribunaux, on peut appeler cela un « développement indirect du droit », qui permet aux normes de se transformer conventionnellement au regard de leur évolution jurisprudentielle. Un exemple classique de cette influence est celui du développement d'abord jurisprudentiel de la pratique d'*amicus curiae*¹⁹³ suivi par son développement conventionnel. Traditionnellement, il

187. *Giovanni Alemanni et autres c. République d'Argentine*, préc., note 180, par. 269-271 ; *Ambiente c. Argentine*, préc., note 116, par. 147.

188. L'admissibilité des réclamations de masse a été critiqué, d'une part, car deux des trois décisions font état d'une opinion dissidente (*Ambiente c. Argentine*, opinion dissidente Santiago Torres Bernardez, 2 mai 2013, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1487.pdf] (17 juillet 2023), et *Abaclat c. Argentine*, préc., note 186) et, d'autre part, car la doctrine est venue mettre en avant les apories des raisonnements, en particulier celui dans l'affaire *Abaclat c. Argentine*, par exemple : Relja RADOVIC, « Problematising Abaclat's Mass Claims Investment Arbitration Using Domestic Class Actions », (2017-2018) 4 *Revue de règlement des différends de McGill* 1.

189. *Theodoros Adamakopoulos et autres c. République de Chypre*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/15/49, décision sur la compétence, CIRDI, 7 février 2020, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11238.pdf] (17 juillet 2023).

190. *Id.*, par. 242-244.

191. Néanmoins, cette reconnaissance vaut dans le cadre spécifique des règles du CIRDI : *id.*, par. 245-246.

192. C. TITI, préc., note 168.

193. L'expression *amicus curiae* peut se traduire par « ami de la cour ». L'*amicus curiae* (ou parfois dans les traités « partie non contestante ») est toute tierce partie qui intervient, sous certaines conditions et proportions, dans la procédure en vue d'assister le

n'existait aucune disposition conventionnelle qui permettait expressément à de tierces parties à la procédure de participer en tant qu'*amicus curiae* : c'est le cas notamment des anciens TBI¹⁹⁴, de la Convention CIRDI, des versions des règlements d'arbitrage du CIRDI antérieures à 2006¹⁹⁵ ainsi que des règlements d'arbitrage de la CNUDCI antérieurs à 2014¹⁹⁶. En raison de cette absence de précision sur la question, il revenait aux tribunaux de faire œuvre prétorienne en présence d'une demande de pétition pour participer en tant qu'*amicus curiae*. Ce sera finalement à l'occasion du différend entre la société Methanex et les États-Unis d'Amérique, basé sur l'*Accord de libre échange nord-américain* (ALENA), qu'un tribunal arbitral se prononcera pour la première fois en faveur de la participation d'une tierce partie à titre d'*amicus curiae*¹⁹⁷. Le tribunal a déclaré tout d'abord qu'aucun pouvoir ne lui garantissait expressément la possibilité d'admettre les *amici curiae*¹⁹⁸. Néanmoins, en vertu de l'article 15(1) du *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*¹⁹⁹ et à l'aide d'une interprétation extensive de la disposition, le tribunal a admis avoir un pouvoir implicite de le faire²⁰⁰. Pour justifier sa position, il s'est inspiré de la pratique du Groupe spécial de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui, dans l'affaire *États-Unis — Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, avait accepté la participation d'*amicus curiae*²⁰¹. Le tribunal a considéré que, au regard du pouvoir procédural significativement moins large accordé à l'Organe de règlement de différend de l'OMC pour accepter la participation d'*amicus*

tribunal concernant certains aspects d'une affaire. Voir Stanimir ALEXANDROV et Marinn CARLSON, « The Opportunity to Be Heard: Accommodating Amicus Curiae Participation in Investment Treaty Arbitration », dans Fernandez BALLESTEROS et autres (dir.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010, p. 50.

194. Par exemple, le *Traité bilatéral d'investissement*, France-Nigéria, 27 février 1990 (entré en vigueur le 19 août 1991).

195. Les versions de 1968 et de 1984 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

196. Les versions de 1976 et de 2001 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

197. *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, décision du Tribunal relative aux requêtes de tiers pour intervenir en tant qu' « *amici curiae* », CNUDCI, 15 janvier 2001, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf] (17 juillet 2023) (ci-après « affaire *Methanex c. États-Unis* »).

198. *Id.*, par. 24.

199. *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, préc., note 76, art. 15(1).

200. *Methanex c. États-Unis*, préc., note 197, par. 25.

201. *États-Unis — Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni* (Plaignant : Communautés européennes), rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS138/R (23 décembre 1999), p. 24-25, [En ligne], [docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/138R-00.pdf&Open=True] (20 avril 2023).

curiae, l'article 15(1) lui permettait de conduire l'arbitrage comme il le souhaitait et donc d'autoriser les mémoires d'*amici curiae*²⁰².

Il est ironique, à la lumière du développement de la pratique d'*amicus curiae*, de constater que le tribunal avait expressément fait savoir que sa décision ne devait pas être l'objet d'un précédent²⁰³. Toutefois, c'est bien l'inverse qui s'est passé puisque, d'une part, des tribunaux — comme celui dans l'affaire *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) c. Canada* — se sont basés sur l'interprétation du tribunal dans l'affaire *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique* pour accepter la demande de pétition d'*amicus curiae*²⁰⁴; d'autre part, la décision *Methanex* a été suivie d'une déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie en 2003 qui a entériné la possibilité de participation en tant qu'*amicus curiae* dans le contexte de l'ALENA²⁰⁵. Cette évolution s'est concrétisée une dizaine d'années plus tard par l'adoption du *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage*, entré en vigueur en janvier 2014, venant autoriser expressément la participation des *amici curiae* sous certaines conditions²⁰⁶. Du côté de l'arbitrage lié au CIRDI, le développement jurisprudentiel a précédé également la réalisation conventionnelle. Au lendemain de l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c. La République d'Argentine*, qui — par une interprétation extensive de l'article 44 de la Convention CIRDI et à l'aide de la jurisprudence passée en la matière²⁰⁷ — a autorisé, en tenant compte de certaines conditions la participation des

202. *Methanex c. États-Unis*, préc., note 197, par. 33.

203. *Id.*, par. 51.

204. *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) c. Canada*, décision du Tribunal relative aux requêtes de tiers pour intervenir en tant qu'« *amici curiae* », CNUDCI, 17 octobre 2001, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8565.pdf] (17 juillet 2023).

205. AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie », [En ligne], [www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/chile-chili/CCFTA-decla-ALECC.aspx?lang=fra] (18 avril 2023).

206. *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage*, préc., note 95, qui vient ajouter un paragraphe 4 au règlement d'arbitre CNUDCI révisé en 2010, qui incorpore les règles du Règlement sur la transparence. Cette disposition est complétée par la *Convention des Nations unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondée sur des traités*, préc., note 95, adoptée en 2014 pour permettre aux parties à un différend fondé sur un traité antérieur à 2014 d'accepter l'application du *Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage*.

207. Voir l'affaire *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c. La République d'Argentine*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/03/19, ordonnance en réponse à une pétition pour la participation en tant qu'*amicus curiae*, CIRDI, 19 mai 2005, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/

amici curiae, le *Règlement d'arbitrage du CIRDI* a été actualisé pour le permettre explicitement en vertu de certaines conditions²⁰⁸. Aujourd'hui, la plupart des nouveaux traités d'investissement prévoient également la possibilité d'accepter la participation de tierces parties à la procédure²⁰⁹.

Outre les questions de nécessité d'une telle ouverture du contentieux des investissements et de ses probables dérives ou avantages²¹⁰, l'évolution des normes permet *in fine* de mettre en exergue l'influence particulièrement importante de la jurisprudence arbitrale sur le développement conventionnel du droit international des investissements. Enfin, il reste à relever que la jurisprudence qui s'est développée autour de l'interprétation des normes vagues des traités d'investissement a donné lieu à plusieurs sursauts conventionnels au cours de ces dernières années. D'une manière plus globale, l'état de la jurisprudence a pu influencer certaines initiatives des États consistant à se retirer du système du droit international des investissements ou à vouloir le réformer par la renégociation de leurs traités d'investissement ou la conclusion de nouveaux²¹¹. Plus exactement, des études ont démontré que les États tiennent compte des décisions et des sentences des tribunaux en précisant les normes conventionnelles de

ita0815.pdf] (17 juillet 2023) (ci-après « affaire *Suez et Vivendi Universal c. Argentine* »). Le tribunal s'est basé encore une fois sur l'affaire *Methanex c. États-Unis*, préc., note 197.

208. *Règlement d'arbitrage du CIRDI*, 2006, art. 37, par. 2. [En ligne], [icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc-fra/partF.html] (20 avril 2023). À noter que les conditions d'acceptation de l'*amicus curiae* sont proches de celles qui ont été dégagées dans l'affaire *Suez et Vivendi Universal c. Argentine*, préc., note 207. Une nouvelle version du *Règlement d'arbitrage du CIRDI*, préc., note 63, a par ailleurs été publiée en juin 2022, où cette question est réglée par l'article 67.
209. C'est notamment le cas dans le document suivant : GOUVERNEMENT DU CANADA, *Modèle d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) du Canada de 2021*, art. 37. [En ligne], [www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/index.aspx ?lang=fra] (18 avril 2023).
210. Voir par exemple : Nigel BLACKBABY et Caroline RICHARD, « *Amicus Curiae* : A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration ? », dans M. WAIBEL et autres (dir.), préc., note 5, p. 253-274 ; ou, plus récemment, Gary BORN et Stephanie FORREST, « *Amicus Curiae* Participation in Investment Arbitration », (2019) 34-3 *ICSID Review* 626. Pour une étude de la question en langue française : Florian GRISEL et Jorge E. VIÑUALES, « *L'amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », (2007) 22-2 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 380.
211. Tomer BROUDE, Yoram HAFTTEL et Alexander THOMPSON, « Legitimation through Modification : Do States Seek more Regulatory Space in their Investment Agreements ? », dans D. BEHN, O. K. FAUCHALD et M. LANGFORD (dir.), préc., note 8, p. 531-554.

leurs traités²¹². Un exemple probant concerne la norme de TJE qui a pu faire l'objet d'importantes clarifications conventionnelles, dans l'objectif de juguler l'interprétation extensive de certains tribunaux. Une approche classique consiste à lier explicitement le TJE au standard minimal de traitement et à préciser que la portée ne peut excéder ce qui est prévu par la coutume internationale²¹³. Une autre façon de faire, et sûrement la plus efficace, est celle qui a été adoptée par l'AECG par exemple, qui définit très précisément les contours de l'obligation du TJE avec une liste exhaustive des comportements qui peuvent mener à une violation de cet accord²¹⁴.

Nonobstant ces éléments, selon une étude récente de Wolfgang Alschner, les tribunaux d'investissement accorderaient peu d'importance aux reformulations et aux clarifications de certaines normes dans les traités d'investissement, ce qui les amène ainsi à interpréter les nouveaux traités à la lumière des anciens²¹⁵. En un sens, cela prouve que les tribunaux d'investissement, placés devant la formulation plus précise d'une norme ou l'inclusion d'une nouvelle exception générale, continuent de se baser extensivement sur les précédents arbitraux pour rendre leurs décisions, bien que ces derniers soient attachés à d'anciens traités. À titre d'exemple, le tribunal, dans l'affaire *Railroad Development Corporation c. République du Guatemala*²¹⁶, a fait fi de l'annexe interprétative 10-B du chapitre sur l'investissement de l'*Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République dominicaine* (ALEAC-RD,

212. Voir, par exemple, W. ALSCHNER, préc., note 170. De manière générale, la conclusion de traités d'investissement évolue vers une plus grande précision : voir Mark S. MANGER et Clint PEINHARDT, « Learning and the Precision of International Investment Agreements », *International Interactions*, vol. 43, n° 6, p. 920 et suiv.

213. Voici deux exemples parmi d'autres : *Accord entre le Gouvernement du Canada et la République de Moldavie concernant la promotion et la protection des investissements*, 2018, art. 6(1) et 6(2), [En ligne], [www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/agreements-accords/Canada-Moldova-APIE_FR.pdf] (20 avril 2023) ; *Accord de libre-échange entre l'Australie et le Royaume-Uni*, 2021, chapitre 13, art. 13.7(1) et 13.7(2), [En ligne], [investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6372/download] (17 juillet 2023).

214. AECG, préc., note 6, art. 8.10 al. 1 et 2. Cette approche est suivie par d'autres États, notamment avec l'*Accord entre la République portugaise et la République de Côte d'Ivoire sur la promotion et la protection réciproques des investissements*, 13 juin 2019, Abidjan, art. 5.

215. Wolfgang ALSCHNER, *Investment Arbitration and State-Driven Reform. New Treaties. Old Outcomes*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

216. *Railroad Development Corporation c. République du Guatemala*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/07/23, CIRDI, 29 juin 2012, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1051.pdf] (17 juillet 2023).

ou *Central America Free Trade-Dominican Republic (CAFTA-DR)*)²¹⁷ et a interprété la norme TJE, explicitement liée au standard minimal de traitement, au regard de décisions et de sentences antérieures rendues en vertu d'un traité différent²¹⁸. Dans la même veine, la majorité du tribunal dans l'affaire *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie* a préféré se baser sur quelques précédents issus de la pratique arbitrale²¹⁹, et affirmer le caractère évolutif du standard minimal de traitement²²⁰, plutôt que de réaliser une réelle analyse de la pratique et de l'*opinio juris* des États. Le tribunal a donc considéré que la frustration des attentes légitimes et la stabilité/prévisibilité du cadre légal national étaient des éléments importants dont il fallait tenir compte dans la détermination d'une violation du standard minimal de traitement²²¹. Cette solution est regrettable, car elle rend inopérante la liaison du TJE au standard minimal de traitement effectué par l'article 805(1) du TBI Canada-Colombie qui avait pour objet de restreindre ce genre d'interprétations extensives²²².

Il en ressort que les tribunaux arbitraux seraient ainsi plus enclins à suivre une jurisprudence établie qu'à essayer d'interpréter un traité nouveau à la seule lumière des nouvelles précisions conventionnelles²²³.

217. *Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République dominicaine*, 5 août 2004, chapitre 10, annexe 10-B « *Customary International Law* » (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009 au Costa Rica).

218. *Railroad Development Corporation (RDC) c. République du Guatemala*, préc., note 216, par. 218-219. Cette affaire est également citée par W. ALSCHNER, préc., note 215, p. 197-198.

219. *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/16/41, décision sur la compétence, la responsabilité et instructions sur le quantum CIRDI, 9 septembre 2021, par. 754, en particulier les notes de bas de page 764 à 766, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16212.pdf] (17 juillet 2023).

220. *Id.*, par. 744. Le tribunal cite par ailleurs la sentence *ALENA Merrill and Ring c. Canada*, qui adoptait la même position évolutive. Voir l'affaire *Merrill et Ring Forestry L.P. c. Canada*, décision rendue dans l'affaire n° UNCT/07/1, CIRDI, 31 mars 2010, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0504.pdf] (17 juillet 2023).

221. *Id.*, par. 754. Le rattachement de ces éléments au standard minimal de traitement a été fortement critiqué par l'arbitre dissident Philippe Sands : voir l'affaire *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, préc., note 219 (opinion dissidente partielle de Philippe Sands).

222. La liaison du TJE à la coutume pour juguler les interprétations trop extensives semble ainsi vaine S. SCHILL, préc., note 84, p. 275. Voir également W. ALSCHNER, préc., note 215, p. 158-159.

223. Cette attitude est confortée par la crainte de certains tribunaux d'interpréter une question nouvelle : voir, par exemple, l'affaire *Vigotop Limited c. République de Hongrie*, décision rendue dans l'affaire n° ARB/11/22, CIRDI, 1^{er} octobre 2014, par. 310, [En ligne], [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4047.pdf] (17 juillet 2023).

Cela démontre également que la transformation du droit international des investissements ne peut pas passer que par l'élaboration de nouveaux traités, au risque de faire face à une évolution lente et sinueuse. L'élément certain est que la jurisprudence en matière d'investissement encourage néanmoins les États à trouver de nouvelles solutions pour que le droit international des investissements se développe dans le sens souhaité au moment de la rédaction des traités.

Conclusion

Plus qu'une extravagance, l'utilisation extensive de la jurisprudence par les tribunaux d'investissement semble relever d'un paradoxe au regard de sa position dans les sources du droit et du caractère non contraignant des précédents arbitraux. Il apparaît pourtant que la jurisprudence arbitrale est la composante principale du droit international des investissements. Elle peut dès lors s'entendre d'abord comme la composante principale du processus interprétatif de l'arbitre. La prise en considération des précédents arbitraux par l'ensemble des acteurs du régime est ainsi le reflet de l'importance qu'a acquise la jurisprudence au cours des 30 dernières années de développement frénétique des traités et de l'arbitrage d'investissement. L'usage de la jurisprudence se révèle désormais systémique et permet aux arbitres de répondre aux impératifs que leur impose le règlement des différends concernant des enjeux d'intérêt public controversés. La jurisprudence peut aussi se concevoir comme la composante principale de l'évolution du droit international des investissements. Si les traités d'investissement sont le matériel formel d'origine ayant permis au droit international des investissements d'exister, la jurisprudence est l'étincelle qui a attisé son développement, au point d'entraîner un vent de changement conventionnel. La surutilisation du précédent dans le raisonnement des tribunaux tend à démontrer que, même en présence de nouveaux traités, les tribunaux se réfèrent à la jurisprudence passée. *In fine*, que ce soit à la lumière du processus d'interprétation de l'arbitre ou par le résultat même de ce processus, les décisions et les sentences arbitrales jouent un rôle qu'il est aujourd'hui difficile de négliger, tant la compréhension commune du droit international des investissements par ses acteurs et ses commentateurs est imprégnée de son sens jurisprudentiel.