



UNIVERSITÉ **PARIS II**
PANTHÉON-ASSAS

INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES

LA RÉPARATION ET LA LICÉITÉ

UNE ÉTUDE DE L'EXPROPRIATION EN ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

Mémoire pour le Certificat de Recherche Approfondie de l'IHEI
présenté et soutenu par

Maxime DELABARRE

Sous la direction de: **Madame Claire CRÉPET-DAIGREMONT**
Maître de conférences à l'Université Paris II

Membres du jury: **Madame Pascale MARTIN BIDOU**
Maître de conférences à l'Université Paris II

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire.

Les opinions exprimées dans le présent mémoire doivent être considérées comme propres à leur auteur et ne représentent pas nécessairement celles des institutions auxquelles l'auteur est ou a été affilié, y compris, sans y être limitées, l'Institut d'Étude Politique de Paris, Georgetown University Law Center, le Georgetown Journal of International Law, l'Institute of International Economic Law, le Columbia Center on Sustainable Investment et Oxford University Press.

Remerciements

Qu'il me soit ici permis d'exprimer ma profonde reconnaissance envers Madame Claire Crépet-Daigremont, Maître de conférences à l'Université Paris II et directrice de ce mémoire, pour ses conseils avisés et sa très grande disponibilité en dépit de mes (fréquents) retards et changements de cap.

Merci également à la société Air France d'avoir opéré le vol AF6698 à destination de New York, à bord duquel la plupart de ces lignes ont été écrites. Je ne les remercie pas, en revanche, d'avoir perdu ma valise à cette occasion.

Washington, D.C., le 30 mars 2022

*« Le Poète est semblable au prince des nuées
Qui hante la tempête et se rit de l'archer ;
Exilé sur le sol au milieu des huées,
Ses ailes de géant l'empêchent de marcher. »*

— Charles Baudelaire, *Les Fleurs du Mal* — *L'Albatros*

À ma grand-mère, à qui je dois tant.

Sommaire

Sommaire	xi
Introduction Générale	1
Partie I Le refus de la compensation comme marque de l'illicéité de l'expropriation	19
Chapitre 1 L'obligation de compensation contestée en doctrine et en pratique	21
Chapitre 2 La justification de la distinction entre expropriation licite et illicite	71
Partie II L'illicéité de l'expropriation et son effet sur la réparation	127
Chapitre 1 La compensation de l'expropriation licite et la réparation de l'expropriation illicite	129
Chapitre 2 L'identification du fait illicite dans l'expropriation	185
Conclusion Générale	237
Bibliographie Générale	267
Index des Auteurs	345
Index des décisions, arrêts et sentences arbitrales	353
Table des matières	363

Liste des sigles et abréviations

ACDI Annuaire de la Commission du droit international.

ACICA Australian Centre for International Commercial Arbitration.

AFDI Annuaire français de droit international.

aff. Affaire.

AGNU Assemblée Générales des Nations Unies.

AIDI Annuaire de l'Institut de droit international.

AII Accords internationaux d'investissement.

al. alinéa.

ALENA Accord de libre échange nord américain.

Am. J. Comp. L. American Journal of Comparative Law.

Am. J. Int. L. American Journal of International Law.

Am. U. Int'l L. Rev. American University International Law Review.

AMGI Agence multilatérale de garantie des investissements.

AMI Accord Multilatéral sur l'investissement.

AN Assemblée Nationale.

ASA Bulletin Bulletin de l'Association suisse d'arbitrage.

ASEAN Association des Nations de l'Asie du Sud-Est.

ASIL American Society of International Law.

Ass. plén. Assemblée plénière.

BIT Bilateral Investment Treaty.

Bull. civ. Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation.

BYBIL British Yearbook of International Law.

c. Contre.

C. civ. Code civil.
CA Cour d'appel.
Cah. Cahiers.
Cass. Cour de cassation.
CCI Chambre de commerce internationale (Cour internationale d'arbitrage).
CCS Institut d'arbitrage de la chambre de commerce de Stockholm.
CDI Commission du droit international.
CE Conseil d'État.
CEDH Cour Européenne des Droits de l'Homme.
Ch. réun. Chambres réunies.
chap. chapitre.
Chron. Chronique.
CIJ Cour internationale de Justice.
CIRDI Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements.
CJUE Cour de justice de l'Union européenne.
CNUCED Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.
CNUDCI Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.
comm. commentaire.
concl. conclusion.
CPA Cour permanente d'arbitrage.
CPC Code de procédure civile.
CPJI Cour permanente de Justice internationale.
CUP Cambridge University Press.
D. Recueil Dalloz.
doc. Document.
ECOSOC Conseil économique et social des Nations Unies.
ECT Energy Charter Treaty.
EJIL European Journal of International Law.
et al. et autres.
Fasc. Fascicule.

Gaz. Pal. Gazette du Palais.

Geo. J. Int'l Law Georgetown Journal of International Law.

Harv. Int'l Law Journal Harvard International Law Journal.

IBA International Bar Association.

ibid. ibidem.

ICC International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce.

ICLQ International and Comparative Law Quarterly.

ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes.

IDI Institut de droit international.

ILA International Law Association.

infra ci-dessous.

JCP G. Jurisclasseur Périodique, édition Générale.

JDI Journal du droit international (Clunet).

JDIA Journal of Damages in International Arbitration.

JIA Journal of International Arbitration.

JIBS Journal of International Business Studies.

JIDS Journal of International Dispute Settlement.

JO Journal Officiel.

JTLP Journal of Transnational Law and Policy.

L. Loi.

MERCOSUR Marché commun du Sud.

NYIL Netherlands Yearbook of International Law.

obs. observations.

OCDE Organisation de coopération et de développement économiques.

op. cit. opere citato.

OUP Oxford University Press.

prop. proposition.

préc. précité.

PUF Presse Universitaire de France.

rapp. rapporteur.

RCADI Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye.

Rev. arb. Revue de l'arbitrage.

RGDIP Revue générale de droit international public.

RIDC Revue internationale de droit comparé.

RSA Recueil des sentences arbitrales.

RTD Civ. Revue trimestrielle de droit civil.

RTD Com. Revue trimestrielle de droit commercial.

RTNU Recueil des Traités des Nations Unies.

SCC Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce.

somm. sommaire.

sq. et suivants.

supra ci-dessus.

t. tome.

TBI Traité bilatéral d'investissement.

TCE Traité sur la charte de l'énergie.

TDM Transnational Dispute Management.

TIDM Tribunal international du droit de la mer.

v. voir.

vol. volume.

YIILP Yearbook on International Investment Law and Policy.

Introduction Générale

« *Le Lapin Blanc mit ses lunettes.*

— *Plaise à Votre Majesté, où dois-je commencer ? demanda-t-il.*

— *Commencez au commencement, dit le Roi d'un ton grave, et continuez jusqu'à ce que vous arriviez à la fin ; ensuite, arrêtez-vous. »*

— Lewis Carroll, *Alice au Pays des Merveilles*

1. L'un des objets du droit est, naturellement, la protection des intérêts légitimes des personnes et des États, entre autres, ainsi que de fournir un mécanisme permettant à ces entités de résoudre leurs différends dès lors que leurs intérêts sont conflictuels.¹ En particulier, le droit international des investissements voit trois parties aux intérêts divergents interagir : l'investisseur, son État d'origine, et l'État d'accueil de l'investissement. Ainsi que rappelé à juste titre par le Professeur Salacuse, chaque partie est présumée utiliser les traités bilatéraux d'investissement afin de protéger ses intérêts particuliers.² Il est dès lors nécessaire d'étudier la signature des accords d'investissement sous l'angle de l'approche coût-avantage : un État ne saurait s'engager dans un traité contraignant que dans la mesure où cet engagement est dans son intérêt, c'est-à-dire que les bénéfices surpassent les coûts. Dès lors que le débat sur les liens entre la réparation et l'expropriation repose essentiellement sur les conflits d'intérêts présents en matière de droit international des investissements, il apparaît nécessaire d'en brosser brièvement le portrait.

1. Jeswald W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, 3^e éd., Oxford International Law Library, Oxford, New York : Oxford University Press, 2021, 581 p., p. 52.

2. Jeswald W. SALACUSE, *The three laws of international investment : national, contractual, and international frameworks for foreign capital*, Oxford : Oxford University Press, 2013, 440 p.

2. Les intérêts de l'État d'accueil. L'influence de l'État d'accueil – c'est-à-dire l'État sous la souveraineté duquel l'investisseur place ses actifs – est indéniable. L'État hôte est en effet probablement justifié à voir l'investissement comme une activité relevant de sa souveraineté, parfois exclusive, et il pourrait en ce sens considérer que son droit national s'y applique exclusivement. Les intérêts de l'État d'accueil sont multiples. On y compte, notamment, la création de nouveaux emplois, le transfert de nouvelles technologies et compétences sur son territoire, le développement et l'exploitation de ses ressources naturelles, ainsi que le renforcement des industries locales et des moyens de production. Naturellement, les revenus générés par ces activités seront sujets à l'impôt de l'État d'accueil. Par ailleurs, un État d'accueil pourrait voir en l'investissement étranger une opportunité pour améliorer sa balance des paiements, en particulier lorsque l'investissement produit des recettes d'exportation.³

3. Les coûts pour l'État d'accueil. L'accueil d'investissements étrangers n'est pas un acte anodin pour l'État d'accueil. Celui-ci peut en effet être soumis à un certain nombre de coûts, à l'image de la perte de compétitivité de son industrie nationale, une éventuelle ingérence de la part de sociétés étrangères,⁴ et l'introduction de technologies et de pratiques potentiellement préjudiciables à l'environnement local, aux cultures autochtones, ainsi qu'à la santé et à la sécurité des autres habitants. Par conséquent, le gouvernement d'un pays d'accueil tentera généralement, par divers moyens, de maximiser les avantages perçus et de minimiser les coûts perçus, tout en cherchant à attirer des capitaux étrangers.⁵

4. Les intérêts de l'investisseur. L'intérêt principal de l'investisseur est de maximiser ses bénéfices tout en diminuant ses coûts, ce qui revient notamment à limiter son exposition aux risques susceptibles de résulter de son investissement et, notamment, de ceux qui découlent de l'influence de l'État d'accueil. Ainsi, l'investisseur étranger est susceptible de conclure des contrats avec des agences gouvernementales dans le but d'obtenir des conditions plus favorables à son investissement : de l'exonération fiscale à la subvention directe du gouvernement de l'État hôte,⁶ en passant par un accès pri-

3. Jeswald W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, 3^e éd., Oxford International Law Library, Oxford, New York : Oxford University Press, 2021, 581 p., p. 53.

4. Et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit de société détenue en majorité par un État.

5. David N. GOLDSWEIG et Roger H. CUMMINGS, *International joint ventures : a practical approach to working with foreign investors in the U.S. and abroad : a case study with sample documents*, 2^e éd., Chicago, IL : American Bar Association, 1990, 427 p., pp. 107 et s.

6. Ce traitement spécial n'est pas limité aux pays en développement. Aux États-Unis, par exemple, les gouvernements des États et les collectivités locales accordent chaque année aux investisseurs étrangers des

vilégié, voire exclusif, à certaines ressources naturelles. Ces accords deviennent alors partie intégrante du cadre juridique de l'investissement et sont légalement opposables au gouvernement de l'État d'accueil.⁷

5. Les intérêts de l'État d'origine. L'État d'origine de l'investisseur bénéficie, en premier lieu, des mêmes bénéfices que l'État d'accueil dès lors que les traités sont bilatéraux : l'État d'origine est également État d'accueil. Pourtant, l'État d'origine tire également un bénéfice significatif de voir ses entreprises domestiques investir à l'étranger : elles peuvent entraîner une augmentation des échanges commerciaux avec les pays dans lesquels elles investissent, sécuriser les ressources naturelles nécessaires et renforcer les relations économiques et politiques entre les deux pays.⁸ En revanche, l'État d'origine peut également être amené à considérer que les capitaux utilisés par ses nationaux dans un autre État seraient mieux utilisés sur son territoire. La délocalisation de ses industries, la fermeture de ses usines locales, le licenciement de ses travailleurs et la perte de recettes fiscales dès lors engendrée sont particulièrement préoccupants.

6. C'est dans ce cadre conflictuel que les débats relatifs à l'indemnisation de l'expropriation prennent place. L'investisseur et son État d'origine sont probablement favorables à l'obtention par l'investisseur de la compensation la plus haute possible dans la mesure où celui-ci a été exproprié. L'État d'accueil sera d'avis de restreindre au maximum les droits dont l'investisseur se prévaut, sur fondement de justification d'intérêt général. Pourtant, comme développé précédemment, les États signent des traités bilatéraux et, à ce titre, sont susceptibles de voir les intérêts qu'ils représentent et défendent drastiquement changer au gré des procédures arbitrales intentées par les investisseurs. Un État d'origine qui militerait pour une réparation intégrale de son investisseur risque alors de se voir opposer ses propres arguments lorsqu'il sera assigné comme État d'accueil par un investisseur de l'autre partie au traité. C'est la raison pour laquelle les positions relatives à la question de l'indemnisation de l'expropriation sont particulièrement mouvantes.

subventions d'une valeur de près de 50 milliards de dollars américains. Kenneth P. THOMAS, *Investment Incentives and the Global Competition for Capital*, International Political Economy, Londres : Palgrave Macmillan, 2010, 217 p., p. 102.

7. Code Civil, art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

8. Jeswald W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, 3^e éd., Oxford International Law Library, Oxford, New York : Oxford University Press, 2021, 581 p., p. 55.

§ 1. La protection de l'investisseur contre l'expropriation

7. Un investisseur étranger a deux préoccupations principales au regard de son investissement :

1. La protection de son investissement contre l'expropriation, la nationalisation, ou toute autre ingérence injustifiée dans ses droits de propriété ;
2. L'assurance, par l'État d'accueil, que celui-ci respectera ses engagements vis-à-vis de l'investisseur.

8. C'est au cours des XIXe et XXe siècles que les gouvernements – en particulier ceux de ce que l'on appelait alors l'Ouest – ont élaboré un système, reposant principalement sur le droit international coutumier, pour protéger leurs investisseurs.⁹ S'agissant de l'expropriation, le droit international reconnaît le pouvoir de l'État d'exproprier, à tout le moins pour protéger l'intérêt général et en contrepartie d'une indemnité. Ce pouvoir découle, naturellement, de la souveraineté de l'État sur et dans son territoire. Ce principe est justifié par l'hypothèse selon laquelle le but de l'État est *toujours* la sauvegarde de l'intérêt général.¹⁰ En revanche, il semble que la plupart des gouvernements occidentaux aient convenu qu'un minimum de protection était nécessaire face à l'*imperium* de certains États. C'est ainsi que le droit international coutumier permettait l'expropriation des biens d'un étranger à condition qu'elle soit justifiée par un objectif d'intérêt général, qu'elle soit non discriminatoire et qu'elle soit accompagnée par une juste compensation.¹¹

9. C'est ainsi qu'en 1903 dans l'affaire *Upton*, la Commission mixte a considéré que « le droit de l'État, sous l'effet de la nécessité, de s'approprier une propriété privée à des fins d'utilité publique est incontesté, mais toujours avec l'obligation correspondante d'accorder une juste compensation à son propriétaire. »¹² La Commission mixte réunie dans l'affaire *De Sabla* est arrivée à une solution analogue en considérant qu'« il est évident que les

9. Jeswald W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, 3^e éd., Oxford International Law Library, Oxford, New York : Oxford University Press, 2021, 581 p., p. 71.

10. Ingrid DETTER DE LUPIS FRANKOPAN, *Finance and protection of investments in developing countries*, Brookfield : Epping, Gower Press, 1973, 183 p., p. 31.

11. Chittharanjan Felix AMERASINGHE, *State responsibility for injuries to aliens*, Oxford : Clarendon Press, 1967, 324 p., p. 124.

12. Arbitrage *ad hoc*, *Upton*, sentence, 17 fév. 1903, p. 236. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « the right of the State, under the stress of necessity, to appropriate private property for public use is unquestioned, but always with the corresponding obligation to make just compensation to the owner thereof. »

actes d'un gouvernement qui prive un étranger de ses biens sans indemnisation engagent sa responsabilité internationale. »¹³ De même, dans l'une des principales affaires sur le sujet avant la Seconde Guerre mondiale, et concernant l'expropriation par la Pologne de propriétés industrielles appartenant à des Allemands en Haute-Silésie, la Cour permanente de Justice internationale a déclaré qu'en cas d'expropriation, l'État expropriant avait l'obligation de payer le « juste prix de ce qui a été exproprié. », ce qui signifie « la valeur de l'entreprise au moment de la dépossession, plus les intérêts jusqu'au jour du paiement. »¹⁴

10. Une position cristallisée par le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*. Il est communément considéré que la position occidentale dominante sur la question est résumée dans la Section 712 du *Restatement* des États-Unis qui considère qu'un État est responsable en droit international des dommages qui résultent de l'expropriation par l'État de la propriété d'un investisseur d'un autre État dès lors que cette expropriation :

1. n'est pas justifiée par un objectif d'intérêt général, ou
2. est discriminatoire, ou
3. n'est pas accompagnée d'une juste indemnisation.

Dans une large mesure, les traités d'investissement modernes ont intégré ces conditions pour déterminer la licéité d'une expropriation.¹⁵ En effet, elles sont devenues si courantes dans les traités d'investissement que l'on peut aisément soutenir que ces critères, avec celui du respect de la procédure légale, constituent une représentation de la norme coutumière.¹⁶

11. Des critères uniformes repris par les TBIs. Puisque le mouvement de démocratisation des investissements internationaux et la signature des traités et accords à ce sujet ont eu lieu à un moment où, paradoxalement, le monde assistait à un mouvement sans précédent de nationalisations et d'expropriations, la priorité des États – Occidentaux, à l'époque – était de prémunir leurs investisseurs contre les risques de l'investissement

13. Arbitrage *ad hoc*, *Marguerite de Joly de Sabla (États-Unis) c. Panama*, sentence, 29 juin 1933, *Recueil Des Sentences Arbitrales* 1933, vol. VI, p. 358-370.

14. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17.

15. *World Investment Report 2021 - Investing in sustainable recovery*, UNCTAD/WIR/2021, Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, 2021.

16. Jeswald W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, 3^e éd., Oxford International Law Library, Oxford, New York : Oxford University Press, 2021, 581 p., p. 423.

international : l'expropriation et la nationalisation.¹⁷ Par conséquent, pratiquement tous les traités d'investissement contiennent une disposition concernant l'expropriation ou la nationalisation des investissements étrangers. En ce sens, l'Accord Canada—États-Unis—Mexique, en des termes similaires à ceux utilisés par son prédécesseur,¹⁸ stipule que :

« 1. Aucune Partie ne nationalise ni n'exproprie un investissement visé directement ou indirectement au moyen de mesures équivalentes à une nationalisation ou à une expropriation (« expropriation »), si ce n'est :

- a) à des fins d'intérêt public ;
- b) de façon non discriminatoire ;
- c) moyennant le versement d'une indemnité prompte, adéquate et effective, conformément aux paragraphes 2, 3 et 4 ; et
- d) dans le respect du principe de l'application régulière de la loi. »¹⁹

12. L'ensemble des dispositions conventionnelles relatives aux expropriations ont pour points communs la reconnaissance du droit d'exproprier des États²⁰ et sa limitation. Ainsi, bien que l'État d'accueil ait le droit d'exproprier les investisseurs étrangers sur son territoire, cet acte de dépossession doit répondre aux critères prévus par le TBI afin de considérer cette expropriation comme licite.

13. L'objectif d'intérêt général. La quasi-totalité des TBIs conditionnent l'expropriation licite à la poursuite d'un intérêt public (ou intérêt général). Étant donné que pratiquement toute prise de possession par un gouvernement peut être justifiée par ces motifs tant ils sont larges, les investisseurs réussissent rarement à contester la légalité d'une prise de possession gouvernementale parce qu'elle n'est pas destinée à un objectif relevant de l'intérêt général.²¹ On notera toutefois l'exception de l'affaire *ADC c. Hongrie* dans laquelle l'investisseur argumentait que l'expropriation opérée par l'État hongrois

17. *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, UNCTAD/ITE/IIT/7, Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, 1998, p. 65.

18. Accord de Libre-Échange Nord Américain (ALENA), signé le 17 déc. 1992, à Washington, D.C., Ottawa et Mexico, art. 1110 ; V. aussi, pour une stipulation similaire, Traité sur la Charte de l'Énergie, signé le 17 déc. 1994, à Lisbonne, art. 13(1).

19. Accord Canada—États-Unis—Mexique, signé le 30 nov. 2018, à Buenos Aires, art. 14.8.

20. Rudolf DOLZER et Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2^e éd., Oxford, New York : Oxford University Press, 15 nov. 2012, 456 p., p. 89.

21. Jeswald W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, 3^e éd., Oxford International Law Library, Oxford, New York : Oxford University Press, 2021, 581 p., p. 424.

ne remplissait pas la condition de l'intérêt général.²² Le tribunal arbitral a estimé que, en dépit du fait que le concept d'intérêt public soit large, l'exigence de la poursuite de l'intérêt public dans le traité nécessitait par définition que l'État poursuive réellement une action justifiée par l'intérêt général : « si la simple référence à l'“intérêt public” peut magiquement faire exister un tel intérêt et donc satisfaire à cette exigence, alors cette exigence serait vidée de son sens puisque le tribunal ne peut imaginer aucune situation où cette exigence n'aurait pas été remplie. »²³ Le tribunal conclut alors à l'absence de justification pour intérêt public et à l'engagement de la responsabilité internationale de l'État hongrois.²⁴

14. La non-discrimination. Dans l'affaire *ADC c. Hongrie*, le demandeur faisait valoir que l'expropriation opérée par l'État hongrois ne respectait pas l'obligation de non-discrimination. Alors que l'État hongrois considérait que l'investisseur ne pouvait se prévaloir d'une expropriation discriminatoire étant donné que l'investisseur était l'unique partie étrangère impliquée dans les opérations aéroportuaires dont il était question, le tribunal relève la discrimination en expliquant que la différence de traitement était à étudier vis-à-vis de l'ensemble des investisseurs étrangers.²⁵ D'autres affaires confirment cette approche et rappellent que la non-discrimination est un élément fondamental du système global d'investissements étrangers.²⁶

15. Le respect de la procédure légale. La mention « procédure légale » (ou « *due process* ») n'est en général pas définie dans les accords et traités. Une définition intéressante a été fournie par le tribunal constitué dans l'affaire *ADC c. Hongrie* :

22. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16.

23. *Ibid.*, § 432.

24. Une question similaire se posait également dans l'affaire Yukos dans laquelle la Fédération de Russie considérait que la dépossession des actifs de Yukos était justifiée par l'intérêt général. Le Tribunal arbitral n'était pas de cet avis. CPA, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, sentence, 18 juill. 2015, n° 2005-04/AA227, § 1581 : « whether the destruction of Russia's leading oil company and largest taxpayer was in the public interest is profoundly questionable. It was in the interest of the largest State-owned oil company, Rosneft, which took over the principal assets of Yukos virtually cost-free, but that is not the same as saying that it was in the public interest of the economy, polity and population of the Russian Federation. »

25. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 442.

26. CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Libéria*, sentence, 21 juin 1983, n° ARB/83/2, p. 665 ; Arbitrage *ad hoc*, *Liamco c. Libye*, sentence, 12 avr. 1977, p. 194 : « It is clear and undisputed that nondiscrimination is a requisite for the validity of a lawful nationalization. This is a rule well-established in international legal theory and practice ... Therefore, a purely discriminatory nationalization is illegal and wrongful. »

« Le respect de la procédure légale exige une procédure juridique réelle et substantielle permettant à un investisseur étranger de présenter ses réclamations contre les actions privatives déjà prises ou sur le point d'être prises à son encontre. Certains mécanismes juridiques de base, tels qu'un préavis raisonnable, une audience équitable et un arbitre impartial pour évaluer les actions en litige, doivent être facilement disponibles et accessibles à l'investisseur pour que cette procédure juridique ait un sens. En général, la procédure légale doit être de nature à donner à l'investisseur affecté une chance raisonnable, dans un délai raisonnable, de faire valoir ses droits légitimes et de faire entendre ses revendications. S'il n'existe aucune procédure légale de cette nature, l'argument selon lequel "les actions sont prises dans le cadre d'une procédure légale régulière" sonne creux. »²⁷

16. Le tribunal a constaté que l'État hongrois n'avait mis aucune de ces procédures et aucun de ces mécanismes à la disposition des requérants et qu'une expropriation en violation de l'exigence de procédure régulière du traité avait effectivement eu lieu.²⁸

§ 2. La protection des intérêts de l'investisseur et l'indemnisation

17. Il ne fait guère de doute que, pour l'indemnisation, les considérations relatives à la compensation sont parmi les plus importantes. Cependant, l'importance d'obtenir une compensation pour les violations des traités sert un objectif plus important que de

27. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 435. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « Due process of law demands an actual and substantive legal procedure for a foreign investor to raise its claims against the depriving actions already taken or about to be taken against it. Some basic legal mechanisms, such as reasonable advance notice, a fair hearing and an unbiased and impartial adjudicator to assess the actions in dispute, are expected to be readily available and accessible to the investor to make such legal procedure meaningful. In general, the legal procedure must be of a nature to grant an affected investor a reasonable chance within a reasonable time to claim its legitimate rights and have its claims heard. If no legal procedure of such nature exists at all, the argument that "the actions are taken under due process of law" rings hollow ».

28. De même, dans les affaires Yukos, bien que la Russie ait affirmé que la saisie des actifs et le traitement des investisseurs avaient été effectués conformément à la loi, le tribunal a conclu qu'ils n'avaient pas été « exécutés selon une procédure régulière », comme l'exige l'article 13(1)(c) du Traité sur la Charte de l'Énergie. En particulier, il a constaté que « les tribunaux russes se sont pliés à la volonté des autorités exécutives russes de mettre Yukos en faillite, de céder ses actifs à une société contrôlée par l'État et d'incarcérer un homme qui donnait des signes de devenir un concurrent politique. » CPA, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, sentence, 18 juill. 2015, n° 2005-04/AA227, § 1583.

rendre justice dans un cas individuel, aussi important soit-il. En effet, la compensation prévue pour rendre l'expropriation licite et la réparation qu'un tribunal sera amené à ordonner en cas d'expropriation illicite assurent le respect des règles prévues par les TBIs et préservent le respect du système global d'encouragement et de préservation des investissements étrangers.²⁹ D'une part, la garantie, pour l'investisseur, de n'être exproprié qu'avec compensation réduit le risque propre à son investissement et encourage donc les investissements internationaux. D'autre part, la perspective de devoir indemniser l'investisseur – c'est-à-dire soit le compenser, soit réparer son préjudice – prévient des expropriations trop fréquentes de la part des États d'accueil. En outre, l'expropriation illicite entraînant une réparation intégrale pouvant être plus coûteuse que la compensation de l'expropriation licite, l'État d'accueil est moins susceptible de violer son engagement international et le système s'en trouve renforcé.

18. Les normes coutumières et la compensation de l'expropriation. Il semble peu probable qu'un investisseur exproprié ait une chance, ou même qu'il souhaite, obtenir la restitution du bien saisi. Une telle hypothèse ne semble pouvoir exister qu'en cas de changement drastique de régime politique ayant eu lieu entre la dépossession et le recours de l'investisseur. C'est la raison pour laquelle les débats – doctrinaux, jurisprudentiels, et conventionnels – se sont essentiellement portés sur la question de la compensation ou de la réparation monétaire du dommage subi. Il semble que l'immense majorité des nations reconnaissent aujourd'hui le principe selon lequel un État qui a exproprié la propriété d'un investisseur étranger doit verser une juste indemnité. Le débat porte dès lors sur les conditions de cette indemnisation, et notamment sur la norme appropriée.

19. La formule de Hull. Une formulation traditionnelle de la norme appropriée et des conditions de cette indemnisation découle de la communication entre le secrétaire d'État américain Cordell Hull et le ministre mexicain des Affaires étrangères Eduardo Hay : la « formule de Hull. »³⁰ Hull considère que la propriété des étrangers est protégée par une norme internationale en vertu de laquelle l'expropriation était soumise à des limitations, qui exigeaient une « indemnisation prompte, adéquate et effective. », ce qui

29. Jeswald W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, 3^e éd., Oxford International Law Library, Oxford, New York : Oxford University Press, 2021, 581 p., p. 427.

30. Davis R. ROBINSON, « Expropriation in the Restatement (revised) », *American Journal of International Law* 1984, vol. 78, p. 176 ; Oscar SCHACHTER, « Compensation for Expropriation », *American Journal of International Law* jan. 1984, vol. 78, n° 1, p. 121-130 ; Green Haywood HACKWORTH, *Digest of International Law*, US Government Printing Office, 1940, p. 658, qui considère notamment que : « en vertu de toutes les règles de droit et d'équité, aucun gouvernement n'a le droit d'exproprier une propriété privée, à quelque fin que ce soit, sans prévoir un paiement rapide, adéquat et effectif en contrepartie. »

représente une position que le gouvernement des États-Unis a, à de maintes occasions, réitérée.³¹

20. Une position tant partagée que contestée. Cette position a naturellement trouvé un écho important dans la pratique, tant des États que des tribunaux arbitraux. Pourtant, il semble qu'un certain nombre de gouvernements et d'arbitres, tout en reconnaissant le principe de la formule de Hull, aient décidé d'utiliser un standard analogue aux termes distincts.³² On se souvient, notamment, de Charles de Visscher, ancien Président de la Cour internationale de Justice, qui concluait que la pratique des États et les nationalisations à grande échelle restreignaient considérablement le droit à une indemnisation rapide et complète.³³ Il concluait que « la nationalisation ne permet guère qu'une indemnisation partielle, calculée moins en fonction de l'étendue des dommages que de la capacité et de la bonne volonté de l'État nationalisateur. »³⁴ Charles Rousseau soulignait, en 1983, que la formule de Hull n'était pas généralement acceptée dans la pratique des États, excluant par la même une éventuelle cristallisation d'une norme coutumière.³⁵ Sir Hersch Lauterpacht, énonce une restriction importante à l'obligation d'indemniser « dans les cas où des changements fondamentaux dans le système politique et la structure économique de l'État ou des réformes sociales de grande envergure entraînent une ingérence, à grande échelle, dans la propriété privée. » Lauterpacht conclut que, dans ces cas, il est nécessaire de chercher la solution dans l'« indemnisation partielle » uniquement.³⁶ Ainsi, et quand bien même la pratique internationale semble reconnaître la nécessité d'indemniser l'investisseur exproprié, aucune norme coutumière ne semble, à ce stade, émerger.

21. En ce qui concerne les règles relatives à la détermination du montant précis de l'indemnisation à verser dans des cas spécifiques, d'autres commentateurs ont observé qu'« il est extrêmement difficile, voire totalement impossible, d'énoncer systématique-

31. Green Haywood HACKWORTH, *Digest of International Law*, US Government Printing Office, 1940 ; Green Haywood HACKWORTH, *Digest of International Law*, t. III, US Government Printing Office, 1942.

32. Oscar SCHACHTER, « Compensation for Expropriation », *American Journal of International Law* jan. 1984, vol. 78, n° 1, p. 121-130, p. 121.

33. *Ibid.*, p. 124.

34. Charles de VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris : A. Pedone, 1970, 451 p.

35. Charles ROUSSEAU, *Droit International Public*, t. 5 : Les rapports conflictuels, Paris : Sirey, 1983, 504 p., p. 250.

36. Lassa OPPENHEIM, *International Law*, sous la dir. de Hersch LAUTERPACHT, Cambridge : Cambridge University Press, 1955, p. 354.

ment les critères qui semblent avoir été observés dans la pratique. »³⁷ Bien que la Cour permanente de Justice internationale, dans l'affaire de l'Usine de Chorzów, ait établi, bien qu'indirectement, le critère de la « valeur de l'entreprise au moment de la dépossession, augmentée des intérêts jusqu'au jour du paiement, »³⁸ cette formule n'a pas été uniformément suivie.³⁹

22. C'est ainsi que, face à cette acceptation finalement assez relative, que le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* n'utilise pas la formule « prompte, adéquate, et effective » mais invoque simplement le paiement d'une « juste compensation. »⁴⁰ La compensation est « juste » dès lors que, en l'absence de circonstances exceptionnelles, elle est équivalente à la valeur du bien saisi et payée à la date de l'expropriation, à défaut de quoi elle sera accompagnée d'intérêts au taux légal. Il semble ainsi que le *Restatement* américain reflète la position prise par la Commission du droit international dans ses Articles.⁴¹

23. On le voit, l'un des principaux points de crispations en droit international des investissements est la détermination, en particulier en droit coutumier, de la compensation due à l'investisseur exproprié.⁴² Ainsi, les TBIs comprennent des clauses particulières relatives à la compensation qui, en tant que *lex specialis* ont vocation à s'appliquer en dépit du débat coutumier.

24. Le standard applicable. La question principale qui se pose une fois le principe de compensation posé est naturellement le montant de celle-ci. Étant donné les grandes divergences qui sont apparues lorsque la communauté internationale a tenté de faire émerger une norme coutumière relative à la compensation de l'investisseur étranger, il semble que les négociateurs de TBIs aient souhaité arriver à une norme commune et conventionnelle d'indemnisation. Bien que décriée, la formule de Hull semble avoir été une base de négociation et une version analogue se retrouve quasi systématiquement

37. Francisco V. GARCÍA-AMADOR, Louis B. SOHN et Richard BAXTER, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, The Hague : Brill Nijhoff, 1974, 402 p., p. 55.

38. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17.

39. Francisco V. GARCÍA-AMADOR, Louis B. SOHN et Richard BAXTER, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, The Hague : Brill Nijhoff, 1974, 402 p., p. 55.

40. Jeswald W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, 3^e éd., Oxford International Law Library, Oxford, New York : Oxford University Press, 2021, 581 p., p. 78.

41. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 31 § 1 : « L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. »

42. Jeswald W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, 3^e éd., Oxford International Law Library, Oxford, New York : Oxford University Press, 2021, 581 p., p. 427.

dans les traités.⁴³ Il est dès lors fréquent que les TBIs ou autres accords internationaux contiennent des mentions identiques à une indemnisation prompte, adéquate et effective. L'indemnisation ne doit alors pas être affectée par un retard excessif et être payée dans une monnaie raisonnable et liquide. La question de savoir si l'indemnisation est adéquate est, en revanche, davantage sujette à débat.

25. L'indemnisation adéquate. Au regard de l'importance des montants disputés, la question de la détermination de l'indemnisation « adéquate » est bien entendue au cœur des débats. Pour l'exemple, entre 1987 et 2015, le montant moyen des dommages allégués par les investisseurs dans le cadre d'une procédure arbitrale investisseur-État était de 990 millions de dollars américains.⁴⁴ Ainsi, et à la vue de l'importance des sommes en jeu, les TBIs précisent couramment l'octroi à l'investisseur de la « valeur marchande » de son investissement exproprié. La question des intérêts est également fréquemment définie. Le texte de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique précise que :

« 2. L'indemnité :

- a) est versée sans délai ;
- b) équivaut à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié immédiatement avant l'expropriation (la date de l'expropriation) ;
- c) ne tient compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue ; et
- d) est pleinement réalisable et librement transférable.

3. Si la juste valeur marchande est libellée dans une monnaie librement utilisable, l'indemnité versée n'est pas inférieure à la juste valeur marchande à la date de l'expropriation, majorée des intérêts calculés à un taux commercial raisonnable pour cette monnaie, courus de la date de l'expropriation à la date du paiement. »⁴⁵

43. *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, UNCTAD/ITE/IIT/7, Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, 1998 ; Rudolf DOLZER et Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2^e éd., Oxford, New York : Oxford University Press, 15 nov. 2012, 456 p., p. 91.

44. Cette estimation est fondée sur les données collectées par Rachel Wellhausen. Rachel WELLHAUSEN, « Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement », *Journal of International Dispute Settlement* 2016, vol. 7, n° 1, p. 117-135.

45. Accord Canada-États-Unis-Mexique, signé le 30 nov. 2018, à Buenos Aires, art. 14.8.

26. Un certain nombre de traités sont, cependant, moins précis et laissent aux arbitres une marge d'appréciation plus importante dans la détermination de l'indemnisation due à l'investisseur. La valeur réelle,⁴⁶ une compensation raisonnable⁴⁷ ou la simple mention de la « compensation »⁴⁸ sont autant de clauses contestées que les futurs négociateurs seraient avisés d'éviter tant ces formules laissent une large place à la controverse quant à leur signification et leur application dans des cas d'expropriation spécifiques. En effet, et comme le note un commentateur, la notion de compensation « juste » ou « raisonnable » se prête vraisemblablement davantage à la prise en compte de standards environnementaux ou sociaux que la juste valeur marchande, plus objective.⁴⁹

27. **Compensation ou Réparation ?** Certains auteurs considèrent que les dispositions des traités relatives aux indemnités d'expropriation s'appliquent non seulement pour déterminer si un État a légalement exproprié un investissement, mais aussi pour déterminer le montant à accorder à l'investisseur dans le cas où le tribunal décide que l'État a illégalement exproprié ce même investissement. En d'autres termes, la norme conventionnelle de « compensation » prévue par le traité comme condition d'expropriation licite serait identique, si ce n'est confondue, avec la norme coutumière de « réparation » pour expropriation illicite. Pourtant, cette lecture entraîne un conflit évident dès lors que la compensation est considérée par les traités comme une *condition* à l'expropriation licite, et non une conséquence de la violation par l'État de ses engagements.⁵⁰ Dans la mesure où le traité ne prévoit pas de normes relatives à l'expropriation illicite, il semble raisonnable de s'intéresser au standard conventionnel de réparation qui vise à remettre l'investisseur dans la situation dans laquelle il aurait vraisemblablement été en l'absence du fait illicite.⁵¹ Ainsi, alors que la juste valeur marchande au moment de l'expropriation serait la norme applicable à l'expropriation licite, elle ne pourrait s'appliquer à l'expropriation illicite au bénéfice des principes dits de Chorzów. L'application de ces

46. Accord entre le gouvernement du Royaume de Thaïlande et le gouvernement de la Région Administrative Spéciale de Hong Kong de la République Populaire de Chine pour la promotion et la protection des investissements, signé le 19 nov. 2005, à Busan, art. 5 § 1.

47. Accord de libre-échange entre le gouvernement de l'Australie et le gouvernement de la République Populaire de Chine, signé le 11 juill. 1988, à Canberra, art. 8 § 1.

48. Accord entre gouvernement de la Région Administrative Spéciale de Hong Kong de la République Populaire de Chine et le Royaume des Pays-Bas pour la promotion et la protection des investissements, signé le 19 nov. 1992, à Hong Kong, art. 5 § 1.

49. Jeswald W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, 3^e éd., Oxford International Law Library, Oxford, New York : Oxford University Press, 2021, 581 p., p. 429.

50. Rudolf DOLZER et Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2^e éd., Oxford, New York : Oxford University Press, 15 nov. 2012, 456 p., p. 92.

51. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n^o 17.

deux normes aux mêmes faits peut conduire à des résultats significativement différents, notamment lorsque la prise en compte du gain manqué ou de l'augmentation de la valeur de l'entreprise expropriée sont contestées.

28. L'affaire *ADC c. Hongrie*.⁵² Le tribunal dans l'affaire *ADC c. Hongrie* a été confronté à cette question précise pour déterminer la norme d'indemnisation appropriée à appliquer à l'expropriation par la Hongrie des investissements des requérants dans un terminal aéroportuaire à Budapest. La Hongrie a fait valoir que la norme appropriée était la juste valeur marchande, puisque le TBI applicable prévoyait que le « montant de l'indemnité doit correspondre à la valeur marchande des investissements expropriés au moment de l'expropriation. »⁵³ Le tribunal a toutefois conclu que cette norme ne s'appliquait qu'aux cas d'expropriations licites et non aux expropriations illicites.⁵⁴ En particulier, le Tribunal rappelle, à juste titre, que :

« L'opinion selon laquelle un TBI peut être considéré comme une *lex specialis* dont les dispositions prévaudront sur les règles du droit international coutumier fait autorité (voir, par exemple, *Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran*, 21 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep., p. 121). Mais en l'espèce, le TBI ne stipule aucune règle relative aux dommages et intérêts payables en cas d'expropriation illicite. Le TBI ne stipule que la norme d'indemnisation qui est payable dans le cas d'une expropriation licite, et celle-ci ne peut être utilisée pour déterminer la question des dommages-intérêts payables dans le cas d'une expropriation illicite, car cela reviendrait à confondre l'indemnisation pour une expropriation licite avec les dommages-intérêts pour une expropriation illicite. Cela aurait été possible si le TBI prévoyait expressément une telle position, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. »⁵⁵

52. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16.

53. Accord entre la République de Chypre et la République populaire Hongroise sur l'encouragement et la protection mutuels des investissements, signé le 24 mai 1989, à Budapest, art. 4 § 2. Notre Traduction. Le traité original est ainsi rédigé : « The amount of compensation must correspond to the market value of the expropriated investments at the moment of the expropriation ».

54. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 481.

55. *Ibid.*, § 481. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « There is general authority for the view that a BIT can be considered as a *lex specialis* whose provisions will prevail over rules of customary international law (see, e.g., *Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran*, 21 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. at 121). But in the present case the BIT does not stipulate any rules relating to damages payable in the case of an unlawful expropriation. The BIT only stipulates the standard of compensation that is payable in the case of a lawful expropriation, and these cannot be used to determine the issue of damages payable in the case of an unlawful expropriation since this would be to conflate compensation for a lawful expropriation with damages for an unlawful expropriation. This would have been possible if the BIT expressly provided for such a position, but this does not exist in the present case. »

29. En concluant à l'inapplicabilité du standard conventionnel, le Tribunal se réfère à l'arrêt de l'*Usine de Chorzów* qui reflète, selon lui, l'état du droit coutumier en rappelant que « [l]e principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. »⁵⁶

30. **L'obligation de compensation.** Bien entendu, l'obligation qui est faite à l'État de compenser l'investisseur dans le cadre de l'expropriation est le cœur du débat du contentieux de l'investissement. À première vue, il semble que l'obligation de compensation soit une obligation *substantielle* qui fait partie intégrante des conditions propres à établir la licéité de l'expropriation. En ce sens, le non-versement de la compensation entraînerait, *ipso facto*, l'illicéité de l'acte et engage la responsabilité de l'État. Le tribunal dans l'affaire *Vivendi* l'exprime ainsi :

« Si nous concluons que les mesures contestées sont expropriatrices, il y aura violation de l'article 5(2), du Traité, même si les mesures peuvent être d'utilité publique et non discriminatoires, car aucune indemnisation n'a été versée. »⁵⁷

Le tribunal arbitral constitué dans cette affaire énonce alors ce qui semble être un principe fondateur, découlant directement de la pratique conventionnelle en la matière : l'obligation de compensation est une condition à part entière de l'expropriation licite. Son manquement, au même titre que pour les conditions d'intérêt général ou de non-discrimination, entraîne alors l'engagement de la responsabilité internationale de l'État. La compensation est, en ce sens, une obligation *primaire* de l'État. À l'inverse, le versement de la compensation, s'il est accompagné des autres conditions, rend licite l'expropriation. On notera toutefois que la simple compensation de l'expropriation ne saurait réparer l'illicéité préalable de l'acte.⁵⁸

56. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17, p. 47.

57. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3, § 7.5.21. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « If we conclude that the challenged measures are expropriatory, there will be violation of Article 5(2) of the Treaty, even if the measures might be for a public purpose and non-discriminatory, because no compensation has been paid. »

58. Sur ce point, v. Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « La réparation des dommages subis par les nationaux étrangers à la suite de bouleversement politiques. Comparaison des solutions françaises et allemandes. », *Revue internationale de droit comparé* 1969, vol. 21, n° 4, p. 763-778, 770-771, prenant l'exemple du versement de la réparation par un tiers ; V. aussi Cass. Civ. 1ère, *Sté Sonatrach c. Consorts Lung*, Arrêt, 23 jan. 1979, n° n°77-12.825.

31. La question de la réparation du dommage est aujourd'hui au cœur des préoccupations du droit de la responsabilité civile. Il suffit, pour s'en convaincre, de consulter l'abondante doctrine sur la question. La conception est alors classique : celui qui cause un dommage à autrui est tenu de le réparer.⁵⁹ L'auteur du fait illicite est alors tenu de compenser la victime de ce même fait illicite. C'est d'ailleurs ainsi que Gérard Cornu définit la réparation : il s'agit du « dédommagement d'un préjudice par la personne qui en est responsable. »⁶⁰

32. En dépit de cette apparente simplicité, la réparation du préjudice est, en droit, source de bien des conflits. Tant les auteurs que les différents législateurs ne sont, à ce jour, parvenus à en définir précisément ni les contours ni les effets. Notamment, la question porte régulièrement sur le fait de savoir si la réparation doit *gommer* ou *effacer* le dommage ou simplement le compenser. Dans la première hypothèse, la réparation doit rétablir la situation dans laquelle la victime était avant le dommage, c'est-à-dire le *statu quo ante*. Dans la seconde, la réparation est alors l'acte par lequel l'auteur du fait illicite tente de compenser le dommage qu'il a causé. Cela peut se faire par une réparation en nature ou par équivalent – ce qui recouvre, notamment, l'allocation d'une somme d'argent ou de dommages-intérêts. Cette somme d'argent est en principe destinée à compenser la perte subie par le créancier (le *damnum emergens*) et le gain manqué (*lucrum cessans*).⁶¹

33. Il est clair que la recherche de l'équilibre poursuivi par la réparation est dominée, pour ne pas dire écrasée, par la réparation pécuniaire.⁶² On le sait, notamment depuis l'expression de Cordell Hull sur la question,⁶³ la compensation de l'expropriation est couramment admise en droit international. Celle-ci doit être prompte, adéquate et effective. Pendant longtemps, comme conséquence directe de cet état de fait, les juridictions

59. Voir ainsi l'article 1240 du Code civil qui dispose que « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

60. Gérard CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., Paris : PUF, 2022, 1136 p.

61. Voir à ce sujet Code Civil, art. 1231-2, qui dispose que « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé. »

62. V., à ce sujet, Geneviève VINEY et al., *Les Conditions de la Responsabilité*, sous la dir. de Jacques GHESTIN, 4^e éd., *Traité de droit civil : Les obligations*, Paris : L.G.D.J, 2013, 1316 p., qui explique que cette domination peut s'expliquer par la capacité des pays économiquement développés à proposer des instruments monétaires permettant des échanges de valeurs fiables.

63. Shotaro HAMAMOTO, « Compensation Standards and Permanent Sovereignty over Natural Resources » in *Permanent Sovereignty Over Natural Resources*, Springer International Publishing, jan. 2015, p. 141-154.

considéraient alors que le manquement à l'obligation de compensation était une violation du droit international, qui engageait nécessairement la responsabilité de l'État.⁶⁴ À cet égard, on note l'affaire *de Sabla* dans laquelle le tribunal arbitral rappelle qu'« il est manifeste que les actes d'un gouvernement qui privent un étranger de ses biens sans indemnisation engagent sa responsabilité internationale. »⁶⁵

34. Problématique. Se pose dès lors la question des liens entre la licéité et la réparation de l'expropriation. En effet, la lettre des traités semble accorder à la compensation de l'investisseur la même place qu'à la non-discrimination ou à la poursuite d'un intérêt public. En d'autres termes, le manquement à l'obligation de compensation entraînerait la reconnaissance de l'illicite de l'expropriation. Il s'ensuit que, puisque l'expropriation non compensée est illicite, le standard applicable change également. Tandis que l'expropriation licite voit l'investisseur être *compensé*, l'expropriation licite présuppose que l'État doit *réparer* le préjudice qu'il a causé audit investisseur. Ainsi, le standard applicable est le principe de réparation intégrale.

35. Le présent mémoire a vocation à étudier les deux facettes de cette question. D'une part, le refus, par l'État, de compenser l'investisseur exproprié emporte des conséquences sur la licéité de l'expropriation. ([Partie I](#)) La confrontation entre la liberté d'exproprier et la protection de l'investisseur rend nécessaire l'étude d'un certain nombre de limites qui pourraient être apposées au principe de compensation comme prévu par les traités. Ainsi, l'obligation de compensation est fréquemment contestée, ([Chapitre 1](#)) au regard de la qualification de la compensation comme conséquence plutôt que comme condition de l'expropriation licite. D'autres questions se posent également quant aux questions d'intérêt public qui font obstacle à la compensation. Cependant, ces divers arguments ne sont pas convaincants et il semble que tant les principes du droit international que la théorie classique du dommage s'y opposent. ([Chapitre 2](#)) Le refus de réparation marque donc bien l'illicéité de l'expropriation.

36. D'autre part, l'expropriation illicite emporte des conséquences sur la réparation à octroyer à l'investisseur. ([Partie II](#)) L'existence même de principes d'indemnisation différents, la réparation intégrale et la compensation adéquate, justifie la prise en compte de l'illicite pour statuer sur le standard applicable à la réparation du préjudice de l'investisseur. La réparation de l'illicite exerce une fonction différente de la compensation

64. *Standards of Investment Protection*, sous la dir. de August REINISCH, Oxford : Oxford University Press, 11 sept. 2008, p. 194.

65. Arbitrage *ad hoc*, *Marguerite de Joly de Sabla (États-Unis) c. Panama*, sentence, 29 juin 1933, *Recueil Des Sentences Arbitrales 1933*, vol. VI, p. 358-370, p. 366.

du licite. (Chapitre 1) En revanche, cette dichotomie applicable à la réparation semble, de prime abord, assez grossière. La qualification d'expropriation licite et illicite ne fait pas débat – ou, plus exactement, ne devrait pas – mais une identification plus précise du fait illicite est à prôner. (Chapitre 2) En d'autres termes, le fait illicite dans l'expropriation non-compensée est bien l'absence de compensation et non la saisie du bien de l'investisseur en tant que telle. Si l'expropriation est bien à qualifier comme illicite puisque les traités applicables sont ainsi rédigés, le principe de réparation intégrale ne devrait s'appliquer qu'au *fait* illicite, c'est-à-dire le refus de compensation. *A contrario*, dans le cadre de l'expropriation capricieuse, c'est-à-dire celle qui est opérée en raison de la nationalité de l'investisseur, le fait illicite est bien l'acte de saisie du bien exproprié. À ce titre, le principe de l'*Usine de Chorzów* a vocation à s'appliquer et la réparation peut prendre deux formes distinctes : la réparation (monétaire) intégrale ou la restitution.⁶⁶

66. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17.

Première partie

Le refus de la compensation comme
marque de l'illicéité de l'expropriation

Chapitre 1

L'obligation de compensation contestée en doctrine et en pratique

« Je regardai, sans parler, les plis du sable sous la lune.
— Le désert est beau, ajouta-t-il...
Et c'était vrai. J'ai toujours aimé le désert. On s'assoit sur une dune de sable.
On ne voit rien. On n'entend rien. Et cependant quelque chose rayonne en
silence... »

— Antoine de Saint-Exupéry, *Le Petit Prince*.

37. Introduction. L'obligation de compensation de l'investisseur est non seulement au cœur du contentieux de l'investissement mais représente également le cœur de l'obligation qui est faite aux États dans le cadre de la signature de TBI. C'est particulièrement le cas lorsque les États entendent poursuivre des politiques publiques motivées par l'intérêt général. Ainsi, alors même que celui-ci pourrait agir pour la préservation de l'environnement, l'État d'accueil pourrait, au sens de la lettre du traité, être redevable d'une importante compensation à l'investisseur.⁶⁷ Pourtant, dès lors que la justification est valable, il est vraisemblable que ledit investisseur opérait une activité dommageable

67. CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, sentence, 30 août 2000, n° ARB(AF)/97/1 ; Une part importante de la littérature s'est également penchée sur la question. V. not., pour une vue d'ensemble, Juli A. ABOUCHAR et Richard J. KING, « Environmental Laws As Expropriation under Nafta », *Review of European Community & International Environmental Law* 1999, vol. 8, n° 2, p. 209-214 ; Emma AISBETT, Larry KARP et Carol MCAUSLAND, « Compensation for Indirect Expropriation in International Investment Agreements : Implications of National Treatment and Rights to Invest », *Journal of Globalization and Development* 27 déc. 2010, vol. 1, n° 2 ; Judy S. BECKER, « Valuing

pour l'environnement. L'État semble alors, de prime abord, fondé à l'exproprier afin de protéger le bien commun.

38. L'intérêt général. La souveraineté d'un État signifie son indépendance.⁶⁸ Son indépendance signifie également la capacité qu'a l'État d'exercer les fonctions étatiques sur son territoire.⁶⁹ La souveraineté a donc clairement pour conséquence la

the Depletion of Natural Resources under International Law », *Review of European Community & International Environmental Law* 1997, vol. 6, n° 2, p. 181-190; Ambareen BEEBEEJAUN, « The Role of International Investment Agreements in Attracting FDI to Developing Countries : An Assessment of Mauritius », *International Journal of Law and Management* 2018, vol. 60, n° 1, p. 150-171; Justine BENDEL et Tim STEPHENS, « Turning to International Litigation to Protect the Amazon ? », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2020, vol. 30, n° 2, p. 173-183; Thomas BERNAUER, « The Effect of International Environmental Institutions : How We Might Learn More », *International Organization* 1995, vol. 49, n° 2, p. 351-377; Manjiao CHI, « The "greenization" of Chinese Bits : An Empirical Study of the Environmental Provisions in Chinese Bits and Its Implications for China's Future Bit-Making », *Journal of International Economic Law* sept. 2015, vol. 18, n° 3, p. 511-542; Rosie COONEY et Andrew T.F. LANG, « Taking Uncertainty Seriously : Adaptive Governance and International Trade », *European Journal of International Law* juin 2007, vol. 18, n° 3, p. 523-551; Daniëlla DAM-DE JONG, « Building a Sustainable Peace : How Peace Processes Shape and Are Shaped by the International Legal Framework for the Governance of Natural Resources », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2020, vol. 29, n° 1, p. 21-32; Ana Maria DAZA-CLARK, « Enforcing Transboundary Water Obligations through Investment Treaty Arbitration : China, Laos and the Mekong River », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2020, vol. 29, n° 3, p. 442-453; Lucien DHOOGHE, « The Revenge of the Trail Smelter : Environmental Regulation As Expropriation Pursuant to the North American Free Trade Agreement », *American Business Law Journal* 2001, vol. 38, n° 3, p. 475-558; Amelia KEENE, « The Incorporation and Interpretation of WTO-Style Environmental Exceptions in International Investment Agreements », *Journal of World Investment and Trade* 2019, vol. 18, n° 1, p. 62-99; Karim Ben KHEDIRI, « CSR and Investment Efficiency in Western European Countries », *Corporate Social Responsibility and Environmental Management* 2021; Ronald B. MITCHELL, « International Environmental Agreements : A Survey of Their Features, Formation, and Effects », *Annual Review of Environment and Resources* 2003, vol. 28, p. 429-461; Elisa MORGERA, « The UN and Corporate Environmental Responsibility : Between International Regulation and Partnerships », *Review of European Community & International Environmental Law* 2006, vol. 15, n° 1, p. 93-109; Jean Frédéric MORIN, Andreas DÜR et Lisa LECHNER, « Mapping the Trade and Environment Nexus : Insights from a New Data Set », *Global Environmental Politics* fév. 2018, vol. 18, n° 1, p. 122-139; Dilini PATHIRANA, « Balancing the Private Property Interests of the Foreign Direct Investors and Host States' Right to Regulate in the Context of Environmental Concerns in the Public Interest » 2012; A. Dan TARLOCK, « Mexico and the United States Assume a Legal Duty to Provide Colorado River Delta Restoration Flows : An Important International Environmental and Water Law Precedent », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2014, vol. 23, n° 1, p. 76-87; Paul WAPNER, « Politics beyond the State Environmental Activism and World Civic Politics », *World Politics* 1995, vol. 47, n° 3, p. 311-340; George O. WHITE et al., « Does Context Really Matter ? The Influence of Deficient Legal Services on the Intensity of Political Ties in the Regulatory and Legal Arenas », *Multinational Business Review* août 2020, vol. 28, n° 3, p. 277-305; Denise DEGARMO, *International Environmental Treaties and State Behavior : Factors Influencing Cooperation*, London : Taylor and Francis, 2013, 177 p. ; Ronald B. MITCHELL, *International Politics and the Environment*, London : SAGE Publications Inc., 2010, 234 p.

68. CPA, *Île de Palmas (Pays Bas c. États-Unis)*, sentence, 4 avr. 1928, n° 1925-01, p. 8.

69. *Ibid.*, p. 8.

faculté de l'État à choisir son organisation politique, sociale, économique et culturelle.⁷⁰ De la même manière, les États sont libres de réguler sur leurs territoires en matière environnementale, de sécurité et d'ordre public.⁷¹ On le sait, le principe même de la mondialisation est venu ternir quelque peu ce principe d'indépendance par la signature de nombreux accords par lesquels les États acceptent de transférer une partie de leur souveraineté.⁷² C'est particulièrement le cas dans le cadre de l'arbitrage d'investissement puisqu'ils permettent, notamment, l'invocation de la responsabilité de l'État devant un tribunal arbitral international. La conséquence est directe : les arbitres internationaux ont maintenant le pouvoir d'apprécier des choix de politique publique,⁷³ allant parfois jusqu'à inciter les États, souverains, à y renoncer.⁷⁴

39. Cependant, la raison d'être du droit international des investissements est justement la crainte des investisseurs et de leurs États d'origine vis-à-vis des régulations de l'État d'accueil et de ses éventuels abus.⁷⁵ En ce sens, c'est précisément pour se prémunir contre l'exercice par l'État d'accueil de sa souveraineté que les investisseurs ont souhaité être couverts par des traités.

40. Les articles portant sur les conditions de l'expropriation ne font pas mention de l'intérêt général autrement que comme une condition de l'expropriation licite. Cela signifie que la poursuite d'un intérêt général est *requisite* pour exproprier l'investisseur. Cela ne veut pas dire pour autant qu'elle *justifie* l'expropriation, sous-entendu qu'elle permettrait à l'État de s'affranchir de compenser l'investisseur. La confrontation entre les enjeux démocratiques de la souveraineté et les droits des investisseurs se cristallisent particulièrement sur les questions de compensation que l'État doit à l'investisseur en vertu du TBI.

70. Thomas G. WEISS et Don HUBERT, *The Responsibility to Protect - Research, Bibliography, Background : Supplementary Volume to the Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, Ottawa : International Development Research Center, 2001, 410 p., p. 6.

71. Barnali CHOUDHURY, « Recapturing Public Power : Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2008, vol. 41, n° 3, p. 775-832, p. 777.

72. Eric STEIN, « International Integration and Democracy : No Love at First Sight », *American Journal of International Law* 2001, vol. 95, p. 489, p. 492.

73. Luke Eric PETERSON et Kevin R. GRAY, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, Winnipeg, MB : International Institute for Sustainable Development, 2003, 44 p., p. 13.

74. V., par exemple, Arbitrage *ad hoc*, *Ethyl Corporation c. Canada*, décision sur la compétence, 24 juin 1998.

75. Ray C. JONES, « NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Dispute Resolution : A Shield to Be Embraced or a Sword to Be Feared », *Brigham Young University Law Review* 2002, p. 527, p. 531.

41. Ainsi, nombreux sont les États ayant argumenté que l'obligation de compensation est une conséquence de l'expropriation licite, et non l'une de ses conditions (Section 1). Cet argument semble, *a priori*, contraire à la lettre des traités. D'autres, ou parfois les mêmes, ont pu considérer que l'intérêt général s'opposait à faire de la compensation une condition de l'expropriation licite, en ce qu'une telle approche serait préjudiciable à leur souveraineté nationale (Section 2).

Section 1 La contestation fondée sur la qualification de la compensation

42. **Introduction.** Un État souhaitant échapper à l'obligation qui lui est faite de compenser l'investisseur pourra s'appuyer sur un corpus de décisions arbitrales et d'écrits doctrinaux qui tendent à considérer la compensation non pas comme une obligation, mais comme une condition optionnelle dans le cadre de l'expropriation licite. En ce sens, l'État qui ne compense pas un investisseur exproprié pourrait voir son acte jugé provisoirement licite par le tribunal arbitral, dès lors que celui-ci statue sur le *montant* de l'indemnisation adéquate (§ 1.). Une solution analogue a été reconnue sous le prisme de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (§ 2.). Pourtant, cette position semble contraire à la lettre des traités et sujette à d'importants risques de dérive (§ 3.).

§ 1. Une condition optionnelle : la compensation comme une conséquence par les tribunaux arbitraux

43. **Une condition optionnelle reconnue par le Tribunal irano-américain des réclamations.**⁷⁶ Une étude approfondie de la pratique arbitrale en la matière fait

76. V., sur l'appréciation du droit international des investissements par le tribunal irano-américain, George ALDRICH, « What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal », *The American Journal of International Law* 1994, vol. 88, n° 4, p. 585-610; Charles BROWER, « The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal. By Moshen Mohebi. The Hague, London, Boston : Kluwer Law International, 1999. Pp. xxviii, 411. », *American Journal of International Law* 2000, vol. 94, n° 4, p. 813-815; Maurizio BRUNETTI, « The Iran-United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect

assez rapidement ressortir une position des arbitres qui semble en accord avec celle de l'Assemblée Générale des Nations Unies : une expropriation, licite sous tous les autres aspects, mais dont seule la compensation fait défaut, semble pouvoir être considérée comme licite. Ainsi, alors qu'elle semble être une condition de licéité de l'expropriation, l'indemnisation est plutôt considérée comme une conséquence par plusieurs tribunaux arbitraux. C'est notamment la position qu'a adoptée le tribunal dans l'affaire *LIAMCO c. Libye*.⁷⁷ En particulier, les arbitres ont en l'espèce considéré que, en dépit du fait que la Libye avait incontestablement nationalisé l'entreprise de l'investisseur, l'absence de compensation ne rendait pas *ipso facto* l'expropriation illicite.

« La seconde méthode se rapporte à la nationalisation licite qui est à distinguer de la dépossession illégale. Une telle distinction a d'ores et déjà été soulignée

Expropriation », *Chicago Journal of International Law* 1^{er} avr. 2001, vol. 2, n° 1 ; Warren CHRISTOPHER et Richard M MOSK, « The Iranian Hostage Crisis and the Iran-us Claims Tribunal : Implications for International Dispute Resolution and Diplomacy », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 2007, vol. 7, p. 165 ; John CROOK, « Applicable Law in International Arbitration : The Iran-US Claims Tribunal Experience », *American Journal of International Law* 1989, vol. 83, n° 2, p. 278-311 ; Patrick DAILLIER et al., « Tribunal Irano-Américain de Réclamations », *Annuaire Français de Droit International* 1999, vol. 45, n° 1, p. 515-553 ; Patrick DAILLIER et al., « Tribunal Irano-américain De Réclamations », *Annuaire Français de Droit International* 1999, vol. 45, n° 1, p. 515-553 ; Patrick DAILLIER et al., « Tribunal Irano-Américain de Réclamations », *Annuaire Français de Droit International* 2000, vol. 46, n° 1, p. 326-379 ; Patrick DAILLIER et al., « Tribunal Irano-Américain de Réclamations », *Annuaire Français de Droit International* 2001, vol. 47, n° 1, p. 283-326 ; Patrick DAILLIER et al., « Tribunal Irano-Américain de Réclamations », *Annuaire Français de Droit International* 2002, vol. 48, n° 1, p. 407-454 ; Patrick DAILLIER et al., « Tribunal Irano-américain De Réclamations », *Annuaire Français de Droit International* 2002, vol. 48, n° 1, p. 407-454 ; Patrick DAILLIER et al., « Le Tribunal Irano-Américain de Réclamations : Chronique », *Annuaire Français de Droit International* 2003, vol. 49, n° 1, p. 302-344 ; André FARAND, « Le Tribunal Des Différends Irano-américains. Journée D'actualité Internationale, 19 Avril 1985. », *Études Internationales* 1986, vol. 17, n° 4, p. 901-902 ; Grant HANESSIAN, « General Principles of Law in the Iran-us Claims Tribunal », *Columbia Journal of Transnational Law* 1988, vol. 27, p. 309 ; Dilini PATHIRANA, « Balancing the Private Property Interests of the Foreign Direct Investors and Host States' Right to Regulate in the Context of Environmental Concerns in the Public Interest » 2012 ; Matti PELLONPÄÄ et Malgosia FITZMAURICE, « Taking of Property in the Practice of the Iran-united States Claims Tribunal », *Netherlands Yearbook of International Law* déc. 1988, vol. 19, p. 53-178 ; Ted L STEIN, « Jurisprudence and Jurists' Prudence : The Iranian-forum Clause Decisions of the Iran-us Claims Tribunal », *American Journal of International Law* 1984, vol. 78, p. 1 ; Robert von MEHREN, « International Arbitrations between States and Foreign Private Parties : The Libyan Nationalization Cases », *American Journal of International Law* juill. 1981, vol. 75, n° 3, p. 476-552 ; Charles BROWER et Jason BRUESCHKE, *The Iran-United States Claims Tribunal*, The Hague : Brill Nijhoff, 1998, 931 p. ; Mohsen MOHEBI, *The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal*, The Hague : Brill Nijhoff, 1999, 417 p. ; Allahyar MOURI, *The International Law of Expropriation As Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Norwell, MA : Kluwer Academic Publishers, 1994, 570 p. ; Rima Anis RAAD, *Les Mesures de Dépossession en Droit International Public : Étude de la Jurisprudence du Tribunal Irano-Américain de Réclamations*, thèse de doct., Paris 1, 2004.

77. David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19 ; Robert von MEHREN, « International Arbitrations between States and Foreign Private Parties : The Libyan Nationalization Cases », *American Journal of International Law* juill. 1981, vol. 75, n° 3, p. 476-552, V. sur ce point, not.

par la Cour Permanente de Justice Internationale dans un *dictum* présent dans l'arrêt *Usine de Chorzów* de 1922. L'arrêt a précisé que, alors que dans une dépossession illicite, la partie lésée doit être rétablie dans ses droits initiaux, - au contraire dans une expropriation licite où le seul acte fautif a été le non-paiement du juste prix de ce qui a été exproprié, l'indemnité due doit être la valeur de l'entreprise au moment de la dépossession. »⁷⁸

Bien que le tribunal ait finalement condamné la Libye à indemniser l'investisseur, cette indemnisation fut donc prononcée sur le fondement de l'expropriation licite.⁷⁹

44. De la même manière, et ce quelques années plus tard, le Tribunal irano-américain de réclamations a été confronté à des situations similaires,⁸⁰ notamment dans le cadre de la nationalisation totale du secteur des assurances en Iran. En particulier, la Loi iranienne de nationalisation de 1979 imposait l'instauration d'une commission *ad hoc* ayant pour tâche de statuer sur la compensation appropriée pour chaque cas d'espèce. Ainsi, le tribunal irano-américain a considéré que les expropriations étaient licites, et ce en dépit du fait que le gouvernement iranien n'avait jamais procédé à une indemnisation préalablement à la saisine de la commission. Dans l'affaire *INA c. Iran*, en particulier, le tribunal a rappelé que les nationalisations soumises à conditions n'étaient pas à considérer comme illicites lorsque seul le critère de compensation faisait défaut.⁸¹ Plutôt, selon le

78. Arbitrage *ad hoc*, *Liamco c. Libye*, sentence, 12 avr. 1977, § 300. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « This second method refers to lawful nationalization as distinguished from wrongful taking. Such distinction has already been clearly pointed out by the Permanent Court of International Justice in a dictum recorded in the Chorzów Factory Case in 1922. It clarified that, whereas in a wrongful taking the injured party must be restored to its original rights, - on the contrary in a lawful expropriation where the only wrongful act was the failure to pay the just price of what had been expropriated, the compensation due should be the value of the undertaking at the time of dispossession. »

79. Ce qui, nous le verrons plus loin, est problématique au regard de la compétence du tribunal.

80. Sur l'ensemble, et pour une introduction sur le sujet, v. not. Patrick DAILLIER et al., « Tribunal Irano-américain De Réclamations », *Annuaire Français de Droit International* 1999, vol. 45, n° 1, p. 515-553 ; Patrick DAILLIER et al., « Tribunal Irano-américain De Réclamations », *Annuaire Français de Droit International* 2002, vol. 48, n° 1, p. 407-454 ; Rima Anis RAAD, *Les Mesures de Dépossession en Droit International Public : Étude de la Jurisprudence du Tribunal Irano-Américain de Réclamations*, thèse de doct., Paris 1, 2004 ; André FARAND, « Le Tribunal Des Différends Irano-américains. Journée D'actualité Internationale, 19 Avril 1985. », *Études Internationales* 1986, vol. 17, n° 4, p. 901-902 ; John CROOK, « Applicable Law in International Arbitration : The Iran-US Claims Tribunal Experience », *American Journal of International Law* 1989, vol. 83, n° 2, p. 278-311 ; Grant HANESSIAN, « General Principles of Law in the Iran-us Claims Tribunal », *Columbia Journal of Transnational Law* 1988, vol. 27, p. 309 ; Ted L STEIN, « Jurisprudence and Jurists' Prudence : The Iranian-forum Clause Decisions of the Iran-us Claims Tribunal », *American Journal of International Law* 1984, vol. 78, p. 1 ; Warren CHRISTOPHER et Richard M MOSK, « The Iranian Hostage Crisis and the Iran-us Claims Tribunal : Implications for International Dispute Resolution and Diplomacy », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 2007, vol. 7, p. 165.

81. Tribunal irano-américain de réclamations, *Ina c. Iran*, sentence, 13 août 1985, n° 184-161-1.

tribunal, c'est bien le caractère licite de la compensation qui impose une obligation de compensation, et non l'inverse.⁸² Le tribunal constitué ici prit cependant en considération le caractère global du processus de nationalisation du secteur des assurances ainsi que des efforts du gouvernement iranien dans l'établissement de la commission ayant pour mission de trancher les questions de compensation,⁸³ une position notamment reprise par l'affaire *AIG c. Iran*.⁸⁴

45. Une condition optionnelle reconnue par les tribunaux CIRDI. Cette approche a également été adoptée par des tribunaux CIRDI, notamment dans l'affaire *Goetz* dans laquelle les arbitres considèrent que l'absence de compensation n'était pas suffisante pour teinter d'illicite la mesure d'expropriation, en dépit de l'article 4 du TBI Belgique-Burundi, applicable à l'espèce, et qui dispose que :

« 1. Chaque Partie contractante s'engage à ne prendre aucune mesure privative ou restrictive de propriété, ni aucune autre mesure ayant un effet similaire à l'égard des investissements situés sur son territoire, si ce n'est lorsque des impératifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national l'exigent exceptionnellement, auquel cas les conditions suivantes doivent être remplies :

- a. les mesures sont prises selon une procédure légale ;
- b. elles ne sont ni discriminatoires, ni contraires à un accord particulier tel que visé à l'article 7, § 3 ;
- c. elles sont assorties de dispositions prévoyant le paiement d'une indemnité adéquate et effective. »⁸⁵

46. Il est ainsi surprenant de faire une telle interprétation de la part du tribunal, alors même que le traité pose bien la compensation comme une mesure de licéité de l'expropriation. Pire encore, le décret d'expropriation ne prévoyait pas la possibilité d'une compensation, ce qui aurait pu, on l'a vu, manifester la position de l'État comme

82. *Ibid.*, § 20, qui considère notamment que « It has long been acknowledged that expropriations for a public purpose and subject to conditions provided for by law - notably that category which can be characterised as "nationalisations" - are not per se unlawful. A lawful nationalisation will, however, impose on the government concerned the obligation to pay compensation. »

83. *Ibid.*, § 22.

84. Tribunal irano-américain de réclamations, *American International Group c. Iran*, sentence, 7 déc. 1983, n° 93-2-3 ; Matti PELLONPÄÄ et Malgosia FITZMAURICE, « Taking of Property in the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal », *Netherlands Yearbook of International Law* déc. 1988, vol. 19, p. 53-178.

85. Convention entre l'Union Économique Belgo-Luxembourgeoise et la République du Burundi concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signée le 13 avr. 1989, à Bruxelles, art. 4.

acceptant le principe même de la réparation.⁸⁶ Le tribunal justifie sa position par la distinction entre indemnité adéquate et effective et indemnité préalable : quand bien même le TBI applicable exige une indemnité adéquate et effective comme il en est l'usage en matière d'expropriation, le tribunal considère qu'il n'est pas nécessaire que celle-ci soit préalable à la mesure d'expropriation. Cependant, une lecture stricte de l'article 4 du traité ne conforte pas cette position. L'indemnité « adéquate et effective » mentionnée à l'article 4 c) est bien une *condition* à l'expropriation (sous-entendue licite, puisque respectant le traité) et non une *conséquence* de celle-ci. Il est d'ailleurs notable que l'exigence d'indemnité soit sur le même plan que celle concernant le respect de la procédure légale et de la non-discrimination. Puisqu'il ne fait aucun doute que ces deux dernières conditions sont nécessaires à la licéité de l'expropriation, il devrait en être de même pour le versement de l'indemnité.

« Le Tribunal ne considère toutefois pas que cette circonstance suffit à entacher d'illicéité internationale la mesure litigieuse. La Convention exige une indemnité adéquate et effective ; contrairement à ce que font certains droits nationaux en matière d'expropriation, elle n'exige pas une indemnisation préalable. »⁸⁷

On notera cependant que le tribunal finira par ordonner la remise d'une indemnité telle qu'exigée par le TBI.

« C'est dire que la question de la licéité internationale de la décision du 29 mai 1995 reste en suspens. De deux choses l'une, en effet. Ou bien la République du Burundi satisfait dans un délai raisonnable à la condition de l'indemnisation adéquate et effective en versant une indemnité répondant aux critères et aux exigences du paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention. En ce cas, *la licéité internationale de la décision du 29 mai 1995 se trouvera définitivement établie*. Ou bien la République du Burundi ne satisfait pas dans un *délai raisonnable* à cette ultime condition de la licéité internationale de cette décision. En ce cas, elle aura violé l'obligation internationale, assumée par elle dans la Convention belgo-burundaise d'investissement à laquelle elle a adhéré dans le plein et libre exercice de sa souveraineté internationale, de "ne prendre aucune mesure privative ou restrictive de propriété, ni aucune autre mesure ayant un effet similaire à l'égard des investissements situés sur son territoire" sauf respect

86. CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, sentence, 10 fév. 1999, n° ARB/95/3, § 130.

87. *Ibid.*, § 130.

de certaines conditions. La responsabilité internationale de l'État burundais serait alors engagée à la fois pour violation de l'obligation, énoncée à l'article 4, de s'abstenir de prendre toute mesure ayant un effet similaire à une mesure privative ou restrictive de propriété et pour violation de l'obligation, énoncée à l'article 3, d'assurer aux investissements belges sur son territoire "une sécurité et... une protection constantes". »⁸⁸

47. Pourtant, si on s'en réfère à la date d'effet de l'expropriation, cet argument ne semble pas tenir. Le tribunal rappelle, en effet, que l'expropriation est en date du 13 août 1996.⁸⁹ En toute logique, c'est à cette date que les arbitres se positionnent pour apprécier, notamment, la satisfaction du critère de la poursuite d'un intérêt général ou l'absence de discrimination. Pourtant, au regard de la condition de compensation, les arbitres semblent accepter l'hypothèse de se placer à une date ultérieure. S'il est exact de considérer que la convention applicable à l'espèce n'exige pas une indemnisation préalable, il est aussi exact de rappeler que rien dans la convention ne permet de considérer que la compensation ait un effet rétroactif. En ce sens, il semble cohérent de considérer que l'exigence de compensation présente dans le traité doit être satisfaite à la date de l'expropriation pour rendre celle-ci licite, ne serait-ce que dans la poursuite d'un principe de bonne administration de la justice. En effet, si l'on considère la rétroactivité de la compensation, rien ne semble empêcher un État de n'indemniser l'investisseur qu'une fois la procédure arbitrale (mal) engagée. En faisant cela, l'expropriation devient tout d'un coup licite, alors même que la compensation n'existe qu'*a posteriori*. On ne saurait souscrire une telle analyse, à tout le moins en l'absence d'arguments convaincants, que les arbitres dans cette affaire se sont dispensés de fournir.

48. Cette position n'était pas innovante, en ce que l'affaire *SPP c. Égypte* avait déjà considéré que le gouvernement égyptien était fondé à retirer l'autorisation qu'il avait octroyée à la société dans le cadre du développement d'un complexe hôtelier dans la zone des Pyramides au Caire, et ce même en présence d'un contrat dûment signé et de travaux déjà commencés. En particulier, les arbitres considèrent que :

« Il est clair qu'en vertu du droit international, le défendeur était en droit d'annuler un projet de développement touristique situé sur son propre territoire dans le but de protéger des antiquités. Cette prérogative est un attribut incontestable de la souveraineté. La décision d'annuler le projet constituait un

88. *Ibid.*, § 131.

89. *Ibid.*, § 124.

exercice licite du droit d'expropriation. Ce droit a été exercé dans un objectif d'intérêt général, à savoir la préservation et la protection des antiquités dans la région. »⁹⁰

49. On le comprend aisément, la (non-)compensation octroyée par l'État égyptien à l'investisseur n'entre pas dans le raisonnement du tribunal quant à la licéité de l'expropriation. Le fait que celle-ci ait été effectuée dans l'objectif de protéger des trésors archéologiques – et, de ce fait, répondait à un objectif d'intérêt général – suffit à caractériser la licéité de l'expropriation. Cependant, si la position semble assez classique au regard de ce qui a été exposé précédemment, l'originalité de la décision de l'*Affaire des Pyramides*⁹¹ vient de sa particularité procédurale : un autre arbitrage était en effet pendant devant la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (« CCI ») à Paris.⁹² Dans cette procédure, le gouvernement égyptien a contesté l'obligation de paiement qui lui a été faite et a refusé de verser la somme de 12,5 millions de dollars à SPP.⁹³ Quand bien même, les arbitres du tribunal CIRDI n'ont pas pris cette position en compte, ce qui est assez surprenant au regard du comportement de l'État, refusant manifestement le versement d'une compensation.⁹⁴

50. Cette position fut reprise par le tribunal constitué dans l'affaire *Tidewater* qui considère qu'« une distinction doit être faite entre une expropriation licite et une expropriation illicite. Une expropriation qui ne demande qu'une juste indemnité doit être considérée comme une expropriation provisoirement licite, précisément parce que le tribunal chargé de l'affaire déterminera et accordera cette compensation. »⁹⁵ Ainsi

90. CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, sentence, 20 mai 1992, n° ARB/84/3, § 158. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « Clearly, as a matter of international law, the Respondent was entitled to cancel a tourist development project situated on its own territory for the purpose of protecting antiquities. This prerogative is an unquestionable attribute of sovereignty. The decision to cancel the project constituted a lawful exercise of the right of eminent domain. The right was exercised for a public purpose, namely, the preservation and protection of antiquities in the area. »

91. Patrick RAMBAUD, « L'affaire Des « Pyramides » : Suite et Fin. », *Annuaire Français de Droit International* 1993, vol. 39, n° 1, p. 567-576.

92. Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, sentence, 11 mars 1983, n° YD/AS No. 3493.

93. *Ibid.*, § 68.

94. CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, sentence, 20 mai 1992, n° ARB/84/3, § 182.

95. CIRDI, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c. Venezuela*, décision sur la compétence, 8 fév. 2013, n° ARB/10/5, § 141. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « a distinction has to be made between a lawful expropriation and an unlawful expropriation. An expropriation only wanting fair compensation has to be considered as a provisionally

le tribunal justifie-t-il sa décision sur le fondement du contentieux de l'indemnisation : puisque les parties sont précisément devant le tribunal arbitral pour statuer sur le montant de la compensation due en vertu du TBI applicable à l'espèce, une telle expropriation devrait être considérée comme provisoirement licite afin de permettre au tribunal de statuer sur la question qui lui est posée par les parties. L'argument est certes pragmatique, mais souffre d'un inconvénient majeur : le tribunal ne définit à aucun moment le type de contentieux couvert par cette exception de « licéité provisoire ». En effet, s'il suffit à l'État de contester le montant de la compensation pour bénéficier de l'exception, et donc de ne risquer qu'une compensation égale à la compensation due pour expropriation licite une fois devant le tribunal arbitral, alors nul doute que celui-ci en bénéficiera. Les deux issues du contentieux lui seraient alors favorables : soit le tribunal rend une décision en sa faveur, et l'État n'a alors aucune compensation à verser, soit le tribunal rend une décision en faveur de l'investisseur et l'État doit alors s'acquitter de la compensation due pour une expropriation licite, qu'il aurait dû verser s'il n'en avait pas contesté le montant. De même, si l'on pousse la logique à l'extrême, l'État pourrait tout simplement refuser de compenser l'investisseur à chaque expropriation autrement que par une somme bien inférieure au montant réel de l'investissement. L'investisseur saisirait alors un tribunal arbitral pour que celui-ci statue sur le montant de la compensation due. Suivant le raisonnement de l'affaire *Tidewater*, l'expropriation bénéficierait alors d'une exception de licéité temporaire dès lors que le tribunal est saisi d'une demande en indemnisation. On notera toutefois que le pari serait risqué pour l'État, qui aurait à supporter les coûts de l'arbitrage dans l'hypothèse d'une décision défavorable.⁹⁶ C'est ainsi que la République bolivarienne fut condamnée au versement de 2,5 millions de dollars américains à l'investisseur sur le fondement des frais engagés par celui-ci dans le cadre de l'arbitrage.⁹⁷

51. Toutes ces zones d'ombre trouvent cependant une réponse dans une affaire dont la sentence n'a été publiée que récemment, l'affaire *ConocoPhillips*, dans laquelle le tribunal CIRDI a considéré que l'absence d'offre de compensation de la part du Venezuela au cours des négociations avec l'investisseur caractérisait une violation du TBI et rendait, de fait, l'expropriation illicite.

lawful expropriation, precisely because the tribunal dealing with the case will determine and award such compensation. »

96. Patrick JACOB, Franck LATTY et Arnaud de NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général (2015) », *Annuaire Français de Droit International* 2015, p. 53, p. 889.

97. CIRDI, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c. Venezuela*, décision sur la compétence, 8 fév. 2013, n° ARB/10/5, §§ 610 - 616.

« Il n’y a pas de contestation sur le fait que les mesures exécutées le 26 juin 2007 n’ont pas été prises contre une “juste compensation” comme l’exige l’article 6(c). En fait, aucune compensation n’a été versée. Lorsque les négociations ont eu lieu parallèlement à la procédure d’arbitrage, le Venezuela n’a jamais fait de proposition concrète. Les preuves présentées au Tribunal démontrent avec une clarté absolue qu’aucune offre n’a jamais été faite par le Venezuela afin de mettre un terme positif à la négociation. »⁹⁸

Il semble ainsi que le comportement de l’État puisse jouer un rôle dans la caractérisation de l’illicéité de l’expropriation pour manque de compensation.⁹⁹ Si le contentieux sur le *montant* de la compensation ne semble pas priver l’expropriation de son caractère licite, il en va autrement du contentieux portant sur le *principe* même de la compensation due. Le Venezuela ayant, dans cette affaire, refusé purement et simplement d’offrir une compensation à l’investisseur, il s’est rendu fautif d’un fait internationalement illicite.

52. L’hypothèse du contentieux de la compensation semble ainsi être la solution retenue par les tribunaux dans certaines affaires. L’absence pure et simple d’offre de compensation pourrait ainsi s’assimiler au refus du principe de la compensation, caractérisant l’illicite.

98. CIRDI, *Conocophillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V. et Conocophillips Gulf of Paria B.V. c. Venezuela*, sentence, 8 mars 2019, n° ARB/07/30, § 48. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « There is no dispute about the fact that the measures enforced on 26 June 2007 have not been taken against “just compensation” as required by Article 6(c). In fact, no compensation has been paid at all. When the negotiations took place in parallel with the arbitration proceeding, Venezuela never made a concrete proposal. The evidence before the Tribunal demonstrates with stringent clarity that no offer was ever made by Venezuela in order to put a positive end to the negotiation. »

99. L’argument n’est, en droit, pas novateur. V. généralement Todd ALLEE et Clint PEINHARDT, « Contingent Credibility : The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment », *International Organization* juin 2011, vol. 65, n° 3, p. 401-432 ; Ryan BUBB et Susan ROSE-ACKERMAN, « BITs and Bargains : Strategic Aspects of Bilateral and Multilateral Regulation of Foreign Investment », *International Review of Law and Economics* sept. 2007, vol. 27, n° 3, p. 291-311 ; Clifford CARRUBBA, Matthew GABEL et Charles HANKLA, « Judicial Behavior under Political Constraints : Evidence from the European Court of Justice », *American Political Science Review* nov. 2008, vol. 102, n° 4, p. 435-452 ; Izzet DARENDELI et al., « Surviving the Arab Spring : Socially Beneficial Product Portfolios and Resilience to Political Shock », *Multinational Business Review* 2020 ; Denise DEGARMO, *International Environmental Treaties and State Behavior : Factors Influencing Cooperation*, London : Taylor and Francis, 2013, 177 p. ; Christopher J. FARISS et James LO, « Innovations in Concepts and Measurement for the Study of Peace and Conflict », *Journal of Peace Research* nov. 2020, vol. 57, n° 6, p. 669-678.

§ 2. Une condition optionnelle reconnue sous le prisme de la CEDH

53. Une position reprise par la Cour européenne des droits de l'Homme. Sortant certes du prisme de l'arbitrage, la Cour européenne des droits de l'Homme a, comme à son habitude, appliqué le principe bien connu de la proportionnalité pour déterminer la licéité d'une expropriation et la violation de l'article 1er du Protocole additionnel.¹⁰⁰ Suivant cette position, la Cour n'exige ni n'impose une quelconque méthode d'indemnisation en particulier, mais effectue un contrôle de proportionnalité entre, d'une part, la protection de la propriété privée et, d'autre part, la sauvegarde de l'intérêt général.¹⁰¹ Naturellement, suivant cette logique, l'expropriation qui n'est

100. Protocole additionnel à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, signé le 20 mars 1952, à Paris, art. 1.

101. Ainsi, v. not. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *James et autres c. Royaume-Uni*, arrêt, 21 fév. 1986, n° 8793/79, *Série A*, t. 98, § 54, qui considère que « 54. La première question consiste à savoir si l'existence et le montant d'un dédommagement entrent en ligne de compte au regard de la deuxième phrase de l'article 1 (P1-1), silencieux en la matière. D'après la Commission, avec laquelle Gouvernement et requérant marquent leur accord, l'article 1 (P1-1) exige implicitement, en règle générale, le versement d'une compensation pour exproprier quiconque relève de la juridiction d'un États contractant. La Cour constate avec la Commission que, dans les systèmes juridiques respectifs des États contractants, une privation de propriété pour cause d'utilité publique ne se justifie pas sans le paiement d'une indemnité, sous réserve de circonstances exceptionnelles étrangères au présent litige. De son côté, en l'absence d'un principe analogue l'article 1 (P1-1) n'assurerait qu'une protection largement illusoire et inefficace du droit de propriété. Pour apprécier si la législation contestée ménage un juste équilibre entre les divers intérêts en cause et, entre autres, si elle n'impose pas aux requérants une charge démesurée (arrêt *Sporrong et Lönnroth* précité, série A no 52, pp. 26 et 28, paras. 69 et 73), il faut à l'évidence avoir égard aux conditions de dédommagement. Quant au niveau de l'indemnisation, la Cour se range également à l'avis de la Commission : sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constituerait d'ordinaire une atteinte excessive qui ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 (P1-1). Ce dernier ne garantit pourtant pas dans tous les cas le droit à une compensation intégrale. Des objectifs légitimes "d'utilité publique", tels qu'en poursuivent des mesures de réforme économique ou de justice sociale, peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande. En outre, le contrôle de la Cour se borne à rechercher si les modalités choisies excèdent la large marge d'appréciation dont l'États jouit en la matière. » ; Dans le même sens, Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, arrêt, 8 juill. 1986, n° 9006/80 ; 9262/81 ; 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, et 9405/81, *Série A*, t. 102, § 102 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt, 23 sept. 1982, n° 7151/75 et 7152/75, *Série A*, t. 42, § 69 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Les Saints Monsatères c. Grèce*, arrêt, 9 déc. 1994, n° 13092/87 et 13984/88, §§ 70 et s., notamment en ce qu'il est considéré que « 70. Une mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens doit ménager un "juste équilibre" entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (voir, entre autres, l'arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède* du 23 septembre 1982, série A no 52, p. 26, par. 69). Le souci d'assurer un tel équilibre se reflète dans la structure de l'article 1 (P1-1) tout entier (ibidem), donc aussi dans la seconde phrase qui doit se lire à la lumière du principe consacré par la première (paragraphe 56 ci-dessus). En particulier, il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de sa

accompagnée par *aucune* compensation ou indemnisation ne résisterait pas à ce test de proportionnalité et serait en ce sens contraire à la Convention. En effet, le test de proportionnalité a pour objet de *comparer* les deux intérêts en jeu – ici, la compensation (la propriété privée) et l'intérêt général.¹⁰² Le test pourrait alors être résumé de la manière suivante :

$$\alpha = \frac{\text{Intérêt Public}}{\text{Perte non compensée}} \quad (1.1)$$

Où α représente l'indicateur de proportionnalité entre la mesure et son atteinte à la

propriété (arrêt James et autres précité, p. 34, par. 50).

71. Afin d'apprécier si la mesure litigieuse respecte le juste équilibre voulu et, notamment, si elle ne fait pas peser sur les requérants une charge disproportionnée, il y a lieu de prendre en considération les modalités d'indemnisation prévues par la législation interne. A cet égard, sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constitue normalement une atteinte excessive, et un manque total d'indemnisation ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 (P1-1) que dans des circonstances exceptionnelles. Ce dernier (P1-1) ne garantit pourtant pas dans tous les cas le droit à une compensation intégrale, car des objectifs légitimes "d'utilité publique" peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande (arrêt Lithgow et autres c. Royaume-Uni du 8 juillet 1986, série A no 102, pp. 50-51, par. 121).

72. Les monastères requérants allèguent que les dispositions de la loi no 1700/1987 ne rempliraient pas la condition de proportionnalité.

73. La Commission estime que des circonstances exceptionnelles - telles les modalités d'acquisition et d'utilisation de ce patrimoine, la dépendance des intéressés à l'égard de l'Eglise de Grèce ainsi que celle de cette dernière par rapport à l'Etat - justifient l'absence de dédommagement.

74. La Cour ne souscrit pas à cette appréciation. En 1952, le législateur grec avait pris des mesures afin de procéder à l'expropriation d'une grande partie du patrimoine agricole monastique. En 1952 comme en 1987, les monastères n'exerçaient plus les mêmes fonctions sociales, éducatives et culturelles qu'ils assumaient avant la création de l'Etat grec (paragraphe 6 ci-dessus). Le législateur fixait cependant une indemnité au tiers de la valeur réelle des terres expropriées (paragraphe 9 ci-dessus). Or aucune disposition analogue ne figure dans la loi no 1700/1987. Les cinq pour cent prévus en contrepartie de la cession aux agriculteurs de l'usage des terrains litigieux seraient versés, après le transfert à l'Etat de la propriété, à la personne morale de droit privé à créer selon l'article 9 de la loi pour les besoins de l'Education nationale (article 3 par. 1 B) - paragraphes 25 et 28 ci-dessus). La faculté d'attribuer des terrains à des monastères qui ne disposent pas de biens immobiliers suffisants "exclusivement aux fins de culture par les moines eux-mêmes" (article 3 par. 3 de la loi) et le crédit prévu à l'article 10 (paragraphe 28 ci-dessus) ne sauraient passer pour le paiement d'une indemnité.

75. En imposant ainsi une charge considérable aux monastères requérants privés de leur propriété, la loi no 1700/1987 ne préserve pas le juste équilibre entre les divers intérêts en cause voulu par l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1). Il y a donc violation de ce dernier (P1-1) dans le cas des cinq monastères requérants qui n'ont pas adhéré à la convention du 11 mai 1988. »

102. V., sur l'importance du test de proportionnalité, Petr MUZNY, *La Technique de Proportionnalité et le Juge de la Convention Européenne des Droits de l'Homme : Essai sur un Instrument Nécessaire dans une Société Démocratique*, thèse de doct., Montpellier 1, 2004 ; Catherine GAUTHIER, « Le Contrôle de Proportionnalité dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *L'actualité Juridique. Droit Administratif* 2021, n° 14, p. 793 ; Rusen ERGEC et Jacques VELU, *Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxells : Bruylant, 2014, 1252 p. ; Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Connaissance du droit, Paris : Dalloz, 2016, 222 p. ; Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *La Proportionnalité dans le Droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme : Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, 785 p.

propriété et où

$$\text{Perte non compensée} = \text{Valeur de l'investissement} - \text{Compensation de l'expropriation} \quad (1.2)$$

Il suit que si

$$\text{Intérêt Public} > \text{Perte non compensée} \quad (1.3)$$

alors

$$\alpha > 1 \quad (1.4)$$

Et donc la mesure est proportionnelle au sens de la position de la Cour.

54. Dans la même logique, l'expropriation non indemnisée implique que la variable Perte non compensée soit élevée, ainsi $\alpha < 1$. C'est notamment la position de la Cour dans l'affaire *Ex-Roi de Grèce et autres c. Grèce*.¹⁰³ Elle conclut à la violation de l'article 1er du Protocole n°1 et estime notamment que :

« [L]'absence de toute indemnisation pour la mainmise sur les biens des requérants rompt, en défaveur de ceux-ci, le juste équilibre à ménager entre la protection de la propriété et les exigences de l'intérêt général. »¹⁰⁴

Cette position est par ailleurs valable dès lors que la compensation est sans commune mesure avec la perte subie.¹⁰⁵ Pour qu'une telle (absence de) compensation puisse ne pas entraîner une violation de la convention, il faudrait que l'intérêt général défendu lui soit tellement supérieur de telle sorte que

$$\frac{\text{Intérêt Public}}{\text{Perte totale}} > 1 \quad (1.5)$$

Ce cas semble suffisamment extrême pour pouvoir partir du principe que la proportionnalité exigée par la Cour requière compensation.¹⁰⁶

103. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Ex-Roi de Grèce c. Grèce*, arrêt, 23 nov. 2000, n° 25701/94.

104. *Ibid.*, § 99.

105. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Broniowski c. Pologne*, arrêt, 22 juin 2004, n° 31443/96, § 186, arrêt dans lequel la Cour considère qu'une indemnisation à hauteur du 2% du préjudice subi est nécessairement non-proportionnelle.

106. *V. a contrario* Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Jahn et autres c. Allemagne*, arrêt, 30 juin 2005, n° 46720/99, 72203/01 et 72552/01, § 117 ; cité par Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p.

55. Conclusion. La compensation demeure donc une condition de licéité de l'expropriation. En dépit du fait que certains tribunaux arbitraux ont pu considérer que la compensation n'avait pas à être préalable, il demeure incertain d'argumenter que la compensation puisse être rétroactive au point de rendre l'expropriation licite. Un recours utile à la jurisprudence de la CEDH permet cependant d'envisager deux options. D'une part, l'offre de compensation pourrait être prise en compte, ce qui revient à considérer que, si le refus de l'État sur le *principe* de la compensation entraîne sa responsabilité internationale, le contentieux sur le *montant* pourrait tout à fait être tranché par un tribunal arbitral sans entacher d'illicite l'expropriation. D'autre part, une telle offre de compensation pourrait être jugée au sens de sa proportionnalité. L'État de mauvaise foi qui ne ferait qu'une offre déraisonnable à l'investisseur pourrait ainsi être sanctionné par la reconnaissance de l'illicite de son acte.

§ 3. Le risque de dérive

56. Le risque d'une compensation trop importante. L'évaluation du préjudice est sans nul doute l'un des points les plus clivants du droit international des investissements. Pour les uns, il est absolument nécessaire d'assurer à l'investisseur une pleine et entière réparation tandis que pour les autres, une telle position ne ferait que trop favoriser les entreprises au mépris des intérêts publics. La crainte est alors le risque d'une dérive trop favorable à l'une ou l'autre des parties impliquées qui aurait alors pour conséquence de favoriser des entreprises privées ou, au contraire, de les soumettre au bon vouloir des États qui souhaiteraient les exproprier.¹⁰⁷

57. Brigitte Stern est sans nul doute l'une des plus farouches opposantes à ce qu'elle considère être la dérive de l'expropriation. C'est ainsi que, dans l'affaire *Quiborax*, elle s'oppose à la majorité du tribunal arbitral qui se repose exclusivement sur le principe énoncé dans l'arrêt *Usine de Chorzów*. Dans cette affaire en particulier, il n'était pas question d'un quelconque contentieux de la compensation. L'État bolivien contestait le principe même de l'expropriation, soutenant que celle-ci n'était pas fondée. Dès lors, aucune compensation de quelque sorte ne fut proposée ce qui, en toute logique et sous réserve de la qualification de la mesure comme étant une expropriation par le tribunal,¹⁰⁸

107. CIRDI, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c. Venezuela*, décision sur la compétence, 8 fév. 2013, n° ARB/10/5, § 161.

108. Ce qui fut le cas, CIRDI, *Quiborax SA et Non Metallic Minerals SA c. Bolivie*, sentence, 16 sept. 2015, n° ARB/06/2, §§ 200 et s.

entraîne l'illicéité de la mesure. C'est en revanche les conséquences de cette constatation qui sont contestées par Brigitte Stern. Notamment, le tribunal arbitral considère que le préjudice au cas d'espèce devait être évalué à la date de la sentence et non à la date de l'expropriation, faisant ainsi ce qu'il semble être une suite logique au principe de réparation intégrale prôné par la CPJI.¹⁰⁹ À ce titre, le professeur Stern considère qu'une partie importante du *dictum* de Chorzów est trop souvent négligée : l'adverbe *vraisemblablement*. En effet, selon cet argument, il ne s'agit pas de remettre la victime d'une expropriation illicite dans l'état qui aurait été le sien sans ladite expropriation, mais bien de la remettre dans l'état qui aurait *vraisemblablement* existé en son absence. Ainsi, Brigitte Stern entend proposer une révision de l'approche spéculative – selon elle – qui est aujourd'hui adoptée par les arbitres et par les experts dans le cadre de la démonstration de cet état fictif. Pour elle, tandis que les tribunaux ont pour habitude d'estimer, à la date de la sentence, l'État qui aurait pu être celui de l'investisseur s'il n'avait pas été victime de l'expropriation, il est préférable d'estimer l'état dans lequel on aurait pu raisonnablement penser que l'investisseur aurait pu être sans le fait illicite, à la date de ce dernier.

58. Ainsi, le Professeur Stern considère-t-elle que la compensation due en cas d'expropriation ne puisse être établie qu'après la reconnaissance même de l'expropriation.¹¹⁰ Selon elle, la détermination du caractère licite ou illicite de l'expropriation doit nécessairement avoir lieu *avant* la détermination de la compensation puisqu'elle a d'importantes conséquences sur cette dernière.¹¹¹ On tombe dès lors dans l'argument selon lequel la compensation est une conséquence de l'expropriation. En particulier, une expropriation manquant uniquement de compensation doit être considérée comme provisoirement licite dans l'attente que le Tribunal statue sur l'obligation de compensation.¹¹² Cependant, cet argument ne distingue pas la compensation due en vertu du traité de l'indemnisation du pour expropriation illicite. L'indemnisation de l'illicite ne remplace pas la compensation, mais la complète. En ce sens, la licéité de l'expropriation n'emporte pas de conséquence sur la compensation pour expropriation licite, qui devra de toute manière avoir lieu. Par

109. V. not. l'exposé du tribunal arbitral qui considère que la date de la sentence doit être la date à laquelle le préjudice est évalué, ce qui l'augmente de 18 millions de dollars. *ibid.*, § 370.

110. CIRDI, *Quiborax SA et Non Metallic Minerals SA c. Bolivie*, opinion du Professeur Brigitte Stern, 7 sept. 2015, n° ARB/06/2, § 15.

111. Ce qui fut bien entendu le cas dans l'affaire *Quibroax* CIRDI, *Quiborax SA et Non Metallic Minerals SA c. Bolivie*, sentence, 16 sept. 2015, n° ARB/06/2.

112. CIRDI, *Quiborax SA et Non Metallic Minerals SA c. Bolivie*, opinion du Professeur Brigitte Stern, 7 sept. 2015, n° ARB/06/2, § 17.

principe, la compensation au regard du traité reste identique, avant ou après la décision du tribunal arbitral.

59. Une position contestable. Pourtant, cette position ne s'intéresse qu'aux conséquences de l'expropriation, et non à sa logique même. Le droit, qui plus est le droit international, ne saurait court-circuiter sa logique dans l'intérêt de l'équité, qui n'existe pas en droit international des investissements. Justifier la qualification d'expropriation licite en arguant que l'illicite entraîne de trop grandes conséquences sur l'État n'est pas convaincant, particulièrement au regard de la lettre des traités.

Section 2 Intérêt général et obligation de compensation

60. Une étude complète des liens entre intérêt général et compensation suppose de s'intéresser à deux facettes bien distinctes de la question. Tout d'abord, l'intérêt général représente une condition de l'expropriation licite (§ 1.). Ensuite, la poursuite de l'intérêt général pourrait, sous certaines conditions, permettre à l'État de faire obstacle à la caractérisation même de l'expropriation, ce qui, en toute logique, fait également obstacle à l'obligation de compensation. C'est notamment le cas avec la question des pouvoirs de police (§ 2.).

§ 1. L'intérêt général : condition de l'expropriation licite

61. La poursuite de l'intérêt général est une condition de l'expropriation licite.¹¹³ Ce principe est un principe de droit international général depuis la résolution

113. Sur l'ensemble, v. Emma AISBETT, Larry KARP et Carol MCAUSLAND, « Police Powers, Regulatory Takings and the Efficient Compensation of Domestic and Foreign Investors », *Economic Record* 2010, vol. 86, n° 274, p. 367-383 ; Wolfgang ALSCHNER et al., « Missing in Action : General Public Policy Exceptions in Investment Treaties », *Yearbook of International Investment Law and Policy* 2018 ; Karen ALTER, « Agents or Trustees ? International Courts in Their Political Context », *European Journal of International Relations* mars 2008, vol. 14, n° 1, p. 33-63 ; Caroline E. FOSTER, « Respecting Regulatory Measures : Arbitral Method and Reasoning in the Philip Morris V Uruguay Tobacco Plain Packaging Case », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2017, vol. 26, n° 3, p. 287-297 ; Susanne KARSTEDT, « Coming to Terms with the Past in Germany after 1945 and 1989 : Public Judgments on Procedures and Justice », *Law and Policy* 1998, vol. 20, n° 1, p. 15-56 ; Andrew Paul

1803 (XVII) de l'Assemblée Générale des Nations Unies qui a, notamment, considéré que : « La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. »¹¹⁴ Ainsi, la poursuite de l'intérêt général est-elle un élément clé dans le cadre de l'expropriation puisque seules les expropriations ayant une visée d'intérêt général sont susceptibles d'être reconnues comme licites, sous réserve du respect des trois autres conditions préalablement citées.¹¹⁵ Dès lors, les traités d'investissement requièrent le plus souvent la présence de motifs d'intérêt général afin de justifier l'expropriation.

62. Et si la poursuite de l'intérêt général était inconciliable avec la compensation ? La question est certes classique à première vue – tant que l'une des conditions n'est pas remplie alors l'expropriation est illicite – mais le principe de compensation fut toutefois quelque peu malmené, notamment dans les années 1950.¹¹⁶ Les États alors en développement, et disposant à ce titre de ressources financières limitées, étaient d'avis que l'obligation de compensation qui leur était faite dans le cadre de l'expropriation d'investisseurs étrangers était contraire à la souveraineté nationale. C'est dans ce contexte que l'Assemblée Générale des Nations Unies tenta un compromis intéressant, en posant le principe d'une « réparation appropriée ». Cette conciliation fut, à tout le moins pour un temps, considérée comme l'expression du droit international coutumier.¹¹⁷ Cependant, le

NEWCOMBE, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *SSRN Electronic Journal* juill. 2005.

114. Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 1803 (XVII) du 8 déc. 1962, Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, n° A/RES/1803(XVII).

115. Georges FISCHER, « La Souveraineté sur les Ressources Naturelles », *Annuaire Français de Droit International* 1962, vol. 8, n° 1, p. 516-528 ; James N. HYDE, « Permanent Sovereignty Over Natural Wealth and Resources », *American Journal of International Law* oct. 1956, vol. 50, n° 4, p. 854-867 ; Subhash C. JAIN, « Permanent Sovereignty over Natural Resources and Nationalization in International Law », *Journal of the Indian Law Institute* 1977, vol. 19, p. 241 ; Jan KLEINHEISTERKAMP, « Investment Treaty Law and the Fear for Sovereignty : Transnational Challenges and Solutions », *The Modern Law Review* 2015, vol. 78, n° 5, p. 793-825.

116. V. not. Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p.

117. Arbitrage *ad hoc*, *Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Company c. Libye*, sentence, 19 jan. 1977, § 88, « La résolution 1803 (XVII) apparaît dans une large mesure comme la manifestation d'une volonté générale réelle. » Arbitrage *ad hoc*, *The American Independent Oil Company c. Koweït*, sentence, 24 mars 1982, §§ 143 et s., « 143. The most general formulation of the rules applicable for a lawful nationalisation was contained in the United Nations General Assembly Resolution n°1803 (XVII) of 14 December, 1962, on Permanent Sovereignty over Natural Resources, Article 4 of which provides that "Nationalisation, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reasons of public utility, security or the national interest which are recognised as overriding purely individual

caractère coutumier fut rapidement contesté par la tentative de mise en place du nouvel ordre économique international. C'est ainsi que l'Assemblée Générale des Nations Unies a consacré l'importance de la compensation pour les expropriations licites.¹¹⁸

63. Le rappel de la compensation par l'Assemblée Générale des Nations Unies.

La création et l'implantation du nouvel ordre économique international par l'ONU, dont le caractère effectif est discutable, ont permis l'émergence de résolutions conciliant le principe de souveraineté des États et la compensation due aux investisseurs.¹¹⁹ C'est

or private interests, both domestic and foreign. In such cases the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law." This text which obtained a unanimous vote in the General Assembly, codifies positive principles, recognised by the Constitution and Law of Kuwait, that have not been contested in the present proceedings. It calls for a concrete interpretation of the term "appropriate compensation". Other disputes have long since turned upon different terms such as "fair", "just", "equitable", not to speak of "adequate", "effective", "prompt", etc. There are indeed, several tendencies, all appealing to the same principle, one of which however reduces compensation almost to the status of a symbol, and the other of which assimilates the compensation due for a legitimate take-over to that due in respect of an illegitimate one. These tendencies were in mutual opposition in the United Nations when the Resolutions following n°1803 were voted, none of which obtained unanimous acceptance, and some of which, such as the Charter of the Economic Rights and Duties of States, have been the subject of divergent interpretations.

144. The Tribunal considers that the determination of the amount of an award of "appropriate" compensation is better carried out by means of an enquiry into all the circumstances relevant to the particular concrete case, than through abstract theoretical discussion. Moreover the Charter of the Economic Rights and Duties of States, even in its most disputed clause (Article 2, paragraph 2c) – and the one that occasioned reservations on the part of the industrialized States – recommended taking account of "all circumstances" in order to determine the amount of compensation – which does not in any way exclude a substantial indemnity. »

118. Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 3201 (S-VI) du 1^{er} mai 1974, Déclaration Concernant l'Instauration d'un Nouvel Ordre Économique International, n° A/RES/3201(S-VI) ; Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 3202 (S-VI) du 1^{er} mai 1974, Programme d'action Concernant l'Instauration d'un Nouvel Ordre Économique International, n° A/RES/3202(S-VI) ; Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 3281 (XXIX) du 12 déc. 1974, Charte des droits et devoirs économiques des États, n° A/RES/3281(XXIX) ; Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 3171 (XXVIII) du 17 déc. 1973, Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, n° A/RES/3171(XXVIII) ; V. aussi David A. GANTZ, « The Marcona Settlement : New Forms of Negotiation and Compensation for Nationalized Property », *American Journal of International Law* juill. 1977, vol. 71, n° 3, p. 474-493.

119. Sur l'ensemble, v. Jean-Pierre LAVIEC, *Protection et Promotion des Investissements : Étude de Droit International Économique*, Genève : Graduate Institute Publications, 2015, 331 p. ; *Le Nouvel Ordre Économique International : Aspects Commerciaux, Technologiques et Culturels : Colloque, La Haye, 23-25 Octobre 1980*, sous la dir. de René Jean DUPUY, Hague Academy of INTERNATIONAL LAW et United Nations UNIVERSITY, The Hague ; Boston : Hingham, MA : Nijhoff ; Distributors for the U.S. et Canada, Kluwer Boston, 1981, 382 p. ; V. aussi Francisco V. GARCÍA-AMADOR, « The Proposed New International Economic Order : A New Approach to the Law Governing Nationalization and Compensation », *Lawyers of the America* 1980, vol. 12, p. 1 ; George Winthrop HAIGHT, « The New International Economic Order and the Charter of Economic Rights and Duties of States, » *The International Lawyer* 1975, vol. 9, n° 4, p. 591 ; Facundo PÉREZ-AZNAR, « The Use of Most-Favoured-Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements », *Journal of International Economic Law* déc. 2017, vol. 20, n° 4, p. 777-805 ; Andres ROZENTAL, « The Charter of Economic Rights and Duties

ainsi que la Déclaration relative à la Résolution n°3201 (S-VI) du 1er mai 1974 déclare que le principe de souveraineté permanente et intégrale des États sur leurs ressources naturelles et activités économiques est essentiel. En conséquence, chaque État a le droit de nationaliser et d'exproprier, ce droit étant une manifestation directe de sa souveraineté.

« [Le] nouvel ordre économique international [est] fondé sur l'équité, l'égalité souveraine, l'interdépendance, l'intérêt commun et la coopération entre tous les États [...].

4. Le nouvel ordre économique international devrait être fondé sur le plein respect des principes ci-après :

a) égalité souveraine des états, autodétermination de tous les peuples, inadmissibilité de l'acquisition de territoires par la force, intégrité territoriale et non-ingérence dans les affaires intérieures d'autres états ; [...]

e) Souveraineté permanente intégrale de chaque État sur ses ressources naturelles et sur toutes les activités économiques. En vue de sauvegarder ces ressources, chaque État est en droit d'exercer un contrôle efficace sur celles-ci et sur leur exploitation par les moyens appropriés à sa situation particulière, y compris le droit de nationaliser ou de transférer la propriété à ses ressortissants, ce droit étant une expression de la souveraineté permanente intégrale de l'État. Aucun État ne peut être soumis à une coercition économique, politique ou autre visant à empêcher l'exercice libre et complet de ce droit inaliénable ; » ¹²⁰

64. Ce principe est par ailleurs rappelé dans le Programme d'action de la même résolution.

« Tous les efforts possibles devraient être faits :

a) Pour mettre un terme à toutes les formes d'occupation étrangère [...] grâce à l'exercice de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles » ¹²¹

65. S'il semble clair que l'Assemblée Générale des Nations Unies rappelle le droit des États à exproprier les investisseurs étrangers présents sur leur territoire sur le fondement

of States and the New International Economic Order », *Virginia Journal of International Law* 1976, vol. 16, p. 309 ; Robin C.A. WHITE, « New International Economic Order », *International and Comparative Law Quarterly* 1975, vol. 24, n° 3, p. 542-552.

120. Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 3201 (S-VI) du 1^{er} mai 1974, Déclaration Concernant l'Instauration d'un Nouvel Ordre Économique International, n° A/RES/3201(S-VI).

121. Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 3202 (S-VI) du 1^{er} mai 1974, Programme d'action Concernant l'Instauration d'un Nouvel Ordre Économique International, n° A/RES/3202(S-VI).

du principe de souveraineté sur leurs ressources naturelles, la Résolution n°3281 (XXIX) du 14 décembre 1974 « Charte des droits et devoirs économiques des états » précise que l'exercice de ce droit s'accompagne du versement d'une indemnité.

« Chapitre II – Droits et devoirs économiques des états

Article 2

1. Chaque État détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer.

2. Chaque État a le droit :

[...]

c) De nationaliser, d'exproprier, ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. » ¹²²

66. En ce sens, il semble que l'Assemblée Générale des Nations Unies ait considéré que la compensation est une conséquence de l'expropriation et non plus une condition préalable à la licéité. ¹²³ Ce n'est pas surprenant, en ce qu'il est probable que les États aient à cœur de préserver leur champ d'action dans le domaine de l'intérêt général dans le cadre des négociations à l'Assemblée Générale des Nations Unies.

§ 2. L'intérêt général : justification de l'expropriation illicite

67. **Introduction.** Il a été admis par quelques auteurs et tribunaux arbitraux que les actes pris par l'État dans le cadre de ses prérogatives de régulation (c'est-à-dire l'exercice de sa souveraineté) n'étaient pas constitutifs d'expropriations. ¹²⁴ Cependant, cette approche n'est pas unanimement admise.

122. Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 3281 (XXIX) du 12 déc. 1974, Charte des droits et devoirs économiques des États, n° A/RES/3281(XXIX).

123. Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p., p. 56.

124. Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 6^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2003, 784 p., p. 509 ; Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, sentence, 30 mars 1989, n° 419-128/129-2.

68. La souveraineté nationale est systématiquement présente au sein des traités bilatéraux d'investissement. Nombreux sont les traités qui permettent à l'État d'échapper à leurs obligations internationales sur le fondement de ses prérogatives souveraines. Cette clause n'est ainsi pas rédigée comme étant une condition à respecter par l'État dans le cadre de l'expropriation licite mais, au contraire, une ouverture lui permettant de se soustraire aux obligations posées par le traité lorsque dûment justifiée.¹²⁵ Par exemple, l'article 15 du très récent TBI Japon-Géorgie¹²⁶ précise que :

« Nothing in this Agreement shall be construed so as to prevent the former Contracting Party from adopting or enforcing measures :

- a) necessary to protect human, animal or plant life or health ;
- b) necessary to protect public morals or to maintain public order, provided that the public order exception may only be invoked where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society ; »

69. Partant, puisque « rien » ne saurait retirer à l'État son droit à légiférer dans le cadre de l'intérêt général, il semble que ce type de dispositions puissent entrer en conflit avec les articles ayant vocation à protéger les investisseurs. Une interprétation extensive irait même plus loin et rendrait les dispositions concernant les expropriations superfétatoires. Il est en effet probable que les actions de l'État puissent, à tout le moins partiellement, être dirigées vers l'intérêt général. On pourrait par ailleurs envisager ce type d'articles au regard de la pratique à l'OMC, où des exceptions similaires existent et où les États tentent régulièrement d'argumenter que l'exception de sauvegarde de l'intérêt général est en dehors de la capacité d'appréhension de l'Organe d'appel et, plus généralement, de l'Organe de règlement des différends.¹²⁷ Partant, il suffirait à

125. Sur l'ensemble, v. Alan O. SYKES, « Economic "necessity" in International Law », *American Journal of International Law* avr. 2015, vol. 109, n° 2, p. 296-323, pp. 296 et s.

126. Accord relatif à la libéralisation, l'encouragement et à la protection réciproque des investissements entre le Japon et la Géorgie, signé le 29 jan. 2021, à Tbilisi.

127. Sur les liens entre l'arbitrage d'investissement, le droit de l'OMC et, plus généralement, le droit du commerce international, v. Anne VAN AAKEN, « International Investment Law between Commitment and Flexibility : A Contract Theory Analysis », *Journal of International Economic Law* 2009, vol. 12, n° 2, p. 507-538 ; Chad P. BOWN, « Participation in WTO Dispute Settlement : Complainants, Interested Parties, and Free Riders », *World Bank Economic Review* 2005, vol. 19, n° 2, p. 287-310 ; Marc L. BUSCH, Eric REINHARDT et Gregory SHAFFER, « Does Legal Capacity Matter ? A Survey of WTO Members », *World Trade Review* oct. 2009, vol. 8, n° 4, p. 559-577 ; Tim BÜTHER et Helen V. MILNER, « The Politics of Foreign Direct Investment into Developing Countries : Increasing FDI through International Trade Agreements ? », *American Journal of Political Science* oct. 2008, vol. 52, n° 4, p. 741-762 ; Nauro CAMPOS, « What Does WTO Membership Kindle in Transition Economies ? An Empirical

l'État d'invoquer cette défense pour qu'il bénéficie d'une présomption irréfragable faisant obstacle à la compensation. Puisque *rien* ne saurait limiter la capacité de l'État en la matière, on pourrait aisément imaginer les dérives d'un tel système s'il était appliqué largement.

70. Cette question a notamment été étudiée en détail dans les nombreux contentieux opposant l'Argentine et les États-Unis.¹²⁸

Investigation », *Journal of Economic Integration* 2004, vol. 19, n° 2, p. 395-415 ; Joseph A. CONTI, « The Good Case : Decisions to Litigate at the World Trade Organization », *Law and Society Review* mars 2008, vol. 42, n° 1, p. 145-182 ; Joseph A. CONTI, « Learning to Dispute : Repeat Participation, Expertise, and Reputation at the World Trade Organization », *Law and Social Inquiry* juin 2010, vol. 35, n° 3, p. 625-662 ; Rosie COONEY et Andrew T.F. LANG, « Taking Uncertainty Seriously : Adaptive Governance and International Trade », *European Journal of International Law* juin 2007, vol. 18, n° 3, p. 523-551 ; Susan CRAWFORD et John LAIRD, « Regional Trade Agreements and the WTO », *The North American Journal of Economics and Finance* 2001, vol. 12, n° 2, p. 193-211 ; Judith L. GOLDSTEIN, Douglas RIVERS et Michael TOMZ, « Institutions in International Relations : Understanding the Effects of the GATT and the WTO on World Trade », *International Organization* jan. 2007, vol. 61, n° 1, p. 37-67 ; RH Steinberg J GOLDSTEIN, « Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judicial Delegation on U.S. Trade Politics », *Law and Contemporary Problems* 2008, vol. 71, p. 257-282 ; Pham Thi Hong HANH, « Does WTO Accession Matter for the Dynamics of Foreign Direct Investment and Trade? », *Economics of Transition and Institutional Change* 2011, vol. 19, n° 2, p. 255-285 ; Amelia KEENE, « The Incorporation and Interpretation of WTO-Style Environmental Exceptions in International Investment Agreements », *Journal of World Investment and Trade* 2019, vol. 18, n° 1, p. 62-99 ; S Trojanowska T KOHL, « Heterogeneous Trade Agreements, WTO Membership and International Trade : An Analysis Using Matching Econometrics », *Applied Economics* 2015, vol. 47, n° 33, p. 3499-3509 ; Jeffrey KUCIK et Eric REINHARDT, « Does Flexibility Promote Cooperation? An Application to the Global Trade Regime », *International Organization* juill. 2008, vol. 62, n° 3, p. 477-505 ; Pamela Apaza LANYI et Armin STEINBACH, « Promoting Coherence between PTAs and the WTO through Systemic Integration », *SSRN Electronic Journal* fév. 2017 ; A Sapir H Horn PC MAVROIDIS, « Beyond the WTO? An Anatomy of EU and US Preferential Trade Agreements », *The World Economy* 2010, vol. 33, n° 11, p. 1565-1588 ; Andrew K. ROSE, « Do We Really Know That the WTO Increases Trade? », *American Economic Review* mars 2004, vol. 94, n° 1, p. 98-114 ; Bernard HOEKMAN et Michel KOSTECKI, *The Political Economy of the World Trading System : From GATT to WTO*, Oxford : Oxford University Press, 2010, 320 p. ; Rafael LEAL-ARCAS, *International Trade and Investment Law : Multilateral, Regional and Bilateral Governance*, Cheltenham, UK. : Edward Elgar Publishing Ltd, 2011, 360 p.

128. Le TBI applicable à ces espèces est ainsi rédigé : « Le présent traité ne fait pas obstacle à l'application par l'une ou l'autre des Parties des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public, à l'accomplissement de ses obligations en matière de maintien ou de rétablissement de la paix ou de la sécurité internationales, ou à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité. » Accord entre les États-Unis d'Amérique et la République Argentine sur l'encouragement réciproque et la protection des investissements, signé le 14 nov. 1991, à Washington, art. XI. Le traité original est ainsi rédigé : « This treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its essential security interests. » On pourra se référer utilement aux écrits suivants sur la question argentine, en particulier sur les raisons de l'effondrement du système d'investissements internationaux directs et les difficultés de reconnaissance des décisions arbitrales. José ALVAREZ, « The Argentine Crisis and Foreign Investors », *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2008, vol. 2009, p. 379-478 ; Raul BERNAL-MEZA, « Política Exterior Argentina : De Menem a de La Rúa, Hay Una Nueva Política? [Argentina's Foreign Policy : From

71. En particulier, la défense de l'Argentine dans la plupart de ces affaires était la nécessité de prendre des mesures drastiques pour faire face à la crise financière qui touchait alors le pays. Se posait alors, notamment, la question de la conciliation entre le mécanisme de défense de l'article XI du TBI applicable et l'article VI du même traité qui requiert une juste compensation pour les expropriations.¹²⁹

72. **Les pouvoirs de police.** La confrontation entre la légitimité de l'État à agir dans le cadre de l'intérêt général – on parle de pouvoir de réguler – et les obligations qui lui sont faites pour qu'une expropriation soit considérée comme licite n'est pas récente. Il est en effet clair que, par le biais d'un traité bilatéral, deux États consentent à restreindre le périmètre de leur souveraineté étatique dans des domaines particuliers. C'est ainsi que les États s'engagent-ils à ne pas exproprier les investissements étrangers, à moins que de telles actions soient, entres autres, non-discriminatoires, justifiées par l'intérêt général et

Menem to de La Rúa : A New Policy? », *São Paulo em Perspectiva* 2002, vol. 16, n° 1, p. 74-93; Charity L GOODMAN, « Uncharted Waters : Financial Crisis and Enforcement of ICSID Awards in Argentina », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 2007, vol. 28, n° 2, p. 449-485; Yoram Z. HAFTEL et Hila LEVI, « Argentina's Curious Response to the Global Investment Regime : External Constraints, Identity, or Both? », *Journal of International Relations and Development* 1^{er} déc. 2020, vol. 23, n° 4, p. 755-780; Andrés Tavosnanka Germán HERRERA, « Argentine Industry in the Early Twenty-First Century (2003–2008) », *CEPAL Review* 2011, vol. 104, p. 100-117; Alexis Rodrigo LABORÍAS, « Expropriation and the Settlement of Investment Disputes : An Account of the Controversy between Repsol and Argentina », *Global Jurist* jan. 2015, vol. 15, n° 1, p. 81-112; Leonardo Stanley Michael MORTIMORE, « La Argentina y Los Tratados Bilaterales de Inversión : El Costo de Los Compromisos Internacionales [Argentina and BITs : The Cost of International Commitments] », *Desarrollo Económico* 2006, vol. 46, n° 182, p. 189-214; Maria VICIEN-MILBURN et Yulia ANDREEVA, « Testing the Procedural Limits of the ICSID Annulment Regime in Cases against Argentina », *Yearbook of International Investment Law and Policies* 2010, p. 291-332; Corlos ESCUDÉ, *Foreign Policy Theory in Menem's Argentina*, Gainesville, FL : University Press of Florida, 1997, 232 p. ; Kathryn KHAMSI, « Compensation for Non-expropriatory Investment Treaty Breaches in the Argentine Gas Sector Cases : Issues and Implications » in *The Backlash against Investment Arbitration*, sous la dir. de Michael WAIBEL et al., Wolters Kluwer, 2010, 8, p. 165-185; Andrés MALAMUD, « Argentine Foreign Policy under the Kirchners : Ideological, Pragmatic, or Simply Peronist? » in *Latin American Foreign Policies*, Palgrave Macmillan, 2011, p. 87-102; Luis SERVEN et Guillermo PERRY, « Argentina's Macroeconomic Collapse : Causes and Lessons » in *Managing Economic Volatility and Crises : A Practitioner's Guide*, Cambridge University Press, 2005, p. 439-470.

129. « Les investissements ne seront pas expropriés ou nationalisés, directement ou indirectement, par des mesures équivalentes à l'expropriation ou à la nationalisation, sauf pour des raisons d'intérêt général, de manière non discriminatoire, moyennant le versement d'une indemnité prompte, adéquate et effective, et conformément à la procédure légale et aux principes généraux de traitement prévus à l'article II (2). » Accord entre les États-Unis d'Amérique et la République Argentine sur l'encouragement réciproque et la protection des investissements, signé le 14 nov. 1991, à Washington, art. VI, §1. Notre traduction. Le traité original est ainsi rédigé : « Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization except for a public purpose; in a non-discriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided for in Article II (2). »

dûment compensées. La notion d'intérêt général se manifeste à deux endroits en droit international des investissements : d'une part, dans l'obligation qui est faite aux États de n'exproprier que dans la poursuite d'un intérêt général et, d'autre part, dans les clauses de plus en plus fréquentes par lesquelles les Parties entendent conserver le bénéfice de leurs pouvoirs de police.¹³⁰

73. Les tensions grandissantes entre le droit de réguler et le droit à la compensation ont eu comme effet l'inclusion, de plus en plus fréquente, de clause garantissant aux États le droit de prendre de telles mesures sans les voir être qualifiées d'expropriation par un tribunal arbitral.¹³¹ Cependant, les États ayant déjà signé des traités bilatéraux ne bénéficient pas¹³² de ces clauses et se retranchent donc derrière la doctrine coutumière des pouvoirs de police,¹³³ plus restrictive.¹³⁴ Bien entendu, cette tension n'est pas récente en droit et, dès 1941, Herz rappelait, à propos des expropriations indirectes, que « il peut souvent être très difficile de décider si oui ou non [...] les limites de l'ingérence habituelle ont été atteintes ou transgressées. »¹³⁵ Cependant, force est de constater que les récents événements, la crise de la COVID-19, bien sûr, mais aussi la crise environnementale, ont fait de la question des pouvoirs de police des États une interrogation quasi systématique dans les affaires portées devant le CIRDI. On pense, notamment, aux affaires argentines sur

130. Pour une discussion sur le récent accord conclu entre la Chine et l'Australie (le ChAFTA), v. Anthea ROBERTS et Richard BRADDOCK, « Protecting Public Welfare Regulation Through Joint Treaty Party Control : A ChAFTA Innovation », *EJIL :Talk!* 2016.

131. *Ibid.*

132. Aussi simplement à tout le moins.

133. Noam ZAMIR, « The Police Powers Doctrine in International Investment Law », *Manchester Journal of International Economic Law* 2017, vol. 14, n° 3, p. 318-337, p. 318.

134. George CHRISTIE, « What Constitutes a Taking of Property under International Law », *British Year Book of International Law* 1962, vol. 38, 331 et s. Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 6^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2003, 784 p., p. 511 ; V. aussi Ben MOSTAFA, « The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law », *Australian International Law Journal* 2008, vol. 15, n° 1, p. 267-296, p. 272.

135. John HERZ, « Expropriation of Foreign Property », *American Journal of International Law* 1941, vol. 35, p. 243, p. 251. Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigé : « It may often be very difficult to decide whether or not [...] the limits of usual interference have been reached or transgressed. »

fond de crise économique,¹³⁶ à SPP c. Égypte et la protection du patrimoine culturel,¹³⁷ mais aussi à la protection de la santé publique contre des substances chimiques.¹³⁸

74. La définition des pouvoirs de police. La doctrine des pouvoirs de police est un concept autonome du droit international qui manifeste l'expression juridique de la souveraineté étatique au sein de la communauté internationale.¹³⁹ C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont pu considérer que les actes étatiques représentant un exercice légal par l'État de ses pouvoirs de gouverner ne sauraient être considérés comme des expropriations, et ce en dépit des éventuelles conséquences que ces derniers auraient à affronter.¹⁴⁰ Cette approche vit notamment le jour aux États-Unis au début du XVIIIe

136. CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.p. c. Argentine*, sentence, 2 août 2004, n° ARB/01/3; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.p. c. Argentine*, décision sur la compétence, 14 jan. 2004, n° ARB/01/3; CIRDI, *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, décision sur la juridiction, 27 avr. 2006, n° ARB/03/5; CIRDI, *Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, décision sur les mesures provisoires, 8 avr. 2016, n° ARB/09/1; CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, décision sur la juridiction, 3 août 2004, n° ARB/02/8; CIRDI, *Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, décision sur l'annulation, 29 mai 2019, n° ARB/09/1; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence, 28 sept. 2007, n° ARB/02/16; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 21 nov. 2000, n° ARB/97/3; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 17 fév. 2000, n° ARB/96/1; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3; CIRDI, *Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, sentence, 21 juill. 2017, n° ARB/09/1; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, décision sur l'annulation, 29 juin 2010, n° ARB/02/16; CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., Et LG&E International, Inc. c. Argentine*, sentence, 25 juill. 2007, n° ARB/02/1; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, décision sur la compétence, 11 mai 2005, n° ARB/02/16; CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, sentence, 17 jan. 2007, n° ARB/02/8; CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, sentence, 14 juill. 2006, n° ARB/01/12; CIRDI, *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, décision sur la juridiction, 27 avr. 2006, n° ARB/03/5; CIRDI, *Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, décision sur la compétence, 21 déc. 2012, n° ARB/09/1; CIRDI, *Telefónica S.A. c. Argentine*, décision sur la compétence, 25 mai 2006, n° ARB/03/20; CIRDI, *Total S.A. c. Argentine*, décision sur la compétence, 25 août 2006, n° ARB/04/01; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, sentence, 12 mai 2005, n° ARB/01/8; Arbitrage *ad hoc*, *BG Group Plc. c. République d'Argentine*, sentence finale, 24 déc. 2007.

137. CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, sentence, 20 mai 1992, n° ARB/84/3.

138. Arbitrage *ad hoc*, *Methanex Corp c. États-Unis*, sentence finale sur la compétence et le fond, 3 août 2005.

139. Jorge E. VIÑUALES, « Sovereignty in Foreign Investment Law » in *The Foundations of International Investment Law : Bringing Theory into Practice*, sous la dir. de Zachary DOUGLAS, Oxford University Press (OUP), 2014, pp. 326-328.

140. George CHRISTIE, « What Constitutes a Taking of Property under International Law », *British Year Book of International Law* 1962, vol. 38, p. 307; George ALDRICH, « What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal », *The American Journal of International Law* 1994, vol. 88, n° 4, p. 585-610, p. 609; James CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2008, 872 p., p. 532.

siècle.¹⁴¹

75. Des tentatives de définitions. Outre la définition très large de *Methanex*, d'autres initiatives existent. Notamment, le projet de convention élaboré par la Harvard Law School en 1961 dresse une liste des situations dans lesquelles les pouvoirs de police font obstacle à l'obligation de compensation, notamment dans le domaine de l'impôt, de l'ordre public et de la santé.¹⁴² Cette interprétation est notamment soutenue par Christie¹⁴³ et Aldrich.¹⁴⁴ Ainsi, il est plutôt admis en doctrine que les domaines de l'ordre public et de la moralité, la protection de la santé et de l'environnement ainsi que le domaine des taxes sont susceptibles d'être considérés comme l'exercice de pouvoir de police, entraînant ainsi une non-compensation de l'investisseur, sous réserve d'une mesure non discriminatoire.¹⁴⁵

76. Des définitions limitées. Cependant, les tentatives de définitions exposées précédemment ne permettent pas de dresser une liste exhaustive des pouvoirs de police. Tout d'abord, le principe même de « moralité publique » est une notion mouvante, sans réelle définition.¹⁴⁶

77. De la même manière, si le domaine fiscal semble assez facilement être un domaine dans lequel l'État peut exercer ses pouvoirs de police, de telles mesures seront tout de même considérées comme expropriatrices dès lors qu'elles sont abusives.¹⁴⁷ Pourtant, les contours mêmes de la mesure abusive ne sont pas définis.¹⁴⁸

141. V. not., Cour Suprême des États-Unis, *Brown v. State of Maryland*, Arrêt, 12 mars 1827, n° 25 U.S. 419, 6 L. Ed. 678 (1827) ; Cour Suprême des États-Unis, *Prigg v. Com. of Pennsylvania*, Arrêt, 1^{er} jan. 1842, n° 41 U.S. 539, 625, 10 L. Ed. 1060 (1842).

142. *Projet de convention sur la responsabilité internationale des Etats pour dommages aux étrangers*, Harvard Law School, 1961.

143. George CHRISTIE, « What Constitutes a Taking of Property under International Law », *British Year Book of International Law* 1962, vol. 38, p. 331.

144. George ALDRICH, « What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal », *The American Journal of International Law* 1994, vol. 88, n° 4, p. 585-610, p. 609.

145. Andrew Paul NEWCOMBE et Lluís PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties : Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Wolters Kluwer Law & Business, 2009, 614 p., p. 538.

146. Pour le même problème soulevé dans le cadre du droit de l'OMC, v. Émilie CONWAY, « De quelques apports de la doctrine de la «marge d'appréciation» à l'interprétation de l'exception de moralité publique en droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) », *Les Cahiers de droit* 2013, vol. 54, n° 4, p. 731-779.

147. Arbitrage *ad hoc*, *Link Trading c. Moldavie*, sentence, 18 avr. 2002.

148. « D'une manière générale, les mesures fiscales ne deviennent expropriatoires que lorsqu'il s'agit d'une prise abusive. Il y a abus lorsqu'il est démontré que l'État a agi de manière injuste ou inéquitable à

78. Le droit international général n'est pas étranger à la doctrine des pouvoirs de police.¹⁴⁹ Dès 1941, John Herz écrivait ainsi que :

« Il existe toujours certains cas dans lesquels l'ingérence de l'État dans la propriété privée n'est pas considérée comme une expropriation entraînant une obligation d'indemnisation, mais comme un acte nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt général : par exemple, les mesures prises pour des raisons de police, c'est-à-dire pour la protection de la santé publique ou la sécurité contre les dangers intérieurs ou extérieurs. »¹⁵⁰

79. Cependant, et ce même si sa reconnaissance ne fait pas de doute tant elle est intrinsèquement liée aux objectifs même du droit international, la doctrine des pouvoirs de police ne souffre d'aucune définition exacte en permettant d'en appréhender précisément

l'égard de l'investissement, lorsqu'il a adopté des mesures qui ont un caractère arbitraire ou discriminatoire ou dans leur mode d'application, ou lorsque les mesures prises violent une obligation contractée par l'État à l'égard de l'investissement. » *ibid.*, § 64. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « As a general matter, fiscal measures only become expropriatory when they are found to be an abusive taking. Abuse arises where it is demonstrated that the State has acted unfairly or inequitably towards the investment, where it has adopted measures that are arbitrary or discriminatory in character or in their manner of implementation, or where the measures taken violate an obligation undertaken by the State in regard to the investment. »

149. Il suffit, pour s'en convaincre, de voir l'étendue de la doctrine sur la question. Emma AISBETT, Larry KARP et Carol MCAUSLAND, « Police Powers, Regulatory Takings and the Efficient Compensation of Domestic and Foreign Investors », *Economic Record* 2010, vol. 86, n° 274, p. 367-383 ; Emma AISBETT, Larry KARP et Carol MCAUSLAND, « Compensation for Indirect Expropriation in International Investment Agreements : Implications of National Treatment and Rights to Invest », *Journal of Globalization and Development* 27 déc. 2010, vol. 1, n° 2 ; Legesse Tigabu MENGIE, « Host States' Police Power and the Proportionality Test in International Investment Law », *Jimma University Journal of Law* 2016, vol. 8, p. 81 ; Kate MITCHELL, « Philip Morris v Uruguay : an affirmation of 'Police Powers' and 'Regulatory Power in the Public Interest' in International Investment Law », *EJIL :Talk!* 2016 ; Ben MOSTAFA, « The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law », *Australian International Law Journal* 2008, vol. 15, n° 1, p. 267-296 ; Andrew Paul NEWCOMBE, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *SSRN Electronic Journal* juill. 2005 ; Noam ZAMIR, « The Police Powers Doctrine in International Investment Law », *Manchester Journal of International Economic Law* 2017, vol. 14, n° 3, p. 318-337 ; Catharine TITI, « Police powers doctrine and international investment law » in *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill Nijhoff, 2018, p. 323-343 ; Barry APPLETON, « Regulatory takings : the international law perspective », *NYU Environmental Law Journal* 2002, vol. 11, p. 35 ; Clifford CARRUBBA, « Courts and Compliance in International Regulatory Regimes », *Journal of Politics* août 2005, vol. 67, n° 3, p. 669-689.

150. John HERZ, « Expropriation of Foreign Property », *American Journal of International Law* 1941, vol. 35, p. 243, p. 251. Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigé : « There were always certain cases in which state interference with private property was not considered expropriation entailing an obligation to pay compensation but a necessary act to safeguard public welfare : e.g., measures taken for reasons of police, that is, for the protection of public health or security against internal or external danger. »

les contours.¹⁵¹ La souveraineté étatique s'étend en effet sur les questions de sécurité intérieure, de santé et de vie économique.¹⁵² Par extension, et puisqu'il est raisonnable de penser qu'un État dépossédant un investisseur de sa propriété est susceptible de justifier son acte par une politique publique, on pourrait penser que la doctrine des pouvoirs de police fait obstacle à quasiment toutes les demandes en indemnisation. Une telle approche viderait de leurs substances l'ensemble des articles protégeant l'investisseur, et donc n'est pas privilégiée.

80. Deux approches. Du fait de ce manque de définition précise de la notion, deux approches ont vu le jour et sont appliquées indépendamment par les tribunaux arbitraux. L'approche dite large couvre toutes les actions prises de bonne foi dans l'intérêt général et qui ne sont pas discriminatoires.¹⁵³ L'approche plus nuancée consiste, quant à elle, à restreindre le champ d'application de la doctrine à certains domaines, tels que la santé publique, l'ordre public et la collecte de taxes.¹⁵⁴ Une telle restriction permet ainsi de réduire la possibilité pour l'État de se retrancher derrière l'intérêt général pour justifier une expropriation non compensée. En effet, dans une vision large de l'intérêt général, le paiement d'une forte somme d'argent par un État à une société étrangère est vraisemblablement systématiquement contraire à l'intérêt général de sa population.

81. Deux approches limitées. Le principal problème rencontré par les tribunaux arbitraux est l'absence d'un corpus jurisprudentiel détaillé sur la question.¹⁵⁵ Au-delà de la définition précise de la notion, qui est en dehors du sujet traité par ce mémoire, il convient de noter que si la doctrine des pouvoirs de police n'est elle-même pas suffisamment claire en droit international, ses implications sur l'obligation de réparation sont encore plus nébuleuses.

151. Fischer WILLIAMS, « International Law and the Property of Aliens, » *British Yearbook of International Law* 1928, vol. 9, p. 1, p. 23.

152. Noam ZAMIR, « The Police Powers Doctrine in International Investment Law », *Manchester Journal of International Economic Law* 2017, vol. 14, n° 3, p. 318-337, p. 327.

153. C'est notamment l'approche qui a été retenue dans l'affaire *Methanex*. V. *infra* n° 95, p. 57 Arbitrage *ad hoc*, *Methanex Corp c. États-Unis*, sentence finale sur la compétence et le fond, 3 août 2005 ; David SCHNEIDERMAN, « NAFTA's Takings Rule : American Constitutionalism Comes to Canada », *Law & Social Inquiry* 1996, vol. 46, p. 499-537, p. 530 ; Lucien DHOOGHE, « The Revenge of the Trail Smelter : Environmental Regulation As Expropriation Pursuant to the North American Free Trade Agreement », *American Business Law Journal* 2001, vol. 38, n° 3, p. 475-558, p. 525.

154. Noam ZAMIR, « The Police Powers Doctrine in International Investment Law », *Manchester Journal of International Economic Law* 2017, vol. 14, n° 3, p. 318-337, p. 327.

155. Bien que, rappelons-le, les tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissement ne sont pas tenus par les affaires précédentes.

82. On ne peut à ce sujet qu'être en accord avec la sentence *Saluka*, qui considère que le droit international n'a toujours pas identifié avec une précision suffisante les actions de l'État lui permettant d'échapper à l'obligation de compensation.¹⁵⁶ En particulier, le tribunal considère qu'il est nécessaire :

« de tracer une ligne de démarcation claire et facile à distinguer entre, d'une part, les réglementations non compensables et, d'autre part, les mesures qui ont pour effet de priver les investisseurs étrangers de leur investissement et qui sont donc illégales et compensables en droit international. »¹⁵⁷

83. Face à l'augmentation notable de ces demandes sur le fondement de l'expropriation indirecte,¹⁵⁸ les États ont incorporé des clauses leur permettant de contourner les risques d'expropriation lorsqu'ils agissent de bonne foi dans le cadre de leur prérogative de régulation. Deux types de clauses sont à distinguer.

84. **Les clauses qui les excluent purement et simplement du spectre de l'expropriation.** L'Accord de libre-échange entre l'Australie et la Chine signé en 2015 prévoit en effet que les mesures prises par l'une des parties dans le cadre de ses prérogatives souveraines et justifiées par l'intérêt général ne sauraient faire l'objet d'une réclamation de la part d'un investisseur qui s'estimerait lésé.¹⁵⁹

« Les mesures d'une Partie qui sont non discriminatoires et qui visent des objectifs légitimes de bien-être public en matière de santé publique, de sécurité, d'environnement, de moralité publique ou d'ordre public ne feront pas l'objet d'une plainte en vertu de la présente section. »¹⁶⁰

85. De la même manière, l'accord conclu entre l'Inde et Singapour contient une clause qui prévoit que :

156. Arbitrage *ad hoc*, *Saluka Investments B.V. c. République Tchèque*, sentence partielle, 17 mars 2006, § 263.

157. *Ibid.*, § 263. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « to draw a bright and easily distinguishable line between non-compensable regulations on the one hand and, on the other, measures that have the effect of depriving foreign investors of their investment and are thus unlawful and compensable in international law. »

158. V. [tableau 2.1](#) *infra* n° 175, p. 106

159. Noam ZAMIR, « The Police Powers Doctrine in International Investment Law », *Manchester Journal of International Economic Law* 2017, vol. 14, n° 3, p. 318-337, p. 320.

160. Accord de libre-échange entre le gouvernement de l'Australie et le gouvernement de la République Populaire de Chine, signé le 17 juin 2015, à Canberra, art. 9.11 § 4. Notre traduction. L'accord original est ainsi rédigé : « Measures of a Party that are non-discriminatory and for the legitimate public welfare objectives of public health, safety, the environment, public morals or public order shall not be the subject of a claim under this Section. »

« Sous réserve de la condition que ces mesures ne soient pas appliquées d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable à l'encontre de l'autre partie ou de ses investisseurs lorsque des conditions similaires existent, ou une restriction déguisée des investissements des investisseurs d'une partie sur le territoire de l'autre partie, aucune disposition du présent chapitre ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application de mesures par une partie :

- a) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public ;
- b) nécessaires à la protection de la vie ou de la santé humaine, animale ou végétale ; [...]
- c) imposées pour la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ;
- d) Les mesures relatives à la conservation des ressources naturelles épuisables si ces mesures sont rendues effectives en liaison avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales. » ¹⁶¹

86. Bien entendu, ces clauses sont fortement similaires à ce que le GATT et le GATS prévoient en la matière, et s'en inspirent directement. ¹⁶² Le principe est en effet le même

161. Accord de libre-échange entre l'Inde et Singapour, signé le 29 juin 2005, à New Delhi, art. 6.11. Notre traduction.

162. « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures a) nécessaires à la protection de la moralité publique ; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ; c) se rapportant à l'importation ou à l'exportation de l'or ou de l'argent ; d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur ; e) se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons ; f) imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ; g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ; h) prises en exécution d'engagements contractés en vertu d'un accord intergouvernemental sur un produit de base qui est conforme aux critères soumis aux PARTIES CONTRACTANTES et non désapprouvés par elles ou qui est lui-même soumis aux PARTIES CONTRACTANTES et n'est pas désapprouvé par elles* ; i) comportant des restrictions à l'exportation de matières premières produites à l'intérieur du pays et nécessaires pour assurer à une industrie nationale de transformation les quantités essentielles desdites matières premières pendant les périodes où le prix national en est maintenu au-dessous du prix mondial

pour les États : faire en sorte que leurs décisions relatives à leurs politiques publiques, enjeux de sécurité nationale ou de vie économique ne soient pas remises en cause par des tribunaux arbitraux.

87. Les clauses qui considèrent la bonne foi. Certains États ont plutôt fait le choix d'adopter une position modérée sur la question. La position consiste à considérer que les mesures prises de bonne foi ne sont pas considérées comme des expropriations, à l'exception de « circonstances exceptionnelles. »¹⁶³ Les exemples sont nombreux. On retiendra, notamment, la position adoptée par l'Union européenne avec le Canada dans le cadre du CETA :

« Pour l'application du présent chapitre, les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle. »¹⁶⁴

88. La plupart des accords contenant ce type de clauses sont assez récents et ont vu le jour notamment après les affaires argentines.¹⁶⁵ Un certain nombre de tribunaux ont en revanche statué sur cette question bien avant, se fondant en particulier sur le principe coutumier des pouvoirs de police. C'est le cas par exemple du Tribunal irano-américain des réclamations dans l'affaire *Sedco*, considérant qu'il « d'un principe accepté du droit

en exécution d'un plan gouvernemental de stabilisation, sous réserve que ces restrictions n'aient pas pour effet d'accroître les exportations ou de renforcer la protection accordée à cette industrie nationale et n'aillent pas à l'encontre des dispositions du présent Accord relatives à la nondiscrimination ; j) essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale ; toutefois, lesdites mesures devront être compatibles avec le principe selon lequel toutes les parties contractantes ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits, et les mesures qui sont incompatibles avec les autres dispositions du présent Accord seront supprimées dès que les circonstances qui les ont motivées auront cessé d'exister. Les PARTIES CONTRACTANTES examineront, le 30 juin 1960 au plus tard, s'il est nécessaire de maintenir la disposition du présent alinéa. » Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, signé le 30 oct. 1947, art. XX ; V. aussi Accord général sur le commerce des services, signé le 15 avr. 1994, art. XIV.

163. Noam ZAMIR, « The Police Powers Doctrine in International Investment Law », *Manchester Journal of International Economic Law* 2017, vol. 14, n° 3, p. 318-337, p. 322.

164. Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union Européenne, signé le 30 oct. 2016, à Bruxelles, art. 8.9.

165. José ALVAREZ, « The Argentine Crisis and Foreign Investors », *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2008, vol. 2009, p. 379-478 ; Andrés TAVOSNANKA Germán HERRERA, « Argentine Industry in the Early Twenty-First Century (2003-2008) », *CEPAL Review* 2011, vol. 104, p. 100-117 ; Kathryn KHAMSI, « Compensation for Non-expropriatory Investment Treaty Breaches in the Argentine Gas Sector Cases : Issues and Implications » in *The Backlash against Investment Arbitration*, sous la dir. de Michael WAIBEL et al., Wolters Kluwer, 2010, 8, p. 165-185.

international qu'un État n'est pas responsable des dommages économiques résultant d'une "régulation" prise de bonne foi et dans le cadre des pouvoirs de police des états. »¹⁶⁶ Le tribunal, pour justifier sa décision, se réfère au texte publié par l'American Law Institute à propos du « *Restatement on Foreign Relations Law of the United States* »,¹⁶⁷ mais aussi à la littérature sur la question.¹⁶⁸

89. Ainsi, il semble que la compensation de l'investisseur ne soit pas la priorité des États lorsqu'ils consentent à rédiger des clauses les exonérant de toute poursuite en cas de recours aux pouvoirs de police. Ceux-ci pourraient ainsi, théoriquement, échapper à la caractérisation même de l'expropriation en invoquant la doctrine des pouvoirs de police, faisant ainsi obstacle à l'obligation de réparation.

§ 3. La pratique arbitrale des pouvoirs de police

90. **Introduction.** La doctrine des pouvoirs de police est ainsi susceptible de permettre à l'État de faire obstacle à ses obligations internationales, notamment la compensation, sur fond de prérogatives régaliennes. En particulier, certains auteurs et tribunaux ont considéré que le pouvoir de réguler de l'État ne saurait être limité par les TBIs. En ce sens, les pouvoirs de police pourraient faire obstacle à la compensation. (A.) En revanche, outre le fait que les arguments qui la justifient ne sont pas convaincants, cette position est loin d'être unanimement admise. (B.)

166. Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, sentence partielle, 17 sept. 1985, n° ITL 55-129-3.

167. « Un État n'est pas responsable de la perte de biens ou d'autres préjudices économiques dus à des impôts généraux de bonne foi, à la réglementation, à la confiscation pour crime ou à d'autres mesures du type de celles qui sont communément acceptées comme relevant du pouvoir de police des États et qui ne sont pas discriminatoires à l'égard des étrangers. » *Tentative Final Draft-Restatement, Foreign Relations Law of the United States (Revised)*, Washington, DC : American Law Institute, 1985, § 712. Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigé : « A state is not responsible for loss of property or for other economic injury that is due to bona fide general taxations, to regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, that does not discriminate against aliens ».

168. Burns H. WESTON, « "Constructive Takings" under International Law : a Modest Foray into the Problem of "Creeping Expropriation" », *Virginia Journal of International Law Virginia Journal of International Law* 1975, vol. 16, p. 103-175.

A. Les affaires reconnaissant l'obstacle des pouvoirs de police à l'expropriation compensée

91. Introduction. Certaines affaires tentent de justifier la non-compensation sur le fondement des pouvoirs de police par la distinction entre régulations et expropriations. Suivant ce courant de pensée, les actes pris par le gouvernement dans le cadre de ses pouvoirs de police et prérogatives régaliennes ne sont pas qualifiables d'expropriation et ne nécessitent donc pas, par voie de conséquence, d'indemnisation au sens du TBI.¹⁶⁹ Ces arguments sont peu convaincants.

92. Faut-il distinguer les régulations des expropriations ? L'affaire *SD Myers*. SD Myers est une société américaine ayant pour activité principale la décontamination et le traitement des déchets. Notamment, la société opère au Canada dans le recyclage des biphényles chlorés (BPC), un produit polluant utilisé principalement dans les transformateurs électriques. Pour des raisons factuelles qui vont au-delà de l'étude du présent mémoire, l'activité de SD Myer dépend principalement de l'ouverture de la frontière entre les États-Unis et le Canada. Faisant suite à une contestation grandissante sur l'utilisation des BPC, le gouvernement du Canada décide d'interdire son importation. Cette interdiction, prenant la forme d'une mesure provisoire, s'étend de novembre 1995 à février 1997. SD Myers considère que cette décision lui porte préjudice et notifie au Canada son intention de porter l'affaire devant l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALÉNA, applicable à l'espèce.¹⁷⁰ En particulier, la société invoque l'article 1110 de l'ALÉNA pour soutenir que la mesure intérimaire litigieuse est une mesure équivalente à l'expropriation.¹⁷¹

93. Le tribunal commence son analyse par rappeler que les arbitres doivent analyser le terme « expropriation » « à la lumière de l'ensemble de la pratique des États, des traités et des interprétations judiciaires de ce terme dans les affaires de droit international. »¹⁷² Ainsi, le tribunal définit-il l'expropriation comme étant proche de la prise d'une propriété

169. V. par exemple les arguments de l'Uruguay dans l'affaire *Philipp Morris*. CIRDI, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay*, sentence, 6 juill. 2016, n° ARB/10/7.

170. Arbitrage *ad hoc*, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, seconde sentence partielle sur les dommages, 13 nov. 2000.

171. *Ibid.*, § 279.

172. *Ibid.*, § 280. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « in light of the whole body of state practice, treaties and judicial interpretations of that term in international law cases. »

par une autorité gouvernementale dans le but d'en transférer la possession.¹⁷³ Sur ce fondement, le tribunal considère que l'action en l'espèce n'est pas une expropriation, mais un acte de gouvernement.¹⁷⁴ En particulier, le tribunal justifie sa position par la nécessaire distinction entre les actes de gouvernement et les expropriations afin d'éviter aux États de voir leurs prérogatives souveraines diminuer.

« La distinction entre expropriation et réglementation élimine la plupart des cas potentiels de plaintes concernant l'intervention économique d'un État et réduit le risque que les gouvernements fassent l'objet de plaintes dans le cadre de leur gestion des affaires publiques. »¹⁷⁵

Si en principe la position semble soutenable, il reste cependant notable que le tribunal justifie partiellement sa décision en rappelant que « Le corpus général de la jurisprudence ne considère généralement pas les mesures réglementaires comme équivalant à une expropriation. »¹⁷⁶ Cette assertion est pour le moins discutable au regard des cas précédemment cités. D'autre part, à aucun endroit les arbitres ne citent d'autres affaires qui auraient pu utilement convaincre le lecteur du bien-fondé de la distinction. Alors même que le tribunal considère à juste titre qu'une éventuelle distinction n'empêcherait pas « la possibilité qu'un comportement réglementaire puisse faire l'objet d'une demande légitime d'expropriation »,¹⁷⁷ on ne peut que regretter l'absence de justification poussée sur les pouvoirs de police et les actes de gouvernement.

173. Arbitrage *ad hoc*, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, seconde sentence partielle sur les dommages, 13 nov. 2000, § 280.

174. *Ibid.*, § 288.

175. *Ibid.*, § 282. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The distinction between expropriation and regulation screens out most potential cases of complaints concerning economic intervention by a state and reduces the risk that governments will be subject to claims as they go about their business of managing public affairs. »

176. *Ibid.*, § 281. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The general body of precedent usually does not treat regulatory action as amounting to expropriation. »

177. *Ibid.*, § 281. La sentence originale est ainsi rédigée : « the possibility that regulatory conduct could be the subject of a legitimate expropriation claim ».

94. **La sentence *Tecmed*.**¹⁷⁸ Pour la première fois, la sentence *Tecmed* inclut la notion de *pouvoirs de police*¹⁷⁹ pour considérer que « Le principe selon lequel l'exercice par l'État de ses pouvoirs souverains dans le cadre de son pouvoir de police peut causer un préjudice économique aux personnes soumises à ses pouvoirs d'administrateur sans leur donner droit à une quelconque indemnisation est incontestable. »¹⁸⁰ Au même titre que les arbitres dans l'affaire *SD Myers*,¹⁸¹ le raisonnement du tribunal semble finalement peu convaincant. Aucune définition des pouvoirs de police de l'État n'est donnée. De la même manière, on ne saurait considérer que l'exercice desdites prérogatives fait *incontestablement* obstacle à la réparation dès lors que d'autres sentences statuant sur la même question ont justement refusé de le faire.¹⁸² En revanche, le tribunal dans *Tecmed* énonce qu'il est nécessaire que les mesures prises par l'État soient proportionnelles à l'objectif poursuivi. Ainsi, un acte pris par l'État ne sera pas considéré comme n'étant pas une expropriation que s'il satisfait au test de proportionnalité énoncé.¹⁸³ *Tecmed* limite ainsi quelque peu la force de l'argument des pouvoirs de police, qui ne serait, selon le tribunal, plus un obstacle *automatique* à la réparation.

95. **La sentence *Methanex*.**¹⁸⁴ Il faudra attendre l'affaire *Methanex* pour obtenir une définition (bien que succincte) de la doctrine des pouvoirs de police en matière de droit international des investissements. Le tribunal considère notamment que « une réglementation non discriminatoire pour un but public, qui est promulguée conformément à une procédure régulière et qui affecte, entre autres, un investisseur ou un investissement étranger, n'est pas considérée comme expropriatrice et indemnisable, à moins que des

178. CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, sentence, 29 mai 2003, n° ARB (AF)/00/2; Stephan W. SCHILL, « Revisiting a Landmark : Indirect Expropriation and Fair and Equitable Treatment in the ICSID Case *Tecmed* », *Transnational Dispute Management* 2006, vol. 3, n° 2; Bjørn KUNOY, « Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration », *The Journal of World Investment & Trade* 2005, vol. 6, n° 3, p. 467-491; Xiuli HAN, « The application of the principle of proportionality in *Tecmed v. Mexico* », *Chinese Journal of International Law* 2007, vol. 6, n° 3, p. 635-652; Legesse Tigabu MENGIE, « Host States' Police Power and the Proportionality Test in International Investment Law », *Jimma University Journal of Law* 2016, vol. 8, p. 81.

179. CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, sentence, 29 mai 2003, n° ARB (AF)/00/2, § 119.

180. *Ibid.*, § 119.

181. Arbitrage *ad hoc*, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, seconde sentence partielle sur les dommages, 13 nov. 2000.

182. V. ainsi CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica*, sentence, 17 fév. 2000, n° ARB/96/1, et les démonstrations précédemment. On notera, en particulier, que la sentence *Santa Elena* n'a été rendue que quelques mois avant *SD Myers*.

183. CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, sentence, 29 mai 2003, n° ARB (AF)/00/2, § 122.

184. Arbitrage *ad hoc*, *Methanex Corp c. États-Unis*, sentence finale sur la compétence et le fond, 3 août 2005.

engagements spécifiques aient été donnés par le gouvernement régulateur à l'investisseur étranger putatif envisageant d'investir que le gouvernement s'abstiendrait d'une telle réglementation. »¹⁸⁵

96. Ainsi, les arbitres considèrent-ils que l'expression par l'État de ses pouvoirs de police, de manière non discriminatoire, justifiée par un intérêt général et en respectant les procédures applicables, peut faire obstacle à une demande en réparation sur le fondement de l'expropriation par l'investisseur. En revanche, le tribunal laisse tout de même l'ouverture éventuelle d'une action sur le fondement du traitement juste et équitable et de la protection des attentes légitimes de l'investisseur.¹⁸⁶

97. **L'exemple des affaires *Philip Morris*.** Les prérogatives étatiques se retrouvent très fréquemment dans le domaine de la santé publique.¹⁸⁷ En particulier, les praticiens du droit international économique connaissent tous très bien la marque Philip Morris, et ce quand bien même ils n'en seraient pas clients. Dans le domaine du droit des investissements, c'est en particulier l'affaire *Philip Morris c. Uruguay* qui retiendra notre attention.¹⁸⁸ Sans revenir sur les faits, largement commentés, le litige concernait des mesures prises par le gouvernement de l'Uruguay destinées à freiner l'usage du tabac, et donc vraisemblablement prises dans le cadre de prérogatives de santé publique. En particulier, la société Philip Morris, directement touchée,¹⁸⁹ conteste une série de mesures¹⁹⁰ sur deux fondements distincts. D'une part, les mesures seraient constitutives

185. Arbitrage *ad hoc*, *Methanex Corp c. États-Unis*, sentence finale sur la compétence et le fond, 3 août 2005, § 7. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alia, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation. »

186. V. [tableau 2.3](#) *infra* n° 175, p. 106

187. Une telle constatation était valable même avant mars 2020. Il convient de noter qu'elle est d'autant plus vraie au regard de la Crise du COVID-19 et des mesures prises par les États pour y faire face.

188. CIRDI, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay*, sentence, 6 juill. 2016, n° ARB/10/7 ; Caroline E. FOSTER, « Respecting Regulatory Measures : Arbitral Method and Reasoning in the Philip Morris V Uruguay Tobacco Plain Packaging Case », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2017, vol. 26, n° 3, p. 287-297.

189. Qui deviendra coutumière des recours dans ce domaine, v. CPA, *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, sentence, 8 juill. 2017, n° 2012-12.

190. En particulier, l'Uruguay a adopté paquet de cigarettes neutre ainsi que la mise en place de messages d'avertissements plus visibles sur lesdits paquets. CIRDI, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay*, sentence, 6 juill. 2016, n° ARB/10/7, § 9, « At its core, the dispute concerns allegations by the Claimants that, through several tobacco-control measures regulating the tobacco industry, the Respondent violated the BIT in

d'une expropriation indirecte¹⁹¹ et donc contraires au TBI Suisse-Uruguay applicable à l'espèce.¹⁹² D'autre part, les mesures litigieuses seraient une violation du Traitement Juste et Équitable.¹⁹³

98. On le voit dès lors clairement, l'affaire est une manifeste confrontation entre des mesures ayant pour but de protéger la santé publique et l'expropriation d'investisseurs protégés.¹⁹⁴

99. **La mesure litigieuse n'est pas une expropriation.** Le tribunal, dans ce qui se révèle être une opinion plus détaillée que la moyenne sur la question des pouvoirs de police, rejette l'argument de la société demanderesse et considère que les mesures litigieuses n'ont pas privé l'investisseur de son investissement.¹⁹⁵ Cependant, le tribunal continue et ajoute que les mesures relevaient des pouvoirs souverains de police de l'État défendeur :

its treatment of the trademarks associated with cigarettes brands in which the Claimants had invested. These measures included the Government's adoption of a single presentation requirement precluding tobacco manufacturers from marketing more than one variant of cigarette per brand family (the "Single Presentation Requirement" or "SPR"), and the increase in the size of graphic health warnings appearing on cigarette packages (the "80/80 Regulation"), jointly referred to as the "Challenged Measures". »

191. *Ibid.*, § 12, « According to the Claimants, the Challenged Measures constitute breaches of the Respondent's obligations under BIT Articles 3(1) (impairment of use and enjoyment of investments), 3(2) (fair and equitable treatment and denial of justice), 5 (expropriation) and 11 (observance of commitments), entitling the Claimants to compensation under the Treaty and international law. They further claim damages arising from these alleged breaches. »

192. Accord entre la Confédération Suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la Promotion et la Protection Réciproques des Investissements, signé le 7 oct. 1988, à Berne.

193. CIRDI, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay*, sentence, 6 juill. 2016, n° ARB/10/7, § 12.

194. CIRDI, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay*, Amicus Curiae soumis par l'Organisation Mondiale de la Santé et le Secrétariat de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, 28 jan. 2015, n° ARB/10/7, qui note, notamment, que les initiatives anti-tabac telles que celles contestées au principal sont susceptibles de se répandre encore davantage dès lors que celles-ci sont importées aux États membres de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac.

195. Accord entre la Confédération Suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la Promotion et la Protection Réciproques des Investissements, signé le 7 oct. 1988, à Berne, art. 5 § 1, « Aucune des Parties Contractantes ne prendra, directement ou indirectement, des mesures d'expropriation, de nationalisation ou toute autre mesure ayant le même caractère ou le même effet, à l'encontre d'investissements appartenant à des investisseurs de l'autre Partie Contractante, si ce n'est pour des raisons d'intérêt général tel que défini par la loi et à condition que ces mesures ne soient pas discriminatoires, qu'elles soient conformes aux prescriptions légales et qu'elles donnent lieu au paiement d'une indemnité effective et adéquate. Le montant de l'indemnité, intérêt compris, sera réglé dans la monnaie du pays d'origine de l'investissement et sera versé sans retard à l'ayant droit. »

« L'analyse du Tribunal pourrait s'arrêter ici, conduisant au rejet de la demande d'expropriation des Demandeurs pour les raisons ci-dessus. Il existe cependant une raison supplémentaire à l'appui de la même conclusion qui devrait également être abordée compte tenu du débat approfondi des Parties à cet égard. De l'avis du Tribunal, l'adoption des Mesures contestées par l'Uruguay était un exercice valide des pouvoirs de police de l'État, ce qui a pour conséquence de rejeter la demande d'expropriation en vertu de l'article 5(1) du TBI. »¹⁹⁶

Aux yeux de la majorité du tribunal, l'expression « pouvoirs de police » recouvre les actes pris « de bonne foi » dans l'objectif de protéger « l'intérêt général » et qui sont non discriminatoires et proportionnés.¹⁹⁷

100. Par ailleurs, Philip Morris considérait que l'article 5 § 1 du TBI interdisait toute mesure d'expropriation, fût-elle prise dans le cadre de l'intérêt général. En effet, comme le souligne le demandeur, l'existence de raisons d'intérêt général n'est que l'une des conditions à l'expropriation licite et, surtout, n'exempt pas l'État du versement d'une compensation.¹⁹⁸ Le tribunal refuse cette interprétation au visa de l'article 31 § 3 (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités.¹⁹⁹ Celui-ci rappelle que la protection de l'intérêt général a, depuis longtemps, été reconnue comme la manifestation des prérogatives souveraines d'un État, comme le rappelle l'article 2 § 1 du TBI.²⁰⁰ Ainsi,

196. CIRDI, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay*, sentence, 6 juill. 2016, n° ARB/10/7, § 287. Notre Traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The Tribunal's analysis might end here, leading to the dismissal of the Claimants' claim of expropriation for the above reasons. There is however an additional reason in support of the same conclusion that should also be addressed in view of the Parties' extensive debate in that regard. In the Tribunal's view, the adoption of the Challenged Measures by Uruguay was a valid exercise of the State's police powers, with the consequence of defeating the claim for expropriation under Article 5(1) of the BIT. »

197. *Ibid.*, § 305.

198. *Ibid.*, § 289.

199. Convention de Vienne sur le droit des traités, signée le 23 mai 1969, à Vienne, art. 31 § 3 (c) : « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : [...] De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. »

200. CIRDI, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay*, sentence, 6 juill. 2016, n° ARB/10/7, § 291 ; citant Accord entre la Confédération Suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la Promotion et la Protection Réciproques des Investissements, signé le 7 oct. 1988, à Berne, art. 2 § 1 : « Chaque Partie Contractante encouragera, dans la mesure du possible, les investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante sur son territoire et admettra ces investissements conformément à sa législation. Les Parties Contractantes se reconnaissent mutuellement le droit de ne pas autoriser des activités économiques pour des raisons de sécurité, d'ordre, de santé ou de moralité publics, ainsi que les activités réservées par la loi à leurs propres investisseurs. »

le tribunal continue en affirmant que :

« Le principe selon lequel l'exercice raisonnable et de bonne foi par l'État de pouvoirs de police dans des domaines tels que le maintien de l'ordre public, de la santé ou de la moralité, exclut toute indemnisation même lorsqu'il cause un préjudice économique à un investisseur et que les mesures prises à cette fin ne doivent pas être considérées comme expropriatrices n'a pas été immédiatement reconnu dans les décisions relatives aux traités d'investissement. Mais une tendance constante en faveur de la différenciation entre l'exercice des pouvoirs de police et l'expropriation indirecte est apparue après 2000. Au cours de cette dernière période, une série de décisions en matière d'investissement ont contribué à développer la portée, le contenu et les conditions de la doctrine des pouvoirs de police de l'État, en l'ancrant dans le droit international. Selon un principe reconnu par ces décisions, *la question de savoir si une mesure peut être qualifiée expropriatrice dépend de la nature et de l'objectif de l'action de l'État*. Certaines décisions se sont appuyées sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, fondée sur l'article 1 du Protocole 1 de la Convention. »²⁰¹

101. L'exercice des pouvoirs de police contrecarre la reconnaissance de l'expropriation indirecte. Le tribunal note cependant qu'une condition de bonne foi de la part de l'État est nécessaire.²⁰² Il faut également que la mesure soit non discriminatoire et proportionnée à l'objectif poursuivi.²⁰³

102. Cette sentence est particulièrement notable en ce que le tribunal se réfère à la Convention de Vienne sur le droit des traités pour faire ressortir la doctrine des pouvoirs

201. CIRDI, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay*, sentence, 6 juill. 2016, n° ARB/10/7, § 295. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The principle that the State's reasonable bona fide exercise of police powers in such matters as the maintenance of public order, health or morality, excludes compensation even when it causes economic damage to an investor and that the measures taken for that purpose should not be considered as expropriatory did not find immediate recognition in investment treaty decisions. But a consistent trend in favor of differentiating the exercise of police powers from indirect expropriation emerged after 2000. During this latter period, a range of investment decisions have contributed to develop the scope, content and conditions of the State's police powers doctrine, anchoring it in international law. According to a principle recognized by these decisions, *whether a measure may be characterized as expropriatory depends on the nature and purpose of the State's action*. Some decisions have relied on the jurisprudence of the European Court of Human Rights, based on Article 1 of Protocol 1 of the Convention. »

202. *Ibid.*, § 305.

203. *Ibid.*, § 306.

de police du droit international général. Quand bien même aucune mention n'en est faite dans le TBI applicable à l'espèce, le tribunal énonce que les pouvoirs de police de l'État tels que cristallisés dans la coutume internationale font obstacle à la reconnaissance de l'expropriation et à la compensation due à l'investisseur.²⁰⁴ En revanche, considérer que la qualification de l'expropriation dépend du comportement de l'État est une interprétation pour le moins audacieuse et contestable. Le principe même du droit international des investissements et de la protection de l'investisseur est justement d'affranchir la société étrangère des éventuelles décisions de l'État qui lui porteraient atteinte. Nulle part dans les traités n'est présentée une éventuelle nuance vis-à-vis de l'intention de l'État. La protection d'un intérêt général est une *condition* à l'expropriation licite dans les TBIs et non un critère permettant d'exclure la qualification de l'expropriation. On notera, par ailleurs, que le tribunal ne cite aucune décision à l'appui de son propos, alors qu'il rappelle que ce principe est soutenu par un « panel de décisions en matière d'investissement. »

B. Le refus des pouvoirs de police comme obstacle à l'indemnisation

103. Cette doctrine est loin d'être unanime. Beaucoup d'autres tribunaux se sont refusés à justifier la non-compensation sur le fondement des pouvoirs de police, faisant par conséquent tomber la faible argumentation précédente considérant qu'une telle position était « indiscutable ».

104. Le rejet de l'exception : l'affaire *Santa Elena*. Dès lors que le traité fondant la compétence du tribunal ne précise pas la question de la justification des pouvoirs de police, les sentences arbitrales sont des plus mitigées sur la question. L'une des premières sentences – à notre connaissance – à aborder la question est celle rendue dans l'affaire *Santa Elena*.²⁰⁵ Le tribunal explique qu'une expropriation, quand bien même justifiée

204. Kate MITCHELL, « Philip Morris v Uruguay : an affirmation of 'Police Powers' and 'Regulatory Power in the Public Interest' in International Investment Law », *EJIL :Talk!* 2016.

205. CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica*, sentence, 17 fév. 2000, n° ARB/96/1 ; Sur celle-ci, v. notamment Valentina Sara VADI, « Cultural heritage and international investment law : A stormy relationship », *International Journal of Cultural Property* 2008, vol. 15, n° 1, p. 1-24 ; Yannick RADI, « The 'Culture of Balancing' of International Investment Law-Cultural Interests and Investors' Interests in International Investment Treaties and Arbitration », *Transnational Dispute Management* 2013, vol. 10, n° 5 ; Catharine TITI, « Police powers doctrine and international investment law » in *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill Nijhoff, 2018, p. 323-343 ; Brigitte STERN, « In search of the frontiers of indirect expropriation » in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation : The Fordham Papers (2007)*, Brill Nijhoff, 2008, p. 29-52 ; Barry APPLETON, « Regulatory takings : the international law perspective », *NYU Environmental Law Journal* 2002, vol. 11, p. 35 ; Dilini PATHIRANA, « Balancing the Private

par des justifications environnementales et ainsi considérée comme « légitime », suppose la remise d'une compensation. Les arbitres écartent ainsi l'argument du Costa Rica qui invoquait les pouvoirs de police pour échapper à l'obligation de compensation de l'expropriation. Le tribunal réfute l'argument qui consiste à considérer l'acte comme autre chose qu'une expropriation sous prétexte qu'il est pris dans le cadre des pouvoirs de police de l'État. Ainsi, l'objectif poursuivi par l'expropriation n'a pas, dans cette affaire, d'incidence sur le caractère licite ou non de celle-ci.²⁰⁶ Le tribunal conclut en affirmant que « dès lors que la propriété est expropriée, même dans un objectif environnemental, qu'elle soit nationale ou internationale, l'obligation de l'État de compenser demeure. »²⁰⁷ Ainsi, l'argumentation contraire de l'affaire *Philip Morris* est encore plus contestable, dès lors qu'une décision arbitrale dit son exact opposé quelques années avant.

105. De même, la sentence *Pope & Talbot*²⁰⁸ explique davantage le raisonnement pris par les arbitres. Alors même que le Canada argumentait que les actions prises étaient non discriminatoires et prises dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs de police,²⁰⁹ le tribunal rappelle que la plupart des expropriations indirectes (et, notamment, rampantes) sont susceptibles d'être prises dans le cadre des pouvoirs de police. Le tribunal considère alors que la non-compensation de l'investisseur sur le fondement des pouvoirs de police serait une grave atteinte au mécanisme de protection des investisseurs.²¹⁰ En effet,

Property Interests of the Foreign Direct Investors and Host States' Right to Regulate in the Context of Environmental Concerns in the Public Interest » 2012.

206. « Bien qu'une expropriation ou une dépossession pour des raisons environnementales puisse être classée comme une prise de possession pour un but public, et peut donc être légitime, le fait que le bien ait été pris pour cette raison n'affecte ni la nature ni la mesure de l'indemnisation à payer pour la prise de possession. En d'autres termes, l'objectif de protection de l'environnement pour lequel le bien a été pris ne modifie pas le caractère juridique de la prise pour laquelle une indemnisation adéquate doit être versée. [...] Les mesures expropriatoires en matière d'environnement - aussi louables et bénéfiques soient-elles pour la société dans son ensemble - sont, à cet égard, semblables à toutes les autres mesures expropriatoires qu'un État peut prendre pour mettre en œuvre ses politiques. » CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica*, sentence, 17 fév. 2000, n° ARB/96/1, § 71. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. [...] Expropriatory environmental measures-no matter how laudable and beneficial to society as a whole-are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies. »

207. *Ibid.*, § 72.

208. Arbitrage *ad hoc*, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence partielle, 1^{er} jan. 2000.

209. *Ibid.*, § 99.

210. *Ibid.*, § 100.

considérer que l'État pourrait s'absoudre de toute responsabilité dès lors que l'État agit pour l'intérêt général revient à dire, dans la plupart des cas, que l'État ne doit pas de compensation dès lors qu'il agit comme un État. Certes, le Canada argumentait que l'exercice des pouvoirs de police était non discriminatoire, sous-entendant que la caractérisation de l'expropriation n'est pas totalement exclue dans ce cadre. La non-discrimination est en revanche également une condition de l'expropriation licite. Dès lors, considérer, comme le fait le Canada, que seule la discrimination est susceptible d'entraîner la responsabilité de l'État dans le cadre de ses activités étatiques prive de sens le concept même d'expropriation licite. En effet, soit la mesure est discriminatoire et est donc qualifiée d'expropriation illicite, soit elle est non-discriminatoire et serait l'exercice de pouvoirs de police. Dans aucun des deux cas, le concept d'expropriation licite ne ressort, quand bien même il s'agit probablement du principe le plus important du droit international des investissements. Pour toutes ces raisons, les arbitres ont refusé de suivre la position du Canada dans une décision qui semble éclairée.

106. Les affaires argentines.²¹¹ Toutes ces affaires ont pour origine les mesures prises par le gouvernement argentin dans le cadre de la sévère crise économique à laquelle il a dû faire face. La question des pouvoirs de police et des mesures justifiées par l'intérêt général ont bien entendu fait partie du débat. Certains tribunaux arbitraux ont très clairement rejeté l'approche des pouvoirs de police.

107. Dans l'affaire *Vivendi II*, les arbitres rejettent l'argument de l'État argentin selon lequel des actions non discriminatoires prises par celui-ci et justifiées par l'intérêt général ne doivent pas être considérées comme des expropriations.²¹² Notamment, la position du défendeur dans cette affaire était qu'un acte de l'État bénéficie d'une

211. CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., Et LG&E International, Inc. c. Argentine*, sentence, 25 juill. 2007, n° ARB/02/1; CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, sentence, 14 juill. 2006, n° ARB/01/12; CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, sentence, 17 jan. 2007, n° ARB/02/8; CIRDI, *Sempre Energy International c. Argentine*, sentence, 28 sept. 2007, n° ARB/02/16; Arbitrage *ad hoc*, *BG Group Plc. c. République d'Argentine*, sentence finale, 24 déc. 2007; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, sentence, 12 mai 2005, n° ARB/01/8; CIRDI, *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, décision sur la juridiction, 27 avr. 2006, n° ARB/03/5; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 17 fév. 2000, n° ARB/96/1; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 21 nov. 2000, n° ARB/97/3; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.p. c. Argentine*, sentence, 2 août 2004, n° ARB/01/3.

212. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3.

présomption de pouvoir de police.²¹³ Le tribunal rejette cette analyse et rappelle qu'il n'est pas nécessaire que l'intention de l'État ait été d'exproprier l'investisseur pour qualifier son acte d'expropriation dès lors qu'il en a les effets.²¹⁴ Par ailleurs, le tribunal considère que sa fonction en vertu du traité applicable à l'espèce²¹⁵ est bien de qualifier (ou non) la mesure d'expropriation pour ensuite considérer les justifications d'intérêt général, de non-discrimination, etc.²¹⁶ De cette façon, l'argument de l'État argentin comme quoi la mesure litigieuse est prise dans le cadre de l'intérêt général n'empêche pas le tribunal de statuer sur la caractérisation de la mesure comme expropriation. Ainsi que le rappellent les arbitres, quand bien même une mesure qualifiée d'expropriation sur le fondement du TBI serait justifiée par l'intérêt général, celle-ci serait tout de même tenue pour illicite en l'absence de compensation.²¹⁷ Le tribunal conclut en affirmant que :

« Si l'utilité publique protège automatiquement la mesure de l'expropriation, il n'y aura jamais de prise indemnisable pour une utilité publique. »²¹⁸

Et là est bien entendu la principale limite de l'approche favorable aux pouvoirs de police : les traités prévoient que l'expropriation peut être licite dès lors qu'elle en respecte les conditions. Les pouvoirs de police, quant à eux, entraînent l'exclusion de la qualification d'expropriation dès lors que l'acte respecte les mêmes conditions. Les deux approches sont donc contradictoires dans leur principe et, étant donné que les traités ne sont clairs que sur la qualification de l'expropriation licite, il convient de rejeter l'approche *extensive* des pouvoirs de police.

108. Dans l'affaire *Azurix*, le tribunal soutient une analyse similaire à celle exposée dans *Vivendi II*. Les arbitres vont cependant plus loin, en se référant à l'analyse effectuée par les arbitres dans *SD Myers*.²¹⁹ Notamment, il semble aux yeux du tribunal que le fondement de la distinction entre les régulations et les expropriations est pour le moins

213. « Turning to Respondent's proposition that an act of state must be presumed to be regulatory, absent proof of bad faith » *ibid.*, § 7.5.20.

214. *Ibid.*, § 7.5.20.

215. Accord de promotion et de protection réciproque des investissements entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République argentine, signé le 3 juill. 1991, à Paris, art. 5 § 2.

216. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3, § 7.5.21.

217. *Ibid.*, § 7.5.21.

218. *Ibid.*, § 7.5.21. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « If public purpose automatically immunises the measure from being found to be expropriatory, then there would never be a compensable taking for a public purpose. »

219. CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, sentence, 14 juill. 2006, n° ARB/01/12, § 310.

maladroit. SD Myers considère en effet que les critères de l'intention et de l'objectif poursuivis par l'État au travers de sa régulation constituent des éléments à prendre en compte. Ainsi, il semble qu'une régulation de bonne foi prise sur le fondement des pouvoirs de police de l'État échappe à la qualification de l'expropriation. Cependant, les arbitres dans *Azurix* soulignent les limites de cette approche. En effet, il semble que l'État poursuive un objectif d'intérêt général à la fois dans le cadre d'une régulation que dans le cadre d'une expropriation motivée par des objectifs d'intérêt général (qui nécessite, donc, une indemnisation). De la même manière, l'investisseur a, dans les deux cas, subi une perte financière.²²⁰ Il semble alors étrange de faire ressortir deux standards différents alors que les objectifs poursuivis et les effets engendrés semblent similaires. Ainsi, les arbitres concluent-ils à la qualification de la mesure comme étant une expropriation nécessitant compensation. La poursuite d'un intérêt général ne fait pas obstacle à l'obligation de compensation.

109. Si la doctrine des pouvoirs de police semble en effet exister en droit international des investissements, ses effets sont tels qu'il semble nécessaire d'en définir précisément les contours.

110. Dans *Methanex*, les arbitres ont considéré que toute mesure gouvernementale, non-discriminatoire, adoptée pour l'intérêt général et suivant les procédures en place dans l'État est couverte par la doctrine des pouvoirs de police. En ce sens, il ne s'agit pas d'une expropriation et l'acte n'emporte pas compensation, modulo les éventuelles attentes spécifiques de l'investisseur.²²¹

111. Cette approche est excessive et a été rarement suivie par les tribunaux arbitraux. Il semble irrationnel de considérer que *toutes* les mesures de l'État qui répondent à ces critères sortent du domaine de l'expropriation et donc de la compensation. Notamment au regard de l'expropriation indirecte, cela signifierait vider de sens la protection que les TBIs accordent aux investisseurs.²²² Le principe même de la protection contre les expropriations indirectes est précisément de garantir à l'investisseur une protection contre les actes qui ne sont pas des expropriations en tant que telles, mais qui affectent tellement

220. CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, sentence, 14 juill. 2006, n° ARB/01/12, § 311.

221. Arbitrage *ad hoc*, *Methanex Corp c. États-Unis*, sentence finale sur la compétence et le fond, 3 août 2005.

222. Kenneth J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties : History, Policy, and Interpretation*, Oxford : Oxford University Press, 2010, 574 p.

l'investissement qu'ils l'en vident de sa valeur.²²³ Ainsi, faire peser sur l'investisseur la totalité du coût d'une régulation, certes louable, ne semble pas respecter les principes généraux du droit des investissements.²²⁴

112. De la même manière, une interprétation trop extensive de la notion des pouvoirs de police rend vide de sens le principe de l'expropriation licite au sens des TBIs, en particulier lorsque les critères énoncés par *Methanex* sont sensiblement les mêmes que ceux énoncés pour rendre une expropriation licite, à l'exception de la compensation. Par ailleurs, les critères énoncés par *Methanex* sont relatifs à la détermination de l'existence de l'expropriation tandis que les critères présents dans le TBI concernent la licéité de celle-ci. Ainsi, le recours à la notion de pouvoirs de police suivant ces critères aboutit à une situation étrange dans laquelle, d'une part, le TBI considère qu'un investissement étranger ne doit être exproprié à moins d'être justifié par un motif d'intérêt général et accompagné d'une compensation, et, d'autre part, *Methanex* considère qu'une mesure non-discriminatoire prise dans un objectif d'intérêt général ne doit pas donner lieu à compensation.²²⁵ Puisque l'on ne peut considérer qu'une disposition présente dans l'ensemble des traités est vide de sens, l'évidence pousse à rejeter l'approche extensive des pouvoirs de police. Par définition, le concept de l'expropriation licite doit exister en arbitrage d'investissement et ne saurait être réduit à une simple mention superfétatoire dans 3 000 traités d'investissement.²²⁶

113. Ces considérations sont d'ailleurs supportées par un certain nombre de tribunaux arbitraux. Dans *Azurix*, les arbitres estiment qu'il est insuffisant de considérer uniquement l'argument d'une régulation de bonne foi pour s'absoudre de toute compensation.²²⁷ Dans *Pope and Talbot*, il a été énoncé qu'« une exception générale pour les mesures réglementaires créerait un trou béant dans la protection internationale contre l'expropriation. »²²⁸ L'opposition de l'intérêt général à la compensation ne devrait, dès

223. Todd WEILER, « Methanex Corp v USA - Turning the Page on NAFTA Chapter Eleven », *The Journal on World Investment and Trade* 2005, vol. 6, n° 6, p. 903.

224. Charles BROWER, « Obstacles and Pathways to Consideration of the Public Interest in Investment Treaty Disputes », *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2009, vol. 1, p. 347.

225. Andreas KULICK, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2012, 412 p.

226. *World Investment Report 2021 - Investing in sustainable recovery*, UNCTAD/WIR/2021, Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, 2021.

227. CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, sentence, 14 juill. 2006, n° ARB/01/12, § 310.

228. Arbitrage *ad hoc*, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence sur les dommages, 31 mai 2002, § 99. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « a blanket exception for regulatory measures would create a gaping hole in international protection against expropriation. »

lors, pas trouver à s'appliquer. La compensation est le fondement de l'expropriation licite, et un État ne saurait y échapper en argumentant avoir agi dans le cadre de ce qui se trouve être des prérogatives purement étatiques, rien de moins, mais rien de plus non plus. En ce sens, la non-compensation d'une expropriation entraîne l'illicéité de l'expropriation, quand bien même les raisons d'intérêt général justifient-elles l'acte. Non seulement l'intérêt général n'est pas une échappatoire à la compensation, mais son absence entraîne automatiquement l'illicéité de l'acte. L'intérêt général est *nécessaire* à l'expropriation licite et ne saurait en contredire la qualification.

Conclusion

114. Ainsi, la compensation de l'expropriation a pu être considérée comme une conséquence de l'expropriation licite et non comme l'une de ses conditions. Cependant, en dépit de ces considérations, certains tribunaux ont pu, à tout le moins, considérer que l'absence manifeste d'efforts de la part de l'État à se conformer à ses obligations internationales était susceptible d'entraîner l'illicéité de l'expropriation.²²⁹ Le comportement de l'État pourrait dès lors être pris en compte, en ce que le refus du principe de la compensation serait illicite, tandis que la contestation du montant ne le serait pas. La compensation est donc une condition de licéité de l'expropriation licite, à l'inverse de ses modalités.

115. Quand bien même certains auteurs et arbitres se sont élevés contre la reconnaissance de la compensation comme condition de licéité, ces critiques ne s'intéressent qu'aux conséquences du principe dans un nombre minime de cas. D'une part, on ne saurait modeler le droit international des investissements en fonction d'un objectif préconstruit sur de vagues fondements d'équité. Les arbitres et tribunaux doivent interpréter le TBI applicable, à la lumière du droit international, et non incorporer des principes extérieurs sur le seul fondement qu'ils considèrent les conséquences inappropriées. D'autre part, les États sont les seuls souverains aptes à modifier les traités applicables, éventuellement par le biais d'un arbitrage interétatique,²³⁰ et il ne revient pas aux tribunaux arbitraux de statuer uniquement en équité en écartant la lettre des traités.

229. V., not., CIRDI, *Conocophillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V. et Conocophillips Gulf of Paria B.V. c. Venezuela*, sentence, 8 mars 2019, n° ARB/07/30.

230. V., sur l'ensemble, Anthea ROBERTS, « State-to-State Investment Treaty Arbitration : A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority », *Harvard International Law Journal* 2014, vol. 55, n° 1, p. 1-70.

116. Dès lors que la compensation peut être considérée comme une condition à l'expropriation licite, la question de sa compatibilité avec la notion d'intérêt général peut se poser. En effet, la pratique et la doctrine des pouvoirs de police semblent, de prime abord, tendre à reconnaître à l'État une large marge d'appréciation dans l'exercice de ses pouvoirs régaliens, qui ne saurait être limité par l'obligation de compensation prévue par les traités. Pourtant, les sentences ayant reconnu cette exception se reposent sur une interprétation pour le moins contestable du droit international.²³¹ Alors que la Convention de Vienne sur le droit des traités prescrit notamment la prise en compte de l'objet et du but du traité,²³² il est notable que les sentences reconnaissant les pouvoirs de police comme obstacle à la compensation évitent soigneusement de se prononcer sur le but de protection des investisseurs, présents dans tous les TBIs.²³³ Ainsi, la justification du refus de compensation sous le prisme des pouvoirs de police ne semble pas convaincante ni fondée en droit international. La compensation est une partie essentielle de la protection des investissements internationaux et l'on ne saurait y créer un « trou béant ».²³⁴ L'intérêt général est une condition de l'expropriation licite, au même titre que la compensation. Ces deux conditions sont, par essence, cumulatives. Il ne fait dès lors pas sens de considérer qu'une expropriation remplissant l'une de ces conditions peut se soustraire à l'autre.

231. Kate MITCHELL, « Philip Morris v Uruguay : an affirmation of 'Police Powers' and 'Regulatory Power in the Public Interest' in International Investment Law », *EJIL :Talk!* 2016.

232. Convention de Vienne sur le droit des traités, signée le 23 mai 1969, à Vienne, art. 31, § 1.

233. V., par exemple, Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Ukraine pour l'encouragement et la protection des investissements, signé le 24 oct. 1994, à Ottawa, préambule, « Reconnaissant que l'encouragement et la protection réciproque des investissements faits par les investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante sont propres à stimuler les initiatives commerciales et à renforcer la coopération économique entre elles » ; Accord entre le gouvernement des États-Unis du Mexique et le gouvernement de la République de l'Inde relatif à la promotion et à la protection des investissements, signé le 21 mai 2007, à New Delhi, préambule, « INTENDING to create and maintain favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party ; RECOGNIZING the need for encouragement and reciprocal protection of investments with the aim of fostering the flow of productive capital and economic prosperity » ; Accord entre le Japon et la République socialiste du Vietnam concernant la libéralisation, la promotion et la protection des investissements, signé le 14 nov. 2003, à Tokyo, préambule, « Intending to further create favorable conditions for greater investment by investors of one country in the Area of the other country ».

234. Arbitrage *ad hoc*, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence sur les dommages, 31 mai 2002.

Chapitre 2

La justification de la distinction entre expropriation licite et illicite

« C'est toujours triste de regarder d'un oeil nouveau des choses sur lesquelles vous avez vous-même épuisé vos propres capacités de jugement. »

— Francis Scott Fitzgerald, *Gatsby le Magnifique*

117. Introduction. Distinguer les principes de compensation applicables en fonction de la licéité de l'expropriation semble, au premier abord, évident. En effet, l'on pourrait aisément être amené à considérer que l'expropriation illicite – qui se manifeste de prime abord par le comportement belliqueux de l'État – présuppose une réparation plus importante, le dommage causé à l'investisseur étant plus important. En ce sens, l'existence même, en droit international, du principe de réparation intégrale²³⁵ et du principe de réparation adéquate²³⁶ présuppose justement qu'on les applique. Ainsi, la

235. V., not., Jeffrey COHEN, Edi GRGETA et Federico TEMERLIN, « In All Probability : An Economic Reading of Damages under Factory at Chorzów », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1^{er} oct. 2019, vol. 34, n° 3, p. 577-584; Ronald E M GOODMAN et Yuri PARKHOMENKO, « Does the Chorzów Factory Standard Apply in Investment Arbitration ? A Contextual Reappraisal », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2021, vol. 32, n° 2, p. 304-325; Manuel ABDALA et Pablo T. SPILLER, « Chorzów's Standard Rejuvenated - Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations » 2021, p. 13; Timothy G. NELSON, « A Factory in Chorzów : The Silesian Dispute that Continues to Influence International Law and Expropriation Damages Almost a Century Later », *The Journal of Damages in International Arbitration* 2014, vol. 1, n° 1.

236. V., not., Thomas W WÄLDE et Borzu SABAHI, « Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law », *Transnational Dispute Management* 10 fév. 2007, vol. 6, n° 4, p. 65; Oscar SCHACHTER, « Compensation Cases—leading and Misleading », *American Journal of International*

dualité de principes applicables à la réparation du préjudice présuppose d'une distinction de situations juridiques entre l'expropriation licite et illicite. (Section 1)

118. L'étude de la place et de la théorie du dommage en arbitrage d'investissement présuppose également une distinction entre expropriation licite et illicite. En effet, appliquer le même standard de compensation à l'expropriation licite et illicite n'est rien d'autre qu'une remise en question de la théorie de l'obligation primaire et secondaire en droit international. Pour rappel, les règles primaires définissent les obligations internationales tandis que les règles secondaires s'attachent à la conséquence de la violation desdites règles primaires.²³⁷ Ainsi, appliquer le standard de compensation prévu par les traités – une règle primaire – à la violation dudit traité ne saurait respecter la règle secondaire qui aurait vocation à s'appliquer – à savoir un autre principe de réparation. C'est notamment ce qu'il ressort de l'étude des traités bilatéraux applicables en la matière et de la pratique arbitrale. (Section 2)

Section 1 Une distinction en accord avec les principes du droit international

119. Introduction. L'existence d'une dualité de principes applicables à la réparation du préjudice en droit international des investissements met en exergue l'importance de la distinction entre l'expropriation licite et illicite. Une telle distinction répond également à la distinction qui semble se trouver entre le droit international général et le principe de réparation intégrale d'une part (§ 1.) et, d'autre part, le principe de réparation adéquate applicable à l'arbitrage d'investissement. (§ 2.)

Law 1985, vol. 79, n° 2, p. 420-422; Burzu SABAH, *Compensation and Restitution in Investor-state Arbitration : Principles and Practice*, International economic law series, Oxford; New York : Oxford University Press, 2011, 256 p.; Irmgard MARBOE, « Compensation and Damages in International Law », *The Journal of World Investment & Trade* 2006, p. 723-759.

237. Jean COMBACAU et Denis ALLAND, « “Primary” and “Secondary” Rules in the Law of State Responsibility Categorizing International Obligations », *Netherlands Yearbook of International Law* 1985, vol. 16, p. 81-109; David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19, p. 17.

§ 1. Le droit international général et le principe de réparation intégrale

120. Les conditions de licéité de l'expropriation en droit international général sont très clairement posées. En particulier, l'affaire *de Sabla* pose le principe selon lequel « les actes du gouvernement qui privent un étranger de sa propriété sans compensation entraîne l'engagement de sa responsabilité internationale. »²³⁸ Cette vue entraîne, tout du moins à première vue, une conclusion simple : si l'absence de compensation entraîne l'engagement de la responsabilité internationale de l'État, c'est qu'elle rend l'expropriation illicite. Partant, la compensation est une condition de licéité de l'expropriation, en ce que son absence entraîne *ipso facto* l'illicéité de celle-ci,²³⁹ ce qui fut en particulier exprimé par l'Assemblée Générale des Nations Unies.²⁴⁰ Comme cela a été exposé précédemment, la controverse est réelle sur ce point. Le principe de réparation intégrale est un principe à valeur universelle (A.) qui a vocation à effacer toutes les conséquences de l'acte illégal. (B.)

A. Un principe à vocation universelle en droit international

121. Le principe de réparation intégrale avant *Chorzów* – l'arbitrage *Delagoa Railway*. L'arbitrage dit *Delagoa Railway* est une procédure arbitrale conduite par les États-Unis et la Grande-Bretagne, conjointement demandeurs, contre le Portugal.²⁴¹ La procédure portait exclusivement sur la question de la compensation qui était due par le Portugal pour la résiliation d'une concession ferroviaire. L'affaire concernant une concession du gouvernement portugais pour la construction et l'exploitation d'un chemin de fer. L'accord de concession contenait une clause de non-exécution selon laquelle le Portugal pouvait mettre fin à la concession si le chemin de fer n'était pas construit

238. Arbitrage *ad hoc*, *Marguerite de Joly de Sabla (États-Unis) c. Panama*, sentence, 29 juin 1933, *Recueil Des Sentences Arbitrales* 1933, vol. VI, p. 358-370.

239. V. not. Francisco V. GARCÍA-AMADOR, « Responsibility of the State for Injuries Caused in Its Territory to the Person or Property of Aliens » 1957, n° A/CN.4/106, p. 104-130; Louis B. SOHN et Richard BAXTER, « Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens », *American Journal of International Law* 1961, vol. 55, n° 3, p. 545-584; Francisco V. GARCÍA-AMADOR, Louis B. SOHN et Richard BAXTER, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, The Hague : Brill Nijhoff, 1974, 402 p.

240. Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 1803 (XVII) du 8 déc. 1962, Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, n° A/RES/1803(XVII).

241. Arbitrage *ad hoc*, *Delagoa Bay Railway (États-Unis et Grande Bretagne) c. Portugal*, sentence, 29 mars 1900, *Histoire Documentaire Des Arbitrages Internationaux* 1900, p. 398, sous la dir. de Henri La FONTAINE; *BFSP* 1888, vol. 81, p. 691.

dans les trois ans. L'accord prévoyait, en outre, une clause compromissoire soumettant toutes les questions à l'arbitrage. La construction du chemin de fer de la baie de Delagoa a commencé en 1884 avec l'approbation du Portugal, l'achèvement étant prévu pour octobre 1888. En janvier 1884, cependant, le Portugal a informé le concessionnaire que, en raison de problèmes liés à la détermination d'une frontière, la longueur du chemin de fer proposé devait être réexaminée. En octobre de la même année, un décret portugais approuvait le projet final. L'achèvement des travaux était initialement prévu pour octobre 1887. Face à l'inachèvement des travaux, le Portugal publie un décret le 25 juin 1889 annulant la concession.

122. Dans un premier temps, le Portugal n'était disposé à indemniser la société portugaise que pour la valeur des objets pris, arguant que l'annulation de la concession était un acte de souveraineté légitime. Les États-Unis ont protesté contre le fait qu'en réalité, la « saisie violente du chemin de fer par le gouvernement portugais était un acte de confiscation. »²⁴² Le tribunal arbitral avait compétence pour déterminer le montant de l'indemnité due par le gouvernement portugais aux requérants des deux autres pays.

123. La Grande-Bretagne et les États-Unis ont demandé un total de 600 millions de livres sterling en dommages et intérêts aux différentes sociétés impliquées. Le Portugal, s'appuyant sur les clauses d'inexécution de la concession, a soutenu qu'il avait agi légalement, invoquant notamment ses reports répétés de la date d'achèvement.

124. En 1900, le tribunal a rendu sa sentence qui obligeait le Portugal à verser aux requérants un total de 15 314 000 francs, plus 5% d'intérêts, à titre d'indemnisation, ledit montant étant basé sur une estimation d'expert de la valeur du chemin de fer et du terrain en question. Le Portugal a donc été condamné à payer pour les dommages subis (*damnum emergens*) ainsi que pour le manque à gagner subi (*lucrum cessans*). En particulier, le tribunal arbitral a énoncé très clairement le principe de réparation intégrale en indiquant :

« Si l'on doit considérer la présente affaire d'expropriation légale [...] l'État, auteur de la dépossession, est tenu de réparer intégralement les dommages qu'il a causés. »²⁴³

242. Arbitrage *ad hoc*, *Delagoa Bay Railway (États-Unis et Grande Bretagne c. Portugal)*, sentence, 29 mars 1900, *Histoire Documentaire Des Arbitrages Internationaux* 1900, p. 398, sous la dir. de Henri La FONTAINE; *BFSP* 1888, vol. 81, p. 691. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « This violent seizure of the railway was an act of confiscation. »

243. *Ibid.* Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « If the present case should be regarded as one of legal expropriation [...] the State, which is the author of the dispossession, is bound

125. L'arrêt *Usine de Chorzów*.²⁴⁴ Le droit international public se fonde principalement sur l'arrêt de la CPJI rendu dans le cadre de l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, à savoir un litige entre la Pologne et l'Allemagne concernant l'expropriation d'une usine située en Haute Silésie. En particulier, une convention – dite Convention de Genève – posait en son article 7 une clause, maintenant devenue classique, qui soumet l'expropriation à, notamment, une compensation financière. Cependant, le 14 juin 1922, le gouvernement polonais transfère le contrôle et la possession de l'usine à l'un de ses ressortissants. L'Allemagne a alors saisi la CPJI sur le fondement de la Convention, considérant que les conditions d'indemnisation n'avaient pas été respectées.²⁴⁵ La Cour retient l'engagement de la responsabilité de la Pologne pour son expropriation, jugée non conforme à la Convention. Sur le plan de la réparation, la CPJI énonce dans un attendu de principe devenu célèbre :

« Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'État qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, le paiement d'une somme correspondant

to make full reparation for the injuries done by it »

244. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17; V. not., Manuel ABDALA, « Chorzów's Standard Rejuvenated : Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations », *Journal of International Arbitration* 1^{er} fév. 2008, vol. 25, n° 1; Manuel ABDALA et Pablo T. SPILLER, « Chorzów's Standard Rejuvenated - Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations » 2021, p. 13; Nicholas BIRCH, « Curing Uncompensated Expropriation under Chorzów » in *Revolution in the International Rule of Law : Essays in Honor of Don Wallace, Jr.* Jeffrey COHEN, Edi GRGETA et Federico TEMERLIN, « In All Probability : An Economic Reading of Damages under Factory at Chorzów », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1^{er} oct. 2019, vol. 34, n° 3, p. 577-584; Ronald E M GOODMAN et Yuri PARKHOMENKO, « Does the Chorzów Factory Standard Apply in Investment Arbitration? A Contextual Reappraisal », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2021, vol. 32, n° 2, p. 304-325; Florianne LAVAUD et Guilherme RECENE COSTA, « Valuation Date in Investment Arbitration : A Fundamental Examination of Chorzów's Principles », *Journal of Damages in International Arbitration*, vol. 3, n° 2; Martin J VALASEK, « A "simple Scheme" : Exploring the Meaning of Chorzów Factory for the Valuation of Opportunistic Expropriation in the BIT Generation », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6, p. 49; Dora ZIYAEVA, « Arbitral Tribunals Tend to Pay Lip Service to the Chorzów Factory Full Reparation Principle, Disregarding the Context and Full Implication of the Dictum », *The Journal of Damages in International Arbitration* 2015, vol. 2, n° 2, p. 121.

245. Sur l'ensemble, voir notamment Martin J VALASEK, « A "simple Scheme" : Exploring the Meaning of Chorzów Factory for the Valuation of Opportunistic Expropriation in the BIT Generation », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6, p. 49; Charles BROWER et Michael OTTOLENGHI, « Damages in Investor-state Arbitration », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6; Manuel ABDALA, « Chorzów's Standard Rejuvenated : Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations », *Journal of International Arbitration* 1^{er} fév. 2008, vol. 25, n° 1.

à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international. » ²⁴⁶

Le principe de réparation intégrale est ainsi clairement apparu du jugement de la CPJI. ²⁴⁷

126. Le principe de réparation intégrale est à l'époque unanimement appliqué. En plus d'être très largement mentionnée dans les décisions et sentences arbitrales de l'époque, le principe de réparation intégrale est, jusqu'à la moitié du XXe siècle appliqué par toutes les juridictions saisies d'affaires tenant à des dommages causés par un État à des ressortissants étrangers. C'est ainsi que Patrick Norton a démontré en quoi, sur 60 tribunaux arbitraux ayant à statuer sur ces questions entre 1940 et 1980, aucun n'a considéré que la juste compensation était inférieure à la réparation intégrale. ²⁴⁸ C'est également à cette époque que la règle disposant que toute expropriation doit être accompagnée d'une indemnité adéquate, promptement et effectivement est écrite par Cordell Hull,

246. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17, Notre traduction. L'arrêt original est ainsi rédigé : « The essential principle contained in the actual notion of an illegal act - a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral Tribunals - is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear ; the award if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it - such are the principles which should serve to determine the amount of due for an act contrary international law ».

247. Pour l'application du principe, v. not. Arbitrage *ad hoc*, *BP Exploration Company (Libye) c. Libye*, sentence, 10 août 1974, § 147 ; CIJ, *Personnel Diplomatique et Consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, 24 mai 1980, Rec. 1980, p. 3, § 28 ; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt sur le fond, 27 juin 1986, Rec. 1986, p. 392, § 283 ; Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3, § 191 ; CIJ, *Projet Gabckovo-Nagyvaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt, 31 mars 2004, Rec. 2004, p. 7, § 149 ; CIJ, *Mandat d'Arrêt du 11 Avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, 14 fév. 2002, Rec. 2002, p. 3, § 76 ; CIJ, *Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 2001, Rec. 2001, p. 466, § 48 ; CIRDI, *AIG Capital Partners, Inc. et CJSC Tema Real Estate Company Ltd. c. Kazakhstan*, sentence, 7 oct. 2003, n° ARB/01/6, § 12.1.1 ; CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un Mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juill. 2004, Rec. 2004, p. 136, § 152 ; CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 494 ; CIRDI, *PSEG Global, Inc., the North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim Ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquie*, sentence, 19 jan. 2007, n° ARB/02/5, § 281 ; CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, sentence, 17 jan. 2007, n° ARB/02/8, § 351.

248. Patrick M. NORTON, « A Law of the Future or a Law of the Past ? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation », *American Journal of International Law* 1991, vol. 85, n° 3, p. 474-505.

alors secrétaire d'État américain, à l'ambassadeur du Mexique en 1938.²⁴⁹ De ce fait, et depuis maintenant plus de 80 ans, le principe de réparation intégrale et celui de compensation adéquate coexistent ; cette coexistence étant justifiée par la dichotomie applicable entre expropriation licite et illicite.

127. Le principe repris par la Commission du droit international. Étant unanimement reconnu en droit international et coutumier, il n'est pas étonnant de voir le principe de réparation intégrale repris par la Commission du droit international dans ses Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite en 2001.²⁵⁰ Comme le note Pierre-Marie Dupuy, l'impact de Projet est bien évidemment considérable sur la façon dont les États conduisent leurs relations internationales ainsi que sur les décisions et sentences à caractère internationale.²⁵¹ Le Projet de la CDI représente aujourd'hui le droit positif et, même s'il est curieux de voir les arbitres l'appliquer comme s'il avait force de loi²⁵², il convient de s'y référer.²⁵³ Par ailleurs, il est très tôt apparu que l'argument comme quoi le Projet de la CDI ne trouverait à s'appliquer que dans les relations étatiques bilatérales était inopérant. En effet, les commentaires de la Commission sur les articles précisent immédiatement que le Projet n'est pas limité aux « violations d'obligations bilatérales » qui résultent, par exemple, d'un traité bilatéral, mais s'appliquent bien « à l'ensemble des obligations internationales des États, que l'obligation existe envers un ou plusieurs États, envers un individu ou un groupe, ou envers la communauté internationale dans son ensemble. » C'est ainsi qu'il convient, dans le cadre de l'étude du principe de réparation intégrale applicable à l'arbitrage international d'investissement, souligner l'article 31, alinéa 1er du Projet de la CDI qui prévoit :

249. Davis R. ROBINSON, « Expropriation in the Restatement (revised) », *American Journal of International Law* 1984, vol. 78, p. 176 ; Oscar SCHACHTER, « Compensation for Expropriation », *American Journal of International Law* jan. 1984, vol. 78, n° 1, p. 121-130 ; Green Haywood HACKWORTH, *Digest of International Law*, US Government Printing Office, 1940, p. 658, qui considère notamment que : « en vertu de toutes les règles de droit et d'équité, aucun gouvernement n'a le droit d'exproprier une propriété privée, à quelque fin que ce soit, sans prévoir un paiement rapide, adéquat et effectif en contrepartie. »

250. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

251. Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit International Public*, 15^e éd., Paris : Dalloz, 2020, 1100 p., § 464.

252. Ce que le Projet n'a pas. Voir notamment Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 56/83 du 12 déc. 2001, sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, n° A/RES/56/83, démontrant comment l'Assemblée Générale des Nations Unies a accueilli favorablement le Projet mais ne lui a donné aucune force contraignante.

253. Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit International Public*, 15^e éd., Paris : Dalloz, 2020, 1100 p., § 464 ; voir aussi Charles LEBEN, « La Responsabilité Internationale de l'État sur le fondement des Traités de Promotion et de Protection des Investissements », *Annuaire Français de Droit International* 2004, vol. 50, n° 1, p. 683-714.

« Article 31 – *Réparation*

1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. »²⁵⁴

128. Le principe de réparation intégrale est très largement appliqué par les juridictions internationales. En particulier, en matière d'arbitrage commercial international, les arbitres l'appliquent le plus souvent sur le fondement du droit national, mais aussi sur le fondement de la *lex mercatoria*.²⁵⁵ L'arbitrage d'investissement est également sujet à une dichotomie des fondements sur lesquels les arbitres appliquent le principe de réparation intégrale ressortissant du droit international coutumier : l'arrêt *Usine de Chorzów* ou le Projet de la CDI.

129. L'application de l'arrêt *Usine de Chorzów* par la Cour internationale de Justice. Il est difficile d'énumérer l'ensemble des arrêts de la Cour internationale de Justice qui mentionnent et appliquent le principe d'indemnisation énoncé par les juges de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*.²⁵⁶ Il semble en effet que l'arrêt de la CPIJ soit systématiquement énoncé, tant par les parties que par les juges, dès lors qu'il s'agit de s'interroger sur la réparation d'un dommage.²⁵⁷ On notera, en particulier, l'interprétation de la CIJ dans l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* :

254. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 31, alinéa 1er. La version anglaise du texte indique « The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act. »

255. Jérôme ORTSCHIEDT, *La Réparation du Dommage dans l'Arbitrage Commercial International*, Paris : Dalloz, 2001, 440 p., pp. 74–75.

256. Pour des arrêts récents, v. not. CIJ, *Affaire Jadhav (Inde c. Pakistan)*, arrêt, 19 juill. 2019, Rec. 2019, p. 418, §§ 62, 138, 149; CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt - Indemnisation due par la République du Nicaragua à la République du Costa Rica, 2 fév. 2018, Rec. 2018, p. 15, §§ 29, 151; CIJ, *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt sur les exceptions préliminaires, 2 fév. 2017, Rec. 2017, p. 3, §§ 12, 116, 132; CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt, 30 nov. 2010, Rec. 2010, p. 639, §§ 14, 161; CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt sur l'Indemnisation due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée, 19 juin 2012, Rec. 2012, p. 324, § 13; CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, 26 fév. 2007, Rec. 2007, p. 43, § 460.

257. V. not. CIJ, *Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 2001, Rec. 2001, p. 466; CIJ, *Projet Gabckovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt, 31 mars 2004, Rec. 2004, p. 7; CIJ, *Mandat d'Arrêt du 11 Avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, 14 fév. 2002, Rec. 2002, p. 3; CIJ, *Avena et autres ressortissants Mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 31 mars 2004, Rec. 2004, p. 12.

« Israël a donc l'obligation de restituer les terres, vergers, oliveraies et autres biens immobiliers saisis à toute personne physique ou morale aux fins de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé. Dans le cas où cette restitution s'avérerait matériellement impossible, Israël a l'obligation d'indemniser les personnes en question pour les dommages subis. » ²⁵⁸

130. L'application de l'arrêt *Usine de Chorzów* par les juridictions arbitrales.

De la même façon qu'il est appliqué par les juges de la Cour internationale de Justice, le principe de Chorzów est également très largement utilisé en arbitrage d'investissement. Ainsi, dans l'affaire *Amoco* les parties invoquaient toutes deux l'arrêt de la CPJI, tout en l'interprétant différemment :

« Dans l'ensemble, les deux Parties se réfèrent aux mêmes autorités dans la discussion de leurs arguments respectifs, mais leur donnent des interprétations opposées. Elles conviennent que l'affaire qui fait autorité dans ce contexte est l'Affaire de l'Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne), 1928 C.P.J.I., série A No. 17 (arrêt du 13 septembre 1928) ("Usine de Chorzów"), tranchée par la Cour permanente de justice internationale en 1928. Le Tribunal partage ce point de vue. En dépit du fait qu'il date de près de soixante ans, cet arrêt est largement considéré comme l'exposé le plus autorisé des principes applicables dans ce domaine, et il est encore valable aujourd'hui. » ²⁵⁹

Le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *S.D. Myers* sur le fondement de l'ALÉNA est arrivé à la même conclusion. ²⁶⁰ Les tribunaux arbitraux constitués sous l'égide du

258. CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un Mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juill. 2004, Rec. 2004, p. 136, § 153. Notre traduction. L'arrêt original est ainsi rédigé : « Israel is accordingly under an obligation to return the land, orchards, olive groves and other immovable property seized from any natural or legal person for purposes of construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory. In the event such restitution should prove to be materially impossible, Israel has an obligation to compensate the persons in question for the damage suffered. »

259. Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3, § 191. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « By and large, both Parties refer to the same authorities in the discussion of their respective theses, but give them opposite interpretations. They agree that the leading case in this context is Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland), 1928 P.C.I.J., Ser. A. No. 17 (Judgment of 13 September 1928) ("Chorzow Factory"), decided by the Permanent Court of International Justice in 1928. The Tribunal shares this view. In spite of the fact that it is nearly sixty years old, this judgment is widely regarded as the most authoritative exposition of the principles applicable in this field, and is still valid today. It must be recognized, however, that its treatment of compensation is fairly complex and must be carefully analyzed. »

260. Arbitrage *ad hoc*, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, seconde sentence partielle sur les dommages, 13 nov. 2000, § 311. « Le principe de droit international énoncé dans l'affaire de l'Usine de Chorzów est toujours

CIRDI ont également très largement appliqué l'arrêt *Usine de Chorzów*. Dans l'affaire *Metalclad*, le tribunal a ainsi considéré que :

« L'attribution à Metalclad du coût de son investissement dans la décharge est conforme aux principes énoncés dans l'arrêt Chorzów [...], à savoir que, lorsque l'État a agi en violation de ses obligations, toute attribution au requérant doit, dans la mesure du possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illégal et rétablir la situation qui aurait vraisemblablement existé si cet acte n'avait pas été commis (le statu quo ante). » ²⁶¹

De plus, dans *CMS c. Argentine*, les arbitres ont considéré que :

« La restitution est la norme utilisée pour rétablir la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, à condition que cela ne soit pas matériellement impossible et n'entraîne pas une charge disproportionnée par rapport à l'indemnisation. » ²⁶²

131. Enfin, dans l'affaire *ADC c. Hongrie*, qui intéresse tout particulièrement ce mémoire de recherche, le tribunal a affirmé « [qu'] il ne peut y avoir de doute quant à la vitalité du principe de l'*Usine de Chorzów*, sa pleine et entière vigueur ayant été attestées à maintes reprises par la Cour internationale de Justice ». ²⁶³

132. Les tribunaux arbitraux ont donc, sans aucun doute possible, souscrit le principe de réparation intégrale tel qu'exprimé par la CPJI. ²⁶⁴ L'État ne semble, à première vue, pas s'y soustraire dès lors qu'il commet un fait internationalement illicite, par exemple

reconnu comme faisant autorité en matière d'indemnisation. » Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The principle of international law stated in the Chorzów Factory (Indemnity) case is still recognised as authoritative on the matter of general principle »

261. CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, sentence, 30 août 2000, n° ARB(AF)/97/1, § 122. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « the award to Metalclad of the cost of its investment in the landfill is consistent with the principles set forth in Chorzów ... namely, that where the state has acted contrary to its obligations, any award to the claimant should, as far as is possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would in all probability have existed if that act had not been committed (the status quo ante). »

262. CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, sentence, 12 mai 2005, n° ARB/01/8, § 400. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « Restitution is the standard used to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided this is not materially impossible and does not result in a burden out of proportion as compared to compensation. »

263. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 493. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « Thus there can be no doubt about the present vitality of the Chorzów Factory principle, its full current vigor having been repeatedly attested to by the International Court of Justice »

264. Pour d'autres affaires sur le même point, v. CIRDI, *Vestey Group Ltd c. Venezuela*, sentence, 15 avr. 2016, n° ARB/06/4, §326 ; CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie*, sentence,

en violant les dispositions d'un traité bilatéral d'investissement relatif à la protection de l'expropriation.

B. Le contenu du principe

133. Le principe de réparation intégrale comme entendu par la CPJI dans l'arrêt *Usine de Chorzów* a vocation à effacer toutes les conséquences de l'acte illégal, c'est-à-dire qu'il s'agit de remettre la victime dans la situation dans laquelle elle aurait été si l'acte n'avait pas été commis.²⁶⁵ La fonction de réparation est alors analogue à celle de réparation ou de restauration en ce qu'il s'agit de rétablir la situation affectée par l'illicite.²⁶⁶ En revanche, l'État n'est pas seulement tenu de restaurer la situation « avant l'illicite », c'est-à-dire d'effacer purement et simplement son acte dommageable, mais bien de restaurer la situation dans laquelle l'investisseur aurait été placé *en l'absence du fait illicite*. La différence est de taille puisque, dans le second scénario, l'État doit non seulement effacer son acte mais également les conséquences de son acte, telles que la perte de revenus ou de valeur du bien exproprié.²⁶⁷

134. La dualité de réparation sous l'empire du principe de réparation intégrale. Pierre-Marie Dupuy explique la *double réparation* par une atteinte du fait illicite qui est également double.²⁶⁸ Le fait illicite de l'État constitue une double violation. D'une part, il s'agit d'une violation de la règle de droit (international) : l'expropriation de l'investisseur sans lui fournir de compensation. D'autre part, il s'agit d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé : l'intérêt économique de l'investisseur. Ainsi, l'État doit rétablir l'État du droit – restaurant ainsi la situation avant l'illicite – tout en réparant les préjudices causés à l'investisseur.

20 nov. 1984, n° ARB/81/1, §§ 200 et s. CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. Chili*, sentence, 25 mai 2004, n° ARB/01/7, § 238 ; V. aussi Abby Cohen SMUTNY, « Some Observations on the Principles Relating to Compensation in the Investment Treaty Context », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1^{er} mars 2007, vol. 22, n° 1, p. 1-23.

265. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17.

266. Pierre-Marie DUPUY, *Le Fait Générateur de la Responsabilité Internationale des États*, La Haye : Brill Nijhoff, 1984, 125 p., p. 40.

267. Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit International Public*, 9^e éd., Paris : Montchrestien-Lextenso, 2010, p. 527.

268. Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit International Public*, 15^e éd., Paris : Dalloz, 2020, 1100 p., §§ 463 et s.

135. La méthode : les remèdes non-pécuniaires et l'*Usine de Chorzów*. Une lecture stricte du considérant de principe dans l'arrêt *Usine de Chorzów*,²⁶⁹ notamment en ce que la restitution en nature est clairement mise en avant, indique que le remède non-pécuniaire est, en théorie, à privilégier.²⁷⁰ On note, en particulier, la sentence *Rainbow Warrior* dans laquelle le tribunal arbitral a très clairement rappelé que la possibilité d'octroyer des remèdes non-pécuniaires, à l'image de la restitution, était inhérente à ses compétences.²⁷¹

136. La pratique est d'ailleurs courante de la part de la Cour internationale de Justice. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, la Cour pose une obligation pour la Thaïlande de retirer ses forces militaires et policières.²⁷² De la même manière, la CIJ, dans l'affaire *Nicaragua*, « décide que les États-Unis d'Amérique ont l'obligation de mettre immédiatement fin et de renoncer à tout acte constituant une violation des

269. V. *supra* n° 125, p. 74.

270. Sur ce point, v. notamment Christine D GRAY, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford : Oxford University Press, 1990, 250 p. ; Chester BROWN, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford : Oxford University Press, 2007, 303 p.

271. Arbitrage *ad hoc*, *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande c. France)*, sentence, 30 avr. 1990, *Annuaire Français de Droit International* 1990, vol. 36, n° 1, p. 395-407 ; *Recueil Des Sentences Arbitrales* 1990, vol. XIX, p. 199, § 114, « The question which arises is whether an order for the cessation or discontinuance of the wrongful omission may be issued in the present circumstances.

The authority to issue an order for the cessation or discontinuance of a wrongful act or omission results from the inherent powers of a competent tribunal which is confronted with the continuous breach of an international obligation which is in force and continues to be in force. The delivery of such an order requires, therefore, two essential conditions intimately linked, namely that the wrongful act has a continuing character and that the violated rule is still in force at the time in which the order is issued. Obviously, a breach ceases to have a continuing character as soon as the violated rule ceases to be in force.

The recent jurisprudence of the International Court of Justice confirms that an order for the cessation or discontinuance of wrongful acts or omissions is only justified in case of continuing breaches of international obligations which are still in force at the time the judicial order is issued. (The United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran Case, I.C.J. Reports, 1979, p. 21, para. 38 to 41, and 1980, para. 95, No. 1 ; The Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, I.C.J. Reports, 1984, p. 187, and 1986, para. 292, p. 149.)

If, on the contrary, the violated primary obligation is no longer in force, naturally an order for the cessation or discontinuance of the wrongful conduct would serve no useful purpose and cannot be issued. It would be not only unjustified, but above all illogical to issue the order requested by New Zealand, which is really an order for the cessation or discontinuance of a certain French conduct, rather than a restitutio. The reason is that this conduct, namely to keep the two agents in Paris, is no longer unlawful, since the international obligation expired on 22 July 1989. Today, France is no longer obliged to return the two agents to Hao and submit them to the special regime.

For the foregoing reasons the Tribunal declares that it cannot accept the request of New Zealand for a declaration and an order that Major Mafart and Captain Prieur return to the island of Hao. »

272. CIJ, *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt sur les exceptions préliminaires, 15 juin 1962, Rec. 1962, p. 6, v. not. p. 38.

obligations juridiques susmentionnées. »²⁷³ Au travers de sa mission de codification du droit international, la Commission du droit international a, dans son Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait illicite, consacré trois formes de réparation : la restitution, d'abord, puis la compensation et la satisfaction.²⁷⁴

137. La méthode : les remèdes pécuniaires. L'affaire *Chevron*, comme d'autres avant elle, a rappelé les principes qu'il était nécessaire d'appliquer par un tribunal arbitral afin de mettre en place une réparation dite *intégrale* :

« Le préjudice dû à un fait internationalement illicite doit être mesuré en comparant la situation réelle de la victime à celle qui aurait prévalu si les actes illicites n'avaient pas été commis. »²⁷⁵

138. On le sait, ce n'est pas chose aisée. Le tribunal arbitral doit, selon ce principe, établir avec une précision suffisante quelle aurait pu être la situation du demandeur en l'absence du fait illicite. Cela suppose une approche très pointue des questions financières, de prendre en compte le concept de perte de chance ou encore de quantifier avec suffisamment d'assurance l'impact du fait illicite sur la valorisation d'une société ou d'un bien. En effet, on imagine aisément en quoi l'expropriation d'une entreprise a nécessairement un impact sur sa valorisation sur les marchés financiers par exemple.²⁷⁶ Le juge n'est finalement limité que par deux bornes. L'une, basse, est l'indemnisation suffisante pour réparer totalement le dommage. L'autre, haute, est la réparation excessive.²⁷⁷

139. La méthode vue par les tribunaux arbitraux. On l'a vu, la question de la restitution est, de manière générale, principalement utilisée dans le cadre du contentieux interétatique. La question est alors de déterminer si cette possibilité se transpose au contentieux de l'investissement, notamment en ce que la restitution semble, tout du

273. CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt sur le fond, 27 juin 1986, Rec. 1986, p. 392, § 292.

274. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 31.

275. Arbitrage *ad hoc*, *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company c. Équateur*, sentence partielle, 30 mars 2010, § 374. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The loss due to an international wrong is to be measured by the comparison of the victim's actual situation to that which would have prevailed had the illegal acts not been committed. »

276. *A contrario*, pour un exemple d'une augmentation de la valeur de l'entreprise entre la date de l'expropriation et la date de la sentence, v. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16.

277. V. not. Alain BÉNABENT, *Droit des Obligations*, Paris : L.G.D.J., 2019, 752 p., p. 509, qui écrit qu'il s'agit d'« un délicat équilibre que doit rechercher le juge entre deux excès : il doit éviter une réparation insuffisante qui n'indemniserait pas totalement la victime, mais aussi une réparation excessive qui lui procurerait un bénéfice. »

moins *a priori*, porter atteinte à la souveraineté étatique.²⁷⁸ Dans l'affaire *Enron Corp.*, la question portait sur le point de savoir si le tribunal arbitral pouvait ordonner d'autres formes de réparation que la simple compensation pécuniaire. Le tribunal répond par la positive en se référant, notamment, à la sentence *Rainbow Warrior* :²⁷⁹

« Un examen des pouvoirs des cours et tribunaux internationaux d'ordonner des mesures d'exécution ou d'injonction et de la pratique abondante en la matière ne laisse aucun doute au Tribunal sur le fait que ces pouvoirs sont effectivement disponibles. »²⁸⁰

En ce sens, les pouvoirs du tribunal au regard de la réparation semblent équivalents à ceux de la CIJ ou tout autre tribunal international. En effet, dans l'affaire *Antoine Goetz*, le tribunal arbitral laisse au Burundi le choix quant à la réparation du dommage : soit révoquer la décision litigieuse, soit en retourner les bénéfices :

« La République du Burundi doit :
— Soit verser l'indemnité adéquate et effective à laquelle l'article 4 de ladite Convention subordonne la licéité internationale de la révocation du certificat d'entreprise franche accordé à la société [...]
— Soit, si elle préfère cette solution, mettre fin à la mesure contestée, ce qui peut être effectué ou bien par l'abrogation de l'ordonnance ministérielle n° 750/184 du 29 mai 1995 suivie du rétablissement du certificat d'entreprise franche, ou bien par le rétablissement du certificat d'entreprise franche sans abrogation préalable de l'ordonnance ministérielle n° 750/184 du 29 mai 1995. »²⁸¹

278. V. sur l'ensemble Sergey RIPINSKY et Kevin WILLIAMS, *Damages in International Investment Law*, London : British Institute of International et Comparative Law, 2008, 561 p.

279. Arbitrage *ad hoc*, *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande c. France)*, sentence, 30 avr. 1990, *Annuaire Français de Droit International* 1990, vol. 36, n° 1, p. 395-407 ; *Recueil Des Sentences Arbitrales* 1990, vol. XIX, p. 199. V. *supra* n° 135, p. 81

280. CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.p. c. Argentine*, décision sur la compétence, 14 jan. 2004, n° ARB/01/3, § 79. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « An examination of the powers of international courts and tribunals to order measures concerning performance or injunction and of the ample practice that is available in this respect, leaves this Tribunal in no doubt about the fact that these powers are indeed available. » Le tribunal continue : « The Claimants have convincingly invoked the authority of the *Rainbow Warrior*, where it was held :

“The authority to issue an order for the cessation or discontinuance of a wrongful act or omission results from the inherent powers of a competent tribunal which is confronted with the continuous breach of an international obligation which is in force and continues to be in force. The delivery of such an order requires, therefore, two essential conditions intimately linked, namely that the wrongful act has a continuing character and that the violated rule is still in force at the time in which the order is issued.” »

281. CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, sentence, 10 fév. 1999, n° ARB/95/3, §§ 134 et s.

140. Il est à noter, cependant, que certaines limites sont à prendre en compte. Notamment, le droit applicable, tant à la procédure qu'au fond, peut imposer des limites quant aux moyens de réparation applicables. Sur le plan du droit applicable à la procédure, il est à noter que les deux conventions principales en la matière, la convention du CIRDI et la CNUDCI, ne semblent pas imposer une quelconque limitation. On note cependant l'article 54, alinéa 1er, de la Convention CIRDI qui rappelle que :

« Article 54

(1) Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État. Un État contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des États fédérés. »

On note alors aisément que la convention ne semble donner force qu'aux obligations *pécuniaires* et non aux obligations non-pécuniaires. Il serait cependant erroné d'en conclure qu'un tribunal arbitral constitué sous l'égide du CIRDI ne saurait prononcer des obligations non-pécuniaires.²⁸² Comme le rappelle Christoph Schreuer, cette approche est loin d'être supportée par une étude approfondie des travaux préparatoires. Il semble plus probable et convaincant que cette restriction de l'article 54 de la convention soit le simple reflet de la difficulté d'assurer la mise en œuvre d'obligations non-pécuniaires.²⁸³

Sur le plan du droit applicable au fond, c'est-à-dire aux obligations substantielles des parties, la plupart des traités bilatéraux d'investissement semblent silencieux.²⁸⁴ Naturellement, des exceptions existent. Ainsi, l'article 1135(1) de l'ALÉNA est ainsi rédigé :

« Article 1135 : Sentence finale

1. Lorsqu'il rend une sentence finale à l'encontre d'une Partie, un tribunal pourra accorder uniquement, séparément ou en combinaison : a) des dommages

282. Christoph SCHREUER, « Non-pecuniary Remedies in ICSID Arbitration », *Arbitration International* 2004, vol. 20, n° 4, p. 325-332, p. 325 ; v. aussi sur ce point Martin ENDICOTT, « Non Pecuniary Remedies : The Impact of Arsiwa in Investor-state Arbitration », *Transnational Dispute Management* 2007, vol. 4, n° 4.

283. Christoph SCHREUER, « Non-pecuniary Remedies in ICSID Arbitration », *Arbitration International* 2004, vol. 20, n° 4, p. 325-332.

284. Sergey RIPINSKY et Kevin WILLIAMS, *Damages in International Investment Law*, London : British Institute of International et Comparative Law, 2008, 561 p., p. 52.

pécuniaires, et tout intérêt applicable ; b) la restitution de biens, auquel cas l'ordonnance disposera que la Partie contestante pourra verser des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable, en remplacement d'une restitution. Le tribunal pourra également imposer les dépens conformément aux règles d'arbitrage applicables. »

Le Traité sur la Charte de l'énergie limite également la réparation à la compensation pécuniaire :

« Article 26 : Règlement des différends entre un investisseur et une partie contractante

8. Les sentences arbitrales, qui peuvent inclure l'attribution d'intérêts, sont définitives et obligatoires pour les parties au différend. Les sentences arbitrales concernant une mesure prise par une administration politique ou une autorité sous-nationale de la partie contractante en litige prévoient que la partie contractante peut payer un dédommagement monétaire à la place de toute autre réparation accordée. Chaque partie contractante exécute ces sentences sans retard et prend des mesures en vue de leur exécution effective dans sa zone. »²⁸⁵

141. L'actuel droit coutumier. Le Projet de la CDI reflète l'actuel droit coutumier en la matière. En particulier, l'article 34 § 6 reprend la position énoncée dans *Usine de Chorzów*, tout en y ajoutant la satisfaction.²⁸⁶ Le Projet indique notamment que la restitution ne doit avoir lieu que dès lors qu'elle n'est pas « matériellement impossible » et qu'elle « n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation. » L'étude du commentaire fourni par la CDI sur la question précise ainsi certaines circonstances dans lesquelles la restitution semble appropriée, comme la restitution matérielle d'un bien ou d'un territoire ou encore la remise en liberté d'individus incarcérés.²⁸⁷ Ainsi que le note Dupuy, la restitution est une réparation parfaite. Elle est donc théoriquement à privilégier, bien qu'en pratique

285. Traité sur la Charte de l'Énergie, signé le 17 déc. 1994, à Lisbonne, art. 26.

286. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 34.

287. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Rapport de la C.D.I., 53e session, 23 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2001, Assemblée générale, documents officiels, 56e session, Supplément n°10 (A56/10), pp. 43-44; Les exemples en pratique sont nombreux, v. CIJ, *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt sur les exceptions préliminaires, 15 juin 1962, Rec. 1962, p. 6; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt sur le fond, 27 juin 1986, Rec. 1986, p. 392; CIJ, *Mandat d'Arrêt du 11 Avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, 14 fév. 2002, Rec. 2002, p. 3; CIJ, *Personnel Diplomatique et Consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, 24 mai 1980, Rec. 1980, p. 3.

l'indemnisation soit la plus fréquemment utilisée, notamment dans le contentieux de l'investissement international.²⁸⁸

142. La pratique en arbitrage d'investissement. En principe, il est admis qu'un tribunal arbitral statuant sur un litige relatif aux investissements internationaux peut ordonner la modalité de réparation qu'il considère être la plus appropriée, à moins que ses pouvoirs en la matière soient limités par le droit applicable et le TBI.²⁸⁹ Ainsi, dans l'affaire *Goetz*, le tribunal arbitral laisse au Burundi le choix de révoquer sa décision ou d'opérer une compensation pécuniaire.²⁹⁰ Cependant, il convient de noter que la restitution ne peut être appliquée que sur les conséquences d'un fait illicite préalable. Ainsi, la restitution n'est pas une option dans le cadre de l'expropriation licite (et donc dûment compensée) puisque les États restent souverains et disposent à ce titre, en dépit des éventuels traités, du droit d'exproprier les investisseurs.

143. L'inadéquation de la restitution à l'arbitrage d'investissement. La restitution, portant nécessairement atteinte à l'objectif poursuivi par l'État lors de l'expropriation, semble peu adaptée à l'arbitrage d'investissement en dépit de sa reconnaissance unanime par les tribunaux.²⁹¹ Tout d'abord, un tribunal arbitral ordonnant la restitution serait vraisemblablement accusé de s'immiscer dans les affaires intérieures de l'État, et on imagine aisément celui-ci être peu à même d'exécuter la sentence. De plus, la Convention CIRDI requière des États qu'ils reconnaissent les sentences contenant des compensations pécuniaires comme étant des sentences finales applicables dans l'État d'accueil. Aucune

288. Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit International Public*, 15^e éd., Paris : Dalloz, 2020, 1100 p., § 492.

289. CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.p. c. Argentine*, sentence, 2 août 2004, n° ARB/01/3, § 79 ; Sur les questions de procédures, tant le traité instituant le CIRDI que la convention de la CNUDCI ne limitent les pouvoirs des arbitres sur ce point. Les TBI sont en principe silencieux sur la question, à l'exception de certains traités récents. Accord de Libre-Échange Nord Américain (ALENA), signé le 17 déc. 1992, à Washington, D.C., Ottawa et Mexico, art. 1135 § 1 : « Lorsqu'il rend une sentence finale à l'encontre d'une Partie, un tribunal pourra accorder uniquement, séparément ou en combinaison : a) des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable ; b) la restitution de biens, auquel cas l'ordonnance disposera que la Partie contestante pourra verser des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable, en remplacement d'une restitution. Le tribunal pourra également imposer les dépens conformément aux règles d'arbitrage applicables. »

290. CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, sentence, 10 fév. 1999, n° ARB/95/3, § 134-7.

291. « Restitution is the standard used to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided this is not materially impossible and does not result in a burden out of proportion as compared to compensation » CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, sentence, 12 mai 2005, n° ARB/01/8, § 400.

mention n'est faite des sentences qui ordonnent la restitution.²⁹² Les sentences arbitrales en matière d'investissement qui l'ordonnent sont donc rares.²⁹³ On ajoutera, enfin, qu'il apparaît peu probable qu'une restitution soit dans l'intérêt du demandeur. Il semble plus probable qu'un demandeur exproprié ne souhaite pas continuer sa relation avec l'État d'accueil.²⁹⁴

144. La réparation a pour but de réparer l'entier dommage causé à l'investisseur. Ainsi, la réparation emporte la compensation de « tout dommage susceptible d'évaluation financière » ainsi que du « manque à gagner », c'est-à-dire que l'obligation recouvre à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*.²⁹⁵ Cette vue a été fréquemment adoptée par les tribunaux arbitraux.²⁹⁶

145. En revanche, si la réparation se doit d'être complète, elle ne saurait dépasser le dommage causé. La réparation ne saurait indemniser deux fois le même préjudice.²⁹⁷

§ 2. La pratique conventionnelle et le principe de réparation adéquate

146. Contenu dans la plupart des traités bilatéraux d'investissement (A.), le principe de réparation adéquate est la solution privilégiée par les États pour encadrer la

292. Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, signée le 18 mars 1965, à Washington, D.C. art. 54 § 1.

293. CIRDI, *Mr. Franck Charles Arif c. République de Moldavie*, sentence, 8 avr. 2013, n° ARB/11/23, § 566, « Within a period of no more than sixty days from the date of this Award Respondent shall make proposals to Claimant for the restitution of the investment in the airport store, including proposals as to appropriate guarantees for the legality of a new lease agreement. [...] If Claimant elects to reject restitution, or if for any reason Respondent fails to make proposals to Claimant within the sixty days referred to in (d) above, then Respondent shall pay damages of MDL 35,136,294 ».

294. Christoph SCHREUER, « Non-pecuniary Remedies in ICSID Arbitration », *Arbitration International* 2004, vol. 20, n° 4, p. 325-332, § 332.

295. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 36 § 2.

296. V. par exemple CIRDI, *Archer Daniels Midland Company and Tate et Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, sentence, 21 nov. 2007, n° ARB (AF)/04/5, § 282, « Accordingly, compensation encompasses both the loss suffered (*damnum emergens*) and the loss of profits (*lucrum cessans*) » ; CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie*, sentence, 20 nov. 1984, n° ARB/81/1, § 267, « La réparation intégrale du dommage, par l'allocation à la victime du *damnum emergens* et du *lucrum cessans* est un principe commun aux principaux systèmes juridiques et dès lors, un principe général du droit qui peut être considéré comme une source de droit international. »

297. Arbitrage *ad hoc*, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, seconde sentence partielle sur les dommages, 13 nov. 2000, § 94 « Damages for breach of any one NAFTA provision can take into account any damages already awarded under a breach of another NAFTA provision. There must be no double recovery. »

compensation due en cas d'expropriation licite. Par principe, puisque prévue justement dans le cadre de l'expropriation licite, elle s'oppose au principe de réparation intégrale, qui s'applique dès lors que l'État viole une obligation internationale. Son existence même présuppose la distinction entre expropriation licite et illicite, ainsi que la considération de la compensation comme condition à l'expropriation licite. (B.)

A. Un principe de droit international des investissements

147. On l'a vu, le principe de réparation comme entendu par la CPJI dans l'arrêt *Usine de Chorzów* est très contraignant pour les États. Ceux-ci, en particulier depuis la fin des années 1950, souhaitant exercer un contrôle grandissant sur leur ordre économique, ont souhaité s'y soustraire par la création d'un standard différent.²⁹⁸

148. C'est la raison pour laquelle les États ont, par leur pratique conventionnelle et la signature de TBIs, fait émerger un principe de réparation différent : le principe de réparation adéquate. Sur les 2 646 traités et accords d'investissements internationaux en vigueur en 2020,²⁹⁹ une immense majorité comprend ce principe de réparation.³⁰⁰ On le sait, l'expropriation est en principe licite dès lors qu'elle est, en outre, indemnisée de manière appropriée.³⁰¹ Ce terme d'indemnité appropriée est d'ailleurs employé par la Banque Mondiale dans le cadre des principes directeurs sur le traitement de l'investissement étranger.³⁰²

149. En principe, l'indemnité est considérée comme étant appropriée dès lors qu'elle est adéquate, effective, et rapide. On retrouve notamment des formules similaires dans le

298. Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux », *Annuaire Français de Droit International* 1987, vol. 33, n° 1, p. 7-31, pp. 9 et s. Dominique CARREAU et al., *Droit International Économique*, Paris : Dalloz, 2017, 944 p., pp. 545 et s.

299. *World Investment Report 2021 - Investing in sustainable recovery*, UNCTAD/WIR/2021, Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, 2021, p. 122.

300. Giorgio SACERDOTI, « Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection » in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 269, La Haye : Brill Nijhoff, 1997, p. 251-467, 301, qui argumente que les TBIs et accords d'investissement comprennent *a minima* un dispositif de protection contre les expropriations.

301. Dominique CARREAU et al., *Droit International Économique*, Paris : Dalloz, 2017, 944 p., pp. 562 et s.

302. *Cadre Juridique pour le Traitement de l'Investissement Étranger*, Banque Mondiale, 1992 ; V. aussi notamment, *Propositions concernant les accords d'investissement bilatéraux et multilatéraux et les pratiques en la matière en vue de l'élaboration de codes de conduite concernant l'investissement étranger direct à l'intention des sociétés transnationales et des États*, A/AC.257/27/Add.7, Organisation des Nations Unies, 2001.

Traité sur la Charte de l'Énergie³⁰³ et l'ALÉNA.³⁰⁴ Il s'agit finalement d'une modernisation de la formule de Hull.³⁰⁵

150. Les États entendent donc échapper au principe de réparation intégrale avec l'inclusion de clauses spéciales dans les traités visant à se soumettre à la réparation adéquate.³⁰⁶ Dès lors, l'argument considérant que la compensation n'est pas une condition de licéité de l'expropriation semble malmené, puisque la pratique conventionnelle semble démontrer un fort intérêt des États à se soumettre à une clause particulière. Il y a fort à parier que si ceux-ci avaient réellement souhaité considérer la compensation comme une conséquence de l'expropriation licite et non comme l'une de ses conditions, lesdites clauses seraient rédigées autrement.

303. Traité sur la Charte de l'Énergie, signé le 17 déc. 1994, à Lisbonne, art. 13 : « Les investissements d'un investisseur d'une partie contractante réalisés dans la zone d'une autre partie contractante ne sont pas nationalisés, expropriés ou soumis à une ou plusieurs mesures ayant des effets équivalents à une nationalisation ou à une expropriation, dénommées ci-après « expropriation », sauf lorsque cette expropriation : a) est effectuée pour des motifs d'intérêt général ; b) n'est pas discriminatoire ; c) est effectuée avec les garanties prévues par la loi ; et d) est accompagnée du prompt versement d'une compensation adéquate et effective.

Cette compensation équivaut à la valeur marchande équitable de l'investissement exproprié au moment qui précède immédiatement celui où l'expropriation ou l'annonce de l'expropriation a été officiellement connue et a affecté la valeur de l'investissement, ci après dénommé "date d'estimation." » Thomas WAELDE, *The Energy Charter Treaty : An East-West Gateway for Investment and Trade.*, London ; Boston, MA : Kluwer Law International, 1996, 700 p. ; Thomas W. WÄLDE, « Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty—from Dispute Settlement to Treaty Implementation », *Arbitration International* 1996, vol. 12, n° 4, p. 429-466.

304. Accord de Libre-Échange Nord Américain (ALENA), signé le 17 déc. 1992, à Washington, D.C., Ottawa et Mexico, art. 1110 : « § 1. Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement ("expropriation"), sauf : a) pour une raison d'intérêt général ; b) sur une base non discriminatoire ; c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1) ; et d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6.

§ 2. L'indemnité devra équivaloir à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu ("date d'expropriation"), et elle ne tiendra compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue. Les critères d'évaluation seront la valeur d'exploitation, la valeur de l'actif, notamment la valeur fiscale déclarée des biens corporels, ainsi que tout autre critère nécessaire au calcul de la juste valeur marchande, selon que de besoin. » Ray C. JONES, « NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Dispute Resolution : A Shield to Be Embraced or a Sword to Be Feared », *Brigham Young University Law Review* 2002, p. 527.

305. Shotaro HAMAMOTO, « Compensation Standards and Permanent Sovereignty over Natural Resources » in *Permanent Sovereignty Over Natural Resources*, Springer International Publishing, jan. 2015, p. 141-154.

306. Martin J VALASEK, « A "simple Scheme" : Exploring the Meaning of Chorzów Factory for the Valuation of Opportunistic Expropriation in the BIT Generation », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6, p. 49.

151. Loin d'être uniquement un principe présent dans la pratique conventionnelle interétatique, le principe de réparation adéquate a également été reconnu par l'Assemblée Générale des Nations Unies, renforçant dès lors son caractère coutumier.³⁰⁷ De cette façon, le droit international *spécial* posant le principe de réparation adéquate, il a été rapidement admis qu'un étranger ne pouvait plus se prévaloir de plaintes en restitution ou réparation non prévues par le traité ou le contrat applicable à l'espèce. Ainsi, le tribunal constitué dans l'affaire *ATG* rappelle que « la nature de la faute n'étant pas la saisie de la propriété en elle-même mais le non paiement d'une compensation pour cette propriété en fonction des standards de compensation appropriés. »³⁰⁸ De cette façon, l'expropriation dûment compensée est licite et ne peut faire l'objet d'un recours, aucune violation du traité n'ayant eu lieu. L'expropriation non-compensée, en revanche, est une faute qui demande réparation. Le critère de la compensation comme condition fondamentale à la licéité de l'expropriation est alors posé.³⁰⁹

152. En pratique, la question de savoir si le standard de réparation intégrale ou adéquate s'applique est l'objet de nombreux débats. Il semble que, dans la plupart des contentieux de l'expropriation, les parties opposent les principes. En général, le demandeur invoque le principe de réparation intégrale sur le fondement d'une expropriation qui est, selon ses arguments, illicite. Le défendeur conteste l'illicéité de l'expropriation et invoque le standard de compensation du traité.³¹⁰ Le principe de réparation adéquate a notamment été largement appliqué depuis les affaires libyennes.³¹¹

307. Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 1803 (XVII) du 8 déc. 1962, Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, n° A/RES/1803(XVII), § 4 : « La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. »

308. CIRDI, *ATG Capital Partners, Inc. et CJSC Tema Real Estate Company Ltd. c. Kazakhstan*, sentence, 7 oct. 2003, n° ARB/01/6, pp. 81 et s.

309. On notera, par ailleurs, que dès lors qu'un principe est reconnu très largement dans la pratique conventionnelle, son caractère coutumier ne fait guère de doute.

310. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 479 ; CIRDI, *Waqih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte*, sentence, 1^{er} juin 2009, n° ARB/05/15, § 535 ; CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzanie*, sentence, 24 juill. 2008, n° ARB/05/22.

311. Arbitrage *ad hoc*, *Liamco c. Libye*, sentence, 12 avr. 1977 ; Arbitrage *ad hoc*, *BP Exploration Company (Libye) c. Libye*, sentence, 10 août 1974 ; Arbitrage *ad hoc*, *Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Company c. Libye*, sentence, 19 jan. 1977 ; Brigitte STERN, « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les Nationalisations Pétrolières Libyennes devant l'Arbitrage International », *Revue de l'Arbitrage* 1980, vol. 1, p. 3-43, Sur ce point, v. Patrick RAMBAUD, « Arbitrage, Concession et Nationalisation – quelques observations sur la sentence BP », *Annuaire Français de Droit International* 1981, vol. 27, n° 1, p. 222-230 ; Gérard COHEN-JONATHAN, « L'arbitrage Texaco-calasiatic

B. Le contenu du principe de réparation adéquate

153. Introduction. En principe, la réparation intégrale est plus large que la réparation adéquate. Alors que la réparation intégrale sous-entend une réparation totale, la réparation adéquate peut n'être que partielle dès lors qu'une telle réparation partielle apparaît appropriée.³¹² Lorsqu'un traité prévoit une réparation adéquate pour l'investisseur exproprié, il n'en donne que très rarement une définition. Ainsi, cette absence de définition entraîne nécessairement une marge d'appréciation de la part du tribunal arbitral saisi de l'affaire. Cette incertitude juridique comporte néanmoins un avantage clair qui est celui d'une réparation vraisemblablement adaptée aux faits de l'espèce.³¹³ Cependant, en dépit du manque de définition du terme « adéquate », les TBIs ont dans leur majorité recours au standard de la juste valeur marchande, sous-entendu la valeur économique de l'entreprise expropriée à la date de l'expropriation.³¹⁴ C'est notamment

contre Gouvernement Libyen ; Décision au Fond du 19 Janvier 1977 », *Annuaire Français De Droit International* 1977, vol. 23, n° 1, p. 452-479.

312. Sur ce point, v. notamment Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux », *Annuaire Français de Droit International* 1987, vol. 33, n° 1, p. 7-31.

313. Dominique CARREAU et al., *Droit International Économique*, Paris : Dalloz, 2017, 944 p., p. 539.

314. Normann GIRVAN, « Expropriating the Expropriators : Compensation Criteria from a Third World Viewpoint », *Valuation of Nationalized Property in International Law* 1975, vol. 3, p. 149 ; Bernard HANOTIAU, « La Détermination et l'Évaluation du Dommage Réparable : Principes Généraux et Principes en Émergence », *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Paris 1993, 209ff ; Florianne LAVAUD et Guilherme RECENE COSTA, « Valuation Date in Investment Arbitration : A Fundamental Examination of Chorzów's Principles », *Journal of Damages in International Arbitration*, vol. 3, n° 2 ; Irmgard MARBOE, « Damages in Investor-state Arbitration : Current Issues and Challenges », *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration* 3 mai 2018, vol. 2, n° 1, p. 1-86 ; Roger B MYERSON et Mark A SATTERTHWAITTE, « Efficient Mechanisms for Bilateral Trading », *Journal of Economic Theory* 1^{er} avr. 1983, vol. 29, n° 2, p. 265-281 ; W. Michael REISMAN et Robert D. SLOANE, « Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation », *British Yearbook of International Law* 1^{er} jan. 2004, vol. 74, n° 1, p. 115-150 ; Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux », *Annuaire Français de Droit International* 1987, vol. 33, n° 1, p. 7-31 ; Robert SLOANE, « Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation », p. 52 ; Martin J VALASEK, « A "simple Scheme" : Exploring the Meaning of Chorzów Factory for the Valuation of Opportunistic Expropriation in the BIT Generation », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6, p. 49 ; Thomas W WÄLDE et Borzu SABAHI, « Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law », *Transnational Dispute Management* 10 fév. 2007, vol. 6, n° 4, p. 65 ; Mark KANTOR, *Valuation for Arbitration : Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*, Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2008, 411 p. ; Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p. ; *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, sous la dir. de Christina L. BEHARRY, Nijhoff international investment law series volume 11, Leiden ; Boston : Brill Nijhoff, 2018, 488 p. ; *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, sous la dir. de Richard B. LILLICH, Virginia legal studies, Charlottesville : University Press of Virginia, 1972, 230 p. ; Christina L. BEHARRY et Elisa MÉNDEZ BRÄUTIGAM, « Damages and Valuation in International Investment Arbitration » in *Handbook of International Investment Law and Policy*, sous la dir. de

le cas de l'ALÉNA³¹⁵ et du Traité sur la Charte de l'Énergie.³¹⁶ C'est aussi le cas des traités bilatéraux d'investissement signés récemment.³¹⁷

154. De nouveau un manque de définition de la juste valeur marchande. Le recours à la juste valeur marchande est pour autant très flou dans les traités et accords internationaux d'investissement. Il ressort d'une étude approfondie de la pratique conventionnelle que la plupart des traités ne comportent que très peu d'indications quant à la définition de la juste valeur marchande. Dans la plupart des cas, seule la date d'appréciation de la valeur est mentionnée.³¹⁸

155. Des intérêts divers. Le principal problème auquel les arbitres sont confrontés est la qualification du terme « juste ». ³¹⁹ Notion subjective par excellence en matière

Julien CHAISSE, Leïla CHOUKROUNE et Sufian JUSOH, Singapore : Springer Singapore, 2020, p. 1-32.

315. Accord de Libre-Échange Nord Américain (ALENA), signé le 17 déc. 1992, à Washington, D.C., Ottawa et Mexico, art. 1110-2 : « L'indemnité devra équivaloir à la juste valeur de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu. »

316. Traité sur la Charte de l'Énergie, signé le 17 déc. 1994, à Lisbonne, art. 13 : « Cette compensation équivaut à la valeur marchande équitable de l'investissement exproprié au moment qui précède immédiatement celui de l'expropriation. »

317. Accord relatif à la libéralisation, l'encouragement et à la protection réciproque des investissements entre le Japon et la Géorgie, signé le 29 jan. 2021, à Tbilisi, art. 11 : « §2. The compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investments at the time when the expropriation was publicly announced or when the expropriation occurred, whichever is earlier. The fair market value shall not reflect any change in value occurring because the expropriation had become publicly known earlier. §3. The compensation shall be paid without delay and shall include interest at a commercially reasonable rate, taking into account the length of time until the time of payment. It shall be effectively realisable and freely transferable and shall be freely convertible into the currency of the Contracting Party of the investors concerned, and into freely usable currency, at the market exchange rate prevailing on the date of expropriation. » Accord entre Israël et les Émirats arabes unis sur l'encouragement et la protection des investissements, signé le 20 oct. 2020, à Tel Aviv, « The compensation shall : (a) be paid without delay and in a freely usable currency ; (b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place ; (c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier ; (d) be fully realizable and freely transferable ; and (e) include interest, at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment. » Accord entre la Hongrie et le Kirghizistan sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, signé le 29 sept. 2020, à Budapest, art. 6 : « [...] Such compensation shall amount to the market value of the investment expropriated immediately before expropriation or impending expropriation became public knowledge (whichever is earlier), shall include interest at a commercially reasonable rate from the date of expropriation to the date of actual payment and shall be made without delay, be effectively realizable and be freely transferable in a freely convertible currency. »

318. Ce qui, nous l'aborderons plus tard, est d'importance.

319. On notera que la notion est également débattue dans l'ensemble des domaines du droit international des investissements. Fernando DIAS SIMÕES, « Charanne and Construction Investments V. Spain : Legitimate Expectations and Investments in Renewable Energy », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2017, vol. 26, n° 2, p. 174-180 ; Patrick DUMBERRY, « The Protection

du contentieux, il y a fort à parier qu'une indemnisation « juste » aux yeux de l'État d'accueil sera bien différente que celle proposée par l'investisseur. Ainsi, l'État tient compte des intérêts publics en cause,³²⁰ argumentant couramment que dès lors que les enjeux environnementaux justifient l'expropriation, l'indemnisation devrait en être moindre.³²¹ L'investisseur aura quant à lui une vision plus *absolue* de la situation, en considérant qu'il ne serait que justice pour lui d'obtenir une réparation intégrale de son préjudice et que, partant, ladite réparation intégrale sera équivalente à la juste valeur marchande.³²²

of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article », *Journal of International Arbitration* 2014, vol. 31, n° 1 ; Caroline HENCKELS, « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties : The TPP, CETA, and TTIP », *Journal of International Economic Law* mars 2016, vol. 19, n° 1, p. 27-50 ; James MEERNIK, « Victor's Justice or the Law? Judging and Punishing at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *Journal of Conflict Resolution* 2003, vol. 47, p. 140-162 ; James MEERNIK, « Victor's Justice or the Law? Judging and Punishing at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *Journal of Conflict Resolution* avr. 2003, vol. 47, n° 2, p. 140-162 ; Facundo PÉREZ-AZNAR, « The Use of Most-Favoured-Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements », *Journal of International Economic Law* déc. 2017, vol. 20, n° 4, p. 777-805 ; William D. ROGERS, « Of Missionaries, Fanatics, and Lawyers : Some Thoughts on Investment Disputes in the Americas », *American Journal of International Law* jan. 1978, vol. 72, n° 1, p. 1-16 ; Stephan W. SCHILL, « Revisiting a Landmark : Indirect Expropriation and Fair and Equitable Treatment in the ICSID Case Tecmed », *Transnational Dispute Management* 2006, vol. 3, n° 2 ; Pratyush Nath UPRETI, « Enforcing IPRS through Investor-state Dispute Settlement : A Paradigm Shift in Global IP Practice », *The Journal of World Intellectual Property* 2016, vol. 19, n° 1-2, p. 53-82 ; Andrea BJORKLUND, Ian A. LAIRD et Sergey RIPINSKY, *Investment Treaty Law : Current Issues III : Remedies in International Investment Law Emerging Jurisprudence of International Investment Law*, London : British Institute of International & Comparative Law, 2009, 333 p. ; Ioana TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford : Oxford University Press, 13 mars 2008 ; Kenneth J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties : History, Policy, and Interpretation*, Oxford, New York : Oxford University Press, 22 avr. 2010, 574 p. ; *Arbitration under International Investment Agreements : A Guide to the Key Issues*, sous la dir. de Katia YANNACA-SMALL, 2^e éd., Oxford, New York : Oxford University Press, 19 juill. 2018, 960 p. ; Rumana ISLAM, « Different Constructions of the FET Standard in Investment Treaties » in *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, 2018, p. 53-78 ; Rumana ISLAM, « The Historical Development of the FET Standard in International Investment Treaties » in *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, Springer, 2018, p. 31-52 ; Benedict KINGSBURY et Stephan W. SCHILL, « Investor-State Arbitration as Governance : Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law », *SSRN Electronic Journal* 2 sept. 2009, n° ID 1466980 ; *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment 2004/03, OECD, 1^{er} sept. 2004.

320. Cet argument revient finalement à celui exposé précédemment qui tentait de justifier l'expropriation illicite par l'intérêt général.

321. Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux », *Annuaire Français de Droit International* 1987, vol. 33, n° 1, p. 7-31, p. 8.

322. Markham BALL, « Assessing Damages in Claims by Investors against States », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2001, vol. 16, n° 2, p. 408-429, pp. 413 et s. On notera également, pour exemple, les affaires suivantes ; CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzanie*, sentence, 24 juill. 2008, n° ARB/05/22 ; CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.p. c. Argentine*,

156. Le seul refuge : la définition économique. Appréhendée, crainte, voire haïe des juristes,³²³ la définition économique semble pourtant bien être la seule qui s'avère être utilisable dans le contexte arbitral pour trancher la juste valeur marchande. C'est donc le monde des affaires qui, cette fois-ci, influence le droit en la matière.³²⁴ Pire encore, il arrive que certains arbitres avouent leurs faiblesses en matière de quantification des préjudices commerciaux et s'en remettent³²⁵ à la définition et à l'appréciation des experts impliqués.³²⁶ La sentence *Starrett* a également été mentionnée dans le Projet de la CDI sur la responsabilité des États, qui évoque notamment la valeur loyale et marchande du bien perdu.³²⁷

157. La juste valeur marchande semble ainsi toujours être un concept évolutif pour lequel aucune définition juridique convaincante n'existe à ce jour. Cependant, certains éléments communs ressortent des définitions utilisées par les arbitres :³²⁸

sentence, 2 août 2004, n° ARB/01/3; CIRDI, *Archer Daniels Midland Company and Tate et Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, sentence, 21 nov. 2007, n° ARB (AF)/04/5; CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence, 28 sept. 2007, n° ARB/02/16.

323. Le plus souvent, à raison.

324. Mark KANTOR, *Valuation for Arbitration : Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*, Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2008, 411 p., pp 30 et s.

325. Encore une fois, à raison.

326. Tribunal irano-américain de réclamations, *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. et Starrett Housing International c. Iran*, sentence, 14 août 1987, n° 314-24-1, § 277 : « The Tribunal agrees with the Expert's valuation concept, methods and approach. He set out to determine the fair market value of Shah Goli at the date of taking and to provide data that would be helpful to the Tribunal in determining the compensation to be awarded in this Case. He correctly defined fair market value as the price that a willing buyer would pay to a willing seller in circumstances in which each had good information, each desired to maximize his financial gain, and neither was under duress or threat. He appropriately assumed that the willing buyer was a reasonable businessman. In reaching its conclusion to adopt the Expert's approach in this respect, the Tribunal notes that neither Party was opposed to it. Indeed, the Respondent's expert, Coopers & Lybrand, also based its conclusions on the concept of the price that a reasonable businessman would pay for the Project on 31 January 1980. » On notera toutefois que l'absence de contestation du défendeur sur la question a probablement incité le tribunal à s'en remettre à la définition couramment admise et qui fut utilisée par l'arbitre. D'autres sentences se réfèrent explicitement aux termes prévus par l'American Society of Appraisers. CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence, 28 sept. 2007, n° ARB/02/16, § 405 : « An internationally recognized definition of fair market value reads as follows : "[...] the price, expressed in terms of cash equivalents, at which property would change hands between a hypothetical willing and able buyer and hypothetical and able seller, acting at arms length in an open and unrestricted market, when neither is under compulsion to buy or sell and when both have reasonable knowledge of the relevant facts" ».

327. Tribunal irano-américain de réclamations, *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. et Starrett Housing International c. Iran*, sentence, 14 août 1987, n° 314-24-1 ; Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

328. Mark KANTOR, *Valuation for Arbitration : Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*, Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2008, 411 p., p. 30 ; V. aussi Irmgard MARBOE, « Compensation and Damages in International Law », *The Journal of World Investment &*

- Il s'agit d'un *prix*, exprimé en valeur ;
- pour lequel la propriété en question est susceptible d'être *transférée* ;
- Dans un marché *ouvert et concurrentiel* ;
- Et dans lequel il n'existe aucune *asymétrie d'information* entre les parties.

158. L'importance de la date et de la dévaluation.³²⁹ Un autre élément qui se révèle être particulièrement important dans le cadre de l'expropriation est la date d'évaluation de la valeur du bien exproprié. En particulier, il semble courant pour les traités et accords d'investissement de prévoir que la date d'évaluation sera la date immédiatement précédant la dépossession, ceci afin d'éviter que la connaissance de l'expropriation puisse affecter la valeur du bien.³³⁰ Ainsi, le Partenariat régional économique global rappelle que :

« La compensation visée au sous-paragraphe 1(c) doit :

- (a) être payée sans délai ;
- (b) être équivalente à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié au moment où l'expropriation a été annoncée publiquement, ou au moment où l'expropriation a eu lieu, la date la plus proche étant retenue (ci-après dénommée "date d'expropriation" dans le présent chapitre)
- (c) ne pas refléter une modification de la valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée a été connue plus tôt ; et
- (d) être effectivement réalisables et librement transférables. »³³¹

Trade 2006, p. 723-759.

329. Manuel ABDALA, « Chorzów's Standard Rejuvenated : Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations », *Journal of International Arbitration* 1^{er} fév. 2008, vol. 25, n° 1 ; Manuel ABDALA et Pablo T. SPILLER, « Chorzów's Standard Rejuvenated - Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations » 2021, p. 13 ; Florianne LAVAUD et Guilherme RECENE COSTA, « Valuation Date in Investment Arbitration : A Fundamental Examination of Chorzów's Principles », *Journal of Damages in International Arbitration*, vol. 3, n° 2 ; Irmgard MARBOE, « Damages in Investor-state Arbitration : Current Issues and Challenges », *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration* 3 mai 2018, vol. 2, n° 1, p. 1-86 ; Matti PELLONPÄÄ et Malgosia FITZMAURICE, « Taking of Property in the Practice of the Iran-united States Claims Tribunal », *Netherlands Yearbook of International Law* déc. 1988, vol. 19, p. 53-178 ; *Arbitration under International Investment Agreements : A Guide to the Key Issues*, sous la dir. de Katia YANACA-SMALL, 2^e éd., Oxford, New York : Oxford University Press, 19 juill. 2018, 960 p. ; Hadi CHAPARDAR, William X. WEI et Houssam CHAMSEDDINE, « Huawei in Canada : Doing Business in the Midst of Game of Thrones » *in* 2020, p. 129-163.

330. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, En principe cette clause est protectrice de l'investisseur. En effet, un bien susceptible d'être exproprié est vraisemblablement moins intéressant auprès de certains acheteurs, ce qui est susceptible d'affecter négativement sa valeur. Cependant, il n'est pas impossible que la valeur du bien exproprié ait évolué positivement entre le moment de la dépossession et celui de la sentence.

331. Partenariat régional économique global, signé le 15 nov. 2020.

159. Conclusion. L'existence même de différents principes de compensation écarte donc l'argument de la compensation comme conséquence de l'expropriation licite. Il est clair que la pratique étatique a souhaité faire de la compensation une condition de l'expropriation licite, notamment en la distinguant de la compensation intégrale due pour fait internationalement illicite.

Section 2 Une distinction en accord avec la théorie classique du dommage

§ 1. Le dommage : condition de violation de l'obligation internationale ?

160. Introduction. Renier la distinction entre expropriation licite et illicite au regard de la réparation revient à s'intéresser à la place du dommage dans le cadre de l'arbitrage d'investissement. En effet, dans le cadre de l'expropriation licite, le dommage dont l'investisseur a souffert est la privation de sa propriété tandis qu'il a souffert de la privation de sa propriété augmentée de la violation du traité dans le cadre de l'expropriation illicite. On imagine ainsi aisément, au regard de la pratique arbitrale, que l'investisseur victime d'une expropriation illicite l'a été dans des conditions qui lui ont porté préjudice, à l'image du déni de justice.³³² En ce sens, les partisans de la théorie selon laquelle la distinction sur le fondement de la licéité de l'expropriation ne devrait pas emporter de conséquences sur la réparation semblent renier la théorie classique du dommage, en particulier au regard de la distinction entre règles primaires et secondaires. (A.) Par ailleurs, un tel argument est contraire à la lettre des traités (B.) comme l'ont relevé les tribunaux arbitraux. (C.)

A. Une hypothèse en désaccord avec la distinction entre règle primaire et secondaire

161. Introduction. L'approche de la « compensation-conséquence » souffre cependant d'un défaut majeur : elle ne tient pas compte de la distinction, classique en droit

^{332.} V., par exemple, Arbitrage *ad hoc*, *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company c. Équateur*, sentence partielle, 30 mars 2010.

international, entre l'obligation primaire et secondaire.³³³ Les règles primaires sont celles qui définissent des obligations et leurs étendues. Les règles secondaires sont celles qui définissent le nouveau rapport juridique qui se crée dès lors qu'un État commet un acte internationalement illicite.³³⁴ La différence a notamment été exposée en ces termes par le rapporteur spécial :

« C'est une chose de définir une règle et le contenu de l'obligation qu'elle impose, et une autre de déterminer [...] quelle doit être la conséquence de la violation. Seul le second aspect de la question relève de la responsabilité proprement dite. »³³⁵

Ainsi, l'obligation secondaire est celle qui définit les conséquences de la violation de l'obligation primaire. Cette approche a notamment été résumée par Prosper Weil en ce que « le droit international contient des règles “primaires”, qui définissent les obligations des États, et des règles “secondaires”, qui définissent les relations juridiques nouvelles nées de la violation des règles “primaires.” »³³⁶

333. Sur la question, v. Günther HANDL, « Liability as an Obligation Established by a Primary Rule of International Law : Some Basic Reflections on the International Law Commission's Work », *Netherlands Yearbook of International Law* déc. 1985, vol. 16, p. 49 ; Harry GOULD, « Categorical Obligation in International Law », *International Theory* 2011, vol. 3, n° 2, p. 254-285 ; David CLINTON, « Tocqueville on Democracy, Obligation, and the International System », *Review of International Studies* 1993, vol. 19, n° 3, p. 227-243 ; Donald M. MCRAE, « Legal Obligations and International Organizations », *Canadian Yearbook of international Law/Annuaire canadien de droit international* 1974, vol. 11, p. 87-105 ; David CLINTON, « Tocqueville on Democracy, Obligation, and the International System », *Review of International Studies* 1993, vol. 19, n° 3, p. 227-243 ; Arnold J.P. TAMMES, « The Life of the International Obligation and of Its Subjects », *Netherlands International Law Review* 1984, vol. 31, n° 1, p. 1-30 ; J. Shand WATSON, « State Consent and the Sources of International Obligation », *Proceedings of the American Society of International Law at its annual meeting* 1992, vol. 86, p. 108-113 ; Günther HANDL, « Liability as an Obligation Established by a Primary Rule of International Law : Some Basic Reflections on the International Law Commission's Work », *Netherlands Yearbook of International Law* déc. 1985, vol. 16, p. 49 ; Jean COMBACAU et Denis ALLAND, « “Primary” and “Secondary” Rules in the Law of State Responsibility Categorizing International Obligations » in *State Responsibility in International Law*, Taylor and Francis Inc., mars 2017, p. 67-96.

334. Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 56/83 du 12 déc. 2001, sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, n° A/RES/56/83.

335. Repris par David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19, Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigé : « [I]t is one thing to define a rule and the content of the obligation it imposes, and another to determine [...] what should be the consequence of the violation. Only the second aspect of the matter comes within the sphere of responsibility proper. »

336. Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité : cours général de droit international public » in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 237, La Haye : Brill Nijhoff, 1992, p. 11-370, p. 334 ; cité par Caroline BRETON, *Le Dommage dans l'Arbitrage d'Investissement*, sous la dir. de Jean-Marc THOUVENIN, thèse de doct., Paris 10, 5 déc. 2017, p. 292.

162. Le dommage : condition de violation ? On le sait, la Commission du droit international a refusé de faire de la survenance du dommage une condition d'engagement de la responsabilité internationale d'un État.³³⁷ Comme le rappelle Caroline Breton dans sa thèse sur la place du dommage dans l'arbitrage d'investissement, il n'est pas exclu que la survenance d'un dommage soit un des déterminants de la violation de la règle primaire.³³⁸ Il n'est pas ici question de faire de la survenance du dommage une condition de l'engagement de la responsabilité – qui sous-entendrait ainsi qu'*a contrario*, la non-existence du dommage serait un obstacle à cet engagement – mais plutôt de reconnaître que le dommage puisse déterminer la violation de l'obligation primaire, notamment lorsque cette dernière entend prévenir la survenance dudit dommage.³³⁹ Il est alors nécessaire de s'intéresser à la pratique, notamment conventionnelle, en matière de droit international des investissements pour déterminer la place du dommage et de l'obligation primaire.

337. Sur l'ensemble, Pierre-Marie DUPUY, « La Responsabilité Dans le Système International » 1991 ; Pierre-Marie DUPUY, « Droit Des Traités, Codification et Responsabilité Internationale », *Annuaire Français de Droit International* 1997, vol. 43, n° 1, p. 7-30 ; Yuen-Li LIANG, « Contribution to the Codification by the International Law Commission of the Law of State Responsibility », *American Journal of International Law* avr. 1956, vol. 50, n° 2, p. 427-429 ; David KAYE, « International Law Commission : Draft Articles on State Responsibility », *International Legal Materials* mars 1998, vol. 37, n° 2, p. 440-467 ; Alain PELLET, « Remarques Sur Une Révolution Inachevée, le Projet d'articles de la Commission du droit international sur la Responsabilité des Etats », *Annuaire Français de Droit International* 1996, vol. 42, n° 1, p. 7-32 ; Alain PELLET, « The New Draft Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts : A Requiem for States' Crime ? », *Netherlands Yearbook of International Law* 2001, vol. 32, p. 55-79 ; André NOLLKAEMPER, « Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law », *International and Comparative Law Quarterly* 2003, vol. 52, n° 3, p. 615-640 ; Rosenstock ROBERT, « International Law at the Eve of the XXIst Century – Views from the International Law Commission » 1997 ; Antonio CASSESE, « Le Droit International a l'heure de Sa Codification - Etudes en l'honneur de Roberto Ago » 1987 ; James CRAWFORD, Pierre BODEAU et Jacqueline PEEL, « La seconde lecture du Projet d'articles sur la Responsabilité des États et de la Commission du Droit International », *Revue GÉNÉRALES de Droit International Public* 2000, vol. 104, p. 931 ; Arangio-Ruiz GAETANO, « Third Report on the Responsibility of States », *ILC Yearbook* 1992, vol. II, p. 32-33 ; Pour une vision très critique, v. *International Crimes of States : A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, sous la dir. de Joseph H.H. WEILER, Antonio CASSESE et Marina SPINEDI, Florence : Institut Universitaire Européen, 1989, 368 p.

338. Caroline BRETON, *Le Dommage dans l'Arbitrage d'Investissement*, sous la dir. de Jean-Marc THOUVENIN, thèse de doct., Paris 10, 5 déc. 2017, p. 292.

339. Bernhard GRAEFRATH, « Responsibility and damages caused : relationship between responsibility and damages » in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 185, La Haye : Brill Nijhoff, 1984, p. 9-149, p. 34, qui rappelle notamment que : « Naturally, there are numerous rules where, as a premise for violation of an obligation, causing of material damage is expressly required. It is clear that in such cases a violation of an obligation can be in question only if material damage was caused, since only then does a violation of the obligation exist. »

163. En matière d'arbitrage d'investissement, faire de la survenance du dommage une obligation de la règle primaire a fait couler beaucoup d'encre.³⁴⁰ Une telle approche semblerait alors, à première vue tout du moins, limiter les possibilités de contestation de l'investisseur sur le fondement de l'expropriation illicite, celui-ci devant alors démontrer qu'il a subi un dommage.³⁴¹ Le tribunal constitué dans l'affaire *Telefónica* a ainsi consacré le principe selon lequel la survenance d'un dommage n'est pas, *per se* une condition à l'engagement de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, à moins que la règle primaire contenue dans le traité de protection implique une obligation de ne pas causer de dommage.³⁴²

164. La conclusion est claire dès lors, puisque les traités bilatéraux d'investissement ont précisément pour objet d'éviter que l'État d'accueil cause un dommage à l'investisseur au travers de l'obligation de compensation. Ainsi, l'obligation primaire contient nécessairement une obligation de ne pas occasionner de dommage, ce qui fait de la survenance du dommage une condition d'engagement de la responsabilité de l'État. En ce sens, l'État qui ne compense pas l'expropriation qu'il occasionne à l'investisseur viole la règle primaire, ce qui contredit la thèse selon laquelle la compensation n'est que la conséquence de l'expropriation licite.³⁴³ Comme le rappelle Caroline Breton, la protection des investisseurs trouve son origine dans la pratique coutumière de protection

340. V. not., Jean COMBACAU et Denis ALLAND, « "Primary" and "Secondary" Rules in the Law of State Responsibility Categorizing International Obligations », *Netherlands Yearbook of International Law* 1985, vol. 16, p. 81-109.

341. Un argument de ce type a notamment été évoqué par l'Argentine dans l'affaire *Telefónica*, argumentant que le tribunal était incompétent sur le fondement de l'absence d'un dommage subi par l'investisseur. Le tribunal rejette l'argument en ces termes : « A basic issue in the present litigation is whether Argentina has committed an internationally wrongful act, that is whether it has breached the international obligations contained in the BIT by conduct attributable to it. As held by the I.L.C. these two conditions are sufficient to establish such a wrongful act giving rise to international responsibility. Having caused a damage thereby is not an additional requirement, except if the content of the primary obligation breached has an object or implies an obligation not to cause damages, see *I.L.C., Draft Articles on State Responsibility cit., commentary to Art. 2, para. 9.* » CIRDI, *Telefónica S.A. c. Argentine*, décision sur la compétence, 25 mai 2006, n° ARB/03/20, § 115 ; V. pour une approche en les mêmes termes CIRDI, *Total S.A. c. Argentine*, décision sur la compétence, 25 août 2006, n° ARB/04/01, § 89.

342. Caroline BRETON, *Le Dommage dans l'Arbitrage d'Investissement*, sous la dir. de Jean-Marc THOUVENIN, thèse de doct., Paris 10, 5 déc. 2017.

343. V. sur ce point l'analyse faite par Roberto Ago qui rappelle que : « [l']essence même des obligations de l'État en matière de condition des étrangers veut [...] qu'il ne leur cause pas ou ne leur laisse pas subir indûment des dommages. Et il est évident que si l'obligation elle-même se définit ainsi, il ne saurait y avoir de violation de cette obligation là où, concrètement, le particulier étranger n'aurait subi aucun dommage. » Roberto AGO, « Rapport présenté par M. Roberto Ago, Président de la sous-commission sur la Responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international* 1963, n° A/CN.4/152, § 73.

des étrangers, ce qui conduit nécessairement à la poursuite du même objectif.³⁴⁴

165. La protection contre les dommages causés par l'État à l'investisseur est le cœur même du droit international des investissements. Une expropriation est, par définition, une mesure qui porte atteinte au patrimoine de l'investisseur et qui est donc susceptible de lui causer un dommage. Les traités bilatéraux d'investissement encadrent donc scrupuleusement cette pratique et imposent, entre autres, l'obligation (primaire, donc) pour l'État de réparer le dommage qu'il cause. En ce sens, on ne peut imaginer une expropriation qui n'occasionne aucun dommage. Cela ne veut pas pour autant dire que toute expropriation est, par définition, illicite. Cela veut dire, en revanche, qu'une expropriation non-indemnisée est une violation de l'obligation primaire qui est faite à l'État de ne pas exproprier l'investisseur sauf à respecter les conditions notées dans le traité. La non-compensation entraîne, dès lors, le caractère illicite de l'expropriation. Cette violation de l'obligation primaire entraîne par ailleurs une obligation secondaire, qu'il ne faut pas confondre avec la compensation prévue par les traités en cas d'expropriation licite. Cette obligation secondaire est la conséquence même de l'expropriation illicite. En définitive, l'obligation primaire semble davantage être celle qui est faite à l'État de ne pas occasionner un dommage non-indemnisé plutôt que celle de ne pas occasionner un dommage.³⁴⁵ Une violation de celle-ci, par le refus de l'État d'indemniser, est alors un fait internationalement illicite susceptible d'engager sa responsabilité internationale.

166. Conclusion. Suivant ce raisonnement, il apparaît que le traité ou l'accord international qui pose une obligation de compensation dans le cadre d'une expropriation énonce une *obligation primaire* de ne pas occasionner un dommage à l'investisseur. Cette obligation primaire crée, dès lors qu'elle est violée, une *obligation secondaire*. En ce sens, confondre la compensation, prévue par le traité pour qu'une expropriation soit qualifiée de licite, de la réparation, qui devient donc une obligation internationale secondaire, paraît absurde. De même, cette distinction apparente fait de la non-compensation un des caractères de l'expropriation illicite, ce qui va à l'encontre de la thèse prônée par une partie de la doctrine considérant que la compensation est une conséquence de l'expropriation licite. À l'inverse, il semble donc que la réparation soit une conséquence de l'expropriation illicite. Cette théorie fait alors émerger deux types de réparation :

- Tout d'abord, la compensation qui est due en vertu du traité. Il s'agit ici du respect de l'obligation primaire. Son non-respect entraîne, *de facto*, la violation de cette

344. Caroline BRETON, *Le Dommage dans l'Arbitrage d'Investissement*, sous la dir. de Jean-Marc THOUVENIN, thèse de doct., Paris 10, 5 déc. 2017, § 217.

345. *Ibid.*

obligation primaire.

- Ensuite, la réparation ordonnée par le tribunal arbitral, qui a pour but de réparer (ou d'indemniser) les conséquences du fait illicite. Il s'agit dès lors d'une obligation secondaire, distincte de l'obligation primaire.

167. On voit ainsi en quoi non seulement la non-compensation de l'expropriation semble entraîner son illicéité, mais également les raisons de l'existence de deux standards de compensation, l'un pour l'expropriation licite et l'autre pour l'expropriation illicite. C'est notamment l'approche qui a été prise par le tribunal irano-américain dans l'affaire *Amoco*, qui considère notamment que : « Les bases juridiques de la réparation des dommages causés par une expropriation illicite et du paiement d'une indemnité en cas d'expropriation licite sont totalement différentes et, logiquement, les méthodes pratiques à utiliser pour calculer le montant dû devraient également différer. »³⁴⁶ Puisque l'existence d'un standard différent ne saurait être considérée comme inutile dans la pratique internationale, l'absence de compensation entraîne l'illicéité de l'expropriation.

B. Une hypothèse en désaccord avec la lettre des traités

168. L'exemple des TBIs qui limitent la compétence des tribunaux arbitraux aux seules violations du traité. On note tout d'abord que la plupart des accords contenant des clauses relatives à la protection des investissements étrangers donnent mandat aux tribunaux arbitraux de déterminer les éventuelles violations des obligations substantielles prévues dans le traité et, le cas échéant, de déterminer le montant de la compensation nécessaire à la réparation de cette violation.³⁴⁷ Par exemple, le Traité sur la charte de l'énergie définit les différends étant susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage comme étant ceux qui « portent sur un manquement allégué à une obligation de la première partie contractante au titre de la partie III. »³⁴⁸

346. Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3, § 194. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The legal bases of reparation of the damage caused by a wrongful expropriation and payment of compensation in case of lawful expropriation are totally different and, logically, the practical methods to be used in order to derive the amount due should also differ. » cité par David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19 ; V. aussi Jean COMBACAU et Denis ALLAND, « “Primary” and “Secondary” Rules in the Law of State Responsibility Categorizing International Obligations », *Netherlands Yearbook of International Law* 1985, vol. 16, p. 81-109 ; Herbert Lionel Adolphus HART, *The Concept of Law*, Oxford : Clarendon Press, 2012, 380 p., p. 77.

347. David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19, p. 389.

348. Traité sur la Charte de l'Énergie, signé le 17 déc. 1994, à Lisbonne, 26 § 1.

169. Le modèle de TBI du Canada prévoit qu'« en vertu de la présente section, un investisseur d'une Partie peut déposer une plainte selon laquelle l'autre Partie *a violé une obligation* prévue à la section B (Protection des investissements). »³⁴⁹ C'est également le cas de l'ALÉNA qui limite la compétence des tribunaux arbitraux à l'établissement des violations de certaines dispositions du traité et à l'octroi de dommages-intérêts uniquement à ce titre :

« Un investisseur d'une Partie peut soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle une autre Partie a manqué à une obligation découlant

a) de la section A ou du paragraphe 1503 (2) (Entreprises d'État),

ou

b) de l'alinéa 1502(3)a) (Monopoles et entreprises d'État), lorsque le monopole a agi d'une manière qui contrevient aux obligations de la Partie aux termes de la section A, et que l'investisseur a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement. »

170. De la même manière, le traité applicable dans l'affaire *Goetz c. Burundi* stipule que le mandat d'un tribunal arbitral constitué en vertu du traité est limité aux « une allégation de violation de tout droit conféré ou établi par le présent traité en matière d'investissements. »³⁵⁰

171. Dès lors, puisque la plupart des traités bilatéraux d'investissement réduisent la compétence du tribunal aux éventuelles violations des obligations prévues par le traité, l'hypothèse selon laquelle une expropriation qui n'aurait pas fait l'objet d'une compensation est licite au regard du droit international semble contrariée. En effet, dans la situation dans laquelle l'on part du principe que la compensation est une conséquence de l'expropriation licite et que, en ce sens, le tribunal peut statuer sur le contentieux de la réparation sans avoir à déclarer l'expropriation illicite, l'investisseur ne pourrait

349. Modèle Canadien d'accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers 2021, art. 24 ; Pour une introduction sur la politique canadienne en matière d'investissement, notamment aux regards des récents événements de ces dix dernières années, voir Justin CARTER, « The Protracted Bargain : Negotiating the Canada-China Foreign Investment Promotion and Protection Agreement », *Canadian Yearbook of International Law* 2010, vol. 47, p. 197-260 ; Hadi CHAPARDAR, William X. WEI et Houssam CHAMSEDDINE, « Huawei in Canada : Doing Business in the Midst of Game of Thrones » *in* 2020, p. 129-163 ; Luke Eric PETERSON, « Canada Announces Conclusion of Investment Treaty with China, but There's an Asterisk », *Investment Arbitration Reporter, February* 2012, vol. 16, p. 2012.

350. Convention entre l'Union Économique Belgo-Luxembourgeoise et la République du Burundi concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signée le 13 avr. 1989, à Bruxelles, art. 8 § 1 c). Notre traduction. Le traité original est ainsi rédigé : « an allegation of a violation of any rights conferred or established under the present Treaty in connection with investments. »

tout simplement pas saisir le tribunal arbitral puisqu'il n'y aurait pas violation d'une obligation présente dans le traité. Dans cette hypothèse, le tribunal arbitral statuera sur la question au stade de l'étude de sa compétence juridictionnelle. C'est notamment ainsi que le tribunal arbitral dans l'affaire *Saipem* a considéré la question :

« En résumé, la tâche du Tribunal est de déterminer le sens et la portée des dispositions sur lesquelles Saipem se fonde pour affirmer sa compétence et d'évaluer si les faits allégués par Saipem relèvent de ces dispositions ou seraient susceptibles, s'ils étaient prouvés, de constituer des violations des obligations conventionnelles concernées. Dans l'accomplissement de cette tâche, le Tribunal appliquera une norme *prima facie*, tant pour déterminer le sens et la portée des dispositions pertinentes du TBI que pour évaluer si les faits allégués peuvent constituer des violations de ces dispositions. Ce faisant, le Tribunal évaluera si l'affaire de Saipem est raisonnablement défendable à première vue. Si le résultat est positif, la compétence sera établie, mais l'existence de violations restera à plaider sur le fond. » ³⁵¹

172. Partant, les tribunaux ne seraient pas compétents pour statuer sur le contentieux de la compensation dans le cadre d'une expropriation licite. Suivant ce raisonnement, l'expropriation non-indemnisée semble *a priori* illicite et non provisoirement licite, au même titre que celle qui manque d'une justification d'un intérêt général ou qui ne respecte pas les règles procédurales nationales. En ce sens, l'appréciation qui a été faite dans l'affaire *Goetz* ne semble pas respecter la lettre du traité qui fondait la compétence du tribunal puisque ce dernier a statué sur la licéité de l'expropriation en dépit de l'absence de compensation. Il se prononce par la suite sur la compensation due en vertu du traité quand bien même les arbitres se reconnaissent compétents alors que la demande est justement fondée sur l'absence de compensation de l'expropriation. Partant, puisque sa compétence est limitée aux violations du traité et que les arbitres se reconnaissent compétents pour statuer sur une expropriation non-compensée, le tribunal ne tire pas les

351. CIRDI, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, décision sur la juridiction et les mesures provisoires, 21 mars 2007, n° ARB/05/07, § 91. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « To summarize, the Tribunal's task is to determine the meaning and scope of the provisions upon which Saipem relies to assert jurisdiction and to assess whether the facts alleged by Saipem fall within those provisions or would be capable, if proven, of constituting breaches of the treaty obligations involved. In performing this task, the Tribunal will apply a *prima facie* standard, both to the determination of the meaning and scope of the relevant BIT provisions and to the assessment whether the facts alleged may constitute breaches of these provisions. In doing so, the Tribunal will assess whether Saipem's case is reasonably arguable on its face. If the result is affirmative, jurisdiction will be established, but the existence of breaches will remain to be litigated to the merits. »

conclusions de ses propres constatations en jugeant l'expropriation licite.³⁵²

173. L'exemple des TBIs qui ne limitent *pas* la compétence des tribunaux arbitraux aux seules violations du traité.³⁵³ Certains traités et accords contenant des dispositions en matière d'investissement contiennent des clauses que l'on pourrait qualifier de *plus larges* au regard de la compétence des tribunaux arbitraux constitués en vertu du traité. Notamment, certaines clauses concernent « tous les différends liés à l'investissement. » C'est le cas, par exemple, du traité signé entre l'Autriche et l'Iran qui considérait que :

« Si un différend survient entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante au sujet d'un investissement, la Partie contractante d'accueil et l'investisseur s'efforcent en priorité de régler le différend à l'amiable par la négociation et la consultation. »³⁵⁴

Cependant, et comme le note David Khachvani, la compétence du tribunal est strictement limitée à la question qui lui est posée.³⁵⁵ Or, l'auteur rappelle qu'un investisseur va, dans l'immense majorité des cas, demander au tribunal d'octroyer des dommages et intérêts sur le fondement d'une violation du traité, et non sur la simple évaluation de la compensation due en tant qu'obligation primaire.³⁵⁶ Ainsi, un tribunal qui ne trancherait *que* la question de la compensation sans déclarer la violation du traité est susceptible de statuer *ultra petita*.

352. CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, sentence, 10 fév. 1999, n° ARB/95/3, § 130 : « En l'espèce, la dernière condition mise par l'article 4 de la Convention à la licéité d'une "mesure ayant un effet similaire" à une mesure privative ou restrictive de propriété n'est pour le moment pas remplie, puisque aussi bien la révocation du certificat d'entreprise franche décidée le 29 mai 1995 n'était pas assortie de l'indemnité adéquate et effective à laquelle la licéité internationale de cette révocation était subordonnée. Le Tribunal ne considère toutefois pas que cette circonstance suffit à entacher d'illicéité internationale la mesure litigieuse. La Convention exige une indemnité adéquate et effective ; contrairement à ce que font certains droits nationaux en matière d'expropriation, elle n'exige pas une indemnisation préalable. »

353. Todd ALLEE et Clint PEINHARDT, « Contingent Credibility : The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment », *International Organization* juin 2011, vol. 65, n° 3, p. 401-432.

354. Accord pour la promotion et la protection des investissements entre la République d'Autriche et la République Islamique d'Iran, signé le 21 sept. 2001, à Téhéran, art. 11. Notre traduction. Le traité original est ainsi rédigé : « If any dispute arises between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party with respect to an investment, the host Contracting Party and the investor shall primarily endeavour to settle the dispute amicably through negotiation and consultation. »

355. David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19.

356. Cette tâche revient, le plus souvent, à des commissions d'évaluation. V. par exemple Tribunal irano-américain de réclamations, *Ina c. Iran*, sentence, 13 août 1985, n° 184-161-1, § 22.

174. Les investisseurs agissent majoritairement sur le fondement de la violation du traité. Il suffit, pour s'en convaincre, d'étudier la base de données d'affaires relatives au droit international des investissements maintenue à jour par la CNUCED. Comme le démontre le [tableau 2.1](#), les allégations de violation du traitement juste et équitable ou du standard minimum de protection des étrangers sont présentes dans 49 % des cas tandis que le [tableau 2.2](#) montre en quoi l'expropriation indirecte est la violation la plus reconnue par les tribunaux arbitraux.³⁵⁷ La base de données ne comprend pas de catégorie dans laquelle seraient présentes uniquement les demandes relatives au contentieux de la compensation (c'est-à-dire, une offre de compensation trop faible ou pas d'offre de compensation du tout, en l'absence de toute allégation de violation du traité). Ce cas de figure, peu probable, est dès lors absorbé par la première catégorie. On notera par ailleurs, comme le [tableau 2.3](#) le démontre, que 73 % des allégations de violation du traitement juste et équitable sont accompagnées d'une demande sur le fondement de l'expropriation indirecte. Par ailleurs, parmi les 525 cas dans lesquels les investisseurs invoquent une violation du TJE, les cas pour lesquels cette allégation est la seule sont au nombre de 18 (soit 3,42 % de cas de violation du TJE). Cela signifie que seul 1.70 % de l'échantillon total est susceptible de représenter des cas dans lesquels l'investisseur ne conteste *que* le montant de la compensation tout en reconnaissant la licéité de l'expropriation. Enfin, une analyse plus approfondie des cas contenus dans la base de données révèle que seuls 7 d'entre eux présentent comme seul point de conflits le montant (et non le principe, donc) de la compensation. On notera, enfin, que sur ces 7 cas, 3 ont été en faveur de l'État, 2 en faveur de l'investisseur et 2 ont été réglés à l'amiable.

357. Par ailleurs, il ressort de cette analyse que les tribunaux arbitraux ne font droit que dans 27 % des cas aux demandes fondées sur la violation du traitement juste et équitable. En excluant les cas dans lesquels le tribunal n'a pas statué, ce taux remonte à 35.37 %. Davantage d'études sont nécessaires pour déterminer si cela est dû, ou non, à des demandes des investisseurs largement fondées sur l'absence de compensation.

TABLE 2.1 – Distributions des cas par violations alléguées

	Nombre de cas	Proportion
Fair and equitable treatment & Minimum standard of treatment	525	0.49
Indirect expropriation	429	0.40
Full protection and security, or similar	260	0.25
Arbitrary, unreasonable and/or discriminatory measures	223	0.21
Umbrella clause	156	0.15
National treatment	140	0.13
Direct expropriation	124	0.12
Most-favoured nation treatment	111	0.10
Transfer of funds	36	0.03
Performance requirements	15	0.01
Customary rules of international law	11	0.01
Losses sustained due to insurrection, war, or similar events	3	0.00
Unclear	15	0.01
Other	60	0.06
Data not available	423	0.40

Source : [CNUDCI \(2021\)](#)

Nombre total de cas : 1 061.

TABLE 2.2 – Distributions des cas par violations retenues

	Nombre de cas	Proportion
Pending	334	0.31
Indirect expropriation	429	0.40
Settled or discontinued before decision on liability	218	0.21
Fair and equitable treatment & Minimum standard of treatment	142	0.13
All claims dismissed at the merits stage	142	0.13
Jurisdiction declined	121	0.11
Direct expropriation	42	0.04
Full protection and security, or similar	22	0.02
Arbitrary, unreasonable and/or discriminatory measures	32	0.03
Umbrella clause	19	0.02
National treatment	9	0.01
Transfer of funds	4	0.00
Performance requirements	4	0.00
Most-favoured nation treatment	3	0.00
Losses sustained due to insurrection, war, or similar events	2	0.00
Customary rules of international law	1	0.00
Unclear	0	0.00
Other	11	0.01
Data not available	24	0.02

Source : [CNUDCI \(2021\)](#)

Nombre total de cas : 1 061.

TABLE 2.3 – Distributions des cas par violations alléguées en plus d'une violation du traitement juste et équitable

	Nombre de cas	Proportion
Fair and equitable treatment & Minimum standard of treatment	525	1.00
Indirect expropriation	382	0.73
Full protection and security, or similar	249	0.47
Arbitrary, unreasonable and/or discriminatory measures	219	0.42
Umbrella clause	153	0.29
National treatment	136	0.26
Direct expropriation	84	0.16
Most-favoured nation treatment	106	0.20
Transfer of funds	34	0.06
Performance requirements	12	0.02
Customary rules of international law	10	0.02
Losses sustained due to insurrection, war, or similar events	1	0.00
Unclear	0	0.00
Other	57	0.11
Data not available	0	0.00

Source : [CNUDCI \(2021\)](#)
 Nombre total de cas : 525.

175. L'exception à la règle : le mandat spécial. Certaines affaires, et ce y compris devant un tribunal CIRDI, ont vu la question de l'évaluation de la compensation requis sous l'obligation primaire posée par le traité être le point central de la compétence du tribunal. Ainsi, dans l'affaire *Santa Elena c. Costa Rica*, la question de la licéité de l'expropriation était explicitement exclue de la compétence du tribunal. Le Tribunal rappelle en effet que :

« Dans son mémoire, le demandeur a fait valoir que l'objet central de l'arbitrage est de déterminer l'indemnisation due par le défendeur au demandeur pour l'expropriation de la propriété. » ³⁵⁸

C'est cette constatation, et uniquement celle-ci, qui permet au tribunal de statuer sur la compensation due en vertu de l'obligation primaire sans se pencher sur la violation de ladite obligation. Le tribunal continue ainsi :

« 68. Comme l'affirment les parties elles-mêmes, il incombe à l'État expropriant, tant en droit costaricien qu'en droit international, de verser une indemnité pour une expropriation même légale. [...] »

83. Le Tribunal étant d'avis que la prise de possession du bien a eu lieu le 5 mai 1978, c'est à cette date que le bien doit être évalué. Il n'existe aucune preuve que sa valeur à cette date ait été affectée par une quelconque croyance ou connaissance antérieure qu'il était sur le point d'être exproprié. Par conséquent, aux fins de l'attribution rétrospective d'une valeur au bien en 1978, le Tribunal n'a pas eu à tenir compte d'évaluations ultérieures, telles que l'évaluation de 1993 du gouvernement ou celles soumises par les parties dans le cadre de la présente procédure. » ³⁵⁹

Cette exception est, par nature, exceptionnelle en ce qu'elle résulte d'un accord préalable entre l'investisseur et l'État d'accueil de soumettre cette question, et que cette question,

358. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 17 fév. 2000, n° ARB/96/1, § 28. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « In its Memorial, Claimant submitted that the central purpose of the arbitration is to determine the compensation owed by Respondent to Claimant for the expropriation of the Property ».

359. *Ibid.*, §§ 68 et 83. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « 68. As the parties themselves submit, there rests upon the expropriating state a duty, in both Costa Rican and international law, to pay compensation in respect of even a lawful expropriation. [...] »

83. Since the Tribunal is of the view that the taking of the Property occurred on 5 May 1978, it is as of that date that the Property must be valued. There is no evidence that its value at that date was adversely affected by any prior belief or knowledge that it was about to be expropriated. Consequently, for the purpose of retrospectively attributing a value to the Property in 1978, the Tribunal has not had to consider later appraisals, such as the Government's 1993 Appraisal or those submitted by the parties in these proceedings. »

à l'arbitrage. Il est alors curieux, pour ne pas dire inquiétant, de voir une telle décision citée par les arbitres dans l'affaire *Tidewater*.³⁶⁰ En effet, les arbitres, pour justifier leur décision consistant à affirmer que la compensation n'était pas une condition de licéité de l'expropriation,³⁶¹ citent, dans un premier temps, les affaires du tribunal irano-américain exposées précédemment.³⁶² Par la suite, le tribunal se réfère à la sentence *Santa Elena* :³⁶³

« La pratique arbitrale plus récente en matière d'investissement soutient également la même approche. Dans l'affaire *Santa Elena*, le Tribunal a déterminé l'indemnité à la date de la prise de possession en partant du principe que l'expropriation était légale, même si aucune indemnité n'avait été versée pendant de nombreuses années. Dans l'affaire *Goetz c. Burundi*, le Tribunal a estimé que, toutes les autres conditions d'une expropriation légale étant remplies, l'absence de paiement d'une indemnité prompte et adéquate ne suffisait pas "à entacher cette mesure d'illégalité au regard du droit international." Dans l'affaire *Mondev c. États-Unis*, le Tribunal a considéré que, pour rendre l'expropriation licite au regard du traité (ALENA), il suffisait que "l'obligation d'indemniser doit être reconnue par l'État auteur de la prise au moment de celle-ci, ou bien il doit exister à ce moment-là une procédure que le demandeur peut effectivement et promptement invoquer afin d'obtenir une indemnisation." »³⁶⁴

360. CIRDI, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c. Venezuela*, sentence, 13 mars 2015, n° ARB/10/5.

361. Ou, plus exactement, que l'absence de compensation n'entraîne pas le caractère illicite de l'expropriation, ce qui, par ailleurs, aurait pour conséquence la création de deux régimes différents pour des conditions qui, dans la lettre des traités, se trouvent au même plan.

362. V. *supra* n° 166, p. 101 ; CIRDI, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c. Venezuela*, sentence, 13 mars 2015, n° ARB/10/5, § 134

363. CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica*, sentence, 17 fév. 2000, n° ARB/96/1.

364. CIRDI, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c. Venezuela*, sentence, 13 mars 2015, n° ARB/10/5, § 135. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « More recent investment arbitral practice also supports the same approach. In *Santa Elena*, the Tribunal determined compensation at the date of the taking on the basis that the expropriation was lawful, even though no compensation had been paid for many years. In *Goetz v Burundi*, the Tribunal held that, all other conditions for a lawful taking having been met, the failure to pay prompt and adequate compensation did not suffice 'to taint this measure as illegal under international law'. In *Mondev v USA*, the Tribunal considered that, in order to render the expropriation lawful under the treaty (NAFTA) all that was required was that "the obligation to compensate must be recognised by the taking State at the time of the taking, or a procedure must exist at that time which the claimant may effectively and promptly invoke in order to ensure compensation." »

176. En se référant uniquement à la conclusion du tribunal dans l'affaire *Santa Elena* le tribunal occulte dans sa totalité le raisonnement des arbitres dans cette affaire qui leur a, justement, permis d'arriver à cette conclusion tout en respectant la lettre du traité en prenant en compte l'accord des parties. Dans le cas d'espèce, un tel accord n'a jamais été exprimé et, en outre, le TBI applicable précise clairement que : « Les différends entre une Partie contractante et un ressortissant ou une société de l'autre Partie contractante concernant une obligation de la première en vertu du présent Accord en rapport avec un investissement du second seront, à la demande du ressortissant concerné, soumis au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements en vue de leur règlement par arbitrage. »³⁶⁵ Les situations étant dès lors drastiquement différentes, le recours à l'affaire *Santa Elena* ne permet pas de justifier la position du tribunal dans *Tidewater*. De même, le recours à l'arbitrage rendu dans l'affaire *Goetz c. Burundi* a déjà fait l'objet d'une critique exposée précédemment, en ce que les arbitres n'ont pas tiré les conclusions de leurs propres constatations au regard de la compétence du tribunal.³⁶⁶ Enfin, le tribunal cite l'affaire *Mondev c. USA*, dans laquelle l'ALÉNA était le traité applicable. Or, il a été précédemment démontré en quoi l'ALÉNA posait justement comme condition à la compétence du tribunal arbitral la violation d'une obligation primaire prévue par le traité.³⁶⁷ Ainsi, en se reconnaissant compétent tout en se prononçant sur le niveau de compensation dû en respect de l'obligation primaire, le tribunal n'a pas respecté les clauses du traité.

C. La pratique arbitrale

177. L'affaire Merrill. En dépit de sa large acceptation théorique, la distinction entre règle primaire et secondaire est assez peu utilisée (à bon escient tout du moins) dans la pratique arbitrale.³⁶⁸ L'affaire Merrill est l'une de celles-ci.³⁶⁹ Rendue dans le cadre de l'ALENA, la sentence édictée par le tribunal se penche dans un premier temps

365. Accord entre le gouvernement de La Barbade et le gouvernement de la République du Venezuela pour la promotion et la protection des investissements, signé le 15 juill. 1994, à Bridgetown, art. 8 § 1. Notre traduction. Le traité original est ainsi rédigé : « Disputes between one Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an obligation of the former under this Agreement in relation to an investment of the him shall, at the request of the national concerned, be submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes for settlement by arbitration. »

366. V. *supra* n° 171, p. 103.

367. V. *supra* n° 169, p. 102.

368. Caroline BRETON, *Le Dommage dans l'Arbitrage d'Investissement*, sous la dir. de Jean-Marc THOUVENIN, thèse de doct., Paris 10, 5 déc. 2017.

369. CIRDI, *Merrill & Ring Forestry LP c. Canada*, sentence, 31 mars 2010, n° UNCT/07/1.

sur les allégations de violation d'obligations primaires de la part de l'État formulées par l'investisseur. En se fondant sur les articles de la CDI, le Tribunal conclut à une violation de l'obligation primaire, entraînant alors nécessairement, toujours selon lui, l'engagement de sa responsabilité internationale et le versement de dommages-intérêts.³⁷⁰

178. L'exemple (à nouveau) de l'affaire Tidewater. Pour rappel, le tribunal constitué dans l'affaire Tidewater n'avait pas pour mission de statuer sur le montant de la compensation prévue par le traité mais bien de trancher la question de licéité de l'expropriation, octroyant dès lors une réparation pécuniaire en cas d'expropriation illicite.³⁷¹ Dès lors, la décision du tribunal d'ordonner la compensation de l'expropriation tout en considérant cette dernière comme licite ne semble pas faire sens. Soit le tribunal considère que l'expropriation est licite et, dans ce cas, il n'y a pas de violation du traité. Soit le tribunal considère qu'il y a violation du traité et ordonne ainsi la remise d'une compensation prévue par l'article 8 § 3. La décision des arbitres d'ordonner le paiement de la compensation comme obligation primaire en vertu du traité ne semble pas tenir sous cette analyse.³⁷²

179. L'affaire BP c. Libye.³⁷³ Dans cette affaire, le tribunal considère que l'expropriation de la concession pétrolière était illicite pour manque d'objectif d'intérêt général, en plus d'être discriminatoire. En revanche, les arbitres, dans ce qui pourrait s'apparenter à un *dicta*, concluent en indiquant que « le fait qu'aucune offre de compensation n'ait été faite indique que la prise est également confiscatoire. »³⁷⁴ Cette conclusion est intéressante à de nombreux égards, notamment dans sa considération de l'*offre*. Cette position rejoint quelque peu celle soutenue dans *Amoco*, dans laquelle le tribunal avait conclu que la possibilité pour l'investisseur d'obtenir compensation était suffisante pour exclure l'illicéité de celle-ci sur le simple fondement de l'absence de compensation.³⁷⁵

370. *Ibid.*, § 245.

371. Le traité applicable à l'espèce est en effet limpide sur le sujet puisqu'il stipule que « The arbitral award shall be limited to determining whether there is a breach by the Contracting Party concerned of its obligations under this Agreement, whether such breach of obligations has caused damages to the national concerned, and if such is the case, the amount of compensation. » Accord Entre Le Gouvernement De La Barbade Et Le Gouvernement De La République Du Venezuela Pour La Promotion Et La Protection Des Investissements Signé Le 15 juill. 1994, à Bridgetown, art. 8 § 3.

372. David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19.

373. Arbitrage *ad hoc*, *BP Exploration Company (Libye) c. Libye*, sentence, 10 août 1974.

374. *Ibid.*, § 111. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « the fact that no offer of compensation had been made indicated that the taking was also confiscatory. »

375. Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3, § 138 : « In practice the Special Commission instituted

180. Une approche validée par des tribunaux CIRDI. Dans l'affaire *LETCO*, il ressort de l'analyse du tribunal que la licéité de l'expropriation est sujette à la démonstration, par le gouvernement, du paiement d'une compensation. Le tribunal considère, cependant, qu'une *offre* de paiement puisse remplir cette condition.³⁷⁶ En l'occurrence, le tribunal conclut à l'illicéité de l'expropriation puisqu'aucune offre n'était présente.³⁷⁷

181. L'absence de compensation entraîne l'illicéité de l'expropriation. Bien entendu, les tribunaux statuant sur les demandes fondées sur les traités³⁷⁸ doivent adapter leurs conclusions au langage du traité. C'est ainsi que dans *ADC c. Hongrie*, le tribunal conclut à l'illicéité de l'expropriation pour manque, entre autres, de compensation. En ce sens, le tribunal « n'a pas ressenti le besoin de développer sa discussion ici. »³⁷⁹ En particulier, le TBI applicable à cette espèce est ainsi rédigé :

« Aucune des parties contractantes ne prendra de mesures privant, directement ou indirectement, les investisseurs de l'autre partie contractante de leurs investissements, à moins que les conditions suivantes ne soient respectées :

(c) les mesures sont accompagnées de dispositions prévoyant le versement d'une juste compensation. »³⁸⁰

negotiations with the companies party to the nullified contracts, in order to arrive at settlement agreements. Furthermore, in case of failure of the negotiations, the interested companies were entitled to have recourse to the procedures of settlement provided for on the contracts, usually by international arbitration. A number of settlement agreements were in fact executed and, in a few cases, arbitration procedures took place. In view of these facts, the Tribunal deems that the provisions of the Single Article Act for compensation were neither in violation of the Treaty [of Amity between Iran and the US] nor, indeed, in violation of rules of customary international law. » James CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2012, 803 p.

376. CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Libéria*, sentence, 21 juin 1983, n° ARB/83/2, § 366.

377. CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Libéria*, sentence, 21 juin 1983, n° ARB/83/2, § 367 ; V. aussi CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, sentence, 10 fév. 1999, n° ARB/95/3, § 130 : « [t]reaty require[d] an adequate and effective indemnity ; unlike certain domestic rights as regards expropriation, it does not require prior compensation ».

378. Et non pas sur les contrats, comme ce fut le cas pour les affaires citées précédemment.

379. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 444. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « felt no need to expand its discussion here. »

380. Accord entre la République de Chypre et la République populaire Hongroise sur l'encouragement et la protection mutuels des investissements, signé le 24 mai 1989, à Budapest, art. 4. Notre traduction. Le traité original est ainsi rédigé : « Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments unless the following conditions are complied with :

(c) the measures are accompanied by provision for the payment of just compensation. »

182. S'il est vrai que l'ensemble des conditions de licéité présentes dans le traité n'étaient, en l'espèce, pas remplies, il convient toutefois de noter que le TBI impose uniquement à l'expropriation d'être accompagnée de *mesures pour le paiement d'une compensation juste* et non du paiement *per se* de la compensation.³⁸¹ Au regard du langage du traité, il est alors concevable qu'une simple offre de compensation suffisamment caractérisée soit suffisante pour remplir cette condition. Le fait que le tribunal n'a pas jugé intéressant de poursuivre sa discussion sur la question est compréhensible, mais regrettable.³⁸² Cependant, et en dépit de l'apparente flexibilité du traité, le tribunal considère que cette condition, au même titre que les autres présentes dans le traité, n'est pas remplie. Il conclut alors à l'illicéité de la mesure.

183. Conclusion. Avec moins de 2 % des cas de l'échantillon susceptibles de contenir *uniquement* une contestation sur le montant de la compensation due en vertu de l'obligation primaire du traité, il semble que l'hypothèse formulée plus haut³⁸³ soit ainsi validée. Le tribunal arbitral qui se prononcerait uniquement sur le montant de la compensation due pour expropriation licite statue vraisemblablement *ultra petita*, ce qui contredit bien entendu la théorie selon laquelle l'expropriation qui ne manque que d'une compensation puisse être licite. Les exceptions existantes le sont dans des cas bien précis, à savoir au travers d'un accord préalable entre les parties. En ce sens, le raisonnement qui consiste à dire que l'absence de compensation ne rend pas une expropriation illicite parce que le tribunal est chargé de déterminer le montant de l'indemnisation semble assez peu soutenable dans la perspective du contentieux de l'investissement. Cette justification passe sous silence le fait que le mandat des tribunaux chargés de l'application des traités d'investissement n'est pas de quantifier le montant de l'indemnisation due en vertu du traité en tant qu'obligation principale, mais plutôt de juger de la légalité de l'expropriation et d'accorder des dommages-intérêts si celle-ci est illégale. Par conséquent, lorsqu'ils rendent une sentence, les tribunaux internationaux doivent considérer l'absence ou le retard de l'indemnisation, ou l'absence de l'offre correspondante, comme un manquement au critère de légalité de l'expropriation et accorder des dommages et intérêts pour cet acte illégal. Il découle également de tout ce qui précède que lorsqu'un tribunal d'investissement est saisi d'une demande visant à déterminer s'il y a eu violation d'un traité, il doit tenir compte du temps consacré à la procédure internationale pour juger de la promptitude de l'indemnisation. Il en est ainsi parce que l'initiation d'un arbitrage international par

381. *Ibid.*, art. 4.

382. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 444.

383. V. *supra* n° 173, p. 105.

le demandeur ne dispense pas l'État défendeur de son obligation première de fournir une indemnisation prompte et adéquate. Cela dit, il est certainement judicieux qu'une expropriation simplement dépourvue d'indemnisation et une dépossession sans utilité publique diffèrent en gravité. Toutefois, cela ne rend pas la première licite. Cela suggère simplement que les conséquences attachées aux différents types d'expropriations illicites doivent être différentes et c'est la raison d'être de la [Partie II](#).

§ 2. La rencontre de la théorie du dommage et du Droit international des investissements

A. La prise en compte de l'intention de l'État

184. Considérer comme illicite une expropriation dont seule la compensation fait défaut pourrait sembler, au premier abord, excessif. Certains auteurs et praticiens ont ainsi pu argumenter qu'il était nécessaire d'établir une échelle de gravité à appliquer à la violation des traités bilatéraux d'investissement. (1.) En d'autres termes, une expropriation qui manque de justifications relatives à l'intérêt général ne serait pas sur le même plan que l'expropriation non compensée. Difficilement soutenable de prime abord en ce que le droit international admet difficilement la disculpation du fait illicite dès lors que celui-ci n'emporte que « peu » (*sic*) de conséquences. De la même manière, l'on pourrait s'interroger sur la bonne foi de l'État. (2.)

1. La gravité de la violation

185. Une partie de la doctrine conteste la théorie selon laquelle une expropriation qui manque *seulement* est à considérer comme illicite sur le fondement de la gravité de la violation. Ces auteurs distinguent donc, comme on l'a déjà évoqué, les expropriations non compensées des expropriations illicites. Suivant ce courant de pensée, les tribunaux se voient donc dans la position dans laquelle ils doivent ordonner le versement de la compensation due en vertu du traité à la date de l'expropriation.³⁸⁴ À l'inverse, pour toutes les autres violations du traité, les tribunaux ont la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts supérieurs, notamment pour prendre en compte les évolutions

384. Derek BOWETT, « State Contracts with Aliens : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach », *British Yearbook of International Law* 1^{er} jan. 1989, vol. 59, n° 1, p. 49-74, p. 61 ; Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p., p. 727.

dans la valeur de l'entreprise expropriée entre la date de l'expropriation et la date de la sentence.³⁸⁵ La distinction entraîne donc d'importantes conséquences sur le plan pratique.

186. D'autres auteurs et arbitres considèrent qu'une position plus nuancée est à privilégier. Selon eux, le désaccord sur le *montant* de la réparation n'entraîne pas l'illicéité de l'expropriation. Il n'en va, en revanche, pas de même pour le désaccord sur le *principe* de ladite réparation.³⁸⁶

187. James Crawford résume ainsi une autre approche : il y aurait deux types d'expropriations en droit international des investissements.³⁸⁷

1. Tout d'abord, les expropriations justifiées par des motifs d'intérêt général, y compris la défense nationale ou l'exercice des pouvoirs de police, seraient licites même en l'absence de compensation.
2. Toutes les expropriations ne remplissant pas les conditions de la catégorie précédente seraient *a priori* illicites, sauf en présence d'une compensation juste et effective comme prévue par la lettre du traité.

L'auteur nomme ainsi l'expropriation énoncée au point 2 illicite *sub modo*, c'est-à-dire sous réserve d'une condition (à savoir, la compensation). En ce sens, il semble nécessaire de distinguer les expropriations illicites selon la cause de l'illicéité. Les expropriations purement illicites sont celles pour lesquelles l'illicéité est avérée avant même de se pencher sur la question de la compensation. C'est notamment le cas des expropriations discriminatoires.³⁸⁸

188. Le compromis. L'étude doctrinale ne permet pas de résoudre la question de l'importance de la non-compensation dans l'illicéité. Un certain nombre d'auteurs considèrent que le refus par l'État de compenser est constitutif d'une violation d'une obli-

385. CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, sentence, 17 jan. 2007, n° ARB/02/8, §352.

386. Arbitrage *ad hoc*, *The American Independent Oil Company c. Koweït*, sentence, 24 mars 1982, § 115.

387. James CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2012, 803 p., pp. 624 et s.

388. V. not., Cour Suprême des États-Unis, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, Arrêt, 23 mars 1964, n° 376 U.S. 398 (1964), *International Law Reports* 1967, vol. 35, p. 1-50, sous la dir. de Cambridge University PRESS, qui explique que le test de discrimination à appliquer relève de l'appréciation de l'intention de l'État. V. aussi CIJ, *Anglo-iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, arrêt sur la compétence, 22 juill. 1952, Rec. 1952, p. 93. Crawford note bien d'autres facteurs susceptibles d'entraîner l'illicéité de l'expropriation, à l'image de l'ingérence avec les biens des organisations internationales ainsi que les expropriations contraires aux attentes légitimes des investisseurs, Wolfgang FRIEDMANN, « Some Impacts of Social Organization on International Law », *American Journal of International Law* 1956, vol. 50, n° 3, p. 475-513, p. 505.

gation tierce, qui s'applique à la fois à l'expropriation licite qu'illicite,³⁸⁹ quand d'autres considèrent que la compensation est une condition comme les autres.³⁹⁰ Une alternative semble toutefois pouvoir exister, si l'on considère, d'une part, que la compensation ne doit pas être inopérante dans le contrôle de licéité de l'expropriation, mais que, d'autre part, son absence ne saurait, à elle seule, entraîner *ipso facto* l'illicéité de l'acte.³⁹¹ La distinction devrait alors, selon Bowett qui semble être le premier à avoir évoqué cette idée, se fonder sur l'acceptation du principe de la compensation par l'État.³⁹² L'intention de l'État serait alors la clé à prendre en compte, ce qui rejoint finalement l'argument du contentieux de la compensation. Si l'investisseur saisit le tribunal en invoquant une compensation trop faible proposée par l'État, alors l'expropriation est susceptible d'être provisoirement licite afin de laisser l'opportunité au tribunal de statuer sur la question qui lui est soumise. À l'inverse, dans une affaire dans laquelle le tribunal est saisi d'une action en violation du traité pour *refus* de compensation, ce dernier pourrait statuer sur le caractère illicite de l'acte. On notera par ailleurs que Bowett a rapidement noté que le refus de compensation pouvait également être caractérisé par une offre déraisonnable, tel qu'il en est finalement l'usage également en matière contractuelle.³⁹³ Cette approche a également le mérite de fournir une solution au problème d'un tribunal statuant *ultra petita*. Dès lors que l'investisseur invoque l'absence de compensation, alors celle-ci ne peut être ordonnée sur le fondement de l'expropriation licite. En revanche, si l'investisseur ne conteste que le montant, le tribunal peut statuer sur le montant de la compensation due pour expropriation licite.

389. Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p., p. 63 ; Voir aussi Mohsen MOHEBI, *The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal*, The Hague : Brill Nijhoff, 1999, 417 p. ; Charles BROWER, « The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal. By Moshen Mohebi. The Hague, London, Boston : Kluwer Law International, 1999. Pp. xxviii, 411. », *American Journal of International Law* 2000, vol. 94, n° 4, p. 813-815 ; Muthucumaraswamy SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 3^e éd., Cambridge : Cambridge University Press, 2010, 524 p., p. 406.

390. Not. Charles BROWER et Jason BRUESCHKE, *The Iran-United States Claims Tribunal*, The Hague : Brill Nijhoff, 1998, 931 p., p. 499 ; V. aussi toutes les références citées *supra*.

391. Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p., p. 63.

392. Derek BOWETT, « State Contracts with Aliens : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach », *British Yearbook of International Law* 1^{er} jan. 1989, vol. 59, n° 1, p. 49-74, p. 69.

393. *Ibid.*, p. 69.

189. La question se pose cependant des modalités de ce compromis. Quid de la date ? Est-il nécessaire que l'offre soit effectuée de bonne foi ? Doit-elle être sérieuse ? Légitime ? Justifiée ? Avancée ou non ? ³⁹⁴

2. La bonne foi

190. La prise en compte de l'attitude de l'État pourrait en effet représenter la solution au problème. En dépit des difficultés manifestes de cette approche – discutées ci-après – force est de constater que les tribunaux arbitraux ne traitent pas de la même façon les affaires dans lesquelles l'État accepte le principe de la compensation et les autres. Dans le premier cas, le contentieux semble alors réellement porter sur le montant de l'indemnisation, ce que le tribunal doit pouvoir trancher sans systématiquement rendre l'expropriation illicite. C'est cette position qui est énoncée, notamment, par Bowett : ³⁹⁵

« Bien sûr, il peut y avoir un différend sur le caractère adéquat de l'indemnisation offerte. Mais le fait qu'un tribunal accorde une indemnisation supérieure à celle qu'un État était prêt à offrir ne rend pas, en soi, la nationalisation illicite. Il faudrait que l'offre de l'État soit si basse qu'elle équivaut à un rejet virtuel de l'obligation d'indemniser. » ³⁹⁶

Ainsi, aux yeux d'une partie de la littérature sur la question, la bonne foi de l'État expropriateur est à prendre en compte. ³⁹⁷ Une offre déraisonnable – ou l'absence d'offre – s'assimilant à un rejet du principe de l'obligation de compensation, elle entraîne l'engagement de la responsabilité de l'État et le caractère illicite de l'expropriation.

191. Une approche limitée en pratique. D'autres auteurs ont été amenés à soutenir cette analyse tout en soulignant les limitations. ³⁹⁸ En particulier, l'on pourrait

394. Sergey RIPINSKY et Kevin WILLIAMS, *Damages in International Investment Law*, London : British Institute of International et Comparative Law, 2008, 561 p., p. 68.

395. Derek BOWETT, « State Contracts with Aliens : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach », *British Yearbook of International Law* 1^{er} jan. 1989, vol. 59, n^o 1, p. 49-74.

396. *Ibid.*, pp. 69-70. Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigé : « Of course, there may well be a dispute over the adequacy of the compensation offered. But the fact that a tribunal awards compensation higher than a State was prepared to offer does not, per se, make the nationalization unlawful. The State's offer would have to be so low as to amount to a virtual rejection of the obligation to compensate. »

397. Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p., § 3.50 et s.

398. V. not. Sergey RIPINSKY et Kevin WILLIAMS, *Damages in International Investment Law*, London : British Institute of International et Comparative Law, 2008, 561 p.

aisément se demander si l'obligation de bonne foi implique qu'une offre de compensation ait été proposée ou alors simplement que celle-ci ne soit pas compensée dans son principe. Le principe même de la bonne foi implique une analyse subjective, et ce notamment en droit international,³⁹⁹ ce qui amène Ripinsky et Williams à considérer que tous les efforts de l'État pour mettre en place une compensation juste doivent être pris en compte. Ainsi, une offre raisonnable, ou la mise en place d'un mécanisme permettant d'y aboutir, permettrait d'établir la volonté de l'État de respecter son obligation internationale. À l'inverse, une acceptation vague et générale ne pourrait suffire à établir la bonne foi de l'État.⁴⁰⁰

192. La pratique arbitrale a évolué sur la question. Notamment, du refus de considérer l'offre de compensation comme étant suffisante,⁴⁰¹ on est passé à une position plus souple selon laquelle l'État peut satisfaire son obligation en proposant à l'investisseur un mode de compensation adéquat.⁴⁰²

193. En conclusion, la compensation (ou son absence) reste un paramètre déterminant qu'il est nécessaire de prendre en compte dans le cadre de l'établissement de la licéité de l'expropriation.⁴⁰³ Dans tous les cas, même si l'on pourrait éventuellement envisager qu'il faille moduler l'absolue condition que la compensation soit effectivement versée à la date de l'expropriation, la considérer simplement comme une conséquence ne fait plus de sens.

B. Les limites de cette analyse

194. Introduction. La position préalablement exposée n'est en revanche pas exempte de critiques. En particulier, il convient de s'intéresser aux limites théoriques qui s'imposent à une telle doctrine. (1.) Le cas de l'expropriation indirecte met également en exergue des difficultés pratiques. (2.)

399. Bernardo CREMADES, « Good Faith in International Arbitration », *American University International Law Review* 2012, vol. 27, n° 4, p. 761-788, pp. 779 et s.

400. Sergey RIPINSKY et Kevin WILLIAMS, *Damages in International Investment Law*, London : British Institute of International et Comparative Law, 2008, 561 p.

401. Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p., § 3.53.

402. Ian BROWNLIE, « Legal status of natural resources in international law (some aspects) » in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 162, La Haye : Brill Nijhoff, 1979, p. 245-318.

403. V., *a contrario* Audrey SHEPPARD, « The Distinction between Lawful and Unlawful Expropriation », *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty* 2006, vol. 169, p. 198.

1. Les limites théoriques

195. Si l'on ne peut que saluer l'effort qui est fait de distinguer au sein même de l'illicite lorsqu'il est question d'indemnisation, il semble pour autant que les raisons invoquées au support de cette doctrine soient peu convaincantes. Ainsi, il est plaisant de considérer que, dans le cadre d'une expropriation qui manque uniquement de compensation, le standard de l'*Usine de Chorzów* ne s'applique pas au profit du standard conventionnel.⁴⁰⁴

196. Cependant, et comme cela a été rappelé précédemment, la pratique conventionnelle place justement la compensation sur le même plan que les autres conditions de licéité. Toutes sont présentes dans les mêmes articles. Toutes sont portées au rang de conditions par les États lorsqu'ils signent les TBIs. Il est ainsi particulièrement étonnant de considérer qu'un même article, dans un même traité, puisse poser un régime juridique différent à deux alinéas pourtant rédigés en des termes similaires alors qu'aucune distinction entre eux n'est faite dans le traité. Si les arbitres doivent fonder leurs décisions sur la lettre des traités, ils devraient alors, en ce sens, considérer que le manque de compensation entraîne l'illicite de l'acte.⁴⁰⁵ Si la compensation ne peut simplement être exclue du débat de la licéité, certains auteurs considèrent les nuances à y apporter dans le cas d'actions de l'État en faveur de la compensation, sans arriver au versement en lui-même. C'est notamment la position du Juge Brower :

« Je dois exprimer des doutes quant à la question de savoir si, en vertu du droit international coutumier, le simple fait qu'un État n'ait pas, en fin de compte, effectivement indemnisé conformément à la norme de droit international énoncée dans le présent document rend nécessairement la prise sous-jacente ipso facto illicite. Si, par exemple, au moment de la prise, l'État expropriant fournit un moyen de déterminer l'indemnité qui, à première vue, semble calculée pour donner lieu à l'indemnité requise [...], il semblerait approprié de ne pas conclure que la prise elle-même était illégale, mais seulement que l'obligation indépendante d'indemniser n'a pas été satisfaite. »⁴⁰⁶

404. Jeswald W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, 2^e éd., Oxford International Law Library, Oxford, New York : Oxford University Press, 4 juin 2015, 528 p., p. 328 ; CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n^o ARB/03/16, § 481 ; Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n^o 310-56-3, § 192.

405. Avec une nuance, cependant, lorsque le traité ne requière qu'une offre.

406. Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigé : « I must express doubt as to whether, under customary international law, a State's mere failure, in the end, actually to have compensated in accordance with the international law standard set forth herein necessarily renders the underlying

Le principal problème de cette analyse étant, encore une fois, le double standard appliqué à la compensation.⁴⁰⁷ Les autres conditions ne bénéficient pas d'une demi-mesure. Lorsqu'il est question de savoir si l'État poursuit un objectif d'intérêt général, les arbitres ne considèrent pas les tentatives de l'État en ce sens comme probantes. Plutôt, si l'État ne démontre pas la poursuite dudit intérêt, la condition est considérée comme n'étant pas remplie. Il est ainsi curieux, et juridiquement bancal, de traiter la compensation comme une semi-condition. Il semblerait plus exact de s'en tenir à l'illicite ou non de l'acte de l'État, sans en étudier les conséquences au stade de la détermination. Les conséquences de l'acte dommageable, et son étendue, ne font pas partie de l'étude de la responsabilité en droit international.

197. Par ailleurs, comme expliqué plus haut, l'obligation de compensation du traité est une obligation *primaire* tandis que le standard de l'*Usine de Chorzów* est une obligation *secondaire*. Les deux standards ne s'appliquent pas aux mêmes situations ; l'argument qui consiste à dire que les dispositions du TBI surpassent le principe de l'*Usine de Chorzów* est donc inopérant. *Usine de Chorzów* ne s'applique pas dans le domaine dans lequel le TBI opère. Le TBI ne peut donc pas opérer comme *lex specialis* et faire obstacle à son application.

198. Par ailleurs, comme le note Khachvani, si les États avaient souhaité limiter la compensation en cas d'expropriation illicite à la compensation due pour expropriation licite, ils auraient pu clairement l'indiquer au sein des traités.⁴⁰⁸ Rien dans les articles statuant sur la licéité de l'expropriation ne permet de tirer une telle conclusion et de prémunir les États contre des demandes en indemnisation supérieures dès lors qu'ils ont violé leur obligation primaire.

199. Finalement, puisque le TBI ne fait pas de distinction entre les expropriations qui manquent uniquement de compensation et les expropriations illicites, le standard de l'*Usine de Chorzów* s'applique en principe à toutes les expropriations qui ne répondent

taking ipso facto wrongful. If, for example, contemporaneously with the taking the expropriating State provides a means for the determination of compensation which on its face appears calculated to result in the required compensation ... it would appear appropriate not to find that the taking itself was unlawful but rather only to conclude that the independent obligation to compensate has not been satisfied. »

407. August REINISCH, « Legality of Expropriations » in *Standards of Investment Protection*, sous la dir. de August REINISCH, Oxford University Press, 11 sept. 2008, p. 171-204, p. 199 ; Sergey RIPINSKY et Kevin WILLIAMS, *Damages in International Investment Law*, London : British Institute of International et Comparative Law, 2008, 561 p., pp. 68 et s. James CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2012, 803 p., p. 624.

408. David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19.

pas aux conditions posées dans les traités.

2. Le cas l'expropriation indirecte

200. La principale limitation de l'argument exposé précédemment opère lorsque les arbitres sont confrontés à une expropriation indirecte.⁴⁰⁹ Les exemples de ces dernières ne manquent pas, et une part importante de la recherche en droit international des investissements leur est consacrée.⁴¹⁰ Dans le cadre de ce mémoire, toutes les formes d'expropriation indirecte seront considérées.⁴¹¹ La définition de la CNUCED sera utilement rappelée :

« L'expropriation rampante peut être définie comme l'empiètement progressif sur un ou plusieurs des droits de propriété d'un investisseur étranger qui finit par détruire (ou presque) la valeur de son investissement ou par le priver du contrôle de celui-ci. Une série d'actes étatiques distincts, généralement pris dans un laps de temps limité, sont alors considérés comme des éléments constitutifs du traitement unifié de l'investisseur ou de l'investissement. »⁴¹²

409. Ce qui est, rappelons-le, la majorité des cas, tant au travers des violations alléguées que des violations retenues. V. [tableau 2.1](#) et [tableau 2.2](#).

410. V. not., George CHRISTIE, « What Constitutes a Taking of Property under International Law », *British Year Book of International Law* 1962, vol. 38, p. 310 ; Rosalyn HIGGINS, « The taking of property by the state : recent developments in international law » in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 176, La Haye : Brill Nijhoff, 1982, p. 259-392, p. 322 ; Rudolf DOLZER, « Indirect Expropriation of Alien Property », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1^{er} mars 1986, vol. 1, n^o 1, p. 41-65, p. 40 ; Matti PELLONPÄÄ et Malgosia FITZMAURICE, « Taking of Property in the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal », *Netherlands Yearbook of International Law* déc. 1988, vol. 19, p. 53-178 ; Allahyar MOURI, *The International Law of Expropriation As Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Norwell, MA : Kluwer Academic Publishers, 1994, 570 p. ; Maurizio BRUNETTI, « The Iran-United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect Expropriation », *Chicago Journal of International Law* 1^{er} avr. 2001, vol. 2, n^o 1 ; L. Yves FORTIER et Stephen L. DRYMER, « Indirect Expropriation in the Law of International Investment : I Know It When I See It, or Caveat Investor », *Asia Pacific Law Review* 1^{er} juin 2005, vol. 13, n^o 1, p. 79-110.

411. Burns H. WESTON, « "Constructive Takings" under International Law : a Modest Foray into the Problem of "Creeping Expropriation" », *Virginia Journal of International Law Virginia Journal of International Law* 1975, vol. 16, p. 103-175, p. 106 ; En particulier, les expropriations indirectes pour cause de jugement, de restriction à l'exportation ou tout autre acte de l'État sont considérées. CIRDI, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, sentence, 30 juin 2009, n^o ARB/05/07, § 204 ; Charles BROWER et Jason BRUESCHKE, *The Iran-United States Claims Tribunal*, The Hague : Brill Nijhoff, 1998, 931 p., p. 388.

412. *Expropriation*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/7, Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, 2012, p. 11. Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigé : « Creeping expropriation may be defined as the incremental encroachment on one or more of the ownership rights of a foreign investor that eventually destroys (or nearly destroys) the value of his or her investment or deprives him or her of control over the investment. A series of separate State acts, usually taken within a limited time

201. Par définition, les expropriations indirectes sont constituées d'un ensemble d'éléments. Ceux-ci, pris séparément, ne portent pas suffisamment atteinte à l'investissement pour constituer une expropriation. En revanche, pris dans leur ensemble, ils privent suffisamment l'investissement de sa valeur.⁴¹³

202. La plupart des TBI et autres accords protègent l'investisseur contre les expropriations indirectes, au même titre que contre les expropriations directes. Les traités désignent les expropriations indirectes comme des mesures ayant un effet équivalent à l'expropriation.⁴¹⁴ Puisque la protection contre les expropriations indirectes est la même que contre les expropriations directes, les conditions classiques de licéité s'appliquent. L'expropriation indirecte doit être justifiée par la poursuite d'un intérêt général, dans le respect des procédures applicables, non-discriminatoire et dûment compensée.⁴¹⁵

203. Le problème est alors évident : par nature, l'expropriation indirecte n'est pas une expropriation compensée, justement parce que l'État en conteste la nature.⁴¹⁶ En ce sens, il est à première vue difficile d'imaginer qu'une expropriation indirecte puisse être considérée comme licite. Il semble que, dès lors que l'expropriation indirecte est avérée, il n'y ait d'autre option que de la déclarer illicite.⁴¹⁷ Dans son opinion à propos de l'affaire *NIOC*, le juge Brower écrivait que :

« Il est difficile d'imaginer qu'une expropriation de facto ou "rampante" puisse être licite, car l'absence d'une intention déclarée d'exproprier implique presque certainement qu'aucune compensation n'a été versée. En effet, les recherches ne révèlent aucun précédent international concluant à la légalité d'une telle expropriation. »⁴¹⁸

span, are then regarded as constituent parts of the unified treatment of the investor or investment. »

413. Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford International Arbitration Series, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, 429 p.

414. Accord de Libre-Échange Nord Américain (ALENA), signé le 17 déc. 1992, à Washington, D.C., Ottawa et Mexico, art. 1110 § 8.

415. *Standards of Investment Protection*, sous la dir. de August REINISCH, Oxford : Oxford University Press, 11 sept. 2008, p. 152.

416. Sergey RIPINSKY et Kevin WILLIAMS, *Damages in International Investment Law*, London : British Institute of International et Comparative Law, 2008, 561 p., p. 69.

417. W. Michael REISMAN et Robert D. SLOANE, « Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation », *British Yearbook of International Law* 1^{er} jan. 2004, vol. 74, n° 1, p. 115-150, p. 137.

418. Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, Opinion de Charles N. Brower, 27 mars 1987, n° ITL 59-129-3, § 53. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « [I]t is difficult to envision a de facto or "creeping" expropriation ever being lawful, for the absence of a declared intention to expropriate almost certainly implies that no compensation has been made. Indeed, research reveals no international precedent finding such an expropriation to have

204. En définitive, puisque jamais compensée,⁴¹⁹ l'expropriation indirecte sera dans l'immense majorité des cas considérée comme illicite. Cependant, et comme le note Marboe, cette limitation est inhérente à toutes les conditions de l'expropriation et non seulement à la compensation.⁴²⁰ Puisque l'État réfute l'existence de l'expropriation, celle-ci ne saura respecter le critère de respect de la procédure, ou même de non-discrimination. Faire à juste titre de la compensation une condition de l'expropriation parce que c'est ainsi que les traités la considèrent n'a finalement que peu d'impact sur le caractère illicite de l'expropriation indirecte. En outre, même si cet aspect rendait *de facto* l'expropriation indirecte illicite, il semble que la volonté de protection de l'investissement présente au sein des traités puisse aisément le justifier. Un État qui exproprie indirectement un investisseur est potentiellement un État tenant de contourner la protection que le traité confère à l'investisseur. En ce sens, il n'est pas illogique au sens de la pratique conventionnelle que celui-ci soit sanctionné par la reconnaissance de l'illicéité de son acte.

Conclusion

205. En conclusion, il ressort d'une étude du droit international des investissements que celui-ci prévoit deux standards de réparation sur le fondement de la distinction entre l'obligation primaire et l'obligation secondaire. Il est fait à l'État d'accueil une obligation de ne pas exproprier l'investisseur étranger à moins de respecter certaines conditions. Il s'agit là bien entendu d'une obligation primaire, contenu dans le TBI. Cette obligation comprend, le plus souvent, le critère de la compensation adéquate et effective. Dès lors que l'État viole cette obligation primaire, il est confronté à une obligation secondaire en droit international. Cette obligation secondaire est, par définition, distincte de l'obligation primaire. Elle se cristallise notamment au travers du dictum de l'*Usine de Chorzów*. Ledit dictum est, comme il l'a été démontré, significativement distinct du standard de compensation prévu par le TBI. Ce n'est pas étonnant. Le TBI n'a pas vocation à réparer un acte international illicite, mais à s'assurer que l'État compense suffisamment l'investisseur. Dans ce cadre, les États signataires ont convenu d'un principe de réparation inférieur au principe coutumier. Il ressort clairement de cette analyse que l'expropriation

been lawful. »

419. Il est par ailleurs très peu probable qu'une expropriation indirecte satisfasse le critère de procédure inhérent à l'expropriation.

420. Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p.

illicite ne peut pas, en droit comme en logique, être réparée par l'application du standard conventionnel que l'État a justement violé.

206. Par ailleurs, cette conclusion est la seule qui s'impose puisque la conclusion inverse n'entre pas dans la juridiction des tribunaux arbitraux. En d'autres termes, et même si l'on admet, hypothétiquement, que la compensation du traité s'applique à la violation de celui-ci, les tribunaux n'auraient pas juridiction pour statuer ainsi. Dès lors que l'investisseur ne demande pas explicitement au tribunal arbitral de statuer sur le montant de la compensation à octroyer en vertu du traité, celui-ci ne peut se prononcer uniquement sur cet aspect. Dès lors que le tribunal est saisi pour une violation du TBI, comme prévu par ledit traité, sa juridiction est confinée à cet aspect. Le mandat des tribunaux chargés de l'application des traités d'investissement n'est pas de quantifier le montant de l'indemnisation due en vertu du traité en tant qu'obligation principale, mais plutôt de juger de la légalité de l'expropriation et d'accorder des dommages-intérêts si celle-ci est illicite.

207. Certains auteurs et tribunaux ont, nonobstant, tenté de prendre en compte divers éléments que l'on trouvera aisément dans l'analyse du dommage, notamment en matière contractuelle. Ainsi, l'intention de l'État ou sa bonne foi ont pu être invoquées par les tribunaux pour justifier le recours au standard conventionnel. Ces éléments ne sont pas convaincants. L'obligation de compensation du traité est une obligation primaire tandis que le standard de l'*Usine de Chorzów* est une obligation secondaire. Les deux standards ne s'appliquent pas aux mêmes situations ; l'argument qui consiste à dire que les dispositions du TBI surpassent le principe de l'*Usine de Chorzów* est donc inopérant. Le recours même au principe de l'*Usine de Chorzów* exclut le recours au principe du TBI en ce qu'ils n'opèrent dans les mêmes domaines. Enfin, il ne faudrait pas oublier que rien n'empêche les États le désirant d'inclure dans leurs TBIs des clauses limitant le recours au principe du droit international coutumier en cas de bonne foi ou autres critères. La plupart d'entre eux ne l'ont pas fait. Par ailleurs, les traités ayant déjà été signés peuvent faire l'objet d'une interprétation par les deux États signataires, si besoin par le biais d'un arbitrage interétatique. Il n'est pas du ressort, ni de la juridiction, des tribunaux saisis d'un contentieux entre un investisseur et un État d'interpréter ledit traité pour en faire ressortir des clauses qui n'y sont pas.⁴²¹

421. Anthea ROBERTS, « State-to-State Investment Treaty Arbitration : A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority », *Harvard International Law Journal* 2014, vol. 55, n° 1, p. 1-70.

Seconde partie

L'illicéité de l'expropriation et son effet sur la réparation

Chapitre 1

La compensation de l'expropriation licite et la réparation de l'expropriation illicite

« De nos jours, les gens connaissent le prix de tout, mais ils ne savent la valeur de rien. »

— Oscar Wilde, *Le Portrait de Dorian Gray*

208. Introduction. L'existence de deux principes différents, la réparation intégrale et la compensation adéquate, répond tout d'abord à une dualité de situations qu'il convient de distinguer au sens du droit international. Ainsi, alors que le standard conventionnel trouve à s'appliquer lorsque les conditions du traité sont satisfaites et que celui-ci est applicable, c'est-à-dire dans le cadre d'une expropriation licite, le principe général de réparation intégrale s'applique à tous les autres cas, c'est-à-dire en cas d'expropriation illicite. Cette distinction se trouve renforcée d'une part par les fonctions différentes exercées par la réparation de l'illicite et la compensation du licite et, d'autre part, par la caractérisation de principe et d'exception des deux standards. (Section 1) Cette distinction est en revanche critiquée. Ses détracteurs considèrent tout d'abord que la licéité ou non du fait dommageable ne devrait pas avoir d'effet sur le standard de compensation applicable. En outre, il a également été argumenté que les effets économiques des deux standards sont de toute façon équivalents. Tant au regard de la pratique arbitrale que doctrinale, cette remise en question n'est pas convaincante. (Section 2)

Section 1 Une dualité de principes pour une dualité de situations

209. Introduction. Ainsi, la distinction entre l'expropriation licite et illicite au regard des standards d'indemnisation s'explique par la différence qu'il est nécessaire de tracer entre la compensation, due par l'État dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives souveraines, et la réparation, qu'il doit à l'investisseur dès lors qu'il est auteur d'un fait illicite à son égard. (§ 1.) L'intérêt de distinguer entre l'expropriation licite et illicite sur la question de l'indemnisation semble également ressortir de la caractérisation du standard conventionnel comme *lex specialis*. (§ 2.)

§ 1. La fonction du dommage et de la compensation

210. Introduction. Comme l'a démontré la première partie de ce mémoire, les principes de réparation intégrale et adéquate coexistent en droit international des investissements.⁴²² Cependant, certains auteurs et arbitres se sont interrogés quant à la pertinence et au bien-fondé de cette distinction.⁴²³ En particulier, le débat est particulière-

422. Caroline BRETON, *Le Dommage dans l'Arbitrage d'Investissement*, sous la dir. de Jean-Marc THOUVENIN, thèse de doct., Paris 10, 5 déc. 2017; Lucas MONTEL, *La Réparation du Dommage en Arbitrage International (à partir de l'exemple de l'arbitrage d'investissement)*, thèse de doct., Université Paris 2 Panthéon Assas, 2014; Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » in *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281; Yann KERBRAT, « Interaction between the Forms of Reparation » in *The Law of International Responsibility*, sous la dir. de James CRAWFORD et al., Oxford University Press (OUP), 2010; Brigitte STERN, « The Obligation to Make Reparation » in *The Law of International Responsibility*, sous la dir. de James CRAWFORD et al., Oxford commentaries on international law, New York : Oxford University Press, 2010; David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19.

423. V. ainsi, Nicholas BIRCH, « Curing Uncompensated Expropriation under Chorzów » in *Revolution in the International Rule of Law : Essays in Honor of Don Wallace, Jr.* Manuel ABDALA et Pablo T. SPILLER, « Chorzów's Standard Rejuvenated - Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations » 2021, p. 13; Ronald E M GOODMAN et Yuri PARKHOMENKO, « Does the Chorzów Factory Standard Apply in Investment Arbitration? A Contextual Reappraisal », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2021, vol. 32, n° 2, p. 304-325; Florianne LAVAUD et Guilherme RECENE COSTA, « Valuation Date in Investment Arbitration : A Fundamental Examination of Chorzów's Principles », *Journal of Damages in International Arbitration*, vol. 3, n° 2; Timothy G. NELSON, « A Factory in Chorzów : The Silesian Dispute that Continues to Influence International Law and Expropriation Damages Almost a Century Later », *The Journal of Damages in International Arbitration* 2014, vol. 1, n° 1; Martin J VALASEK, « A "simple Scheme" : Exploring the Meaning of Chorzów Factory for the Valuation of

ment vigoureux quant à l'application du principe de réparation intégrale à l'expropriation qui ne manque que d'une compensation pour être qualifiée d'expropriation licite, que l'on pourrait qualifier d'expropriation légitime.⁴²⁴ Puisque l'expropriation illicite est une violation par l'État de ses obligations internationales,⁴²⁵ il semble à première vue nécessaire d'appliquer à celle-ci un standard différent qu'à l'expropriation licite, qui reste dans la sphère des prérogatives souveraines de l'État d'accueil.

211. L'expropriation illicite. Au sens du droit international des investissements, les expropriations qui manquent de justifications fondées sur l'intérêt général, sont discriminatoires ou non-compensées sont toutes considérées comme illicites.⁴²⁶ La principale

Opportunistic Expropriation in the BIT Generation », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6, p. 49 ; Dora ZIYAEVA, « Arbitral Tribunals Tend to Pay Lip Service to the Chorzów Factory Full Reparation Principle, Disregarding the Context and Full Implication of the Dictum », *The Journal of Damages in International Arbitration* 2015, vol. 2, n° 2, p. 121.

424. David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19.

425. Steven R. RATNER, « Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties : Beyond the Lawful/unlawful Distinction », *American Journal of International Law* jan. 2017, vol. 111, n° 1, p. 7-56 ; Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » in *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281 ; David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19 ; Rafael Cox ALOMAR, « Compensation in the Context of Unlawful Expropriations », *The Journal of Damages in International Investment Arbitration* 2016, vol. 3, n° 1 ; Ronald E M GOODMAN et Yuri PARKHOMENKO, « Does the Chorzów Factory Standard Apply in Investment Arbitration ? A Contextual Reappraisal », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2021, vol. 32, n° 2, p. 304-325 ; Christina L. BEHARRY, « Lawful Versus Unlawful Expropriation : Heads I Win, Tails You Lose », *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 9 ; Audrey SHEPPARD, « The Distinction between Lawful and Unlawful Expropriation », *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty* 2006, vol. 169.

426. V. not. Accord de coopération économique entre la Nouvelle Zélande et le Territoire douanier distinct de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu, signé le 10 juill. 2013, à Wellington ; Accord de libre-échange entre l'ASEAN, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, signé le 27 fév. 2009, à Cha-am ; Accord de libre-échange entre le gouvernement de l'Australie et le gouvernement de la République Populaire de Chine, signé le 17 juin 2015, à Canberra ; Accord de libre-échange entre l'Inde et Singapour, signé le 29 juin 2005, à New Delhi ; Accord de Libre-Échange Nord Américain (ALENA), signé le 17 déc. 1992, à Washington, D.C., Ottawa et Mexico ; Accord de promotion et de protection réciproque des investissements entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République argentine, signé le 3 juill. 1991, à Paris ; Accord de promotion et de protection réciproque des investissements entre le Royaume d'Espagne et la République Argentine, signé le 3 oct. 1991, à Buenos Aires ; Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union Européenne, signé le 30 oct. 2016, à Bruxelles ; Accord entre Israël et les Émirats arabes unis sur l'encouragement et la protection des investissements, signé le 20 oct. 2020, à Tel Aviv ; Accord entre la confédération Suisse et la République de l'Inde pour la promotion et la protection des investissements, signé le 4 avr. 1997, à New Delhi ; Accord entre la Confédération Suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la Promotion et la Protection Réciproques des Investissements, signé le 7 oct. 1988, à Berne ; Accord entre la Hongrie et le Kirghizistan

distinction entre les expropriations licites et illicites est le fait que les premières constituent un exercice licite et reconnu par un État de sa souveraineté tandis que la seconde est un acte internationalement illicite qui entraîne sa responsabilité.⁴²⁷ Partant, il semble à première vue que l'acte illicite d'un État doit être réparé de sorte que l'investisseur soit compensé pour sa perte, mais aussi de telle sorte à ce que l'État ne puisse tirer aucun bénéfice de son acte. On ne saurait en effet reconnaître un système dans lequel la violation du droit international est bénéfique à l'auteur du fait illicite. Le droit international ne reconnaît pas la sanction comme objectif primaire, mais la dissuasion du comportement illicite pousse à soutenir *a minima* qu'un acte purement illicite ne saurait se voir appliquer le même standard qu'un acte purement licite.⁴²⁸ En ce sens, l'État qui se rend coupable d'une expropriation illicite doit *réparation* à l'investisseur, tandis que l'État qui opère une dépossession licite lui doit uniquement *compensation*.

212. Une position soutenue par la CDI. La CDI a notamment souligné cette distinction dans sa discussion sur le montant de l'indemnisation pour les faits internatio-

sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, signé le 29 sept. 2020, à Budapest ; Accord entre la République de Chypre et la République populaire Hongroise sur l'encouragement et la protection mutuels des investissements, signé le 24 mai 1989, à Budapest ; Accord entre la République Populaire de Chine et la République Portugaise sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, signé le 9 déc. 2005, à Lisbonne ; Accord entre la République Tchèque et la République Démocratique Socialiste du Sri Lanka pour la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 28 mars 2011, à Prague ; Accord entre le gouvernement d'Australie et le gouvernement de la République d'Indonésie concernant la promotion et la protection des investissements, signé le 17 nov. 1992, à Jakarta ; Accord entre le gouvernement de La Barbade et le gouvernement de la République du Venezuela pour la promotion et la protection des investissements, signé le 15 juill. 1994, à Bridgetown ; Accord entre le gouvernement de la Confédération Suisse et le gouvernement de la République démocratique socialiste de Sri Lanka concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, signé le 23 sept. 1981, à Berne ; Accord entre le Gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire et le Gouvernement de la République Arabe Syrienne sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 14 sept. 1997, à Damas ; Accord entre le gouvernement de la République Arabe d'Égypte et le gouvernement de la République d'Italie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements signé le 2 mars 1989, au Caire ; Accord entre le gouvernement de la République Arabe d'Égypte et le gouvernement du Royaume du Danemark concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 24 juin 1999, au Caire ; Accord entre le gouvernement de la République de Colombie et le gouvernement de la République française sur la promotion et la protection réciproques des investissements, signé le 10 juill. 2014, à Bogotá.

427. Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p., p. 80.

428. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » *in 50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281.

nalement illicites.⁴²⁹ Fut notamment évoquée la question du calcul de l'indemnisation en cas d'expropriation au regard de l'article 44 du Projet,⁴³⁰ importante source de conflit entre pays développés et en développement. Le Rapport rappelle dans un premier temps que la notion d'indemnisation « prompte, adéquate et effective »⁴³¹ présupposait pour le montant d'être calculé au regard de la valeur au moment de la dépossession. Ce principe semble en apparence contradiction avec la résolution 1803 (XVII)⁴³² qui ne considère que le versement d'une indemnisation appropriée.⁴³³ Le Rapport et son Rapporteur spécial ont en revanche refusé de trancher ce débat, puisque l'article 44 dont il est question ne vise que les faits internationalement illicites. Dès lors, la Commission refuse de développer la distinction fondamentale entre expropriation licite et illicite et le contour d'une éventuelle obligation primaire qui en découlerait.⁴³⁴ Cependant, par son refus de statuer sur la question, le rapport et la Commission clarifient donc la position selon laquelle l'obligation de payer une compensation est une obligation primaire en droit international, qui doit être distinguée des obligations secondaires codifiées par le Projet de la CDI. La différence essentielle entre les expropriations licites et illicites est donc la différence entre une obligation primaire et une obligation secondaire en droit international.⁴³⁵

429. COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-deuxième session*, A/55/10, Organisation des Nations Unies, 2000.

430. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 44.

431. Green Haywood HACKWORTH, *Digest of International Law*, t. III, US Government Printing Office, 1942, p. 659.

432. Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 1803 (XVII) du 8 déc. 1962, Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, n° A/RES/1803(XVII).

433. Georges FISCHER, « La Souveraineté sur les Ressources Naturelles », *Annuaire Français de Droit International* 1962, vol. 8, n° 1, p. 516-528.

434. COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-deuxième session*, A/55/10, Organisation des Nations Unies, 2000, § 196.

435. Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p., § 3.103 ; V. aussi Caroline BRETON, *Le Dommage dans l'Arbitrage d'Investissement*, sous la dir. de Jean-Marc THOUVENIN, thèse de doct., Paris 10, 5 déc. 2017 ; Harry GOULD, « Categorical Obligation in International Law », *International Theory* 2011, vol. 3, n° 2, p. 254-285 ; David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19 ; Barnali CHOUDHURY, « Investor Obligations for Human Rights », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* avr. 2021, vol. 35, n° 1-2, p. 82-104 ; Günther HANDL, « Liability as an Obligation Established by a Primary Rule of International Law : Some Basic Reflections on the International Law Commission's Work », *Netherlands Yearbook of International Law* déc. 1985, vol. 16, p. 49 ; Jean COMBACAU et Denis ALLAND, « "Primary" and "Secondary" Rules in the Law of State Responsibility Categorizing International Obligations » in *State Responsibility in International Law*, Taylor and Francis Inc., mars 2017, p. 67-96 ; Jean COMBACAU et Denis ALLAND, « "Primary" and "Secondary" Rules in the Law of State Responsibility Categorizing International Obligations », *Netherlands Yearbook of International Law* 1985, vol. 16, p. 81-109 ; Barnali CHOUDHURY, « Recapturing Public Power : Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the

L'obligation primaire est le versement d'une compensation, l'obligation secondaire est la réparation intégrale du préjudice subi du fait d'un acte internationalement illicite. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de distinguer le terme de « réparation », relatif à l'expropriation illicite, de celui de « compensation » qui désigne la somme versée par l'État dans le cadre de l'expropriation licite.⁴³⁶ Cette distinction n'est cependant pas uniquement sémantique puisque les deux concepts répondent à des obligations et des standards différents. C'est la raison pour laquelle l'on ne saurait appliquer le standard conventionnel de versement d'une compensation, une obligation primaire, à la violation des obligations contenues dans le traité.

213. Une reconnaissance fluctuante. On le sait, la distinction entre l'expropriation licite et illicite n'est pas uniformément reconnue, et ce en dépit de la position pédagogique prise par le tribunal dans l'affaire *Amoco*.⁴³⁷ Le tribunal a en effet considéré que selon la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*,⁴³⁸ une obligation de réparation de tous les dommages subis par le propriétaire d'un bien exproprié découle d'une expropriation illicite. Les règles du droit international relatives à la responsabilité internationale des États s'appliquent dans un tel cas. Elles prévoient la *restitutio in integrum* : la restitution en nature ou, si impossible, son équivalent monétaire. Le cas échéant, « des dommages et intérêts pour les pertes subies qui ne seraient pas couvertes par la restitution ». En revanche, une expropriation licite doit donner lieu au paiement d'une juste indemnité ou du juste prix de ce qui a été exproprié. Une telle obligation est imposée par une règle spécifique du droit international de l'expropriation.⁴³⁹ Les considérations de la CPIJ, y compris les questions posées aux experts, ont donc été interprétées à juste titre de telle sorte que la valeur du bien exproprié au moment de l'expropriation doit être compensée en cas d'expropriations licites. En cas d'expropriation illicite, en revanche, la *restitutio in integrum* est naturellement le premier recours.⁴⁴⁰ Si la restitution n'est pas possible ou

Democratic Deficit », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2008, vol. 41, n° 3, p. 775-832.

436. August REINISCH et Ursula KRIEBAUM, « Property, Right to, International Protection » in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, sous la dir. de R. WOLFRUM, t. III, Oxford University Press (OUP), 2012, § 32.

437. Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3.

438. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17.

439. Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3, § 193.

440. Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3, Opinion du Juge Brower, § 18 ; *A contrario* Derek BOWETT, « State Contracts with Aliens : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach », *British Yearbook of International Law* 1^{er} jan. 1989, vol. 59, n° 1, p. 49-74, p. 61.

n'est pas demandée, l'État doit payer une somme d'argent qui place l'investisseur dans la même situation financière que la restitution physique.⁴⁴¹

214. L'affaire *Philips Petroleum*. Une telle reconnaissance a également été opérée dans *Philips Petroleum*⁴⁴² où le tribunal a considéré que la distinction entre l'expropriation illicite et licite dérive naturellement des principes de l'*Usine de Chorzów*. Le tribunal rappelle que la distinction est particulièrement importante dès lors que la restitution est possible ou que la valeur de l'investissement a augmenté depuis la date de la dépossession.⁴⁴³ L'une des différences les plus importantes entre les deux principes d'indemnisation est donc le fait qu'une augmentation de valeur entre la date de l'expropriation et la date du jugement ou de la sentence ne devrait pas profiter à l'État expropriant dans les cas d'expropriations illicites. Si la valeur de l'investissement augmente, il semblerait en effet illogique d'accorder à l'État violant le droit international le bénéfice de la différence de valeurs. Bien entendu, les conditions économiques peuvent changer dans l'intervalle et il peut être difficile de déterminer quelle est la valeur la plus élevée. C'était le cas dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, ce qui n'a pas été explicitement mentionné et qui est souvent négligé.⁴⁴⁴ En ce sens, il apparaît nécessaire de comparer les deux valeurs de la propriété expropriée pour déterminer laquelle est la plus importante. Dans le cas des expropriations licites, la valeur à la date de l'expropriation constitue la limite inférieure et supérieure du montant de l'indemnité. Elle ne peut être augmentée que par l'octroi d'intérêts afin de compenser le retard du paiement qui aurait dû être prompt. Ainsi, comme le note *Philips Petroleum*,⁴⁴⁵ *Usine de Chorzów* tend à conclure sur deux points. Tout d'abord, la restitution n'est possible que dans les cas d'expropriation illicites. Si l'expropriation est licite, seule la compensation financière prévue par le traité est envisageable et doit être payée par l'État. Ensuite, l'augmentation de la valeur entre la date de l'expropriation et celle de la sentence affecte l'expropriation illicite.

441. Il est courant de considérer que la réparation doit placer l'investisseur dans la situation dans laquelle il aurait vraisemblablement été en l'absence de l'expropriation illicite. V. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17.

442. Tribunal irano-américain de réclamations, *Philips Petroleum Company c. Iran*, sentence, 29 juin 1986, n° 425-39-2.

443. *Ibid.*, § 110.

444. Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p., § 3.107 ; CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17, p. 67.

445. Tribunal irano-américain de réclamations, *Philips Petroleum Company c. Iran*, sentence, 29 juin 1986, n° 425-39-2, § 110.

215. Une position soutenue par d'autres tribunaux. Ces considérations sont conformes à l'interprétation d'autres cours, notamment la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans *Papamichalopoulos*⁴⁴⁶ qui a considéré que l'illicéité d'une dépossession affecte inévitablement les critères à utiliser pour déterminer la réparation ou la compensation due par l'État.⁴⁴⁷ En effet, selon la Cour, les conséquences d'une expropriation licite ne peuvent être assimilées à celles d'une expropriation illicite. La Cour se réfère par ailleurs à la jurisprudence internationale, y compris aux tribunaux arbitraux, comme étant une source d'inspiration précieuse.⁴⁴⁸

216. Une position soutenue par le lien de causalité. En particulier, le devoir de réparation suppose la démonstration d'un lien de causalité entre le dommage et l'acte illicite.⁴⁴⁹ Le droit international reconnaît en effet le lien de causalité comme un élément nécessaire au devoir de réparation. Puisque la réparation pose un devoir pour l'État d'éliminer les conséquences de son acte illicite et de ré-établir la situation qui aurait existé en son absence,⁴⁵⁰ l'étude de l'étendue de l'acte illicite semble être un préalable nécessaire.⁴⁵¹ La réparation de l'illicite devrait, en toute logique, réparer uniquement les conséquences des actes illicites.⁴⁵² Les commentaires du Projet de la CDI sur la question rappellent en effet que :

« Il est clair que l'objet de la réparation est, globalement, le préjudice résultant du fait illicite et imputable à celui-ci, plutôt que toutes les conséquences

446. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, arrêt, 31 oct. 1995, n° 14556/89.

447. *Ibid.*, § 36.

448. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, arrêt, 31 oct. 1995, n° 14556/89, § 36 ; Cette position n'est pas isolée dans la jurisprudence de la CEDH. V. aussi Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Vasilescu c. Roumanie*, arrêt, 22 mai 1998, n° 27053/95, § 61 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Brumarescu c. Roumanie*, arrêt, 23 jan. 2001, n° 28342/95, § 19 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Iatridis c. Grèce*, arrêt, 19 oct. 2000, n° 31107/96, § 32 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Motais de Narbonne c. France*, arrêt, 27 mai 2003, n° 48161/99, § 18 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Kliafas c. Grèce*, arrêt, 8 juill. 2004, n° 66810/01, § 34 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italie*, arrêt, 30 oct. 2003, n° 31524/96, § 28 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Terazzi c. Italie*, arrêt, 26 oct. 2004, n° 27265/95, § 34 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Papastavrou et autres c. Grèce*, arrêt, 18 nov. 2004, n° 46372/99, § 9.

449. Caroline BRETON, *Le Dommage dans l'Arbitrage d'Investissement*, sous la dir. de Jean-Marc THOUVENIN, thèse de doct., Paris 10, 5 déc. 2017.

450. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 21 nov. 2000, n° ARB/97/3, § 8.27.

451. V. sur ce point [Chapitre 2, 185](#) où il sera argumenté qu'une identification plus précise du fait illicite et la restriction de l'étendue du principe de réparation intégrale à ce même fait illicite sont nécessaires.

452. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 31(2).

découlant d'un fait internationalement illicite. » ⁴⁵³

217. La distinction fondée sur l'illicite nécessite donc, par définition, de déterminer l'étendue de l'illicite. La CPJI l'avait, dès l'*Usine de Chorzów*, énoncé dès lors que la réparation est « contenu dans la notion particulière d'acte illicite. » ⁴⁵⁴ En toute hypothèse, le principe de réparation intégrale et celui de compensation adéquate ne sauraient être applicables aux mêmes situations. En effet, et ce par définition, la réparation intégrale ne peut s'appliquer qu'en cas de fait internationalement illicite alors que la compensation adéquate est une manifestation du licite en matière d'expropriation.

218. Conclusion. Dès lors que la distinction semble fondée, à tout le moins dans certaines situations, se pose la question des critères pertinents. En effet, alors que la première partie du présent mémoire s'est attaché à démontrer en quoi l'expropriation non-compensée est illicite, la doctrine et les tribunaux ne semblent pas s'entendre sur la question des conséquences de cette illicéité. ⁴⁵⁵ La délimitation fondée uniquement sur le caractère licite ou non de l'acte apparaît dès lors insuffisante et insatisfaisante. C'est la raison pour laquelle certains tribunaux ont ajouté d'autres critères qui leur paraissaient pertinents. Si, bien sûr, la méthode est critiquable en ce qu'elle demeure par nature imprévisible, l'absence de standard réellement applicable à toute situation ne laisse d'autre choix aux arbitres. Au surplus, une expropriation est constituée d'une multitude d'actes, de la dépossession en tant que telle à l'offre de compensation, en passant par la notification de ladite expropriation. Si le droit international tend à considérer l'ensemble de ces conduites comme un tout et les désigner comme « expropriation », l'étude de l'illicite fait rapidement apparaître la nécessité de les distinguer, tant certains peuvent être totalement licites alors que d'autres teintés d'illicite. ⁴⁵⁶ En outre, l'application de deux standards différents se trouve renforcée par la qualification d'exception du standard conventionnel, tandis que la réparation intégrale est un principe de droit international général. (§ 2.)

453. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Rapport de la C.D.I., 53e session, 23 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2001, Assemblée générale, documents officiels, 56e session, Supplément n°10 (A56/10), pp. 43-44, Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigé : « It is clear that the subject matter of reparation is, globally, the injury resulting from and ascribable to the wrongful act, rather than any and all consequences flowing from an internationally wrongful act. »

454. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17, p. 47.

455. Christina L. BEHARRY, « Lawful Versus Unlawful Expropriation : Heads I Win, Tails You Lose », *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 9.

456. Ce qui sera notamment étudié au [Chapitre 2, 185](#).

§ 2. Le caractère de principe et d'exception

219. Introduction. Si la différence concrète entre le principe de compensation et de réparation permet déjà de dessiner l'opportunité de la distinction fondée sur la licéité de l'expropriation, il en est de même pour la caractérisation de la réparation intégrale comme principe du droit international des investissements et du standard conventionnel comme exception. En effet, le principe de réparation intégrale est, au travers de son caractère coutumier, d'application large.⁴⁵⁷ En matière d'investissement, il est une référence quasi-systématique, que les tribunaux acceptent ou rejettent son application.⁴⁵⁸ Au surplus, il est un principe de droit international général, applicable à toute situation en cas de violation par l'État de ses obligations internationales,⁴⁵⁹ à l'exception des cas couverts par un standard différent, plus restrictif, contenu dans un traité applicable, opérant comme *lex specialis*.⁴⁶⁰

220. Le principe de réparation intégrale est un principe relevant du droit international général. Le droit international des investissements est soumis au droit international public.⁴⁶¹ C'est notamment le cas dès lors que se pose la question de l'interprétation du traité.⁴⁶² La ressource en la matière est naturellement la Convention

457. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » in *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281 ; David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19 ; Caroline BRETON, *Le Dommage dans l'Arbitrage d'Investissement*, sous la dir. de Jean-Marc THOUVENIN, thèse de doct., Paris 10, 5 déc. 2017.

458. Caroline BRETON, *Le Dommage dans l'Arbitrage d'Investissement*, sous la dir. de Jean-Marc THOUVENIN, thèse de doct., Paris 10, 5 déc. 2017.

459. James CRAWFORD, *Les Articles de la CDI sur la Responsabilité de l'État pour Fait Internationalement illicite : Introduction, Texte et Commentaires*, Paris : Pedone, 2003, 461 p. ; Alain PELLET, « Les Articles de la CDI sur la Responsabilité de L'État pour Fait Internationalement Illicite. Suite-et Fin ? », *Annuaire Français de Droit International* 2002, vol. 48, n° 1, p. 1-23.

460. Allahyar MOURI, *The International Law of Expropriation As Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Norwell, MA : Kluwer Academic Publishers, 1994, 570 p.

461. Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit International Public*, 15^e éd., Paris : Dalloz, 2020, 1100 p. ; Caroline BRETON, *Le Dommage dans l'Arbitrage d'Investissement*, sous la dir. de Jean-Marc THOUVENIN, thèse de doct., Paris 10, 5 déc. 2017 ; Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité : cours général de droit international public » in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 237, La Haye : Brill Nijhoff, 1992, p. 11-370 ; Rima Anis RAAD, *Les Mesures de Dépossession en Droit International Public : Étude de la Jurisprudence du Tribunal Irano-Américain de Réclamations*, thèse de doct., Paris 1, 2004.

462. Kenneth J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties : History, Policy, and Interpretation*, Oxford, New York : Oxford University Press, 22 avr. 2010, 574 p. ; Aikaterini FLOROU, *Contractual Renegotiations and International Investment Arbitration : A Relational Contract Theory Interpretation of*

de Vienne sur le Droit des Traités,⁴⁶³ une norme de droit international public. Par ailleurs, dès lors que l'État est accusé de n'avoir respecté ses obligations au sens du traité, il est accusé de la violation d'une obligation internationale et est, à ce titre, susceptible de voir sa responsabilité internationale engagée.⁴⁶⁴ Les obligations spécifiques de l'État prises dans le cadre des TBIs sont donc intégrées au droit international public.⁴⁶⁵ On note également que le droit international coutumier, comme le relève Kreindler, est très fréquemment mentionné dans les traités bilatéraux d'investissements et dans les conventions multilatérales.⁴⁶⁶ En particulier, l'article 26(6) du Traité sur la Charte de l'Énergie⁴⁶⁷ ou l'article 1131 de l'ALÉNA.⁴⁶⁸ Même la convention CIRDI mentionne le droit international public :

« Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière. »⁴⁶⁹

Il est donc indéniable qu'un tribunal arbitral, fût-il constitué sur le fondement d'un traité

Investment Treaties, The Hague : Brill Nijhoff, 2020, 250 p. ; Federico M. LAVOPA, Lucas E. BARREIROS et Victoria BRUNO, « How to Kill a BIT and Not Die Trying : Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties », *Journal of International Economic Law* déc. 2013, vol. 16, n° 4, p. 869-891 ; William W. BURKE-WHITE et Andreas VON STADEN, « Investment Protection in Extraordinary Times : The Interpretation and Application of Non-precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law* 2007, vol. 48, p. 307 ; Jan KLEINHEISTERKAMP, « Investment Treaty Law and the Fear for Sovereignty : Transnational Challenges and Solutions », *The Modern Law Review* 2015, vol. 78, n° 5, p. 793-825 ; Rudolf DOLZER et Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2^e éd., Oxford, New York : Oxford University Press, 15 nov. 2012, 456 p. ; Alan O. SYKES, « The Economic Structure of International Investment Agreements with Implications for Treaty Interpretation and Design », *American Journal of International Law* juill. 2019, vol. 113, n° 3, p. 482-534.

463. Convention de Vienne sur le droit des traités, signée le 23 mai 1969, à Vienne.

464. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

465. Peter TOMKA, « Are States liable for the conduct of their Instrumentalities ? Introductory Remarks in State Entities in International Arbitration », *IAI Series on International Arbitration* 2008, vol. 4.

466. Richard KREINDLER, « The law applicable to international investment disputes » in *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and substantive legal aspects*, Kluwer Law International, 2004, pp. 401-424.

467. Traité sur la Charte de l'Énergie, signé le 17 déc. 1994, à Lisbonne, art. 26(6) : « Un tribunal constitué selon les dispositions du paragraphe 4 statue sur les questions litigieuses conformément au présent traité et aux règles et principes applicables de droit international. »

468. Accord de Libre-Échange Nord Américain (ALÉNA), signé le 17 déc. 1992, à Washington, D.C., Ottawa et Mexico, art. 1131(1) : « Un Tribunal institué en vertu de la présente section tranchera les points en litige conformément au présent accord et aux règles applicables du droit international. »

469. Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, signée le 18 mars 1965, à Washington, D.C. art. 42(1).

bilatéral d'investissement, a la capacité de se référer au principe de réparation intégrale contenu dans le droit international public. À ce titre, le principe de réparation intégrale est applicable par défaut en droit international.

221. Un principe largement appliqué dans le cadre des traités multilatéraux. Il aurait en effet été difficilement justifiable de la part d'un tribunal arbitral de refuser l'application du principe, qui reflète le droit coutumier, sur le simple fondement qu'un traité a été conclu entre les parties. On a donc fréquemment vu le principe de réparation intégrale appliqué dans le cadre du Traité sur la Charte de l'Énergie.⁴⁷⁰ Des violations de l'ALÉNA ont également été sujettes à l'application du principe.⁴⁷¹

222. Un principe largement appliqué dans le cadre des traités multilatéraux. Il aurait en effet été difficilement justifiable de la part d'un tribunal arbitral de refuser l'application du principe, qui reflète le droit coutumier, sur le simple fondement qu'un traité a été conclu entre les parties. On a donc fréquemment vu le principe de réparation intégrale appliqué dans le cadre du Traité sur la Charte de l'Énergie.⁴⁷² Des violations de l'ALÉNA ont également été sujettes à l'application du principe.⁴⁷³

223. Un principe largement appliqué dans le cadre des TBI. Les tribunaux arbitraux sont coutumiers du principe de réparation intégrale, qu'il soit appliqué parce que l'État a violé la norme de traitement juste et équitable⁴⁷⁴ ou l'obligation de non-discrimination.⁴⁷⁵ Dans l'affaire *Amco*, le principe a été appliqué en réaction à la violation de la loi nationale par l'État d'accueil.⁴⁷⁶ Bien entendu, les arbitres ont également appliqué

470. Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Mohammad Ammar Al Balhoul c. Tadjikistan*, sentence, 8 juin 2010, n° 064/2008 ; Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Nykom Synergetics Technology Holding AB c. République de Lettonie*, sentence, 16 déc. 2003 ; Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Petrobart Limited c. République du Kirghizistan*, sentence, 29 mars 2005, n° 126/2003.

471. CIRDI, *Archer Daniels Midland Company and Tate et Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, sentence, 21 nov. 2007, n° ARB (AF)/04/5.

472. Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Mohammad Ammar Al Balhoul c. Tadjikistan*, sentence, 8 juin 2010, n° 064/2008 ; Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Nykom Synergetics Technology Holding AB c. République de Lettonie*, sentence, 16 déc. 2003 ; Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Petrobart Limited c. République du Kirghizistan*, sentence, 29 mars 2005, n° 126/2003.

473. CIRDI, *Archer Daniels Midland Company and Tate et Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, sentence, 21 nov. 2007, n° ARB (AF)/04/5.

474. Arbitrage *ad hoc*, *National Grid P.L.C. c. République Argentine*, sentence, 3 nov. 2006.

475. CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzanie*, sentence, 24 juill. 2008, n° ARB/05/22 ; Arbitrage *ad hoc*, *BG Group Plc. c. République d'Argentine*, sentence finale, 24 déc. 2007 ; CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. Chili*, sentence, 25 mai 2004, n° ARB/01/7.

476. CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie*, sentence, 20 nov. 1984, n° ARB/81/1.

le principe de réparation intégrale dès lors que l'expropriation en cause est illicite.⁴⁷⁷ Ce fut notamment le cas dans les affaires *ADC*,⁴⁷⁸ *Biwater*,⁴⁷⁹ *Waguih Elie Siag*⁴⁸⁰ et *Saipem*.⁴⁸¹ Quel que soit donc le type d'action engagée par l'investisseur, le principe de réparation intégrale est ainsi susceptible d'être appliqué, parfois sur le fondement des articles du Projet de la CDI.⁴⁸² On voit dès lors mal dans quelle situation le principe pourrait être reconnu incompatible, dès lors qu'il s'applique à toute violation de tout traité en matière d'investissement. Le principe de réparation intégrale est donc applicable à toute situation à une seule condition : que les conditions du traité soient violées, c'est-à-dire qu'un fait illicite international a eu lieu. En effet, dès lors que le traité est respecté, il n'y a pas lieu d'engager la responsabilité de l'État pour un fait illicite qu'il n'a pas commis et qui est couvert par une *lex specialis*. C'est ce qui distingue le principe de réparation intégrale de l'exception de réparation adéquate.

224. Le principe de réparation adéquate. Le principe de réparation adéquate est un principe issu des traités de protection des investissements.⁴⁸³ Il ne trouve, *a priori*,

477. Thomas W WÄLDE et Borzu SABAHI, « Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law », *Transnational Dispute Management* 10 fév. 2007, vol. 6, n° 4, p. 65.

478. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16.

479. CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzanie*, sentence, 24 juill. 2008, n° ARB/05/22.

480. CIRDI, *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte*, sentence, 1^{er} juin 2009, n° ARB/05/15.

481. CIRDI, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, sentence, 30 juin 2009, n° ARB/05/07.

482. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. République de l'Équateur*, décision sur le réexamen et la compensation, 7 fév. 2017, n° ARB/08/5, § 177 ; CIRDI, *Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, sentence, 21 juill. 2017, n° ARB/09/1, § 1089 ; CIRDI, *Caratube International Oil Company Llp c. Kazakhstan*, sentence, 5 juin 2012, n° ARB/08/12, § 1071.

483. Benjamin E. HERMALIN, « An Economic Analysis of Takings », *Journal of Law, Economics, & Organization* 1995, vol. 11, n° 1, p. 64-86 ; G. Matteo VACCARO-INCISA, « Arbitration Clauses Limited to Compensation Due to Expropriation : Relevant Case Law, Interpretive Trends, and the Case of China's Treaty Policy and Practice » in *Handbook of International Investment Law and Policy*, sous la dir. de Julien CHAISSE, Leïla CHOUKROUNE et Sufian JUSOH, Singapore : Springer Singapore, 2019, p. 1-38 ; *Arbitration under International Investment Agreements : A Guide to the Key Issues*, sous la dir. de Katia YANNACA-SMALL, 2^e éd., Oxford, New York : Oxford University Press, 19 juill. 2018, 960 p. ; Lauge N. Skovgaard POULSEN, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy : The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*, Cambridge : Cambridge University Press, 2015, p. 1-247, 247 p. ; Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p. ; Manuel ABDALA et Pablo T. SPILLER, « Chorzów's Standard Rejuvenated - Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations » 2021, p. 13 ; Burzu SABAHI, *Compensation and Restitution in Investor-state Arbitration : Principles and Practice*, International economic law series, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2011, 256 p. ; Oscar SCHACHTER, « Compensation for Expropriation », *American Journal of International Law* jan. 1984, vol. 78, n° 1, p. 121-130 ; Maurice H. MENDELSON, « Compensation for Expropriation : The Case Law », *American Journal of International Law* 1985, vol. 79, n° 2, p. 414-420 ; Steven R. RATNER, « Compensation for Expropriations in a World of Investment

qu'à s'appliquer dans le domaine du droit international des investissements et entre deux États qui en ont convenu ainsi, à la différence du principe de réparation intégrale.⁴⁸⁴ À ce titre, il est à caractériser comme *lex specialis*.⁴⁸⁵ Il est vrai que le droit international ne fait pas primer la norme conventionnelle sur la norme coutumière.⁴⁸⁶ En revanche, la *lex specialis* prime sur la norme d'application générale, et donc sur le droit coutumier.⁴⁸⁷ Puisque les traités prévoient des dispositions particulières relatives à la compensation, celles-ci doivent être appliquées par les tribunaux arbitraux. Seulement dans l'hypothèse dans laquelle de telles normes n'existent pas, ou qu'elles ne trouvent pas à s'appliquer, un tribunal pourra appliquer le principe coutumier de réparation.

Treaties : Beyond the Lawful/unlawful Distinction », *American Journal of International Law* jan. 2017, vol. 111, n° 1, p. 7-56 ; Emma AISBETT, Larry KARP et Carol MCAUSLAND, « Compensation for Indirect Expropriation in International Investment Agreements : Implications of National Treatment and Rights to Invest », *Journal of Globalization and Development* 27 déc. 2010, vol. 1, n° 2 ; Francesco FRANCONI, « Compensation for Nationalisation of Foreign Property : The Borderland between Law and Equity », *International & Comparative Law Quarterly* avr. 1975, vol. 24, n° 2, p. 255-283.

484. Pamela B. GANN, « Compensation Standard for Expropriation », *Columbia Journal of Transnational Law* 1984, vol. 23, p. 615 ; Shotaro HAMAMOTO, « Compensation Standards and Permanent Sovereignty over Natural Resources » in *Permanent Sovereignty Over Natural Resources*, Springer International Publishing, jan. 2015, p. 141-154 ; Christina L. BEHARRY et Elisa MÉNDEZ BRÄUTIGAM, « Damages and Valuation in International Investment Arbitration » in *Handbook of International Investment Law and Policy*, sous la dir. de Julien CHAISSE, Leïla CHOUKROUNE et Sufian JUSOH, Singapore : Springer Singapore, 2020, p. 1-32 ; Kaj HOBÉR, « Fair and Equitable Treatment - Determining Compensation », *Compensation and Damages in International Investment Arbitration, Transnational Dispute Management* 2007, vol. 4, n° 6 ; Thomas W. MERRILL, « Incomplete Compensation for Takings », *New York University Environmental Law Journal* 2002, vol. 11, p. 110 ; Andrea BJORKLUND, Ian A. LAIRD et Sergey RIPINSKY, *Investment Treaty Law : Current Issues III : Remedies in International Investment Law Emerging Jurisprudence of International Investment Law*, London : British Institute of International & Comparative Law, 2009, 333 p. ; *The Backlash against Investment Arbitration : Perceptions and Reality*, sous la dir. de Michael WAIBEL, Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2010, 614 p. ; Andrew Paul NEWCOMBE, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *SSRN Electronic Journal* juill. 2005 ; Bin CHENG, « The Rationale for Compensation for Expropriation », *Transactions of the Grotius Society* 1959, vol. 44, p. 267-310.

485. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 481 : « There is a general authority for the view that a BIT can be considered as a *lex specialis* whose provisions will prevail over rules of customary international law. »

486. Sherston BAKER, *Halleck's International Law*, Londres : Kegan Paul, Trench, Trübner et Co, 1908 ; John WESTLAKE, *International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 1910, 372 p. ; Charles HYDE, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2^e éd., Boston, MA : Little, Brown & Co, 1945, 810 p. ; Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, t. 1, Londres : Stevens et Sons Ltd, 1945, 645 p. ; Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Tribunals*, 3^e éd., t. 1, London : Stevens et Sons Ltd, 1957, 808 p. ; Rudolf DOLZER et Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2^e éd., Oxford, New York : Oxford University Press, 15 nov. 2012, 456 p.

487. Charles BROWER et Michael OTTOLENGHI, « Damages in Investor-state Arbitration », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6.

225. Un principe d'application spéciale ne trouvant à s'appliquer que dès lors que les conditions de licéité du traité sont réunies. La conclusion est d'apparence limpide : si la *lex specialis* peut s'appliquer, alors un tribunal doit écarter le principe coutumier. En revanche, dès lors que ladite *lex specialis* est sujette aux conditions exprimées dans le traité, celles-ci deviennent discriminatoires quant à l'application du droit coutumier. En d'autres termes, dès lors que l'État viole son obligation au regard du traité, le principe coutumier s'applique.⁴⁸⁸ Dans le cadre qui intéresse ce mémoire, l'expropriation est, nous l'avons rappelé, nécessairement non-discriminatoire, non-spoliatrice et justifiée par un but d'utilité publique pour être qualifiée de licite. Dans ce cas, l'État est redevable d'une compensation adéquate. *A contrario*, si l'État se rend coupable d'une expropriation illicite – ce qui inclut, donc, l'absence de compensation – le principe coutumier s'applique. Telle est, de prime abord, la distinction pratique entre les deux standards.

226. L'affaire ADC. C'est notamment à cette conclusion qu'aboutit le tribunal dans l'affaire *ADC c. Hongrie*.⁴⁸⁹ Le TBI applicable à l'espèce contient une clause des plus classiques au regard de l'expropriation :

« Aucune des parties contractantes ne prendra de mesures privant, directement ou indirectement, les investisseurs de l'autre partie contractante de leurs investissements, à moins que les conditions suivantes ne soient remplies :

- a) les mesures sont prises dans l'intérêt général et en vertu d'une procédure légale régulière ;
- b) les mesures ne sont pas discriminatoires ;
- c) les mesures sont accompagnées de dispositions prévoyant le versement d'une juste compensation. »⁴⁹⁰

Le Tribunal note alors que le TBI ne prévoit aucune règle au regard de la réparation

488. Kaj HOBÉR, « Fair and Equitable Treatment - Determining Compensation », *Compensation and Damages in International Investment Arbitration, Transnational Dispute Management* 2007, vol. 4, n° 6.

489. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16.

490. Accord entre la République de Chypre et la République populaire Hongroise sur l'encouragement et la protection mutuels des investissements, signé le 24 mai 1989, à Budapest, art. 4. Notre traduction. Le traité original est ainsi rédigé : « Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments unless the following conditions are complied with :

- a) The measures are taken in the public interest and under due process of law ;
- b) the measures are not discriminatory ;
- c) the measures are accompanied by provisions for the payment of just compensation. »

à accorder pour une expropriation illicite.⁴⁹¹ Puisque le standard énoncé par le traité ne peut s'appliquer dès lors que ses conditions d'application ne sont pas remplies,⁴⁹² le Tribunal applique les règles coutumières et le principe de réparation intégrale à l'expropriation illicite.⁴⁹³ Les arbitres justifient notamment cette position par le fait qu'une décision inverse aurait pour effet de limiter la réparation pour expropriation illicite à la compensation due pour expropriation licite.⁴⁹⁴ Une telle interprétation ne saurait s'appliquer dès lors qu'elle irait à l'encontre de l'effet utile d'interprétation des traités,⁴⁹⁵ puisqu'elle priverait d'effet la distinction entre expropriation licite et illicite.⁴⁹⁶

227. Le pouvoir d'appréciation des arbitres est limité. Ceux-ci devraient, en principe, restreindre l'application du standard de compensation adéquate aux cas qui

491. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 479.

492. *Ibid.*, § 479.

493. *Ibid.*, § 481.

494. *Ibid.*, § 480.

495. Convention de Vienne sur le droit des traités, signée le 23 mai 1969, à Vienne, art. 31.

496. Pour d'autres exemples, v. not. CIRDI, *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte*, sentence, 1^{er} juin 2009, n° ARB/05/15, §§ 539 et s. : « In any event, the Tribunal is satisfied that the compensation provisions within Article 5 of the BIT are not applicable for present purposes except as to the guidance it may provide on the appropriate interest rate. Reading Article 5 of the BIT as a whole, it is plain that subclause (iii) is concerned with lawful expropriation, which is to say expropriation permitted in terms of subclause (ii). Pursuant to Article 5(ii), investments may not be nationalised or expropriated except on the specific terms stated. Those terms include that the expropriation must be "... for a public purpose in the national interest of [the] State, for adequate and fair compensation ... and in accordance with due process of law." For the reasons given in paragraphs 427 to 443 above, the Tribunal is strongly of the view that the expropriation in this case did not satisfy those conditions, and that accordingly it was not a lawful expropriation to which Article 5 of the BIT applied.

The BIT mandates, through Article 5(iii), that compensation for a lawful expropriation is to be based on the actual market value applicable to the investment immediately at the time of expropriation, and further that interest shall be paid from the date of dispossession through until the date of payment. However, it does not purport to establish a *lex specialis* governing the standards of compensation for wrongful or unlawful expropriations. In adopting this analysis the Tribunal notes that it was also the approach followed by the ICSID tribunal in *Vivendi v Argentine Republic* » ; CIRDI, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, sentence, 30 juin 2009, n° ARB/05/07, § 201 : « Article 5(1)(3) of the BIT which describes the just compensation due in case of an expropriation refers to "the real market value of the investment [...] according to internationally acknowledged evaluation standards". This provision is not applicable to determine the amount of compensation in the present instance because it sets out the measure of compensation for lawful expropriation which this one is not. Hence, the Tribunal will resort to the relevant principles of customary international law and in particular to the principle set out by the Permanent Court of Justice in the *Chorzów Factory* case. »

sont *expressément* visés par le traité.⁴⁹⁷ Dans l'affaire *S.D. Myers*,⁴⁹⁸ les arbitres ont notamment considéré que le principe de réparation adéquate ne saurait s'appliquer dans le cadre de mesures discriminatoires à l'encontre d'investisseurs étrangers. Ainsi, les rédacteurs de l'ALÉNA ont laissé aux arbitres le loisir de se référer au droit international coutumier :

« En n'identifiant aucune méthodologie particulière pour l'évaluation de l'indemnisation dans les cas ne comportant pas d'expropriation, le Tribunal considère que les rédacteurs de l'ALÉNA ont voulu laisser aux tribunaux la possibilité de déterminer une mesure d'indemnisation appropriée aux circonstances particulières de l'affaire, en tenant compte des principes du droit international et des dispositions de l'ALENA. »⁴⁹⁹

228. La réparation adéquate restreinte à l'expropriation. Adoptant un raisonnement analogue à la sentence *S.D. Myers*, les arbitres dans l'affaire *AMT* se sont prononcés sur l'inadéquation d'un principe de réparation applicable à l'expropriation licite dans le cadre de la violation de la norme de sécurité pleine et entière.⁵⁰⁰ Dans un pragmatisme à toute épreuve, les arbitres raisonnent ainsi :

« Le cas d'espèce n'est clairement pas un cas d'expropriation. Mais peut-il être assimilé à une expropriation ? La réponse du Tribunal est négative. »⁵⁰¹

497. CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. Chili*, sentence, 25 mai 2004, n° ARB/01/7, § 238 : « The BIT provides for the standard of compensation applicable to expropriation, "prompt, adequate and effective" (Article 4c). It does not provide what this standard should be in the case of compensation for breaches of the BIT on other grounds ».

498. Arbitrage *ad hoc*, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, seconde sentence partielle sur les dommages, 13 nov. 2000.

499. Arbitrage *ad hoc*, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, seconde sentence partielle sur les dommages, 13 nov. 2000, § 309. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « By not identifying any particular methodology for the assessment of compensation in cases not involving expropriation, the Tribunal considers that the drafters of the NAFTA intended to leave it open to tribunals to determine a measure of compensation appropriate to the specific circumstances of the case, taking into account the principles of both international law and the provisions of the NAFTA » ; V. aussi CIRDI, *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte*, sentence, 1^{er} juin 2009, n° ARB/05/15 ; Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. République de Lettonie*, sentence, 16 déc. 2003.

500. CIRDI, *American Manufacturing and Trading, Inc. c. Zaïre*, sentence, 21 fév. 1997, n° ARB/93/1 ; On se référera aussi à CIRDI, *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte*, sentence, 1^{er} juin 2009, n° ARB/05/15 ; Arbitrage *ad hoc*, *National Grid P.L.C. c. République Argentine*, sentence, 3 nov. 2006.

501. CIRDI, *American Manufacturing and Trading, Inc. c. Zaïre*, sentence, 21 fév. 1997, n° ARB/93/1, § 7.03. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The case in hand is clearly not a case of expropriation. But can it be assimilated to expropriation ? The answer of the Tribunal is in the negative. »

229. Similairement, la violation du traitement juste et équitable fait obstacle, en l'absence de disposition spécifique du traité, à l'application du standard conventionnel.⁵⁰² C'est la raison pour laquelle cette question est fréquemment débattue devant les arbitres. Puisque les TBIs ne prévoient pas la réparation due pour expropriation illicite, les demandeurs requièrent le plus souvent l'application du standard coutumier dans le silence du traité, tandis que les États sont d'avis d'étendre le standard conventionnel.⁵⁰³

230. Conclusion. En raison de son caractère de *lex specialis* et ses conditions restrictives d'application, le principe de compensation adéquate se trouve significativement réduit, ce qui justifie son caractère d'exception. Ainsi, en principe, le principe de compensation adéquate ne s'applique que dans les situations dans lesquelles le standard coutumier ne trouve pas à s'appliquer, c'est-à-dire en cas d'expropriation licite. Pourtant, cette distinction d'apparente simplicité se trouve aujourd'hui critiquée, tant dans son principe que son opportunité. (Section 2)

Section 2 Un standard pour les gouverner tous ?

231. Introduction. L'existence du principe de réparation intégrale, applicable par défaut, et du standard conventionnel, applicable à titre d'exception, n'est pour autant pas unanimement admise.⁵⁰⁴ Si tous les auteurs et tribunaux s'accordent à accepter

502. CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. Chili*, décision sur l'annulation, 21 mars 2007, n° ARB/01/7, § 238 : « The BIT provides for the standard of compensation applicable to expropriation, “prompt, adequate and effective” (Article 4c). It does not provide what this standard should be in the case of compensation for breaches of the BIT on other grounds. » CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, sentence, 3 mars 2010, n° ARB/05/18, § 502 : « However, consistent with the Tribunal's findings in respect of liability, we are no longer in the realm of a lawful expropriation. »

503. V. à ce sujet les affaires précédemment citées.

504. Timothy G. NELSON, « A Factory in Chorzów : The Silesian Dispute that Continues to Influence International Law and Expropriation Damages Almost a Century Later », *The Journal of Damages in International Arbitration* 2014, vol. 1, n° 1 ; Martin J VALASEK, « A “simple Scheme” : Exploring the Meaning of Chorzów Factory for the Valuation of Opportunistic Expropriation in the BIT Generation », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6, p. 49 ; Dora ZIYAEVA, « Arbitral Tribunals Tend to Pay Lip Service to the Chorzów Factory Full Reparation Principle, Disregarding the Context and Full Implication of the Dictum », *The Journal of Damages in International Arbitration* 2015, vol. 2, n° 2, p. 121 ; Manuel ABDALA et Pablo T. SPILLER, « Chorzów's Standard Rejuvenated - Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations » 2021, p. 13 ; Ronald E M GOODMAN et Yuri PARKHOMENKO, « Does the Chorzów Factory Standard Apply in Investment Arbitration? A Contextual Reappraisal », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2021, vol. 32, n° 2, p. 304-325 ; Jeffrey COHEN, Edi GRGETA et

l'existence au sein du droit international de ceux-ci,⁵⁰⁵ il n'en est pas de même quant à leur application en droit international des investissements.⁵⁰⁶ Certains auteurs et arbitres se sont donc interrogés quant à la pertinence d'appliquer deux standards différents à ces deux types d'expropriations, autant parce que la licéité du fait dommageable n'emporterait pas de conséquence sur le standard à appliquer, et que, même si c'était le cas, la compensation adéquate et la réparation intégrale aboutiraient sensiblement aux mêmes résultats. (§ 1.) Cependant, ces critiques ne sont pas convaincantes. (§ 2.)

§ 1. La remise en question de la distinction entre réparation et compensation

232. Introduction. La pertinence de l'application de deux standards différents en fonction de la licéité de l'acte dommageable a été vivement contestée, tant par la doctrine que par des tribunaux arbitraux. En effet, pour ceux-ci, le caractère licite ou illicite de l'acte dommageable n'emporte aucune conséquence sur le standard à appliquer à son

Federico TEMERLIN, « In All Probability : An Economic Reading of Damages under Factory at Chorzów », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1^{er} oct. 2019, vol. 34, n° 3, p. 577-584 ; Nicholas BIRCH, « Curing Uncompensated Expropriation under Chorzów » in *Revolution in the International Rule of Law : Essays in Honor of Don Wallace, Jr.*

505. Muthucumaraswamy SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, 3^e éd., Cambridge : Cambridge University Press, 2010, 524 p. ; Clyde EAGLETON, *The Responsibility of States in International Law*, New York, NY : New York University Press, 1928 ; Charles HYDE, *The Responsibility of States in International Law*, t. 2, Boston, MA : Little, Brown & Co, 1928, 855 p. ; Max SØRENSEN, « International Responsibility » in *Manual of Public International Law*, Palgrave Macmillan UK, 1968, p. 531-603 ; Jean COMBACAU et Denis ALLAND, « “Primary” and “Secondary” Rules in the Law of State Responsibility Categorizing International Obligations » in *State Responsibility in International Law*, Taylor and Francis Inc., mars 2017, p. 67-96 ; Brigitte STERN, « The Obligation to Make Reparation » in *The Law of International Responsibility*, sous la dir. de James CRAWFORD et al., Oxford commentaries on international law, New York : Oxford University Press, 2010 ; Francisco V. GARCÍA-AMADOR, « Responsibility of the State for Injuries Caused in Its Territory to the Person or Property of Aliens » 1957, n° A/CN.4/106, p. 104-130 ; Gaetano ARANGIO-RUIZ, *Second Report on State Responsibility*, A/CN.4/425, p. 33-34 ; Caroline BRETON, *Le Dommage dans l'Arbitrage d'Investissement*, sous la dir. de Jean-Marc THOUVENIN, thèse de doct., Paris 10, 5 déc. 2017.

506. Martins PAPARINSKIS, « A Case against Crippling Compensation in International Law of State Responsibility », *The Modern Law Review* 2020, vol. 83, n° 6, p. 1246-1286 ; Dora ZIYAEVA, « Arbitral Tribunals Tend to Pay Lip Service to the Chorzów Factory Full Reparation Principle, Disregarding the Context and Full Implication of the Dictum », *The Journal of Damages in International Arbitration* 2015, vol. 2, n° 2, p. 121 ; David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19 ; Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » in *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281.

indemnisation. Pour d'autres, c'est le caractère de *lex specialis* du standard conventionnel qui est remis en question. (A.) Cet argument juridique est par ailleurs accompagné d'une tentative de pragmatisme économique de la part de certains juristes qui considèrent que l'application du principe de réparation intégrale ou adéquate revient sensiblement au même résultat. En revanche, la plupart de ces arguments ne sont pas justifiés ni en droit ni en fait. (B.)

A. L'argument juridique

233. Introduction. L'existence et la pertinence des deux principes ont, notamment, été remises en cause dès lors que certains tribunaux ont considéré que l'application du standard conventionnel, à savoir la juste valeur marchande, était indifférente au caractère licite ou illicite de l'expropriation. En d'autres termes, ces tribunaux ont considéré que la juste valeur marchande représente le standard applicable à la réparation due à l'investisseur, et que celui-ci est hermétique à l'illicite du fait dommageable.

234. De nombreuses sentences considèrent que le standard de la juste valeur marchande représente le standard coutumier. En ce sens, le standard conventionnel apparaîtrait comme le standard *universel* applicable en matière d'arbitrage d'investissement. L'argument ici exposé n'est pas celui qui consiste à dire que les deux standards aboutissent au même résultat,⁵⁰⁷ mais bien le fait que les tribunaux arbitraux semblent avoir fait émerger un standard universel applicable quelle que soit la situation.

235. L'application d'un standard à toutes les situations. Le tribunal constitué dans l'affaire *CME*, tant dans sa sentence partielle⁵⁰⁸ que finale,⁵⁰⁹ a ainsi appliqué la juste valeur marchande en vertu du standard conventionnel au motif qu'il s'agissait également de la mesure applicable au sens du droit international coutumier.⁵¹⁰ En particulier, dans la sentence partielle, le tribunal considère que la République tchèque, défenderesse, en conséquence de la violation du TBI applicable, est dans l'obligation de réparer intégralement le préjudice causé à l'investisseur.⁵¹¹ Les arbitres notent que cette

507. Ce qui sera développé ci-après, v. B., 155.

508. Arbitrage *ad hoc*, *CME République Tchèque c. République Tchèque*, sentence partielle, 13 sept. 2001, § 617.

509. Arbitrage *ad hoc*, *CME République Tchèque c. République Tchèque*, sentence, 14 mars 2003, §§ 490 et s.

510. Eric TEYNIER, « Indemnisation du préjudice né de l'atteinte à un investissement », *Chronique arbitrage*, *Gazette du Palais* nov. 2003, p. 3382.

511. Arbitrage *ad hoc*, *CME République Tchèque c. République Tchèque*, sentence partielle, 13 sept. 2001, § 615.

obligation est dérivée de l'article 5 du TBI applicable à l'espèce *et des règles du droit international*.⁵¹² Ainsi, et selon l'article 5 § c du Traité, toute mesure qui prive, directement ou indirectement, un investisseur de son investissement doit être accompagnée d'une disposition prévoyant le versement d'une juste indemnité.⁵¹³ Alors que cette disposition est manifestement applicable à l'expropriation licite, le tribunal en conclut qu'« *a fortiori*, les mesures de privation illégales doivent être réparées par une juste indemnisation. »⁵¹⁴ Le tribunal note tout de même, répondant à l'une des demandes de l'investisseur, que le standard de l'*Usine de Chorzów* s'applique aux expropriations illicites.⁵¹⁵ Cependant, le tribunal ne tire pas les conséquences de ses propres constatations, puisque la sentence finale ne fera qu'ordonner le paiement de la somme prévu par le TBI pour expropriation licite.⁵¹⁶ Le tribunal considère dès lors que le même standard est applicable quelle que soit la situation : en vertu du TBI en cas d'expropriation licite, du droit international coutumier pour l'illicite.⁵¹⁷ Une telle approche a également été adoptée par *Rumeli Telekom* avec un tribunal considérant que la distinction était sans objet puisque la juste valeur marchande était applicable à toutes les situations.⁵¹⁸

236. Certains tribunaux considèrent que l'illicite n'affecte pas le contenu de la réparation adéquate. Il aurait en effet pu être concevable que la juste valeur marchande – ou tout autre standard prévu par le TBI – soit appliquée de manière distincte à l'expropriation illicite pour refléter la violation du traité. Ainsi, d'aucuns auraient pu considérer que si le principe de réparation intégrale n'est pas applicable, la réparation adéquate serait suffisamment flexible pour couvrir l'ensemble des situations. Il n'en est rien.

237. C'est la lecture faite dans la sentence Amoco.⁵¹⁹ Les arbitres ont, en effet, conclu à une distinction entre expropriation licite et illicite manifestée par l'inclusion du *lucrum cessans* au *damnum emergens* dans le cadre d'un fait illicite. L'analyse du

512. *Ibid.*, § 615.

513. *Ibid.*, § 615.

514. *Ibid.*, § 615. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « *A fortiori* unlawful measures of deprivation must be remedied by just compensation. »

515. *Ibid.*, § 616.

516. Arbitrage *ad hoc*, *CME République Tchèque c. République Tchèque*, sentence, 14 mars 2003, § 490.

517. V. aussi CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 21 nov. 2000, n° ARB/97/3.

518. CIRDI, *Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, sentence, 29 juill. 2008, n° ARB/05/16.

519. Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3.

tribunal est particulièrement détaillée et se trouve justifiée par une lecture de l'affaire de l'*Usine de Chorzów*. En particulier, les arbitres se sont référés aux questions posées par la CPJI aux différents experts. Cette approche, même si elle ne fait pas l'unanimité,⁵²⁰ a le mérite d'explicitier le raisonnement pris par le tribunal.⁵²¹ En particulier, la Cour s'intéresse :

1. à la valeur de l'usine expropriée au moment de la dépossession ;
2. aux résultats financiers raisonnablement attendus de l'entreprise entre la date de la dépossession et le jugement si l'usine n'avait pas été l'objet de l'expropriation et
3. la valeur de l'entreprise à la date du jugement en l'absence de l'expropriation.

La Cour considèrerait que les deux premières questions avaient pour objet de « déterminer la valeur monétaire, tant de l'objet qui aurait dû être restitué en nature que du dommage supplémentaire, sur la base de la valeur estimée de l'entreprise, y compris les stocks au moment de la prise de possession par le gouvernement polonais, ainsi que le bénéfice probable qui aurait été réalisé par l'entreprise entre la date de la prise de possession et celle de l'expertise. »⁵²²

238. Comme la Cour l'a indiqué elle-même, les questions posées aux experts ne sauraient représenter une quelconque forme normative mais constitueraient plutôt de simples lignes directrices dans le cadre de leurs différents rapports.⁵²³ C'est justement cette part du raisonnement dans *Amoco* qui pousse l'arbitre Brower à émettre une opinion

520. V. à ce sujet l'opinion dissidente de l'arbitre Brower, en particulier au §§ 300 et s.

521. Irmgard MARBOE, « Compensation and Damages in International Law », *The Journal of World Investment & Trade* 2006, p. 723-759 ; Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » in *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, pp. 231 et s. Rosalyn HIGGINS, *Problem and process : International law and how we use it*, Oxford : Oxford University Press, 1994, 304 p., p. 144 ; Audrey SHEPPARD, « The Distinction between Lawful and Unlawful Expropriation », *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty* 2006, vol. 169, p. 172 ; Martin J VALASEK, « A "simple Scheme" : Exploring the Meaning of Chorzów Factory for the Valuation of Opportunistic Expropriation in the BIT Generation », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6, p. 49.

522. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17, p. 52. Notre traduction. L'arrêt original est ainsi rédigé : « determine the monetary value, both of the object which should have been restored in kind and of the additional damage, on the basis of the estimated value of the undertaking, including stocks at the moment of taking possession by the Polish government, together with any probable profit that would have accrued to the undertaking between the date of the taking possession and that of the expert opinion. »

523. *Ibid.*, p. 53 : « la Cour ne manque pas d'apprécier les difficultés présentées par ces deux questions, difficultés qui sont cependant inhérentes aux particularités du cas soumis en question, et étroitement liées avec la période qui s'est écoulée entre la dépossession et la demande de réparation, et avec les transformations que l'entreprise a subies et les progrès réalisés dans l'industrie concernée. Au regard

dissidente.⁵²⁴ Selon lui, une telle lecture de l'*Usine de Chorzów* permettant d'aboutir à la conclusion qu'il est possible que la valeur de l'entreprise expropriée ne soit *que* le *damnum emergens* est erronée. Selon Brower, la partie substantielle de l'arrêt de la CPJI indique clairement que la valeur de l'entreprise inclut les profits futurs.

« Le texte de fond de l'arrêt de l'*Usine de Chorzów* va dans le sens de la conclusion selon laquelle la "valeur de l'entreprise" inclut son potentiel de gain. La Cour a ainsi décrit cette valeur comme incluant "la cessation de l'exploitation et le manque à gagner qui en a résulté"; comme englobant tous les éléments du dommage, sauf ceux qui sont "extérieurs à l'entreprise elle-même"; et comme englobant "la valeur de l'entreprise dans son ensemble" ou "la valeur totale de l'entreprise", y compris le "profit." »⁵²⁵

239. Certains auteurs ont également rejoint Brower sur ce point, considérant que la juste valeur marchande doit inclure la perte de profits futurs.⁵²⁶ D'autres, tels que Sheppard, argumentent directement pour un standard uniforme entre le TBI et la coutume :

« Lorsqu'une plainte est déposée en vertu d'un traité d'investissement concernant une expropriation et que ce traité prescrit une norme d'indemnisation, la question de la conformité ou de la non-conformité aux exigences de conduite devrait être sans importance pour la norme d'indemnisation et la norme du

de ces difficultés, la Cour trouve préférable d'établir la valeur de l'entreprise à estimer par plusieurs méthodes pour pouvoir faire une comparaison et si nécessaire, compléter les résultats de l'une ou de l'autre. »

524. Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3, Opinion de Charles Brower.

525. *Ibid.*, § 300. Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigée : « The substantive text of the judgment in Chorzow Factory is consonant with the conclusion that the "value of the undertaking" includes its potential for earning profits. The Court thus described such value as including "the cessation of the working and the loss of profit which have accrued"; as encompassing all elements of damage except those that are "outside the undertaking itself"; and as embracing "the worth of the enterprise as a whole" or "total value of the undertaking" including "profit." »

526. Rosalyn HIGGINS, *Problem and process : International law and how we use it*, Oxford : Oxford University Press, 1994, 304 p., p. 144 : « Je suis perplexe quant à l'affirmation que "le juste prix de ce qui a été exproprié", en référence à "la valeur au moment de la dépossession" exclut les profits futurs. La valeur d'une propriété est ce qu'un acheteur serait prêt à payer pour elle ; le prix qu'il proposerait serait le reflet des profits qu'il espère faire. Il n'ya pas de valeur réelle d'une propriété, à laquelle l'estimation des profits futurs serait ajoutée. Dans un contrat sur 10 ans, si la nationalisation survient au bout de 5 ans, la valeur de l'entreprise à 5 ans comprendra l'estimation par l'acheteur des profits à venir dans les 5 dernières années. »

traité devrait s'appliquer. »⁵²⁷

De manière intéressante, le conflit autour d'*Amoco* n'est pas au sujet de la « réduction » du standard de réparation intégrale, mais bien à l'extension de la juste valeur marchande. En donnant à la juste valeur marchande tous les attributs de l'évaluation utilisée dans l'*Usine de Chorzów*, ces sentences et auteurs confondent le standard coutumier et conventionnel par l'élévation de ce dernier.⁵²⁸

240. Le rejet de la notion de *lex specialis*. On l'a vu, le principe de réparation adéquate semble, de prime abord, être une *lex specialis* faisant obstacle à une norme plus générale dès lors que ses conditions d'application sont réunies. En l'occurrence, dès lors que l'expropriation est licite, le principe de réparation adéquate a vocation à s'appliquer. En revanche, certains tribunaux ont étendu son champ d'application, non pas au regard de ses effets, mais bien sur le fondement d'une extension purement « juridique » du phénomène, transformant la *lex specialis* en norme universelle à l'arbitrage d'investissement.

241. L'affaire *CME*. On citera bien entendu l'affaire *CME* dans laquelle le tribunal arbitral a considéré que la compensation adéquate prévue par le traité s'appliquait également à l'expropriation illicite. En particulier, le tribunal considère que :

« Le Défendeur, en conséquence de la violation du Traité, est dans l'obligation de réparer intégralement le préjudice causé par les actes et omissions illicites du Media Council tels que décrits ci-dessus. [...] L'obligation du Défendeur de réparer le préjudice subi par le Demandeur du fait des violations du Traité par le Défendeur découle de l'article 5 du Traité et des règles du droit international. Selon l'article 5 alinéa c du Traité, toute mesure privant directement ou indirectement un investisseur de ses investissements doit être accompagnée "par une disposition prévoyant le versement d'une juste

527. Audrey SHEPPARD, « The Distinction between Lawful and Unlawful Expropriation », *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty* 2006, vol. 169, p. 172. Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigé : « where a claim is brought under an investment treaty in respect of an expropriation, and that treaty prescribes a standard of compensation, the question of compliance or non-compliance with the conduct requirements should be immaterial to the standard of compensation and the treaty standard should apply ».

528. Pour une discussion sur la question, v. Henry WEISBURG et Christopher RYAN, « Means to be made whole : Damages in the context of international investment arbitration » in *Evaluation of Damages in International Arbitration*, sous la dir. de Yves DERAIS et Richard KREINDLER, t. IV, Dossier ICC Institute of World Business Law, 2006, pp. 169 et s. William C. LIEBLICH, « Determining the Economic Value of Expropriated Income-producing Property in International Arbitrations », *Journal of International Arbitration* 1991, vol. 8, p. 59, p. 66.

indemnité. Cette indemnité doit représenter la valeur réelle des investissements effectués.” A fortiori, les mesures de privation illicites doivent être réparées par une juste compensation. » ⁵²⁹

242. L’affaire AAPL. Dans l’affaire *AAPL*, le tribunal arbitral étend le principe de réparation pour expropriation licite à la violation par l’État d’accueil de protection pleine et entière de l’investissement. ⁵³⁰ Alors même que le standard n’est présent *que* dans l’article sur les expropriations et qu’il n’a vocation à s’appliquer que dès lors que les conditions de l’expropriation licite sont réunies, le tribunal considère que, en l’absence de standard particulier pour la protection pleine et entière, il était fondé à appliquer le standard pour expropriation licite. Se faisant, et puisqu’il aurait dû appliquer, en l’absence de *lex specialis*, le standard coutumier de réparation, le tribunal rejette la distinction.

243. Certaines affaires argentines ont également rejeté le concept de *lex specialis*. Alors même que les affaires *CMS*, ⁵³¹ *Azurix*, ⁵³² et *Enron* ⁵³³ sont rendues sur le fondement du TBI États-Unis–Argentine, ⁵³⁴ les différents tribunaux considèrent que la violation par l’Argentine de plusieurs obligations conventionnelles ne fait pas obstacle à l’application de la juste valeur marchande. Comme dans l’affaire *AAPL*, certaines de ces obligations ne concernaient pas l’expropriation et n’auraient donc pas dû, en toute logique, se voir appliquer ce standard particulier. Le tribunal considère :

« Le présent Tribunal estime que l’approche appropriée en l’espèce est celle de l’indemnisation de la différence de la juste valeur marchande de l’inves-

^{529.} Arbitrage *ad hoc*, *CME République Tchèque c. République Tchèque*, sentence partielle, 13 sept. 2001, § 615. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The Respondent, as a consequence of the breach of the Treaty, is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the Media Council’s wrongful acts and omissions as described above. [...]The Respondent’s obligation to remedy the injury the Claimant suffered as a result of Respondent’s violations of the Treaty derives from Article 5 of the Treaty and from the rules of international law. According to Article 5 subpara. c of the Treaty, any measures depriving directly or indirectly an investor of its investments must be accompanied “by a provision for the payment of just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the investments effected.” A fortiori unlawful measures of deprivation must be remedied by just compensation. »

^{530.} CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, sentence, 27 juin 1990, n° ARB/87/3.

^{531.} CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, sentence, 12 mai 2005, n° ARB/01/8.

^{532.} CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, sentence, 14 juill. 2006, n° ARB/01/12.

^{533.} CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.p. c. Argentine*, décision sur la compétence, 14 jan. 2004, n° ARB/01/3.

^{534.} Accord entre les États-Unis d’Amérique et la République Argentine sur l’encouragement réciproque et la protection des investissements, signé le 14 nov. 1991, à Washington.

tissement résultant des violations du Traité. À l'occasion, la ligne séparant l'expropriation indirecte de la violation du traitement juste et équitable peut être plutôt mince et, dans ces circonstances, la norme d'indemnisation peut également être similaire d'un côté ou de l'autre de la ligne. Compte tenu de la nature cumulative des violations qui ont donné lieu à un constat de responsabilité, le Tribunal estime qu'il convient en l'espèce d'appliquer la juste valeur marchande à la détermination de l'indemnisation. » ⁵³⁵

244. Le tribunal constitué, sous les auspices du même TBI, dans l'affaire *Sempra ira encore plus loin.* Les arbitres rappellent au préalable que le standard de compensation en cas d'expropriation licite n'a vocation à s'appliquer que dans le cadre de l'expropriation, qui n'a pas eu lieu en l'espèce. ⁵³⁶ Puisque le traité ne prévoit pas de standard en particulier pour les autres violations, le tribunal considère que la juste valeur marchande énoncée par le traité en cas d'expropriation est applicable. Puisque l'expropriation indirecte est difficilement séparable d'autres formes de dépossession, le tribunal conclut qu'il est raisonnable d'y appliquer le même standard de réparation. Le tribunal note d'abord que la disposition vise spécifiquement le cas de l'expropriation, qui fut rejetée par les arbitres. Selon la sentence, le traité ne précise pas les dommages auxquels l'investisseur a droit en cas de violation des normes du traité autres que l'expropriation. Ainsi, le tribunal, après avoir reconnu qu'il existe un certain débat sur la norme appropriée applicable dans une telle situation, considère que de nombreuses sentences, dans des situations similaires, ont considéré que l'indemnisation est la norme appropriée de réparation en ce qui concerne les violations autres que l'expropriation, en particulier si ces violations causent une perturbation significative de l'investissement réalisé. Puisque dans de tels cas, il peut être très difficile de distinguer la violation du traitement juste et équitable de l'expropriation indirecte ou d'autres formes d'appropriation, il est raisonnable que le niveau de réparation soit le même aux yeux du tribunal. ⁵³⁷

535. CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.p. c. Argentine*, décision sur la compétence, 14 jan. 2004, n° ARB/01/3, § 361. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The present Tribunal finds that the appropriate approach in the instant case is that of compensation for the difference in the fair market value of the investment resulting from the Treaty breaches. On occasions, the line separating indirect expropriation from the breach of fair and equitable treatment can be rather thin and in those circumstances the standard of compensation can also be similar on one or the other side of the line. Given the cumulative nature of the breaches that have resulted in a finding of liability, the Tribunal believes that in this case it is appropriate to apply the fair market value to the determination of compensation. »

536. CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence, 28 sept. 2007, n° ARB/02/16, § 403.

537. *Ibid.*, § 403 : « It must be noted that this provision addresses specifically the case of expropriation which the Tribunal has concluded has not taken place in the present case. The treaty does not specify

245. Conclusion. Encore une fois, la contestation sur le fondement de la *lex specialis* remet clairement en question l'existence de deux standards différents, puisqu'il semble que le principe de réparation intégrale soit fréquemment oublié par les tribunaux arbitraux.⁵³⁸ Alors même que le standard de réparation adéquate est supposé être limité en vertu du principe de *lex specialis* à des situations bien déterminées, les décisions arbitrales citées précédemment semblent remettre en question cet état de fait. En revanche, l'existence d'un standard universel (c'est-à-dire la juste valeur marchande) ne semble pas être satisfaisant au regard de l'intérêt du principe de réparation intégrale en cas d'expropriation illicite. Dans tous les cas, les partisans du standard universel, ou du rejet de la distinction, sont d'avis qu'il est raisonnable de considérer que les deux standards auraient des effets significativement similaires. Ce simili-argument fondé sur le concept d'économie de la justice n'est pas, non plus, convaincant. (B.)

B. L'argument économique

246. Introduction. Dans l'hypothèse où l'argument précédemment évoqué n'est pas convaincant, ce qui est le cas, les partisans de l'universalisme se retranchent derrière un argument économique. Selon eux, l'application du principe de réparation intégrale n'emporte pas d'effets significativement différents du standard conventionnel. Ainsi, et quand bien même un principe ne serait pas applicable à toutes les situations, les deux principes existants seraient, selon cette théorie, confondus.

247. Philips Petroleum. La sentence rendue dans l'affaire *Philips Petroleum* est sans doute la plus marquante tant elle est l'une des premières à avoir rejeté la distinction, en argumentant une telle position par l'absence de différence substantielle

the damages to which the investor is entitled in case of breach of the treaty standards different from expropriation. Although there is some discussion about the appropriate standard applicable in such a situation, several awards of a arbitral Tribunals dealing with similar treaty clauses have considered that compensation is the appropriate standard of reparation in respect of breaches other than expropriation, particularly if such breaches cause significant disruption to the investment made. In such cases it might be very difficult to distinguish the breach of fair and equitable treatment from indirect expropriation or other forms of taking and it is thus reasonable, that the standard of reparation might be the same ».

538. Kaj HOBÉR, « Fair and Equitable Treatment - Determining Compensation », *Compensation and Damages in International Investment Arbitration, Transnational Dispute Management* 2007, vol. 4, n° 6; Zachary DOUGLAS, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge : Cambridge University Press, 2009, 685 p. ; Kathryn KHAMSI, « Compensation for Non-expropriatory Investment Treaty Breaches in the Argentine Gas Sector Cases : Issues and Implications » in *The Backlash against Investment Arbitration*, sous la dir. de Michael WAIBEL et al., Wolters Kluwer, 2010, 8, p. 165-185; *The Backlash against Investment Arbitration : Perceptions and Reality*, sous la dir. de Michael WAIBEL, Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2010, 614 p.

entre l'application des deux standards.⁵³⁹ En effet, le tribunal considère :

« Le Tribunal estime que la distinction licite/illicite [...] n'est pertinente que pour deux questions possibles : celle de savoir si la restitution du bien peut être accordée et celle de savoir si une indemnité peut être accordée pour toute augmentation de la valeur du bien entre la date de la prise et la date de la décision judiciaire ou arbitrale accordant une indemnité. La décision Chorzów ne fournit aucun fondement à l'affirmation selon laquelle une prise de possession légale nécessite une indemnisation inférieure à celle qui est égale à la valeur du bien à la date de la prise de possession. En l'espèce, le demandeur ne demande ni restitution ni indemnisation pour une valeur autre que celle à la date de la prise de possession, de sorte que le Tribunal n'a pas à déterminer si de tels recours seraient disponibles dans le cas d'une prise de possession visée par le traité d'amitié. »⁵⁴⁰

248. Le tribunal considère dès lors que la distinction n'aurait d'intérêt que dans le cas où la restitution, le principe de réparation privilégié par *Usine de Chorzów*, est applicable. Cette hypothèse est, en droit des investissements, peu probable.⁵⁴¹ L'autre hypothèse est, en revanche, plus vraisemblable dès lors qu'il n'est pas rare de voir la valeur d'une propriété évoluer, à la baisse comme à la hausse, dans les quelques années que constitue le contentieux relatif à l'expropriation.⁵⁴²

539. Tribunal irano-américain de réclamations, *Philips Petroleum Company c. Iran*, sentence, 29 juin 1986, n° 425-39-2.

540. *Ibid.*, § 122. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The Tribunal believes that the lawful/unlawful distinction [...] is relevant only to two possible issues : whether restitution of the property can be awarded and whether compensation can be awarded for any increase in the value of the property between the date of the taking and the date of the judicial or arbitral decision awarding compensation. The Chorzów decision provides no basis for any assertion that a lawful taking requires less compensation than that which is equal to the value of the property on the date of the taking. In the present case, neither restitution nor compensation for any value other than that on the date of the taking is sought by the Claimant, so the Tribunal need not determine whether such remedies would be available with respect to a taking to which the Treaty of Amity supplied. »

541. *A contrario*, v. CIRDI, *Bernhard von Pezold et consorts c. République du Zimbabwe*, sentence, 28 juill. 2015, n° ARB/10/15, § 744 : « In summary, the Tribunal finds that restitution of the Zimbabwean Properties expropriated in 2005, including attached Water Permits, should be ordered in favor of the Claimants. While this Section of the Award has focused on restitution in kind, the Tribunal considers that it is further necessary to award compensation for the losses incurred by the Claimants due to, inter alia, land damage and losses to productivity. This is necessary to achieve full reparation and is addressed below. »

542. V. not. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16.

249. L'affaire *Riahi*. Sur le fondement du même traité entre les États-Unis et l'Iran,⁵⁴³ le tribunal dans *Frederica Lincoln Riahi c. Iran* s'affranchit également de la distinction.⁵⁴⁴ Le tribunal justifie ainsi sa position :

« En vertu du traité d'amitié, “une dépossession exige une indemnisation égale à l'équivalent total de la valeur des intérêts du bien pris.” Le Défendeur a privé le Demandeur de ses intérêts de propriété dans les propriétés revendiquées et, par conséquent, doit indemniser pleinement le Demandeur pour la valeur de ces intérêts. Pour les entreprises en activité [...] “la réparation intégrale” est l'équivalent de la “juste valeur marchande”, i.e., le montant qu'un “acheteur consentant aurait payé un vendeur consentant pour les actions... sans tenir compte de toute diminution de valeur due à la nationalisation elle-même ou à son anticipation, et sans tenir compte des événements ultérieurs qui auraient pu augmenter ou diminuer la valeur des actions.” »⁵⁴⁵

250. Encore une fois, puisque le principe de réparation intégrale et le principe de réparation adéquate aboutiraient à des résultats similaires, le tribunal applique le standard conventionnel. Outre la justification juridique douteuse – ce n'est pas parce que deux principes aboutissent à des résultats soi-disant similaires qu'ils doivent être appliqués de manière interchangeable⁵⁴⁶ –, le tribunal ne justifie que très peu sa position économique. Pour que la sentence puisse réellement s'entendre, il aurait fallu un développement plus étendu sur le lien entre le principe de réparation intégrale, qui suppose de mettre

543. Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires, signé le 15 août 1955, à Téhéran ; dont l'article pertinent sur les expropriations est ainsi rédigé : « Property of nationals and companies of either High Contracting Party, including interests in property, shall receive the most constant protection and security within the territories of the other High Contracting Party, in no case less than that required by international law. Such property shall not be taken except for a public purpose, nor shall it be taken without the prompt payment of just compensation. Such compensation shall be in an effectively realizable form and shall represent the full equivalent of the property taken ; and adequate provision shall have been made at or prior to the time of taking for the determination and payment thereof. » Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires, signé le 15 août 1955, à Téhéran, art. IV § 2.

544. Tribunal irano-américain de réclamations, *Frederica Lincoln Riahi c. La République Islamique d'Iran*, Sentence, 27 fév. 2003, n° 600-485-1.

545. *Ibid.*, § 216. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « Under the Treaty of Amity, “a deprivation requires compensation equal to the full equivalent of the value of the interests of the property taken.” The Respondent deprived the Claimant of her ownership interests in the claimed properties and accordingly, must fully compensate the Claimant for the value of those interests. For going concerns [...] “full compensation” is the equivalent of the “fair market value” ie, the amount that “a willing buyer would have paid a willing seller for the shares... disregarding any diminution of value due to the nationalization itself or the anticipation thereof, and excluding consideration of events thereafter that might have increased or decreased the value of the shares.” »

546. Notamment dans le cadre du Tribunal Irano-Américain qui, même s'il n'est pas tenu par les décisions précédemment rendues, les trouvera nécessairement à tout le moins persuasives.

l'investisseur dans la situation dans laquelle il aurait été sans l'expropriation, et le principe de compensation adéquate.

251. Les tribunaux arbitraux investis par d'autres traités ont également réfuté le bien-fondé de la distinction. Notamment, dans l'affaire *Bernardus Henricus Funnekotter*,⁵⁴⁷ le tribunal rejette la demande du demandeur d'appliquer les principes coutumiers à une expropriation illicite et privilégie le principe conventionnel, au motif que les deux standards aboutissent au même résultat. Le demandeur dans cette affaire considérait que l'article 6(c) du TBI applicable à l'espèce⁵⁴⁸ ne pouvait s'appliquer à une expropriation illicite.⁵⁴⁹ Partant, le droit coutumier devrait s'appliquer.⁵⁵⁰ Au surplus, puisque la restitution ne peut s'appliquer à l'espèce, le demandeur considère donc que la compensation qui lui est due « doit correspondre à ce que donnerait une restitution en nature. »⁵⁵¹ Curieusement, le tribunal considère tout d'abord une violation du TBI sur le fondement même de l'article 6(c) qui requiert le paiement d'une compensation sans délai dans le cadre d'une expropriation licite.⁵⁵² Puisque 5 ans se sont écoulés entre la décision et l'expropriation et qu'aucune compensation n'a été payée par le Zimbabwe,⁵⁵³ le tribunal considère que l'article 6(c) a été violé.⁵⁵⁴ Le tribunal considère au surplus que puisque l'exigence de compensation a été violée, il n'est pas nécessaire d'étudier les autres conditions de l'expropriation pour la caractériser d'illicite.⁵⁵⁵ Cependant, bien

547. CIRDI, *Bernardus Henricus Funnekotter et consorts c. Zimbabwe*, sentence, 22 avr. 2009, n° ARB/05/6.

548. Accord sur la promotion et la protection réciproque des investissements entre la République du Zimbabwe et le Royaume des Pays-Bas, signé le 11 déc. 1996, à Harare, art. 6(c) : « the measures are accompanied by provision for the payment of just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the investments affected and shall, in order to be effective for the claimants, be paid and made transferable, without delay, to the country designated by the claimants concerned and in the currency of the country of which the claimants are nationals or in any freely convertible currency accepted by the claimants. The genuine value of the investments shall include, but not exclusively, the net asset value thereof as certified by an independent firm of auditors. »

549. CIRDI, *Bernardus Henricus Funnekotter et consorts c. Zimbabwe*, sentence, 22 avr. 2009, n° ARB/05/6, § 47.

550. *Ibid.*, § 47.

551. *Ibid.*, § 47. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « must correspond to what a restitution in kind would yield. »

552. Accord sur la promotion et la protection réciproque des investissements entre la République du Zimbabwe et le Royaume des Pays-Bas, signé le 11 déc. 1996, à Harare, art. 6(c).

553. CIRDI, *Bernardus Henricus Funnekotter et consorts c. Zimbabwe*, sentence, 22 avr. 2009, n° ARB/05/6, § 75.

554. *Ibid.*, § 107.

555. CIRDI, *Bernardus Henricus Funnekotter et consorts c. Zimbabwe*, sentence, 22 avr. 2009, n° ARB/05/6, § 107 ; V. aussi CIRDI, *Bernardus Henricus Funnekotter et consorts c. Zimbabwe*,

qu'ayant déclaré l'expropriation illicite justement pour manque de compensation, le tribunal considère que le standard dû pour l'expropriation licite est ici applicable.⁵⁵⁶ Le tribunal se réfère, notamment, aux affaires décidées par le Tribunal irano-américain des réclamations sur la question, notamment aux affaires *Amoco*⁵⁵⁷ et *Philips Petroleum*⁵⁵⁸

252. Une approche plus nuancée. Cette interprétation est reprise par *Gemplus*⁵⁵⁹ et *Talsud*,⁵⁶⁰ quoique quelque peu nuancée. En effet, les arbitres considèrent que « en vertu du droit international, les mesures d'indemnisation prévues dans les deux TBIs [...] constituent un guide utile pour la mesure de l'indemnisation en cas d'expropriation illégale et de violation des normes TJE en vertu de ces TBIs. »⁵⁶¹ Ainsi, sans aller jusqu'à considérer que les résultats sont *nécessairement* identiques entre les deux standards, le tribunal considère que, dans la situation d'espèce, il est autorisé à se référer au TBI afin d'être guidé dans sa décision. Cette interprétation semble plus raisonnable que celles exposées précédemment qui considèrent qu'en principe les deux standards sont équivalents. Il est en effet possible que, dans certaines situations dues aux faits de l'espèce, les principes de réparation intégrale et de compensation adéquate fournissent des résultats très proches, si ce n'est similaires. Il serait, en revanche, erroné de considérer que c'est systématiquement le cas.

sentence, 22 avr. 2009, n° ARB/05/6, § 98 : « The Tribunal observes that the conditions enumerated in Article 6 are cumulative. In other terms, if any of those conditions is violated, there is a breach of Article 6. The Tribunal will first examine whether or not subparagraph (c) relating to the provisions of a just compensation has been breached. If it arrives to the conclusion that it has, it will not be necessary for it to consider whether, as alleged by the Claimants, the other conditions provided for in that Article or the provisions of Article 3 have also been breached. » Sur ce point, v. la partie 1 du présent mémoire.

556. CIRDI, *Bernardus Henricus Funnekotter et consorts c. Zimbabwe*, sentence, 22 avr. 2009, n° ARB/05/6, § 124 : « It will accordingly proceed to the evaluation of the damages suffered in each case at the date of dispossession on the basis of the market value at that date. »

557. CIRDI, *Bernardus Henricus Funnekotter et consorts c. Zimbabwe*, sentence, 22 avr. 2009, n° ARB/05/6, §§ 110-111 ; Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3.

558. CIRDI, *Bernardus Henricus Funnekotter et consorts c. Zimbabwe*, sentence, 22 avr. 2009, n° ARB/05/6, § 111 ; Tribunal irano-américain de réclamations, *Philips Petroleum Company c. Iran*, sentence, 29 juin 1986, n° 425-39-2.

559. CIRDI, *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Mexique*, sentence, 16 juin 2010, n° ARB(AF)/04/3.

560. CIRDI, *Talsud S.A. c. Mexique*, sentence, 16 juin 2010, n° ARB(AF)/04/4.

561. *Ibid.*, § 12.53. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « under international law, the measures of compensation in the two BITs [...] provide a useful guide to the measure of compensation for unlawful expropriation and for breach of the FET standards under these BITs. »

253. L'affaire *BG Group*. Dans l'affaire *BG Group*,⁵⁶² le tribunal rejette une assimilation automatique entre le standard présent dans le TBI et le standard conventionnel. Il applique tout de même la juste valeur marchande au fait illicite, considérant que les deux méthodes ont des effets et conséquences similaires.

« En fait, les principes d'herméneutique des traités militent en faveur de la conclusion qu'il ne faut pas lire dans l'article 2.2 du TBI une norme que l'Argentine et le Royaume-Uni ont expressément confinée à l'article 5 du TBI. Pour d'autres raisons, cependant, la juste valeur marchande peut servir de norme pour mesurer les dommages-intérêts pour violation de l'obligation d'accorder aux investisseurs un traitement conforme à l'article 2.2 du TBI. Bien que le Tribunal ne soit pas enclin à importer automatiquement cette norme de l'article 5 du TBI, cette norme de compensation est néanmoins disponible par référence au droit international coutumier. »⁵⁶³

254. Le tribunal dans l'affaire *Metalclad*⁵⁶⁴ **rejette la distinction.** Les arbitres ont en effet considéré qu'une violation des articles 1105⁵⁶⁵ et 1110⁵⁶⁶ de l'ALÉNA

562. Arbitrage *ad hoc*, *BG Group Plc. c. République d'Argentine*, sentence finale, 24 déc. 2007.

563. *Ibid.*, § 421. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « In fact, principles of treaty hermeneutics militate for the conclusion that one should not read into Article 2.2 of the BIT a standard which Argentina and the U.K. expressly confined to Article 5 of the BIT. For other reasons, however, fair market value can be relied upon as a standard to measure damages for breach of the obligation to accord investors treatment in accordance with Article 2.2 of the BIT. While the Tribunal is disinclined to automatically import such standard from Article 5 of the BIT, this standard of compensation is nonetheless available by reference to customary international law. »

564. CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, sentence, 30 août 2000, n° ARB(AF)/97/1.

565. Accord de Libre-Échange Nord Américain (ALENA), signé le 17 déc. 1992, à Washington, D.C., Ottawa et Mexico, art. 1105 : « 1. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales. 2. Sans préjudice du paragraphe 1, chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie, et aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie, un traitement non discriminatoire quant aux mesures qu'elle adoptera ou maintiendra relativement aux pertes subies, à cause d'un conflit armé ou d'une guerre civile, par des investissements effectués sur son territoire. 3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas aux mesures existantes relatives aux subventions ou contributions qui seraient incompatibles avec l'article 1102 si ce n'était de l'alinéa 1108(7)(b). »

566. *Ibid.*, art. 1110 : « 1. Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement («expropriation»), sauf : a) pour une raison d'intérêt général ; b) sur une base non discriminatoire ; c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le paragraphe 1105 (1) ; et d) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes 2 à 6.

2. L'indemnité devra équivaloir à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu («date d'expropriation»), et elle ne tiendra compte d'aucun changement

engageait les mêmes conséquences pour le demandeur puisque celui-ci avait entièrement perdu son investissement. Dès lors, selon le tribunal, les standards conventionnels ou coutumier n'ont que peu de différences.⁵⁶⁷

255. Conclusion. Ainsi certains tribunaux ont-ils considéré que, faute d'effets significativement différents, ils étaient autorisés à appliquer, de manière erronée, un standard en dehors de son champ d'application. Pourtant, les tribunaux, en particulier dans le cadre du contentieux entre l'Iran et les États-Unis, n'ont jamais réellement justifié leur position du point de vue économique. Aucune preuve ni démonstration n'a jamais été apportée explicitant en quoi les deux standards aboutissent à la même conclusion. En effet, une analyse rigoureuse du dommage et des principes financiers et économiques dans cette situation requiert l'étude des deux principes pour éventuellement conclure à des standards similaires. Les tribunaux ne l'ont pas fait et on ne peut que le regretter. Par ailleurs, l'argument économique en lui-même ne semble pas tenir. En effet, à quel titre la remise de la situation dans son état sans le fait litigieux est-elle équivalente à la valeur qu'un acheteur potentiel serait prêt à accorder à l'investissement ? Cette approche néglige complètement les avantages que l'investisseur tirait de son investissement. Ainsi, une société multinationale dont les marchandises sont produites dans un État X et ensuite transformées dans un État Y se voit dans une fâcheuse situation si l'État X procède à son expropriation. En effet, l'investisseur perdra non seulement la « valeur » de sa chaîne de production dans l'État X, mais aussi la valeur ajoutée de l'État Y, qui ne peut opérer sans les marchandises produites dans X. Ce scénario est loin d'être hypothétique au regard de la chaîne de valeur globale qui régule aujourd'hui le monde des affaires. On ne peut donc que regretter l'absence de motivation juridique du tribunal irano-américain sur la question, tant ces sentences sont citées dans les affaires actuelles par les arbitres.⁵⁶⁸ Ainsi, puisque tant l'argument juridique qu'économique n'emportent les faveurs du lecteur averti, il semble nécessaire de modérer cette remise en question de la distinction entre expropriation licite et illicite. (§ 2.)

de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue. Les critères d'évaluation seront la valeur d'exploitation, la valeur de l'actif, notamment la valeur fiscale déclarée des biens corporels, ainsi que tout autre critère nécessaire au calcul de la juste valeur marchande, selon que de besoin. »

567. CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, sentence, 30 août 2000, n° ARB(AF)/97/1, § 113 : « In this instance, the damage arising under NAFTA, Article 1105 and the compensation due under NAFTA, Article 1110 would be the same since both situations involve the complete frustration of the operation of the landfill and negate the possibility of any meaningful return on Metalclad's investment. In other words, Metalclad has completely lost its investment ».

568. Pour d'autres exemples, v. not. Tribunal irano-américain de réclamations, *Ina c. Iran*, sentence, 13 août 1985, n° 184-161-1 ; Tribunal irano-américain de réclamations, *James M. Saghì c. La République Islamique d'Iran*, sentence, 22 jan. 1993, n° 544-298-2.

§ 2. Une remise en question peu convaincante

256. Introduction. On notera, dans un premier temps, qu’au regard du nombre important de cas soumis à l’arbitrage d’investissement ces dernières années,⁵⁶⁹ la distinction entre expropriation licite et illicite ne semble pas avoir été la principale préoccupation des tribunaux. Seuls certains d’entre eux se sont réellement penché sur la question, puisque le débat est pertinent *pour l’investisseur*⁵⁷⁰ que dès lors que la valeur de l’investissement est susceptible d’avoir augmenté.⁵⁷¹ Au surplus, les cas cités plus haut ne concernent pas la situation dans laquelle un tribunal arbitral rejette une demande de standard supérieur au motif que le standard du TBI exclut nécessairement l’application de la norme du droit international coutumier pour une dépossession illicite.⁵⁷² La distinction fondée sur la licéité de l’expropriation au regard de l’indemnisation a bien entendu un impact économique important.⁵⁷³ En effet, dès lors que la réparation intégrale impose la remise en l’état de l’investisseur dans les conditions dans lesquelles il aurait vraisemblablement été en l’absence du fait illicite, le principe coutumier est plus large que le principe conventionnel. De cette manière, la juste valeur marchande diverge du principe de réparation intégrale.⁵⁷⁴

257. Le rejet de l’inutilité économique. Dès lors que l’on se reporte à la matière contractuelle, l’utilité économique de la distinction devient évidente. Le cadre contractuel a pour objet d’assurer à l’investisseur la pérennité de son investissement. En particulier dans le cas de contrats de longue durée, la valeur que l’investisseur porte au projet surpasse la valeur de marché des mêmes droits d’exploitation. L’investisseur est en effet fondé

569. La CNUCED recense à la fin 2020 1 104 affaires relatives au règlement des différends entre investisseurs et États. *World Investment Report 2021 - Investing in sustainable recovery*, UNCTAD/WIR/2021, Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, 2021, p. 129

570. Et non pour la théorie et la stabilité du système, qui est l’enjeu du présent mémoire

571. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 496 ; Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » in *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, p. 241.

572. V. § 1., p. 147

573. V. Section 2, p. 197

574. Irmgard MARBOE, « Compensation and Damages in International Law », *The Journal of World Investment & Trade* 2006, p. 723-759, p. 757 ; Abby Cohen SMUTNY, « Some Observations on the Principles Relating to Compensation in the Investment Treaty Context », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1^{er} mars 2007, vol. 22, n° 1, p. 1-23, p. 20.

à attendre des retours sur son investissement, celui-ci étant protégé par un contrat.⁵⁷⁵ Un investisseur exproprié sur le fondement contractuel semble, de prime abord, fondé à attendre d'un tribunal arbitral qu'il lui octroie une compensation non-seulement pour la valeur de son investissement, mais aussi pour la valeur des profits qu'il escomptait. Au surplus, il serait erroné de considérer que la juste valeur marchande est en tout temps applicable. C'est notamment sur cette base que Valasek et Bienvenu ont démontré la pertinence de la distinction entre le principe de réparation intégrale et adéquate (A.). L'utilité économique de la distinction a, par ailleurs, été reconnue par certaines sentences arbitrales (B.).

258. L'utilité théorique. Si la distinction entre l'expropriation licite et illicite a une réelle utilité économique, il ne faut pas pour autant oublier l'utilité théorique qu'un tel principe possède. En particulier, de nombreux auteurs ont vu dans l'application d'un principe différent à l'expropriation illicite une faculté de sanctionner l'État d'accueil qui ne respecte pas ses obligations internationales.⁵⁷⁶ Ainsi, le principe de réparation intégrale aurait pour fonction tant la réparation que la garantie que l'État respecte ses obligations internationales. D'aucuns pourraient considérer que le droit international régule les relations internationales des États dans le but de les amener à respecter des règles de comportement. En effet, si la « sanction » pour l'État est équivalente à la somme que celui-ci aurait à payer s'il respecte les obligations établies par le traité, alors les gouvernements n'ont aucune raison autre que leur bonne volonté de respecter le principe de l'expropriation licite. La fonction d'exemplarité de la réparation n'est donc pas à négliger. C'est par ailleurs là qu'est la différence entre la *compensation* et la *réparation*.⁵⁷⁷ Dès lors que l'État manifeste son dédain évident pour la règle internationale et qu'il la viole, celui-ci est tenu à la réparation du préjudice et non à la compensation du bien dépossédé.⁵⁷⁸ Finalement, comme exposés précédemment, les arguments juridiques

575. Thomas W WÄLDE et Borzu SABAHI, « Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law », *Transnational Dispute Management* 10 fév. 2007, vol. 6, n° 4, p. 65, pp. 1090-1093.

576. Derek BOWETT, « State Contracts with Aliens : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach », *British Yearbook of International Law* 1^{er} jan. 1989, vol. 59, n° 1, p. 49-74, p. 63 ; Charles BROWER et Michael OTTOLENGHI, « Damages in Investor-state Arbitration », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6 ; James CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2008, 872 p., pp. 538 et s. Rudolf DOLZER et Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2^e éd., Oxford, New York : Oxford University Press, 15 nov. 2012, 456 p., p. 89.

577. Dominique CARREAU et al., *Droit International Économique*, Paris : Dalloz, 2017, 944 p., p. 566.

578. Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit International Public*, 9^e éd., Paris : Montchrestien-Lextenso, 2010, p. 523 ; Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux », *Annuaire Français de Droit International* 1987, vol. 33, n° 1, p. 7-31, pp. 12-31.

exposés pour rejeter la distinction de l'application de principes différents ne sont pas convaincants.⁵⁷⁹

A. L'exemple de Valasek et Bienvenu

259. Introduction. Souhaitant démontrer l'intérêt de conserver la distinction entre les deux principes d'indemnisation, et allant ainsi à l'encontre d'un certain nombre de décisions arbitrales, Pierre Bienvenu et Martin Valasek ont développé l'exemple de l'expropriation opportuniste.⁵⁸⁰ L'expropriation opportuniste est définie comme étant celle qui est discriminatoire, prise par un État sans raison apparente autre que celle d'exproprier un investisseur dont l'activité est florissante. Par cet acte opportuniste, l'État a pour objectif de s'approprier les bénéfices et la croissance de l'entreprise.⁵⁸¹ L'expropriation opportuniste étant dès lors radicalement différente de l'expropriation « classique » où la valeur de l'entreprise va, dans la plupart des cas diminuer voire être réduite à néant après la dépossession. La distinction entre les deux principes est donc fondamentale dans cette situation : si la valeur de l'entreprise augmente et que l'État en est la raison, l'investisseur devrait bénéficier de cette valorisation supérieure dans le calcul de la réparation.⁵⁸² La simple existence de cette expropriation opportuniste répond clairement à un argument fréquemment énoncé, tant par la doctrine et les tribunaux, qui consiste à rejeter la distinction puisqu'elle ne change pas le résultat de la compensation.⁵⁸³

260. L'inspiration de la réalité. Valasek et Bienvenu s'inspirent clairement des faits de l'affaire *ADC* pour imaginer leur scénario.⁵⁸⁴ Disons qu'un investisseur étranger se porte candidat dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres pour la construction d'un aéroport et sa gestion. Acceptant de financer le quart du projet, il reçoit en échange 49 % des parts de la compagnie aéroportuaire locale qui se trouve être le concessionnaire exclusif de l'aéroport une fois sa construction achevée. Trois années après la construction, les dividendes perçus par l'investisseur étranger sont bien plus importants qu'escomptés, bénéficiant d'un marché et de conditions favorables. Des élections ont lieu, et le nouveau

579. V. § 1., p. 147.

580. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » *in 50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281.

581. *Ibid.*

582. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16.

583. V. B., p. 155.

584. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16.

gouvernement voit d'un mauvais œil ces profits. L'investisseur est alors évincé. Un décret est pris, prétextant une refonte du secteur des transports, qui met fin à la concession. L'investisseur étranger amorce une procédure arbitrale, souhaitant obtenir réparation. Puisque l'expropriation est opportuniste, l'aéroport continue de se développer et les profits croient de manière importante. Puisque cinq ans s'écoulent entre l'expropriation et la sentence, les auteurs entendent démontrer que les principes conventionnel et coutumier n'aboutissent pas au même résultat.

261. La juste valeur marchande. Dans ce scénario fictif, le TBI est rédigé comme l'immense majorité des traités et prévoit ainsi le concept de juste valeur marchande.⁵⁸⁵ L'évaluation de celle-ci repose sur la valeur des parts détenues par l'investisseur dans la société concessionnaire *à la date de l'expropriation*. Une fois cette évaluation faite, un tribunal aurait vraisemblablement procédé à une estimation des dividendes que l'investisseur aurait perçus entre l'expropriation et la sentence. On notera par ailleurs qu'estimer cinq ans de dividende avec des données uniquement sur trois années est particulièrement complexe, même aux yeux des experts les plus chevronnés. Partons de l'hypothèse qui consiste à dire qu'un tel calcul aboutit à la somme de 39 millions de dollars américains.

262. Le principe de réparation intégrale. Expropriée de manière illicite, il est probable que la victime demande l'application du standard coutumier en lieu et place du standard conventionnel, dont la valeur comprend alors nécessairement les intérêts jusqu'à la date de la sentence.⁵⁸⁶ Le calcul de la valeur à la date de la sentence présuppose de s'intéresser à la valeur des dividendes perçus à la date de la sentence, mais également de prendre en compte les estimations des dividendes qui auraient dû être versés dans le cadre du contrat si celui-ci avait été mené à son terme. Il est donc nécessaire de prendre

585. Christina L. BEHARRY et Elisa MÉNDEZ BRÄUTIGAM, « Damages and Valuation in International Investment Arbitration » in *Handbook of International Investment Law and Policy*, sous la dir. de Julien CHAISSE, Leïla CHOUKROUNE et Sufian JUSOH, Singapore : Springer Singapore, 2020, p. 1-32.

586. V. *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, sous la dir. de Christina L. BEHARRY, Nijhoff international investment law series volume 11, Leiden ; Boston : Brill Nijhoff, 2018, 488 p. ; Christina L. BEHARRY et Elisa MÉNDEZ BRÄUTIGAM, « Damages and Valuation in International Investment Arbitration » in *Handbook of International Investment Law and Policy*, sous la dir. de Julien CHAISSE, Leïla CHOUKROUNE et Sufian JUSOH, Singapore : Springer Singapore, 2020, p. 1-32 ; Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p. ; Irmgard MARBOE, « Damages in Investor-state Arbitration : Current Issues and Challenges », *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration* 3 mai 2018, vol. 2, n^o 1, p. 1-86 ; *Arbitration under International Investment Agreements : A Guide to the Key Issues*, sous la dir. de Katia YANNACA-SMALL, 2^e éd., Oxford, New York : Oxford University Press, 19 juill. 2018, 960 p.

en compte les profits futurs, postérieurs à la sentence, estimés à la date de la sentence. Dans le cadre de cette étude, Valasek parvient à la somme de 44,7 millions de dollars américains.⁵⁸⁷

263. Conclusion. La différence de 5,7 millions de dollars américains est loin d'être insignifiante comme certains auteurs et tribunaux ont pu le laisser entendre. La différence est simplement due aux hypothèses de travail des deux standards : là où la juste valeur marchande prend en compte la valeur de l'investissement à la date de l'expropriation, la réparation intégrale estime les résultats financiers que l'investissement aurait pu probablement atteindre, en particulier au regard du développement économique qui est survenu après l'expropriation.⁵⁸⁸ Bien entendu, dans le cas d'une expropriation non-opportuniste, il y a fort à parier que la valeur de l'investissement serait fortement diminuée, sinon réduite à néant, postérieurement à l'expropriation. Dans ce cas de figure, la juste valeur marchande et la réparation intégrale ont des résultats très similaires. Pourtant, rejeter par principe la distinction est juridiquement infondé et dangereux en pratique, tant la différence peut compter dans le cadre de l'expropriation opportuniste. Cet exemple, théorique, se trouve renforcé par la pratique arbitrale en la matière. (B.) De cette manière, on pourrait aisément aboutir aux bornes suivantes dans le cadre de l'expropriation illicite : la borne inférieure de la réparation est représentée par la juste valeur marchande, applicable dès lors que l'expropriation n'est pas opportuniste. La borne supérieure, en revanche, représente le principe de réparation intégrale quand l'expropriation est non seulement illicite mais également capricieuse. Cette conclusion, davantage développée ci-après,⁵⁸⁹ suppose une identification précise de l'illicite que la plupart des tribunaux arbitraux n'ont, à ce jour, pas effectuée.

B. La pratique arbitrale

264. Introduction. Comme indiqué précédemment, certaines affaires rejettent la distinction entre expropriation licite et illicite.⁵⁹⁰ Ainsi, dans l'affaire *Philips Petroleum*⁵⁹¹ le tribunal statua non pas sur la pertinence d'un standard supérieur de compensation

587. Lucas MONTEL, *La Réparation du Dommage en Arbitrage International (à partir de l'exemple de l'arbitrage d'investissement)*, thèse de doct., Université Paris 2 Panthéon Assas, 2014.

588. *Ibid.*

589. V. Chapitre 2, p. 185.

590. V. § 1., p. 147.

591. Tribunal irano-américain de réclamations, *Philips Petroleum Company c. Iran*, sentence, 29 juin 1986, n° 425-39-2.

dans le cadre d'une expropriation illicite mais sur l'opportunité d'un standard inférieur à une expropriation licite.⁵⁹² Il est vrai, le tribunal considère que la distinction entre expropriation licite et illicite n'est pas pertinente dans le cadre du traité,⁵⁹³ qui ne prévoit qu'un standard de réparation unique.⁵⁹⁴ En revanche, le tribunal note également que *Philips Petroleum* n'a jamais demandé une compensation supérieure à celle prévue par le traité.⁵⁹⁵ Mais surtout, le tribunal reconnaît l'importance de la distinction, il considère simplement qu'elle ne s'applique pas à l'espèce :

« Le Tribunal estime que la distinction entre prise légale et prise illégale n'est pertinente que pour deux questions possibles : celle de savoir si la restitution du bien peut être accordée et celle de savoir si une indemnité peut être accordée pour toute augmentation de la valeur du bien entre la date de la prise et la date de la décision judiciaire ou arbitrale accordant l'indemnité. La décision de Chorzów ne fournit aucun fondement à l'affirmation selon laquelle une prise de possession légale nécessite une indemnisation inférieure à celle qui est égale à la valeur du bien à la date de la prise de possession. En l'espèce, le demandeur ne demande ni la restitution ni l'indemnisation d'une valeur autre que celle de la date de la prise de possession, de sorte que le Tribunal n'a pas à déterminer si de tels recours seraient disponibles dans le cas d'une prise de possession à laquelle le traité d'amitié s'applique. »⁵⁹⁶

592. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » *in 50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, p. 242.

593. Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires, signé le 15 août 1955, à Téhéran.

594. Tribunal irano-américain de réclamations, *Philips Petroleum Company c. Iran*, sentence, 29 juin 1986, n° 425-39-2, § 109 : « However, the Tribunal need not decide in the present Case whether the taking was unlawful, for instance, as violative of stabilization clauses or for any other reason, because, whatever the relevance of that question as a matter of customary international law, it is irrelevant under the Treaty of Amity. Article IV, paragraph 2, quoted above, provides a single standard, "just compensation" representing the "full equivalent of the property taken", which applies to all property taken, regardless of whether that taking was lawful or unlawful. »

595. *Ibid.*, § 109 : « In the present Case, there is no allegation that the taking, which extended to all petroleum production in Iran, was not for a public purpose, and the Claimant requests no more than "just compensation" based on the single standard of the Treaty. »

596. *Ibid.*, § 110. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The Tribunal believes that the lawful/unlawful taking distinction is relevant only to two possible issues : whether restitution of the property can be awarded and whether compensation can be awarded for any increase in the value of the property between the date of taking and the date of the judicial or arbitral decision awarding compensation. The Chorzow decision provides no basis for any assertion that a lawful taking requires less compensation than that which is equal to the value of the property on the date of taking. In the present Case, neither restitution nor compensation for any value other than that on the date of taking is

265. Les autres affaires citées par les partisans du rejet de la distinction entre expropriation licite et illicite ne sont pas pertinentes. L'affaire *AAPL c. Sri Lanka* était également particulière en ce qu'elle ne concernait pas une expropriation.⁵⁹⁷ Le cas d'espèce était la destruction de l'investissement qui n'était pas justifiée par l'état de nécessité, un scénario traité par le TBI applicable à l'espèce.⁵⁹⁸ Dans l'affaire *Goetz*, le tribunal arbitral a, de manière contestable, limité son analyse à la question de savoir si l'absence de compensation était synonyme d'illicéité.⁵⁹⁹ Les arbitres concluent que le traité ne requiert pas de compensation préalable.⁶⁰⁰ Si cette conclusion est au mieux bancal, le tribunal n'a pas statué sur la question de savoir si une expropriation illicite pourrait tout de même être compensée sur le fondement conventionnel.⁶⁰¹ On notera, par ailleurs, que le tribunal laisse entendre que le Burundi pourrait également retirer la mesure litigieuse, ce qui pourrait correspondre à un mode de réparation intégrale.⁶⁰² Dans *Metalclad c. Mexique*⁶⁰³, le tribunal conclut à l'expropriation indirecte de l'investisseur. Par définition, une telle expropriation indirecte n'est pas accompagnée d'indemnisation. Le Mexique a donc violé l'article 1110 de l'ALÉNA.⁶⁰⁴ En revanche, puisque *Metalclad* n'a pas argumenté sur l'inadéquation du standard de compensation prévue par l'ALÉNA ni invoqué le standard de réparation intégrale, le tribunal n'a pas statué sur la pertinence de la distinction.

266. Introduction - Suite. L'affaire *Burlington* est particulièrement intéressante en revanche, et bien plus convaincante.⁶⁰⁵ Le tribunal raisonne de la manière suivante. Tout d'abord, les arbitres considèrent que le standard conventionnel prévu par le TBI ne peut s'appliquer à l'expropriation illicite.⁶⁰⁶ Il rappelle ensuite que le standard coutumier

sought by the Claimant, so the Tribunal need not determine whether such remedies would be available with respect to a taking to which the Treaty of Amity applies. »

597. CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, sentence, 27 juin 1990, n° ARB/87/3.

598. *Ibid.*, § 88.

599. CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, sentence, 10 fév. 1999, n° ARB/95/3.

600. *Ibid.*, § 124.

601. *Ibid.*, § 131.

602. *Ibid.*, § 132.

603. CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, sentence, 30 août 2000, n° ARB(AF)/97/1.

604. *Ibid.*, § 112.

605. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. République de l'Équateur*, décision sur le réexamen et la compensation, 7 fév. 2017, n° ARB/08/5.

606. *Ibid.*, § 160 : « In the Tribunal's view, the appropriate standard of compensation in this case is the customary international law standard of full reparation. Article III(1) only describes the conditions under which an expropriation is considered lawful ; it does not set out the standard of compensation for

prévoit la restitution comme mode de réparation primaire.⁶⁰⁷ Ainsi, puisque la restitution est décidée au jour de la sentence, le tribunal conclut que la réparation doit, elle aussi et comme un palliatif à la restitution,⁶⁰⁸ être décidée à cette date.⁶⁰⁹ L'enjeu en l'espèce était d'importance, puisqu'il s'agissait de déterminer si le tribunal était en mesure de

expropriations resulting from breaches of the Treaty. »

607. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. République de l'Équateur*, décision sur le réexamen et la compensation, 7 fév. 2017, n° ARB/08/5, § 177 : « The appropriate standard of compensation is thus the customary international law standard of full reparation set out in Article 31 of the ILC Articles, applied by analogy. While Part Two of the ILC Articles, which sets out the legal consequences of internationally wrongful acts and to which Article 31 belongs, is not applicable to the international responsibility of States vis-à-vis non-States, it is generally accepted that the ILC Articles can be transposed to the context of investor-State disputes. ILC Article 31 provides that “[t]he responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act”. Pursuant to this principle, first articulated in the landmark Chorzów case, “reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed” » ; Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Rapport de la C.D.I., 53e session, 23 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2001, Assemblée générale, documents officiels, 56e session, Supplément n°10 (A56/10), pp. 43-44, art. 36.

608. Sur la remise en question de la primauté de la réparation en droit international général, v. Yann KERBRAT, « Interaction between the Forms of Reparation » in *The Law of International Responsibility*, sous la dir. de James CRAWFORD et al., Oxford University Press (OUP), 2010, pp. 581 et s.

609. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. République de l'Équateur*, décision sur le réexamen et la compensation, 7 fév. 2017, n° ARB/08/5, § 326 : « In the majority's view, the full reparation standard requires that the damages resulting from the unlawful act be valued on the date of the award, using information available at that point in time. This conclusion derives from the Chorzów case, where the PCIJ stated that, in cases where the State's wrongful act was not limited to failure to pay compensation, the compensation to be awarded “is not necessarily limited to the value of the undertaking at the moment of the dispossession, plus interest to the day of payment”. According to the Court, “[t]his limitation would only be admissible if the Polish Government had the right to expropriate, and if its wrongful act consisted merely in not having paid to the two Companies the just price of what was expropriated”. By contrast, when the expropriation is unlawful, the State is required to make full reparation for the injury caused, and this “reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed”. According to the Court, this “involves the obligation to restore the undertaking and, if this be not possible, to pay its value at the time of the indemnification, which value is designed to take the place of restitution which has become impossible”. The Court highlighted that to conclude otherwise would be “tantamount to rendering lawful liquidation and unlawful dispossession indistinguishable in so far as their financial results are concerned”. » Sur la position des tribunaux arbitraux en matière de restitution, v. not. CIRDI, *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg SARL c. Espagne*, sentence finale, 4 mai 2017, n° ARB/13/36, § 425 : « The Tribunal does not regard restitution in the form of restoring the RD 661/2007 regulatory regime as an appropriate remedy in this situation. As indicated earlier, the Tribunal does not question Respondent's sovereign right to take appropriate regulatory measures to meet public needs, potentially including revision of the RD 661/2007 regime. » CIRDI, *Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, sentence, 21 juill. 2017, n° ARB/09/1, § 1098 : « Further and in any event, the Tribunal is of the view that, in the circumstances of this case, restitution in kind is neither practical nor practicable. Claimants are in bankruptcy and the Airlines have now been operated by Respondent for a number of years. Accordingly, the Tribunal dismisses Claimants' request for restitution in kind and turns now to the assessment of their alternative claim for the monetary equivalent of all damages caused to its investments. »

prendre en compte des éléments ayant eu lieu après la mesure d'expropriation.⁶¹⁰ Le montant de la compensation s'en trouverait alors fortement impacté, avec la prise en compte des pertes passées – celles qui sont postérieures à l'expropriation mais antérieure à la sentence – et les pertes futures.⁶¹¹ Les arbitres justifient cette position, qui s'éloigne de celle de l'*Usine de Chorzów* qui limitait le *lucrum cessans* aux pertes passées uniquement, par l'évolution des méthodes d'évaluation du dommage.

« la CPJI utilisait une méthode d'évaluation basée sur les actifs, de sorte que de tels bénéfices auraient été ajoutés à la valeur des actifs de l'entreprise, créant un risque de double comptage. Ici, le Tribunal utilise une méthode d'évaluation basée sur le revenu (plus précisément, la méthode DCF) qui évalue l'investissement exclusivement sur la base du bénéfice économique qu'il est censé générer [...]. Par conséquent, de l'avis de la majorité, le risque de double comptage identifié par la CPJI ne se pose pas ici. »⁶¹²

267. On le sait, la méthode dite « d'actualisation des flux de trésorerie » (discounted-cash flow) est autant utilisée que critiquée par les arbitrages d'investissement.⁶¹³ Pourtant,

610. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. République de l'Équateur*, décision sur le réexamen et la compensation, 7 fév. 2017, n° ARB/08/5, § 332.

611. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. République de l'Équateur*, décision sur le réexamen et la compensation, 7 fév. 2017, n° ARB/08/5, § 336 ; Sur les difficultés à déterminer le montant des pertes futures, v. CIRDI, *Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, sentence, 21 juill. 2017, n° ARB/09/1, § 1115 : « Claimants argued that in an unlawful expropriation scenario, they were entitled to the greater of the fair market value at the time of the taking and the fair market value at the date of the Award. While the Tribunal agrees that this may be an appropriate determination of reparation when a State expropriates an obviously profitable asset, it is not appropriate in these circumstances. The Airlines were in financial difficulty and the record indicated that significant cash investments were required to allow them to continue to operate. Even if it were appropriate to award Claimants a value that reflected a restructured and refinanced asset, the Tribunal is not persuaded that Claimants have adequately proved a higher value for the shares of the Airlines than the USD 330 million, which reflects the minimum value calculated in the Credit Suisse valuation. » CIRDI, *UAB E energija (Lituanie) c. Lettonie*, sentence, 22 déc. 2017, n° ARB/12/33, § 1136.

612. CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. République de l'Équateur*, décision sur le réexamen et la compensation, 7 fév. 2017, n° ARB/08/5, n. 541. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « the PCIJ was using an asset-based valuation method, so any such profits would have been added to the value of the undertaking's assets, creating a risk of double-counting. Here, the Tribunal is using an income-based valuation method (specifically, the DCF method) that values the investment exclusively on the basis of the economic benefit it is expected to generate [...]. As a result, in the majority's view, the risk of double-counting identified by the PCIJ does not arise here. » V. aussi l'opinion minoritaire de Brigitte Stern sur la question, considérant que la méthode de DCF n'est pas appropriée en arbitrage d'investissement.

613. Thomas W WÄLDE et Borzu SABAHI, « Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law », *Transnational Dispute Management* 10 fév. 2007, vol. 6, n° 4, p. 65, p. 1074, qui considèrent qu'il s'agit d'une forme de « speculation about the future dressed up in the appearance of mathematical equations. »

le tribunal dans l'affaire Burlington utilise ladite méthode, et marque ainsi l'intérêt de la distinction entre le standard de réparation intégrale et celui de compensation adéquate. Tandis que les partisans du rejet de la distinction se réfèrent à quelques affaires qui ne sont *in fine* pas pertinentes, il convient d'étudier trois autres affaires traitant directement du sujet : *ADC c. Hongrie*,⁶¹⁴ *Siemens*⁶¹⁵ et *Vivendi*.⁶¹⁶

268. Les faits dans ADC. L'affaire *ADC c. Hongrie*⁶¹⁷ est probablement l'une des plus importantes à avoir remis la distinction entre expropriation licite et illicite sur le devant de la scène.⁶¹⁸ Le litige en l'espèce concernait un contrat attribué par une agence étatique hongroise à ADC. Le contrat avait pour objet la rénovation et la construction d'un nouveau terminal ainsi que son exploitation sur une période de douze ans. Ces opérations devaient avoir lieu par le biais d'une société locale. Les investisseurs chypriotes, dont les bénéficiaires et propriétaires finaux étaient ADC et la société Aéroports de Montréal (ADMC), ont été incorporés de la manière suivante : ADC Affiliated Ltd. détenait le capital de la société tandis qu'ADC et ADMC Management Ltd. percevaient les frais de gestion en tant que gestionnaires. Après trois ans d'exploitation de l'aéroport par l'investisseur, le ministre hongrois des Transports a publié, en décembre 2001 un décret annulant ses droits d'exploitation et transférant l'exploitation de l'aéroport à une société d'État, Budapest Airport Rt. Les investisseurs ont dû quitter leurs bureaux en quelques jours et leurs employés ont été contraints de rejoindre la nouvelle société ou de démissionner. Aucune compensation ni offre de compensation n'ont accompagné le décret. En 2003, les investisseurs ont entamé une procédure d'arbitrage contre la Hongrie en vertu du TBI entre la Hongrie et Chypre,⁶¹⁹ demandant une compensation pour les violations du traité par la Hongrie.

614. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16.

615. CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, sentence, 17 jan. 2007, n° ARB/02/8.

616. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 21 nov. 2000, n° ARB/97/3; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 17 fév. 2000, n° ARB/96/1.

617. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16.

618. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » *in 50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, p. 245.

619. Accord entre la République de Chypre et la République populaire Hongroise sur l'encouragement et la protection mutuels des investissements, signé le 24 mai 1989, à Budapest.

269. Les faits dans *Siemens*. Quelques mois seulement après l'affaire ADC, un autre tribunal arbitral a rendu sa décision dans *Siemens AG c. Argentine*,⁶²⁰ là aussi se penchant sur la question de l'application du principe de réparation intégrale. Le contentieux est assez classique au regard des dizaines d'affaires ayant été engagées contre l'Argentine dans le cadre de la sévère crise économique traversée par le pays et la *2000 Emergency Law*. Les faits de l'espèce concernaient en particulier un contrat relatif à la fourniture de services dans le domaine de l'immigration, de l'identification et du processus électoral. Le contrat a été octroyé à SITS, une filiale argentine de Siemens, par un décret de 1998. Après l'achèvement de la phase d'étude et d'implémentation, le système de contrôle de l'immigration a été interrompu un jour après sa mise en place, début février 2000, faute d'autorisation gouvernementale. Trois semaines plus tard, l'Argentine a suspendu la production, l'impression et la distribution de toutes les nouvelles cartes d'identité nationales en raison de défauts, mais a interdit à SITS de modifier le processus pour y remédier. Une commission gouvernementale spéciale, créée pour examiner le contrat et proposer une solution, a accepté le 10 novembre 2000 une proposition soumise par Siemens. Cette proposition a été incorporée dans une *Proposition de reformulation du contrat* envoyée ultérieurement par le gouvernement argentin à Siemens. Entre-temps, le Congrès argentin avait promulgué la loi d'urgence de 2000, qui habilitait le président à renégocier les contrats du secteur public. Convaincu que cette loi permettrait d'accélérer l'approbation de la proposition de reformulation du contrat, Siemens a accepté que le contrat soit inclus dans son champs d'application. En particulier, le Président argentin s'est engagé à publier un décret acceptant la proposition à la fin de l'année 2000. Aucun décret n'avait cependant été publié en mars 2001, lorsque le ministre de l'Intérieur nouvellement nommé a affirmé ne pas être au courant de la proposition de reformulation du contrat. En mai 2001, un nouveau projet est proposé à SITS. Le 18 mai 2001, le contrat a été résilié par un décret pris en vertu de la loi d'urgence de 2000. Un recours administratif subséquent déposé par SITS a été rejeté. Siemens a entamé une procédure d'arbitrage, affirmant que son investissement avait été la cible d'une expropriation indirecte et rampante par l'Argentine, pour laquelle l'investisseur n'a reçu aucune compensation.

270. Les faits dans *Vivendi*. L'affaire *Vivendi* a également considéré l'application du principe de réparation intégrale.⁶²¹ L'affaire découle de la privatisation des services

620. CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, sentence, 17 jan. 2007, n° ARB/02/8.

621. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3.

d'eau et d'égouts dans la province argentine de Tucumán, qui a été lancée au début de 1993 dans le contexte plus large des efforts de libéralisation des investissements sous la présidence de Menem. Après de longues négociations, une concession a finalement été accordée par la province, en 1995, au Consortium of Aguas del Aconquija (CAA). Le processus de privatisation et la structure tarifaire de CAA sont rapidement devenus controversés et ont fait l'objet d'importants débats politiques. Le CAA a été soumis à une série de procédures réglementaires liées à des problèmes présumés de qualité de l'eau et de facturation. Une campagne publique contre le CAA a été lancée par plusieurs politiciens, tandis que le gouvernement a annoncé publiquement son intention d'annuler l'accord de concession. Les tentatives pour trouver une solution à l'amiable au litige ont toutes échoué. Le CAA a finalement annoncé qu'elle résiliait l'accord de concession en raison des manquements de la province de Tucumán à ses obligations. Le gouverneur de la province a alors émis un décret visant à résilier l'accord de concession en raison des violations répétées alléguées de le CAA. Les efforts déployés par CAA pour recouvrer ses factures impayées ont été contrecarrés par les autorités. Dans une première sentence rendue le 21 novembre 2000, un tribunal arbitral a estimé que les autorités fédérales argentines n'avaient pas violé le traité France-Argentine applicable.⁶²² Le tribunal a refusé d'examiner le bien-fondé des réclamations au titre du TBI concernant les actes des autorités provinciales, au motif que, pour ce faire, il devrait interpréter et appliquer les dispositions d'un accord de concession contenant une clause d'élection de for en faveur des tribunaux administratifs de Tucumán. Cette sentence fut en partie annulée le 3 juillet 2002 par décision du comité *ad hoc*. L'affaire a ainsi été soumise à nouveau à un second tribunal.

271. La violation du traité et l'illicite des expropriations furent reconnus dans ces trois affaires. Ainsi, dans *ADC*, le tribunal conclut à la violation du traité par la Hongrie pour expropriation illicite.⁶²³ Si la question de l'illicite était en l'espèce peu complexe, le droit applicable à la réparation a en revanche fait l'objet d'une importante démonstration par le tribunal. En ce qui concerne le droit applicable, le tribunal devait décider si la norme d'indemnisation était déterminée par le traité ou par le droit international coutumier. Cette question, contrairement à d'autres affaires,⁶²⁴ a été longuement discutée par les parties. En effet, la problématique est d'une importance toute

622. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 21 nov. 2000, n° ARB/97/3.

623. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, Section VII C.

624. V. *supra* n° 257, p. 162.

particulière étant donné les circonstances de l'espèce et l'augmentation de la valeur de l'investissement : l'expropriation étant ici opportuniste. La plupart des arguments exposés sont basés sur la Convention de Vienne sur le Droit des Traités,⁶²⁵ en particulier l'article 31 sur l'interprétation conventionnelle. Sur le plan des mérites dans *Siemens*, le tribunal a considéré que l'investissement de Siemens avait effectivement été exproprié et que l'expropriation était illicite. En particulier, le tribunal a estimé que la dépossession ne respectait pas les conditions d'utilité publique et d'indemnisation prévue à l'article 4(2) du traité. Le tribunal a estimé que si le « décret d'expropriation », en tant que tel, pouvait être considéré comme ayant été pris dans la poursuite d'un objectif public dans le contexte de la crise financière de l'Argentine et de la loi d'urgence de 2000, il ne pouvait être évalué indépendamment des autres mesures prises par l'Argentine et des circonstances spécifiques dans lesquelles il a été pris.⁶²⁶ Enfin, le second tribunal dans *Vivendi* a considéré que l'investisseur avait été exproprié indirectement, et donc sans compensation.⁶²⁷

272. Le standard conventionnel fut systématiquement écarté. Dans *ADC*, les requérants ont d'abord fait valoir que le sens ordinaire des termes du traité limite la portée de l'article 4 à l'expropriation licite.⁶²⁸ En effet, l'article 4(1) énumère les conditions de l'expropriation licite, parmi lesquelles se trouve le paiement d'une « juste compensation ». *ADC* soutient que le terme de « compensation » ne peut être universel mais doit être limité à l'expropriation licite. *ADC* justifie sa position au regard des dispositions suivantes

625. Convention de Vienne sur le droit des traités, signée le 23 mai 1969, à Vienne.

626. CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, sentence, 17 jan. 2007, n° ARB/02/8, § 273 : « Decree 669/01 [the decree expropriating the contract] became a convenient device to continue the process started more than a year earlier long before the onset of the financial crisis. From this perspective, while the public purpose of the 2000 Emergency Law is evident, its application through Decree 669/01 to the specific case of Siemens' investment and the public purpose of same are questionable. In any case, compensation has never been paid on grounds that, as already stated, the Tribunal finds that are lacking in justification. For these reasons, the expropriation did not meet the requirements of Article 4(2) and therefore was unlawful. »

627. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3, § 7.5.34 : « paraphrasing the words of the Tecmed, CME, Santa Elena, and Starrett Housing tribunals, Claimants were radically deprived of the economic use and enjoyment of their investment, the benefits of which (ie the right to be paid for services provided) had been effectively neutralised and rendered useless. Under these circumstances, rescission of the Concession Agreement represented the only rational alternative for Claimants. By leaving Claimants with no other rational choice, we conclude that the Province thus expropriated Claimants' right of use and enjoyment of their investment under the Concession Agreement. »

628. Convention de Vienne sur le droit des traités, signée le 23 mai 1969, à Vienne, art. 31 : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

de l'article 4, en particulier l'article 4(2) qui exige que le montant de la compensation soit égal à la valeur marchande des investissements expropriés à la date de l'expropriation. Au sens du requérant, l'article 4(2) ne peut s'appliquer qu'à la compensation requise dans le cadre de l'expropriation licite. En outre, il a été souligné que, selon l'art. 4(4), « la compensation doit être payée sans retard indu dès l'achèvement de la procédure légale d'expropriation », ce qui a été considéré comme une preuve supplémentaire que le terme « indemnité » et sa définition ne s'appliquent qu'aux expropriations licites. Les requérants ont également fait valoir que l'objet et le but du TBI militaient en faveur de l'octroi du montant potentiellement plus élevé des dommages-intérêts disponibles en vertu du droit international coutumier dans les cas de dépossessions illicites. Le préambule du TBI indique que son objet et son but sont de créer des conditions favorables aux investissements des investisseurs d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante. Si une norme d'indemnisation uniforme était appliquée dans tous les cas d'expropriation, l'État n'aurait aucune raison d'agir légalement, car aucune conséquence financière ne découlerait d'une expropriation illégale par rapport à une prise légale (dans les circonstances particulières où la valeur de l'investissement augmente après l'expropriation).⁶²⁹ Cet argument est fréquemment reconnu comme majeur par la doctrine,⁶³⁰ mais aussi au regard de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités qui expose clairement la nécessité d'interpréter les clauses conventionnelles avec un regard particulier pour leur objet.⁶³¹

273. De la même manière, le tribunal dans *Siemens* continue son analyse en écartant l'application du standard conventionnel à l'expropriation illicite.

« Le droit applicable à la détermination de l'indemnisation pour une violation de ces obligations découlant du Traité est le droit international coutumier. Le Traité lui-même ne prévoit qu'une indemnisation pour l'expropriation conformément aux termes du Traité. »⁶³²

629. V. également l'argument similaire sur la nécessité de considérer comme illicite les expropriations non compensées.

630. W. Michael REISMAN et Robert D. SLOANE, « Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation », *British Yearbook of International Law* 1^{er} jan. 2004, vol. 74, n° 1, p. 115-150, p. 115 : « To shield investors from illegal expropriation and other arbitrary or discriminatory governmental conduct that threatens to discourage foreign investment remains a vital purpose of BITs. »

631. Convention de Vienne sur le droit des traités, signée le 23 mai 1969, à Vienne, art. 31 § 1 : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. »

632. CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, sentence, 17 jan. 2007, n° ARB/02/8, § 349. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The law applicable to the determination of compensation for a breach of such Treaty obligations is customary international law. The Treaty itself only provides for

274. Une position analogue fut prise par le tribunal dans *Vivendi*. Une fois la démonstration de l'illicite faite, le tribunal se tourne naturellement vers la question des dommages et de l'indemnisation. Dans un premier temps, les arbitres rappellent que le TBI applicable à l'espèce oblige le tribunal à établir la compensation en fonction de la valeur réelle de l'investissement à la date de la dépossession *pour les expropriations licites*.⁶³³ Le tribunal rejette en revanche l'argument comme quoi cet article établit une *lex specialis* applicable à l'expropriation illicite.⁶³⁴

275. Dans *ADC*, il fut considéré que l'extension du standard conventionnel aux expropriations illicites violerait la clause de la nation la plus favorisée. Notamment, il a été affirmé que limiter l'indemnisation à la norme de l'art. 4(2) violerait l'art. 3(2) du TBI prévoyant « une sécurité et une protection totales qui, en tout état de cause, ne seront pas inférieures à celles accordées aux investissements de tout État tiers. » Une norme d'indemnisation uniforme qui ne fait pas de distinction entre l'expropriation licite et l'expropriation illicite offrirait une protection moindre en vertu du TBI que la protection accordée aux investissements de tout État avec lequel la Hongrie n'a pas conclu de traité de protection des investissements, c'est-à-dire la norme prévue par le droit international coutumier. Alors qu'un investisseur provenant d'un État tiers bénéficierait du standard de réparation intégrale, l'investisseur protégé par le traité serait en fait dans une position moins favorable, car restreint au standard conventionnel dans toutes les situations. Bien entendu, cette situation ne saurait être appréciée en arbitrage d'investissement puisqu'elle viderait les TBIs de leur sens.

276. **L'application du principe de réparation intégrale.** Dans *ADC*, le tribunal accepte les arguments de l'investisseur et rejette l'argument de la Hongrie selon lequel le TBI énonce une *lex specialis* applicable à l'expropriation illicite et faisant obstacle à l'application d'une norme générale de droit international.

« L'opinion selon laquelle un TBI peut être considéré comme une *lex specialis* dont les dispositions prévaudront sur les règles du droit international coutumier fait autorité (voir, par exemple, *Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran*). Mais en l'espèce, le TBI ne stipule aucune règle relative aux dommages

compensation for expropriation in accordance with the terms of the Treaty. »

633. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3, § 8.2.3.

634. *Ibid.*, § 8.2.3. : « the Treaty thus mandates that compensation for lawful expropriation be based on the actual value of the investment, and that interest shall be paid from the date of dispossession. However, it does not purport to establish a *lex specialis* governing the standards of compensation for wrongful expropriations. »

et intérêts payables en cas d'expropriation illégale. Le TBI ne stipule que la norme d'indemnisation qui est payable dans le cas d'une expropriation légale, et celle-ci ne peut être utilisée pour déterminer la question des dommages-intérêts payables dans le cas d'une expropriation illégale, car cela reviendrait à confondre l'indemnisation pour une expropriation légale avec les dommages-intérêts pour une expropriation illégale. Cela aurait été possible si le TBI prévoyait expressément une telle position, mais cela n'existe pas en l'espèce. Puisque le TBI ne contient aucune règle de *lex specialis* qui régit la question de la norme d'évaluation des dommages-intérêts dans le cas d'une expropriation illégale, le Tribunal est tenu d'appliquer la norme par défaut contenue dans le droit international coutumier en l'espèce. »⁶³⁵

Le tribunal a estimé que la norme d'indemnisation du TBI ne s'appliquait qu'aux expropriations licite. Après avoir déterminé que l'expropriation de la Hongrie était illicite, le tribunal a appliqué la norme articulée par la CPJI dans l'affaire de l'Usine de Chorzów pour indemniser ADC.⁶³⁶ En se référant à de nombreux cas d'arbitrage de traités et de la CIJ qui ont affirmé et appliqué la norme de l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, le tribunal a conclu qu'« il ne peut y avoir aucun doute sur la vitalité actuelle du principe de l'Usine de Chorzów. »⁶³⁷

De même, les arbitres dans *Siemens* se réfèrent standard de Chorzów ainsi qu'aux articles de la CDI.⁶³⁸

« La différence essentielle entre l'indemnisation prévue par le Projet d'articles et la formule de l'affaire Usine de Chorzów, et l'article 4(2) du Traité est qu'en

635. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, §§ 481-2. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « There is general authority for the view that a BIT can be considered as a *lex specialis* whose provisions will prevail over rules of customary international law (see, e.g., *Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran*, 21 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. at 121). But in the present case the BIT does not stipulate any rules relating to damages payable in the case of an unlawful expropriation. The BIT only stipulates the standard of compensation that is payable in the case of a lawful expropriation, and these cannot be used to determine the issue of damages payable in the case of an unlawful expropriation since this would be to conflate compensation for a lawful expropriation with damages for an unlawful expropriation. This would have been possible if the BIT expressly provided for such a position, but this does not exist in the present case..

Since the BIT does not contain any *lex specialis* rules that govern the issue of the standard for assessing damages in the case of an unlawful expropriation, the Tribunal is required to apply the default standard contained in customary international law in the present case. » V. aussi CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., Et LG&E International, Inc. c. Argentine*, sentence, 25 juill. 2007, n° ARB/02/1, § 38.

636. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17.

637. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 493.

638. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

vertu du premier, l'indemnisation doit prendre en compte "tous les dommages financièrement évaluables" ou "effacer toutes les conséquences de l'acte illégal", contrairement à l'indemnisation "équivalente à la valeur de l'investissement exproprié" prévue par le Traité. En vertu du droit international coutumier, Siemens a droit non seulement à la valeur de son entreprise au 18 mai 2001, date de l'expropriation, mais aussi à toute valeur supérieure que cette entreprise a acquise jusqu'à la date de la présente sentence, plus tout dommage indirect. » ⁶³⁹

Enfin, les arbitres dans *Vivendi* se réfèrent aussi au principe de réparation intégrale, dont la vitalité ne fait « aucun doute. » ⁶⁴⁰ De ce fait, et se référant également au Projet d'articles de la CDI, ⁶⁴¹ le tribunal conclut qu'en l'absence de clauses contraires dans le traité, il est généralement admis aujourd'hui que, quel que soit le type d'investissement, et, quelle que soit la nature de la mesure illégitime, le niveau des dommages-intérêts accordés dans le cadre d'un arbitrage international en matière d'investissement est censé être suffisant pour indemniser pleinement la partie touchée et éliminer les conséquences de l'action de l'État. ⁶⁴² Le tribunal se réfère par ailleurs très clairement aux affaires *ADC* et *Siemens* sur la question du droit applicable à la compensation. ⁶⁴³

639. CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, sentence, 17 jan. 2007, n° ARB/02/8, § 352. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The key difference between compensation under the Draft Articles and the Factory at Chorzów case formula, and Article 4(2) of the Treaty is that under the former, compensation must take into account 'all financially assessable damage' or 'wipe out all the consequences of the illegal act' as opposed to compensation 'equivalent to the value of the expropriated investment' under the Treaty. Under customary international law, Siemens is entitled not just to the value of its enterprise as of May 18, 2001, the date of expropriation, but also to any greater value that enterprise has gained up to the date of this Award, plus any consequential damages. »

640. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3, § 8.2.5. : « There can be no doubt about the vitality of this statement of damages standard under customary international law, which has been affirmed and applied by numerous international tribunals as well as the PCIJ's successor, the International Court of Justice. It is also clear that such a standard permits, if the facts so require, a higher rate of recovery than that prescribed in Article 5(2) for lawful expropriations. »

641. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

642. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3, § 8.2.7. : « based on these principles, and absent limiting terms in the relevant treaty, it is generally accepted today that, regardless of the type of investment, and regardless of the nature of the illegitimate measure, the level of damages awarded in international investment arbitration is supposed to be sufficient to compensate the affected party fully and to eliminate the consequences of the state's action. »

643. Le tribunal s'est notamment référé à la sentence *ADC*, rendue après la soumission par les parties de leurs mémoires ce qui explique l'absence de mention d'*ADC* dans leurs documents. *ibid.*, § 8.2.3. : « *ADC* is a lucid analysis of possible different standards of damages assessment under customary international law and a *lex specialis* established in a BIT. »

277. Les conséquences du principe de réparation intégrale. Puisque le standard de réparation intégrale est maintenant accepté par le tribunal dans *ADC*, celui-ci examine les conséquences de cette analyse, notamment au regard de l'augmentation de la valeur de l'investissement après la date de l'expropriation.

« Reste à savoir quelle conséquence l'application de cette norme de droit international coutumier a pour la présente affaire. Il est clair qu'une restitution effective ne peut avoir lieu et que c'est donc, selon les termes de la décision Usine de Chorzów, "le versement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait une restitution en nature" qui doit être décidé.

La présente affaire est presque unique parmi les affaires jugées concernant l'expropriation par les États de biens appartenant à des étrangers, car la valeur de l'investissement après la date de l'expropriation (1er janvier 2002) a augmenté très considérablement, alors que les autres arbitrages qui appliquent la norme de l'usine de Chorzów concernent tous invariablement des scénarios dans lesquels la valeur de l'investissement a baissé après l'interférence réglementaire. C'est pour cette raison que l'application de la norme de restitution par divers tribunaux d'arbitrage a conduit à utiliser la date de l'expropriation comme date d'évaluation des dommages-intérêts.

Toutefois, dans le présent type d'affaire *sui generis*, l'application de la norme de l'usine de Chorzów exige que la date d'évaluation soit la date de la sentence et non la date de l'expropriation, car c'est ce qui est nécessaire pour mettre les requérants dans la même position que si l'expropriation n'avait pas été commise. » ⁶⁴⁴

Le tribunal dans l'affaire *ADC* a donc conclu que, en vertu de la norme de droit

644. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, §§ 496-7. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The remaining issue is what consequence does application of this customary international law standard have for the present case. It is clear that actual restitution cannot take place and so it is, in the words of the Chorzów Factory decision, 'payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear', which is the matter to be decided.

The present case is almost unique among decided cases concerning the expropriation by States of foreign owned property, since the value of the investment after the date of expropriation (1 January 2002) has risen very considerably while other arbitrations that apply the Chorzów Factory standard all invariably involve scenarios where there has been a decline in the value of the investment after regulatory interference. It is for this reason that application of the restitution standard by various arbitration tribunals has led to use of the date of the expropriation as the date for the valuation of damages. However, in the present, *sui generis*, type of case the application of the Chorzów Factory standard requires that the date of valuation should be the date of the Award and not the date of expropriation, since this is what is necessary to put the Claimants in the same position as if the expropriation had not been committed. »

international coutumier dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, les demandeurs doivent être indemnisés tant pour la valeur estimée des parts des investisseurs dans la société à la date de la sentence que pour les dividendes et frais de gestion non payés entre la date de l'expropriation et la date de la sentence. Le premier pan de l'analyse sera par ailleurs calculé sur la base des profits futurs estimés, en particulier avec une méthode DCF.⁶⁴⁵ S'appuyant sur la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie et sur l'analyse présentée par les experts des requérants, le tribunal a évalué les actifs expropriés à la date de la sentence à 76,2 millions de dollars américains, soit 11,5 millions de plus que la valeur des mêmes actifs à la date de l'expropriation. Dans *Siemens* au sujet de la valeur de l'investissement à indemniser, le tribunal a noté qu'il s'agissait de « la valeur qu'il [l'investissement] a maintenant, à la date de la présente sentence, à moins que cette valeur ne soit inférieure à celle de la date de l'expropriation, auquel cas la valeur antérieure serait accordée. »⁶⁴⁶ Siemens avait basé la valeur de ses dommages sur la valeur comptable de son investissement, à laquelle elle avait ajouté le *lucrum cessans*. Bien que le tribunal ait reconnu que « l'approche certes inhabituelle » suivie par le demandeur avait du mérite dans les circonstances particulières de l'affaire,⁶⁴⁷ il a néanmoins rejeté la demande de manque à gagner, car il a estimé que « le montant demandé au titre du manque à gagner [était] très peu susceptible de s'être matérialisé. »⁶⁴⁸ Le tribunal s'est ensuite penché sur la demande au titre des frais postérieurs à l'expropriation, qu'il a jugée « justifiée afin d'effacer les conséquences de l'expropriation. »⁶⁴⁹ Le tribunal a finalement condamné l'Argentine à verser une indemnité à Siemens d'un montant de près de 218 millions de dollars américains. Tirant les conséquences de ses propres constatations, le tribunal dans *Vivendi* conclut au sujet des méthodes de calcul :

« En droit international, selon les circonstances propres à un cas particulier, il existe un certain nombre de façons d'estimer la juste valeur marchande. Le Tribunal accepte, en principe, que la juste valeur marchande puisse être déterminée par référence aux pertes de profits futurs dans un cas approprié. En effet, en théorie, il pourrait même s'agir de la méthode privilégiée de calcul des dommages dans les cas d'expropriation ou de perte de valeur

645. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 518 ; V. aussi Martin J VALASEK, « A "simple Scheme" : Exploring the Meaning of Chorzów Factory for the Valuation of Opportunistic Expropriation in the BIT Generation », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6, p. 49.

646. CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, sentence, 17 jan. 2007, n° ARB/02/8, § 360.

647. *Ibid.*, p. 357.

648. *Ibid.*, § 379.

649. *Ibid.*, § 387.

fondamentale d'entreprises en activité. Cependant, la valeur actuelle nette fournie par une analyse DCF n'est pas toujours appropriée et le devient de moins en moins lorsque les hypothèses et les projections deviennent de plus en plus spéculatives. »⁶⁵⁰

Cependant, et à l'inverse de l'affaire ADC, le requérant n'a, aux yeux du tribunal, pas suffisamment démontré la probabilité de profits futurs.⁶⁵¹ Parmi plusieurs possibilités (valeur comptable, valeur d'investissement, valeur de remplacement ou valeur de liquidation), le tribunal a conclu que « la "valeur d'investissement" de la concession semble offrir l'approximation la plus proche, même si elle n'est que partielle, d'une compensation suffisante pour éliminer les conséquences des actions de la Province. »⁶⁵² Le tribunal accorde alors à Vivendi 51 millions de dollars américains, à savoir la valeur de l'investissement à la date de l'expropriation, et 54 millions de la même devise pour les investissements réalisés après cette date.

278. L'invocation de la jurisprudence de la CEDH et à d'autres écrits. Afin de justifier davantage sa décision selon laquelle la date d'évaluation doit être celle de la sentence et non de l'expropriation, le tribunal dans *ADC* se réfère à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. En particulier, dans l'affaire *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*,⁶⁵³ la CEDH a établi une distinction claire entre l'indemnité due par un État en cas d'expropriation licite et la réparation due en cas de dépossession illicite. Après s'être référée au passage souvent cité de l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, la CEDH a conclu que la réparation ne devait pas se limiter au paiement de la valeur des biens expropriés au jour de leur prise mais devait plutôt s'élever au paiement de la « valeur actuelle du terrain, augmentée de la plus-value entraînée par l'existence des bâtiments et des coûts de construction de ces derniers. »⁶⁵⁴ Le tribunal ADC a également fait

650. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3, § 8.3.3. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « At international law, depending on the circumstances arising in a particular case, there are a number of ways of approximating fair market value. The Tribunal accepts, in principle, that fair market value may be determined with reference to future lost profits in an appropriate case. Indeed, theoretically, it may even be the preferred method of calculating damages in cases involving the expropriation of or fundamental impairment of going concerns. However, the net present value provided by a DCF analysis is not always appropriate and becomes less so as the assumptions and projections become increasingly speculative. »

651. *Ibid.*, § 8.3.5., le standard étant défini comme l'apport de « sufficient evidence of its expertise and proven record of profitability of concessions it (or indeed others) had operated in similar circumstances. »

652. *Ibid.*, p. 8.3.13.

653. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, arrêt, 31 oct. 1995, n° 14556/89.

654. *Ibid.*, § 39.

référence aux écrits de l'ancien président de la CIJ, Jiménez de Aréchaga :

« Le fait que l'indemnité présuppose, comme l'a indiqué la CPIJ, le "paiement d'une somme correspondant à la valeur que supporterait une restitution en nature", a des effets importants sur son étendue. En effet, en raison de la dépréciation des monnaies et des délais de l'administration de la justice, la valeur d'un bien confisqué peut être plus élevée au moment de la décision judiciaire qu'au moment de l'acte illicite. Puisque l'indemnité pécuniaire doit, dans la mesure du possible, ressembler à une restitution, la valeur à la date du versement de l'indemnité doit être le critère. » ⁶⁵⁵

De même, *Siemens* se réfère en particulier aux instructions données par la CPJI aux experts dans l'affaire.

« Il est logique que, si toutes les conséquences de l'acte illégal doivent être effacées, la valeur de l'investissement au moment de cette sentence soit intégralement indemnisée. Sinon, l'indemnisation ne couvrirait pas toutes les conséquences de l'acte illégal. Bien que le Tribunal ait déterminé que le Traité ne s'applique pas aux fins de la détermination de l'indemnisation due à Siemens, qui est régie par le droit international coutumier tel que reflété dans l'usine de Chorzów, il convient de noter que la CPJI, comme le Traité lui-même, se réfère à la valeur de l'investissement sans qualification. Pour parvenir à sa conclusion, la CPJI n'a pas eu besoin de faire qualifier la "valeur" par le terme "intégral." Le Tribunal est convaincu que le terme "valeur" n'a pas besoin d'être qualifié davantage pour signifier "pas moins que la valeur totale de l'investissement." » ⁶⁵⁶

655. Jiménez de ARÉCHAGA, « L'arbitrage entre les États et les Sociétés Privées Étrangères » *in Mélanges en l'Honneur de Gilbert Gidel*, Paris : Sirey, 1961, p. 375. Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigé : « The fact that indemnity presupposes, as the PCIJ stated, the 'payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear', has important effects on its extent. As a consequence of the depreciation of currencies and of delays involved in the administration of justice, the value of a confiscated property may be higher at the time of the judicial decision than at the time of the unlawful act. Since monetary compensation must, as far as possible, resemble restitution, the value at the date when indemnity is paid must be the criterion. » V. aussi Arbitrage *ad hoc*, *Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Company c. Libye*, sentence, 19 jan. 1977.

656. CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, sentence, 17 jan. 2007, n° ARB/02/8, § 353. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « It is only logical that, if all the consequences of the illegal act need to be wiped out, the value of the investment at the time of this Award be compensated in full. Otherwise, compensation would not cover all the consequences of the illegal act. While the Tribunal has determined that the Treaty does not apply for purposes of determining the compensation due to Siemens, which is governed by customary international law as reflected in Factory at Chorzów, it is worth noting that the PCIJ, as the Treaty itself, refers to the value of the investment without qualification. To reach its conclusion, the PCIJ did not need to have 'value' qualified by 'full'. The Tribunal is satisfied that the

279. Conclusion. On le voit, ces trois affaires semblent présenter une analyse tant juridique qu'économique autrement plus convaincante que celle consistant à nier l'intérêt de distinguer entre expropriation licite et illicite. Cependant, l'application du principe de réparation intégrale n'entraîne pas systématiquement, comme certains auteurs ont pu le craindre, une indemnisation systématiquement supérieure pour l'investisseur aux frais de l'État d'accueil. Ainsi, l'affaire *Vivendi* a vu le tribunal rejeter les prétentions de l'investisseur puisque celui-ci ne démontrait pas ses allégations économiques avec suffisamment de certitudes. Cependant, cette décision est juridiquement fondée et parfaitement justifiée, en appliquant le standard coutumier à une situation dans laquelle le standard conventionnel n'est pas applicable.

Conclusion

280. En conclusion, puisque le droit international et le droit des investissements reconnaissent tous deux l'existence de deux standards de compensation, il s'ensuit que l'illicéité de l'expropriation devrait, de primer abord, avoir un effet substantiel sur le standard à appliquer à la réparation due à l'investisseur. Alors même qu'il a été précédemment démontré en quoi l'absence de compensation entraîne l'illicéité de l'expropriation, la question des conséquences de ce principe reste quelque peu en suspens. Les critères pertinents à prendre en compte semblent probablement être plus larges que le seul caractère licite ou non de l'expropriation. Si l'on ne peut que critiquer la méthode utilisée par la plupart des tribunaux arbitraux pour ajouter des critères et des principes à ce qui semble être un principe gravé dans le marbre des traités bilatéraux, il convient tout de même de s'y intéresser.

281. En revanche, et même si certains tribunaux ont opéré une regrettable assimilation des standards de compensation, certaines affaires exposées précédemment tendent à démontrer un raisonnement autrement plus convaincant. Il est en effet erroné de considérer que la réparation intégrale et la compensation adéquate emportent les mêmes conséquences. Et quand bien même ce serait le cas, le fondement du droit international n'est pas d'opérer un raisonnement pour aboutir à un résultat prédéterminé. Une telle méthode conduit nécessairement à l'arbitraire. Finalement, que les partisans de la théorie selon laquelle le respect de la dichotomie entre expropriation licite et illicite emporte systématiquement des conséquences financières trop importantes pour l'État se

term 'value' does not need further qualification to mean not less than the full value of the investment. »

rassurent : ce n'est pas le cas. Le bénéfice d'une analyse juridique robuste, au contraire d'un méli-mélo de principes non-applicables pour arriver à un contre-sens juridique et à un résultat prédéterminé, permet de s'assurer que les arbitres arrivent à la conclusion la plus juste naturellement. Ainsi l'affaire Vivendi a-t-elle vu le refus de la demande de l'investisseur sur le fondement de l'absence de démonstration économique. À l'inverse d'autres décisions cependant, Vivendi justifie juridiquement son raisonnement et n'a eu besoin de travestir le traité applicable et le droit international pour y arriver.

Chapitre 2

L'identification du fait illicite dans l'expropriation

« Il est des entreprises pour lesquelles la vraie méthode est un désordre intentionnel. »

— Herman Melville, *Moby Dick*

282. Introduction. Les chapitres précédents ont développé tant le conflit qui oppose la doctrine et les tribunaux arbitraux sur la réparation de l'expropriation illicite que les limites des justifications et standards actuellement appliqués. C'est la raison pour laquelle il semble particulièrement pertinent de proposer une nouvelle méthodologie qui se concentre sur l'identification précise du fait illicite. De cette manière, le principe de réparation intégrale trouverait, comme le texte de l'*Usine de Chorzów* semble le soutenir, à s'appliquer uniquement sur le fait illicite. Cette théorie suppose dès lors la séparation du fait illicite de l'expropriation, lorsqu'elle est possible. Ainsi le principe de réparation intégrale devrait s'appliquer à l'ensemble de l'expropriation uniquement dès lors que le fait illicite n'est pas détachable de ladite expropriation. ([Section 1](#)) Dans le cadre de l'expropriation légitime non compensée l'acte illicite est uniquement présent dans l'absence de compensation. Quand bien même cette expropriation est et demeure illicite, l'application du principe de réparation intégrale devrait avoir pour conséquence de remettre l'investisseur dans la situation dans laquelle il aurait vraisemblablement été en l'absence du fait illicite, c'est-à-dire en la présence d'une compensation. De la même manière, dans l'expropriation qui manque d'intérêt général ou qui est discriminatoire,

que l'on pourrait qualifier comme capricieuse, l'acte illicite n'est pas détachable de l'expropriation en elle-même. Puisque l'État opère une expropriation qui n'a pas lieu d'être, le principe de réparation intégrale aurait vocation à s'appliquer à toute l'expropriation pour remettre l'investisseur dans la situation dans laquelle il aurait vraisemblablement été en l'absence de l'expropriation. Finalement, l'expropriation pour laquelle seuls les *moyens procéduraux* sont viciés est un entre-deux. Le principe de réparation intégrale devrait être appliqué uniquement sur la question procédurale viciée, avec une limitation qui est l'hypothèse dans laquelle les droits de l'investisseur ont été tellement non respectés que l'illicite s'étend à l'ensemble de l'expropriation. Les conséquences de cette théorie nouvelle sont substantiellement différentes de l'application généralisée du principe de réparation intégrale à l'ensemble des expropriations illicites et de celle du principe de compensation adéquate à toutes les expropriations. (Section 2) En particulier, il convient d'étudier les différentes applications du principe de réparation intégrale en fonction des dommages invoqués, des intérêts aux frais dus à l'arbitrage.

283. Une théorie justifiée par l'obligation de réparation. L'obligation de réparation ne naît que lorsqu'il existe un lien de causalité entre l'acte illicite et le dommage. Le droit international reconnaît depuis longtemps le lien de causalité comme un élément nécessaire à l'obligation de réparation. La réparation implique le devoir d'éliminer les conséquences de la conduite illégale et donc de rétablir la situation qui aurait existé sans cette conduite.⁶⁵⁷ Pour établir la causalité, il est d'abord nécessaire d'identifier la portée de la conduite illégale sous-jacente à un acte illicite. Le présent chapitre a vocation à développer l'idée selon laquelle il est aujourd'hui nécessaire de distinguer les divers éléments qui constituent l'expropriation illicite. L'expropriation consiste en effet souvent en plusieurs actes et omissions de la part de l'État d'accueil.⁶⁵⁸ Elle implique l'acte de dépossession, bien sûr, lui-même souvent constitué de plusieurs actes. L'État est ensuite susceptible d'offrir une compensation, ou bien de la refuser. D'autres actes procéduraux vont ensuite avoir lieu pour procéder à la dépossession. Tous ces actes peuvent être licites ou illicites, indépendamment de la qualification des autres. Si un comportement comprend plusieurs actes dont certains seulement sont entachés d'illicéité, il apparaît logique que la réparation vise les conséquences des actes constitutifs illégaux, ce qui est notamment

657. Caroline BRETON, *Le Dommage dans l'Arbitrage d'Investissement*, sous la dir. de Jean-Marc THOUVENIN, thèse de doct., Paris 10, 5 déc. 2017.

658. Dominique CARREAU et al., *Droit International Économique*, Paris : Dalloz, 2017, 944 p. ; Jean COMBACAU et Serge SUR, *Droit International Public*, 9^e éd., Paris : Montchrestien-Lextenso, 2010 ; Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit International Public*, 15^e éd., Paris : Dalloz, 2020, 1100 p.

confirmé par le Projet d'Articles de la CDI.⁶⁵⁹ En effet, l'article 31 § 2 considère que le préjudice au sujet duquel il est formulé à l'État une obligation de réparation « comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État. »⁶⁶⁰ Les commentaires du Projet confirme cette interprétation en considérant que l'objet de la réparation est le préjudice résultant directement du fait illicite et non toutes les conséquences qui peuvent en découler.⁶⁶¹ C'est aussi ce que note la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* en rappelant que le principe de réparation intégrale est contenu et circonscrit à la notion même d'acte illicite.⁶⁶² Il semble dès lors que l'interprétation opérée par les tribunaux arbitraux jusqu'à présent ne cible pas suffisamment le fait illicite, mais se concentre davantage sur les conséquences de celui-ci, une interprétation qui n'est pas conforme au droit international tel que reflété par le Projet de la CDI.

Section 1 La pluralité d'expropriations illicites

284. Introduction. Il convient de distinguer utilement plusieurs types d'expropriations. La première est l'expropriation légitime, dont seule la compensation manque pour la rendre licite. Étant donné que l'État justifie son acte par un objectif d'intérêt général et qu'il est en mesure de démontrer qu'elle n'est ni discriminatoire ni confiscatoire, ce type d'expropriation est à distinguer, en dépit du fait qu'elle reste illicite. (§ 1.) Le second type d'expropriation qu'il convient de noter est celui pour lequel la procédure judiciaire n'a pas été respectée. (§ 2.) Enfin, l'expropriation capricieuse est celle qui n'est pas justifiée par l'intérêt général ou qui est discriminatoire, souvent les deux à la fois. (§ 3.)

659. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

660. *Ibid.*, art. 31 § 2.

661. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Rapport de la C.D.I., 53e session, 23 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2001, Assemblée générale, documents officiels, 56e session, Supplément n° 10 (A56/10), pp. 43-44.

662. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17, p. 47.

§ 1. L'expropriation légitime

285. Introduction. On entend ici par expropriation légitime l'expropriation qui manque uniquement de compensation.⁶⁶³ L'État, dans ce cas, exproprie pour un motif d'intérêt général, mais ne compense pas l'investisseur. Comme exposé plus haut, certains auteurs et tribunaux considèrent alors que cette expropriation est légitime, bien qu'illicite.⁶⁶⁴ Ainsi que démontré dans la première partie de ce mémoire l'expropriation légitime est tout de même illicite. Dans le cadre de l'expropriation légitime, la perte de l'investisseur est uniquement causée par l'absence de compensation. Quand bien même cette expropriation est de fait illicite, il ne semble pas cohérent, aux yeux des principes du droit international général sur la question, de remettre l'investisseur dans la situation dans laquelle il aurait été en l'absence de la dépossession.⁶⁶⁵ Plutôt, la réparation doit se concentrer sur les conséquences de l'absence de réparation. Il s'agit ici de la conséquence directe de l'application des principes du Projet de la CDI dont les commentaires rappellent en particulier que « la réparation ne doit pas donner à la partie lésée plus que ce à quoi elle aurait eu droit si l'obligation avait été exécutée. »⁶⁶⁶ La méthode contrefactuelle imposée par l'*Usine de Chorzów* suppose donc de réparer l'absence de compensation, et l'absence de compensation uniquement. L'investisseur doit donc être mis dans la situation

663. Cette expropriation demeure illicite. V. [Première Partie](#), p. 21

664. V. not. David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19.

665. Nicholas BIRCH, « Curing Uncompensated Expropriation under Chorzów » in *Revolution in the International Rule of Law : Essays in Honor of Don Wallace, Jr.* Timothy G. NELSON, « A Factory in Chorzów : The Silesian Dispute that Continues to Influence International Law and Expropriation Damages Almost a Century Later », *The Journal of Damages in International Arbitration* 2014, vol. 1, n° 1 ; Martin J VALASEK, « A “simple Scheme” : Exploring the Meaning of Chorzów Factory for the Valuation of Opportunistic Expropriation in the BIT Generation », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6, p. 49 ; Dora ZIYAEVA, « Arbitral Tribunals Tend to Pay Lip Service to the Chorzów Factory Full Reparation Principle, Disregarding the Context and Full Implication of the Dictum », *The Journal of Damages in International Arbitration* 2015, vol. 2, n° 2, p. 121 ; Manuel ABDALA et Pablo T. SPILLER, « Chorzów's Standard Rejuvenated - Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations » 2021, p. 13 ; Ronald E M GOODMAN et Yuri PARKHOMENKO, « Does the Chorzów Factory Standard Apply in Investment Arbitration ? A Contextual Reappraisal », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2021, vol. 32, n° 2, p. 304-325 ; Jeffrey COHEN, Edi GRGETA et Federico TEMERLIN, « In All Probability : An Economic Reading of Damages under Factory at Chorzów », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1^{er} oct. 2019, vol. 34, n° 3, p. 577-584.

666. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Rapport de la C.D.I., 53e session, 23 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2001, Assemblée générale, documents officiels, 56e session, Supplément n°10 (A56/10), pp. 43-44, p. 96, § 3. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « reparation should not give the injured party more than it would have been entitled to if the obligation had been performed. »

qui aurait vraisemblablement été la sienne si l'expropriation avait été licite.⁶⁶⁷

286. L'exemple de la CEDH. Cette distinction fut notamment reprise par la CEDH dans le cadre de la violation de l'article premier du Protocole No. 1. La Cour distingue en particulier entre les expropriations intrinsèquement illicites⁶⁶⁸ des expropriations légitimes, celles qui auraient été licites en présence d'une compensation.⁶⁶⁹ Dans l'affaire *Roi de Grèce c. Grèce*,⁶⁷⁰ par exemple, la Cour a souligné qu'étant donné que l'acte illicite de la Grèce « L'acte du gouvernement grec que la Cour a tenu pour contraire à la Convention était une expropriation qui eût été légitime si une indemnisation avait été versée. »⁶⁷¹ Partant de cette constatation, la Cour limite la réparation octroyée à l'investisseur à la réparation du dommage réellement subi : l'absence de compensation.⁶⁷² À l'inverse, dans *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italie*,⁶⁷³ la CEDH a considéré l'expropriation comme étant intrinsèquement illicite. La Cour applique, de fait, une méthode d'évaluation différente :

« À défaut de restitution du terrain, l'indemnisation à fixer en l'espèce devra, comme celle octroyée dans l'affaire *Papamichalopoulos* évoquée ci-dessus, et concernant des dépossession illicites en soi, refléter l'idée d'un effacement total des conséquences de l'ingérence litigieuse. Comme c'est l'illégalité intrinsèque de la mainmise, qui a été à l'origine de la violation constatée, l'indemnisation doit nécessairement refléter la valeur pleine et entière des biens.

S'agissant du dommage matériel, la Cour estime par conséquent que l'indemnité à accorder à la requérante ne se limite pas à la valeur qu'avait sa

667. Irmgard MARBOE, « Damages in Investor-state Arbitration : Current Issues and Challenges », *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration* 3 mai 2018, vol. 2, n° 1, p. 1-86.

668. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Scordino c. Italie*, arrêt, 29 mars 2006, n° 36813/97, § 254 : « Il ressort de l'analyse des trois affaires mentionnées ci-dessus, qui portent toutes sur des cas de dépossession illicite en soi, qu'aux fins de réparer intégralement le préjudice subi la Cour a octroyé des sommes tenant compte de la valeur actuelle du terrain par rapport au marché immobilier d'aujourd'hui. En outre, elle a cherché à compenser le manque à gagner en tenant compte du potentiel du terrain en cause, calculé, le cas échéant, à partir du coût de construction des immeubles érigés par l'expropriant. »

669. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Ex-Roi de Grèce c. Grèce*, arrêt, 23 nov. 2000, n° 25701/94, § 74.

670. *Ibid.*

671. *Ibid.*, § 74.

672. *Ibid.*, § 77.

673. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italie*, arrêt, 30 oct. 2003, n° 31524/96.

propriété à la date de l'occupation. Pour cette raison, elle a invité l'expert à estimer aussi la valeur actuelle du terrain litigieux et les autres préjudices.

La Cour décide que l'État devra verser à l'intéressée la valeur actuelle du terrain. À ce montant s'ajoutera une somme pour la non-jouissance du terrain depuis que les autorités ont pris possession du terrain en 1987 et pour la dépréciation de l'immeuble. En outre, à défaut de commentaires du Gouvernement sur l'expertise, il y a lieu d'octroyer une somme pour le manque à gagner dans l'activité hôtelière. »⁶⁷⁴

Les tribunaux arbitraux ne seront donc certainement pas les premiers à appliquer un standard distinct à l'expropriation légitime.

287. L'expropriation légitime est tout de même illicite. Cependant, et même si l'expropriation est légitime, le tribunal n'a d'autre choix que d'ordonner la réparation, et non la compensation. En effet, la plupart des tribunaux arbitraux n'ont juridiction que pour statuer sur des violations alléguées du traité : les arbitres ne peuvent décider à une non-violation du traité et ordonner la compensation.⁶⁷⁵ Ainsi, la réparation doit être équivalente à la compensation due en vertu du traité,⁶⁷⁶ augmentée des intérêts au taux légal. C'est notamment la conclusion à laquelle le tribunal irano-américain est arrivé dans l'affaire *Amoco* :

« Une conséquence essentielle de ce principe est que la compensation “n'est pas nécessairement limitée à la valeur de l'entreprise au moment de la dépossession” (plus les intérêts jusqu'au jour du paiement). Au sens de la Cour, “cette limitation ne serait admissible que si le gouvernement polonais, l'État expropriant, avait le droit d'exproprier, et si son fait illicite consistait simplement à ne pas avoir payé... le juste prix de ce qui a été exproprié.” Id. Cette dernière affirmation est d'une importance capitale : Elle signifie que l'indemnité à verser en cas d'expropriation légale (ou d'une prise de possession à laquelle il ne manque que le versement d'une juste indemnité pour être légale) est limitée à la valeur de l'entreprise au moment de la dépossession, c'est-à-dire, “le juste prix de ce qui a été exproprié.” »⁶⁷⁷

674. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italie*, arrêt, 30 oct. 2003, n° 31524/96, §§ 34–36.

675. David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19, p. 389.

676. Donc la valeur de la propriété à la date de l'expropriation.

677. Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3, § 196. Notre traduction. La sentence originale est ainsi

288. Le standard à appliquer est donc bien celui de réparation intégrale, quand bien même il est probable que le résultat soit similaire au standard présent dans le traité. Probable ne veut pas dire systématique, et l'on peut aisément envisager des situations dans lesquelles la non-compensation de l'investisseur occasionne des dommages supérieurs à la simple perte de profits. Par exemple, une entreprise multinationale très intégrée dans la chaîne de valeur globale pourrait argumenter qu'elle avait besoin de la compensation due pour expropriation licite afin de relocaliser sa chaîne de production. En son absence, et si l'entreprise n'a pas la trésorerie suffisante afin d'assumer le coût inhérent à la délocalisation du fait de l'expropriation, son activité est susceptible d'être arrêtée temporairement, sinon définitivement. Dans ce cas, le principe de réparation intégrale devrait prendre le préjudice de l'investisseur en compte, ce que la juste valeur marchande ne permet pas. C'est là encore une illustration de la nécessité de ne pas appliquer le standard conventionnel à l'expropriation illicite, au surplus lorsque les tribunaux ne prennent pas la peine d'étudier les deux scénarios avant de conclure qu'ils sont similaires.

289. Conclusion. Quand bien même cette approche n'a pas été unanimement admise par les tribunaux arbitraux dans les arrêts qui suivirent, elle permettrait d'octroyer un traitement différent à l'investisseur victime d'une expropriation illicite tout en permettant un certain degré de déférence à l'État, en modulant l'application du principe au degré d'illicite.⁶⁷⁸ Cette approche permet ainsi de cibler l'illicite lors de la réparation, et de ne pas étendre l'illicéité d'un caractère de l'expropriation à l'ensemble des actes étatiques. Ainsi, tant la déférence que le droit des investissements se doit d'accorder aux États que la lettre et l'esprit du droit international s'en trouvent respectés.

rédigée : « One essential consequence of this principle is that the compensation “is not necessarily limited to the value of the undertaking at the moment of dispossession” (plus interest to the day of payment). According to the Court, “this limitation would be admissible only if the Polish Government the expropriating State has had the right to expropriate, and if its wrongful act consisted merely in not having paid... the just price of what was expropriated.” Id. This last statement is of paramount importance : It means that the compensation to be paid in case of a lawful expropriation (or of a taking which lacks only the payment of a fair compensation to be lawful) is limited to the value of the undertaking at the moment of the dispossession, i.e., “the just price of what was expropriated.” »

678. Irmgard MARBOE, « Damages in Investor-state Arbitration : Current Issues and Challenges », *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration* 3 mai 2018, vol. 2, n° 1, p. 1-86 ; Steven R. RATNER, « Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties : Beyond the Lawful/unlawful Distinction », *American Journal of International Law* jan. 2017, vol. 111, n° 1, p. 7-56.

§ 2. L'expropriation qui ne respecte pas la procédure

290. Introduction. Une autre raison pour laquelle une expropriation est susceptible d'être jugée illicite est le non-respect de la procédure légale par l'État d'accueil.⁶⁷⁹ La question est ici plus complexe que l'expropriation capricieuse puisqu'il est tout à fait possible que l'expropriation soit entièrement justifiée et que la méconnaissance d'un délai de procédure ait pu la rendre illicite.⁶⁸⁰ Dans ce scénario, l'acte illicite de l'État est, par exemple, l'absence de la remise d'un préavis. En d'autres termes, l'expropriation a été rendue illégale par la violation de l'exigence d'une procédure régulière.

291. La réparation doit cibler l'illicite. Dès lors l'identification du dommage causé par l'illicite est complexe. Ainsi, prenant l'exemple d'un contrat de licence dans lequel un préavis de trois mois n'a pas été respecté, un auteur rappelle que le préjudice direct causé à l'investisseur découle du fait qu'elle n'a pas été autorisée à restructurer et à déplacer son investissement pendant la période de trois mois prévue par la loi et non du fait de l'annulation de la licence elle-même. Cette annulation était un acte légitime et devait avoir lieu. Par conséquent, si le Tribunal devait indemniser l'investisseur comme si la licence n'avait pas été annulée, il ne tiendrait pas compte des principes de l'*Usine de Chorzów* visant à remettre l'investisseur dans la situation dans laquelle il aurait été en l'absence de l'illicite. L'investisseur devrait plutôt être rétabli là où il se serait trouvé si la licence avait été annulée conformément à la procédure appropriée – c'est-à-dire avec le préavis de trois mois. Ainsi, l'État devra compenser les frais que l'investisseur a raisonnablement engagés pour le déménagement immédiat de son équipement et pour toute perte que l'investisseur a subie pour ne pas avoir eu la possibilité de planifier adéquatement le déménagement. Encore une fois, la réparation de l'illicite doit être concentrée et réduite sur l'acte illicite de l'État, à savoir la méconnaissance de la procédure et uniquement celle-ci.

292. L'affaire Amco. Le scénario précédent est fortement inspiré de l'affaire *Amco*.⁶⁸¹ Dans celle-ci, le Tribunal a constaté que l'Indonésie avait révoqué la licence d'Amco liée à un projet de construction et d'exploitation d'un hôtel, sans avertissement et en violation du droit à un procès équitable. L'Indonésie soutient qu'il n'existe aucun

679. En pratique il ressort de la jurisprudence arbitrale sur la question que le simple non-respect d'un préavis est rarement considéré comme suffisant pour teinter d'illicite l'expropriation.

680. David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19.

681. CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie*, sentence, 20 nov. 1984, n° ARB/81/1.

lien de causalité entre ces « irrégularités procédurales » et le dommage causé par la révocation de la licence *per se*.⁶⁸² Selon l'Indonésie, l'entreprise d'État (BKMP) aurait de toute façon révoqué la licence en raison de l'incapacité d'Amco à payer ses factures. Le tribunal refuse cet argument, considérant qu'il était trop spéculatif de s'intéresser à ce que BKMP aurait pu faire si la société avait respecté la procédure.⁶⁸³

293. Une solution peu adaptée et difficilement soutenable. Cette solution est critiquable. En particulier, comme l'ont noté certains auteurs, et ce sans s'avancer sur la véracité ou non de l'argument de l'État indonésien, le refus de statuer opéré par le tribunal est au mieux une maladresse, au pire un motif d'annulation.⁶⁸⁴ Si la révocation de la licence était légitime sur le fond étant donné les manquements d'Amco, la compensation aurait dû cibler, dans la mesure du possible, les conséquences directes des irrégularités procédurales et non celles de la révocation de la licence. Si les tribunaux refusent complètement d'entrer dans une telle analyse, il sera difficile d'identifier les conséquences directes de l'illégalité en question. C'est bien cette approche qui peut aboutir à une mauvaise approche de la causalité, en plus de nourrir une mauvaise conception de la distinction entre expropriation licite et illicite. C'est en effet en voyant des décisions peu justifiées comme celle-ci qu'une partie de la doctrine est venue debout contre l'application du principe de réparation intégrale aux expropriations illicites. En ce sens la simple constatation d'une violation des droits de la défense au moment de l'expropriation ne devrait pas suffire à justifier l'attribution mécanique de la valeur totale de l'actif à la date de la sentence. Au contraire, il ressort d'une analyse approfondie du principe de l'*Usine de Chorzów* que l'illicite doit être visé avec précision dans le cadre de la réparation intégrale et que l'on ne saurait accepter des jugements à l'emporte-pièce de la part des tribunaux arbitraux.⁶⁸⁵ Les tribunaux devraient analyser quel a été le dommage réel subi par la partie lésée comme une conséquence directe de l'irrégularité procédurale donnée. Une sentence finale doit effacer ce préjudice spécifique et non les conséquences de l'acte légitime.

682. Sergey RIPINSKY, « Damnum Emergens and Lucrum Cessans in Investment Arbitration : Entering through the Back Door » in *Investment Treaty Law. Current Issues III*, sous la dir. de Andrea BJORKLUND et Ian A. LAIRD, British Institute of International et Comparative Law, 2009.

683. CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie*, sentence, 20 nov. 1984, n° ARB/81/1, § 174.

684. David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19.

685. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17.

294. Un seuil ? Cela ne veut pas pour autant dire que toute expropriation illicite pour manquement de procédure juste et équitable est nécessairement légitime. On peut aisément imaginer une mesure administrative allant tellement à l'encontre des intérêts procéduraux qu'elle entache d'illicéité l'entière expropriation. L'on ne saurait cependant qu'encourager les arbitres et tribunaux à examiner avec précision l'illicéité allégué et à ne réparer que celui-ci en plus de la compensation de l'expropriation. Lorsque l'irrégularité procédurale n'est pas séparable de la décision de dépossession, c'est-à-dire que l'illicéité n'est pas séparable de l'expropriation, *Usine de Chorzów* s'applique de manière pleine et entière, y compris au regard de la restitution envisageable. Ainsi, dans l'affaire *LaGrand c. États-Unis*, la CIJ a indiqué que le fait que les États-Unis n'aient pas notifié à l'Allemagne la condamnation et la détention prolongée de ressortissants allemands, en violation de l'obligation de notification contenue dans l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, nécessiterait le réexamen du caractère équitable de la condamnation en tenant compte de la violation des droits énoncés dans la Convention.⁶⁸⁶ La Cour a ordonné le réexamen de la condamnation à titre de réparation pour la violation de l'obligation de notification, sans se prononcer sur la légitimité matérielle de la condamnation ou de la peine. Ainsi, la Cour n'a pas ordonné le rétablissement de la situation qui aurait existé en l'absence de la condamnation. Elle a plutôt ciblé l'irrégularité procédurale en question en ordonnant que la procédure entachée soit refaite. La Cour cible donc bien l'illicéité allégué et non l'ensemble de l'affaire.

§ 3. L'expropriation capricieuse

295. Introduction. Un autre exemple d'expropriation illicite est naturellement celle dépourvue d'intérêt général ou discriminatoire, c'est-à-dire l'expropriation capricieuse ordonnée par un État pour des raisons qui lui sont propres et ne poursuivent pas un motif d'intérêt général. Contrairement à l'expropriation légitime, l'illicéité n'est ici pas séparable de l'acte de dépossession.⁶⁸⁷ L'application du standard de l'*Usine de Chorzów* requiert dès lors la remise de l'investisseur dans l'état dans lequel il se trouverait en l'absence de la dépossession. La CPJI considère en effet que puisque l'État n'a « aucun droit à exproprier », la réparation doit inclure la remise du bien dépossédé ou, à

686. CIJ, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 2001, Rec. 2001, p. 466.

687. David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19.

défaut, la réparation pécuniaire.⁶⁸⁸ L'application des standards d'évaluation sera alors significativement différente de ceux qui sont à appliquer pour l'expropriation légitime. Tout d'abord, la juste valeur marchande du bien exproprié sera calculée à la date de la sentence arbitrale, constituant de fait la date de l'indemnisation. Bien entendu, le tribunal ne considérera la valeur à la date de la sentence que dans l'hypothèse dans laquelle celle-ci est supérieure à la valeur à la date de l'expropriation⁶⁸⁹ de sorte que toute diminution de la valeur de l'actif exproprié entre la date de la prise et la date de la sentence ne devrait pas affecter le montant payable au demandeur lésé.

296. La sentence Yukos. La sentence Yukos résume parfaitement cette solution.⁶⁹⁰ Au sens du tribunal statuant sous l'égide du Traité sur la Charte de l'Énergie,⁶⁹¹ la question de la date choisie par l'investisseur dans l'étude de la valeur de son investissement suppose de s'intéresser à la question du risque pris par l'une des parties. Notamment, le tribunal considère que l'investisseur exproprié n'a pas à subir le risque du changement de valeur de l'investissement entre la date de l'expropriation et celle de la sentence. En revanche, puisqu'il est exproprié de manière illicite, l'investisseur est fondé à recevoir une partie des profits éventuellement acquis par son investissement alors qu'il était dépossédé, notamment si sa valeur a augmenté. Les arbitres justifient leur décision au regard de l'article 35 des Articles de la CDI selon lequel un État responsable d'une expropriation illégale est en premier lieu tenu de procéder à une restitution en plaçant la partie lésée dans la position où elle se trouverait si l'acte illicite n'avait pas eu lieu.⁶⁹² Cette obligation de restitution s'applique à partir de la date à laquelle une décision est rendue. Les conséquences de l'application de ces principes (restitution à compter de la date de la décision, indemnisation de tout dommage non réparé par la restitution) pour le calcul des dommages et intérêts en cas d'expropriation illégale sont doubles.⁶⁹³

297. Les conséquences. Premièrement, les investisseurs doivent bénéficier des d'événements imprévus qui augmentent la valeur d'un actif exproprié jusqu'à la date de la décision, car ils ont droit à une indemnisation en lieu et place de leur droit à la restitution

688. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17.

689. David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19.

690. CPA, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, sentence, 18 juill. 2015, n° 2005-04/AA227.

691. Traité sur la Charte de l'Énergie, signé le 17 déc. 1994, à Lisbonne.

692. CPA, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, sentence, 18 juill. 2015, n° 2005-04/AA227, § 1766 ; Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 35.

693. CPA, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, sentence, 18 juill. 2015, n° 2005-04/AA227, § 1767.

de l'actif exproprié à cette date. Si la valeur du bien augmente, cela augmente également la valeur du droit à la restitution et, par conséquent, le droit à l'indemnisation lorsque la restitution n'est pas possible.⁶⁹⁴ Deuxièmement, les investisseurs ne supportent pas le risque que des événements imprévus diminuent la valeur d'un actif exproprié au cours de cette période. Bien que de tels événements diminuent la valeur du droit de restitution (et, par conséquent, le droit à une compensation en lieu et place de la restitution), ils n'affectent pas le droit de l'investisseur à la réparation du dommage « non réparé par la restitution » au sens de l'article 36(1). Si l'actif pouvait être restitué à l'investisseur à la date où la décision est rendue, mais que sa valeur a diminué depuis l'expropriation, l'investisseur aurait droit à la différence de valeur, la raison étant qu'en l'absence de l'expropriation, l'investisseur aurait pu vendre l'actif à une date antérieure à sa valeur plus élevée. La même analyse doit également s'appliquer lorsque l'actif ne peut pas être restitué, ce qui permet à l'investisseur de réclamer une indemnisation à hauteur de la valeur supérieure de l'actif.⁶⁹⁵

298. La solution du tribunal. Le tribunal conclut dès lors qu'en cas d'expropriation illicite un investisseur a le bénéfice de choisir entre une évaluation à la date de la sentence et une autre à la date de l'expropriation.⁶⁹⁶ Cette conclusion est conforme au principe de droit international selon lequel l'État responsable d'un fait internationalement illicite a, outre la restitution, un devoir continu d'exécution de l'obligation violée. Ainsi, si la dépossession est en elle-même illicite pour manque de raison d'utilité publique, l'État a le devoir continu de restituer le bien à tout moment à partir de la date de la prise. Et, en ne le faisant pas, il prive la partie lésée de la possibilité de disposer de son bien à tout moment entre la date de la prise et celle de l'indemnisation. Si, pendant cette période, des événements imprévus affectent négativement la valeur du bien, cela ne devrait pas être reflété dans le montant de l'indemnité, étant donné que la partie lésée a été privée de la possibilité de disposer de son bien avant que de tels événements ne se produisent, précisément en raison du non-respect par l'État de son obligation d'exécution continue. Ainsi, dans les cas où l'illégalité consiste dans l'acte de prise lui-même, la valeur ex post du bien est déterminante, la valeur ex ante agissant comme une ligne de fond en dessous de laquelle l'indemnisation ne peut descendre.⁶⁹⁷

694. CPA, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, sentence, 18 juill. 2015, n° 2005-04/AA227, § 1767.

695. *Ibid.*, § 1768.

696. *Ibid.*, § 1769.

697. David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19.

299. Conclusion. Le respect des critères d'utilité publique, de non-discrimination et de régularité de la procédure revêt donc une importance particulière lorsqu'il s'agit de décider si la réparation en lieu et place de la compensation peut être demandée. Si les expropriations ne sont pas conformes à ces conditions, on peut affirmer que l'expropriation n'aurait pas dû avoir lieu, elle est illicite. La réparation doit alors effacer toutes les conséquences de l'expropriation et rétablir la situation qui existerait si l'expropriation n'avait pas eu lieu. Dans ce cas, la primauté de la restitution exige que le bien soit restitué. Si cela n'est pas possible, pas praticable ou pas suffisant, l'indemnité doit être calculée de manière à atteindre autant que possible la restitution financière *in integrum*. Le minimum à accorder est le standard d'indemnisation prévu pour les expropriations licites dans le traité applicable, c'est-à-dire la valeur de l'investissement au moment de l'expropriation plus les intérêts jusqu'au jour de la sentence, car l'indemnisation pour une expropriation illicite ne peut être inférieure à celle d'une expropriation licite. Comme il peut ne pas être certain que la valeur de l'investissement ait augmentée ou diminuée depuis l'expropriation, l'investisseur a le choix entre les deux dates d'évaluation. En outre, les dommages subis depuis le moment de l'expropriation doivent être indemnisés dans la mesure où cela est nécessaire pour réparer les dommages causés par l'acte illicite. L'identification précise dudit acte illicite est en revanche fondamentale afin d'éviter le risque de l'indemnisation trop importante.

Section 2 La conséquence d'une distinction au sein même de l'illicite

300. Introduction. La distinction exposée précédemment emporte d'importantes conséquences sur la réparation et la compensation, à l'image de la date et des intérêts. (§ 1.) Cette différence est justifiée par le niveau et l'identification de l'illicite, qu'il serait souhaitable que la pratique arbitrale reconnaisse. (§ 2.)

§ 1. Les principes d'évaluation applicables nécessairement différents

301. Introduction. La question classique qui oppose le principe de réparation intégrale et adéquate est celle de la date. (A.) Intrinsèquement liée, celle des intérêts déchire également les arbitres et la doctrine. (B.)

A. La date

302. Introduction. Il ressort de l'*Usine de Chorzów* qu'afin de se rapprocher au maximum de la valeur qu'aurait la restitution lorsque celle-ci n'est pas possible, il est nécessaire de déterminer la situation financière que l'entreprise aurait eue à la date de la sentence en l'absence de l'expropriation.⁶⁹⁸ Dans ce but, l'évaluation de l'entreprise se fait à deux dates distinctes : à la date de l'expropriation et à celle de la sentence. Ce scénario contrefactuel a pour but de s'assurer que la valeur retenue ne le sera pas à l'encontre et au préjudice de l'investisseur qui est victime d'une expropriation illicite.⁶⁹⁹

303. La date. En principe, la retenue de la date de la sentence comme date d'évaluation semble favorable. En particulier, c'est la sentence qui établit entre les parties que la réparation est due par l'une d'entre elles envers l'autre. Dans le cas d'une restitution en nature, qui est privilégiée en droit international, c'est à la date de la sentence qu'elle aurait lieu. Il semble donc approprié que le montant de tout substitut monétaire à la restitution effective soit lié à la même date.⁷⁰⁰

304. L'augmentation de valeur. La possibilité d'une augmentation de la valeur et sa pertinence pour l'évaluation en fonction de la licéité de l'expropriation ont également été soulignés par le Tribunal des réclamations irano-américain dans l'affaire *Phillips Petroleum*.⁷⁰¹ En pratique, toutefois, dans la plupart des affaires portées devant les tribunaux internationaux d'investissement, aucune augmentation ultérieure de la valeur des actifs expropriés n'a eu lieu. Au contraire, les événements révolutionnaires et autres

698. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17, p. 52.

699. Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p., § 3.105.

700. Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Tribunals*, 3^e éd., t. 1, London : Stevens et Sons Ltd, 1957, 808 p., p. 666.

701. Tribunal irano-américain de réclamations, *Phillips Petroleum Company c. Iran*, sentence, 29 juin 1986, n° 425-39-2.

troubles politiques ont généralement diminué ou même détruit la valeur des actifs expropriés.

305. La CEDH. Dans d'autres contextes, cependant, les cours et tribunaux internationaux ont été confrontés à des augmentations de la valeur des biens expropriés. C'est notamment la CEDH qui a traité cette question assez fréquemment. Dans l'affaire *Papamichalopoulos*, elle a dû se prononcer sur le montant à accorder aux requérants après l'expropriation illicite d'un terrain dont la valeur avait considérablement augmenté depuis la date de la dépossession. Après une longue référence à l'arrêt de la CPIJ dans l'affaire de l'Usine de Chorzów,⁷⁰² la Cour a statué qu'en l'espèce, l'indemnisation à accorder aux requérants ne se limite pas à la valeur de leurs biens à la date à laquelle ils en furent dépossédés. C'est pourquoi elle a demandé aux experts d'estimer également la valeur actuelle du terrain en cause ; cette valeur ne dépend pas de conditions hypothétiques, comme ce serait le cas si le terrain se trouvait aujourd'hui dans le même état qu'en 1967. En effet, il ressort du rapport d'expertise que, depuis lors, le terrain et ses environs immédiats – qui, en raison de leur situation, présentaient un potentiel de développement touristique – ont fait l'objet d'un développement sous la forme de bâtiments servant de centre de loisirs pour les officiers de marine. Au surplus, la Cour a rappelé que les requérants avaient eux-mêmes, avant l'expropriation, un projet de développement économique dont les travaux avaient déjà débuté.⁷⁰³

306. La Cour a finalement décidé que ce n'était pas la valeur au moment de l'expropriation en 1967 qui devait être déterminante, mais la valeur du terrain au moment de la sentence. Un raisonnement similaire a été appliqué dans l'affaire *Belvedere* dans laquelle la Cour a estimé que l'indemnité à accorder à la requérante ne se limite pas à la valeur qu'avait sa propriété à la date de l'occupation. La Cour a ainsi étudié la valeur actuelle, au moment de l'arrêt, du terrain litigieux.⁷⁰⁴ Pour cette raison, elle a invité l'expert à estimer aussi la valeur actuelle du terrain litigieux et les autres préjudices.

307. L'affaire ADC. Dans l'affaire ADC, un tribunal CIRDI a décidé de la même manière qu'il était nécessaire d'utiliser la date de la sentence dans le cadre de

702. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, arrêt, 31 oct. 1995, n° 14556/89, § 36.

703. *Ibid.*, § 37.

704. Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italie*, arrêt, 30 oct. 2003, n° 31524/96, § 35.

l'expropriation illicite.⁷⁰⁵ Non seulement le tribunal se réfère-t-il à l'*Usine de Chorzów*, mais aussi à la jurisprudence de la CEDH.

« Il convient de noter que la Cour européenne des droits de l'homme a appliqué le principe de l'usine de Chorzów dans des circonstances comparables à celles de la présente affaire, afin d'indemniser l'exproprié de la valeur supérieure dont le bien jouissait au moment de l'arrêt de la Cour plutôt que de la valeur considérablement inférieure à la date antérieure de la dépossession. »⁷⁰⁶

308. L'affaire Yukos. Plus récemment, l'affaire *Yukos* a statué en faveur de l'investisseur pour la somme astronomique de 50 milliards de dollars américains, et ce en partie découlant de la date de l'expropriation choisie.⁷⁰⁷ Le tribunal rappelle en premier lieu que l'article 13 du Traité sur la Charte de l'Énergie⁷⁰⁸ après avoir précisé les quatre conditions qui doivent être remplies pour rendre une expropriation licite, prévoit que pour « une telle » expropriation, c'est-à-dire pour une expropriation licite, les dommages-intérêts sont calculés à la date de la dépossession. Le tribunal en conclut donc, a *contrario*, que les dommages-intérêts pour une expropriation illicite n'ont pas à être calculés à la date de l'expropriation puisqu'ils ne répondent pas aux conditions posées par l'article 13.⁷⁰⁹ Dans une affaire parallèle, *Quasar de Valores*,⁷¹⁰ le tribunal arbitral

705. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 497 : « [I]n the present, sui generis, type of case the application of the Chorzów Factory standard requires that the date of valuation should be the date of the Award and not the date of expropriation, since this is what is necessary to put the Claimants in the same position as if the expropriation had not been committed. »

706. *Ibid.*, § 497. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « It is noteworthy that the European Court of Human Rights has applied the Chorzów Factory in circumstances comparable to the instant case to compensate the expropriated party the higher value the property enjoyed at the moment of the Court's judgment rather than the considerably lesser value at the earlier date of dispossession. »

707. CPA, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, sentence, 18 juill. 2015, n° 2005-04/AA227.

708. Traité sur la Charte de l'Énergie, signé le 17 déc. 1994, à Lisbonne, art. 13 : « Les investissements d'un investisseur d'une partie contractante réalisés dans la zone d'une autre partie contractante ne sont pas nationalisés, expropriés ou soumis à une ou plusieurs mesures ayant des effets équivalents à une nationalisation ou à une expropriation, dénommées ci-après "expropriation", sauf lorsque cette expropriation : a) est effectuée pour des motifs d'intérêt général ; b) n'est pas discriminatoire ; c) est effectuée avec les garanties prévues par la loi ; et d) est accompagnée du prompt versement d'une compensation adéquate et effective. Cette compensation équivaut à la valeur marchande équitable de l'investissement exproprié au moment qui précède immédiatement celui où l'expropriation ou l'annonce de l'expropriation a été officiellement connue et a affecté la valeur de l'investissement, ci après dénommé "date d'estimation." »

709. CPA, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, sentence, 18 juill. 2015, n° 2005-04/AA227, § 1765.

710. Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. et Alos 34 S.l. c. Russie*, sentence, 20 juill. 2012, n° 24/2007.

applique le standard conventionnel, mais simplement à cause de contraintes quant à sa juridiction.⁷¹¹

309. L'affaire *Quiborax*. Dans l'affaire *Quiborax*, les arbitres considèrent avec pragmatisme qu'en l'absence de l'expropriation les requérants seraient toujours en possession de leur investissement. Par conséquent, ils auraient perçu des flux de trésorerie pour leurs activités minières jusqu'à la date de la sentence, et auraient eu le droit de continuer à les percevoir jusqu'à l'épuisement des concessions. Le tribunal conclut alors que les flux de trésorerie passés, c'est-à-dire les flux de trésorerie qui auraient été accumulés de la date de l'expropriation à la date de la sentence, doivent être ramenés à la valeur actuelle par l'application d'un taux d'intérêt. En revanche, les flux de trésorerie futurs doivent être ramenés à la valeur actuelle nette par l'application d'un taux d'actualisation.⁷¹²

310. Conclusion. Il ressort dès lors que l'expropriation illicite appelle une évaluation de la valeur de l'entreprise à la date de la sentence si celle-ci est supérieure à la valeur de l'entreprise expropriée. Cependant, et ainsi que démontré précédemment, il serait souhaitable de voir les tribunaux cibler davantage l'illicite dans leur étude de l'expropriation. Ainsi, l'expropriation légitime se verra appliquer les mêmes standards au regard de la date applicable, mais uniquement sur le préjudice découlant de l'absence de compensation au moment de la dépossession. La réparation du préjudice dans ce cas sera donc la date du préjudice, à savoir celle de l'expropriation, en application du principe de réparation intégrale. Bien entendu, des intérêts seront accordés par le tribunal pour réparer le dommage découlant du retard dans la remise de la compensation, ainsi que de toute autre perte de chance que l'investisseur aurait pu subir. Cela devrait notamment être le cas si l'investisseur fut empêché de poursuivre ses activités en conséquence directe de l'absence de compensation. (B.)

711. *Ibid.*, § 116.

712. CIRDI, *Quiborax SA et Non Metallic Minerals SA c. Bolivie*, sentence, 16 sept. 2015, n° ARB/06/2, § 385.

B. Les intérêts

311. Introduction. Dès lors que l'on considère que l'investisseur doit voir son entier préjudice réparé, il est légitime de s'interroger sur la question des frais dus à la procédure et des intérêts. De manière assez classique, les tribunaux constitués dans les affaires déjà évoquées⁷¹³ se sont penchés sur la question. En particulier, les arbitres de Vivendi ont considéré que :

« Afin d'effacer toutes les conséquences de l'acte illégal et de rétablir la situation qui aurait vraisemblablement existé si l'acte n'avait pas été commis (principe de Chorzów), il est nécessaire que les dommages et intérêts accordés dans ce cas soient assortis d'intérêts. »⁷¹⁴

L'argument est finalement limpide : puisque le comportement de l'État a, en plus de causer un préjudice matériel à celui-ci, retardé le paiement de la réparation à l'investisseur, il semble juste de compenser ce délai par le biais d'intérêts appliqués au principal. Le principe est généralement admis par les tribunaux arbitraux.⁷¹⁵ En effet, les tribunaux arbitraux ont à traiter la question depuis plus d'un siècle.

312. L'affaire *Illinois Central RR Co.* Le 6 décembre 1926, la Commission États-Unis-Mexique a considéré que les intérêts étaient une part intégrante de la compensation, en dépit du fait que le traité applicable à l'espèce ne les prévoyait pas.

« [...] d'être en contradiction avec le principe auquel nous estimons qu'il convient de donner effet, selon lequel les intérêts doivent être considérés comme un élément approprié de l'indemnisation. La convention du 8 septembre 1923 a pour objet d'accorder aux ressortissants respectifs des Hautes Parties Contractantes, selon les termes de la convention, "une indemnisation juste et adéquate de leurs pertes ou dommages". À notre avis, les dommages-intérêts compensatoires justes dans ce cas comprendraient non seulement la somme due, comme indiqué dans le mémoire, en vertu du contrat susmentionné, mais

713. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16; CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, sentence, 17 jan. 2007, n° ARB/02/8; CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 21 nov. 2000, n° ARB/97/3.

714. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 21 nov. 2000, n° ARB/97/3, 8.3.20. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « In order to wipe-out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if the act had not been committed (the Chorzów principle), it is necessary for any award of damages in this case to bear interest. »

715. Sur l'importance de la question, v. not. l'affaire *Santa Elena* dans laquelle 12 millions de dollars américains ont été octroyés au titre des intérêts. CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica*, sentence, 17 fév. 2000, n° ARB/96/1, § 117.

aussi une indemnité pour la perte de l'usage de cette somme pendant une période au cours de laquelle le paiement de celle-ci continue d'être retenu. » ⁷¹⁶

313. Le Projet de la CDI a confirmé cette approche. En particulier, l'article 38 § 1 prévoit que les intérêts sont dus afin d'assurer la réparation intégrale. ⁷¹⁷ Cette interprétation est réaffirmée dans les commentaires :

« En principe, l'État lésé a droit à des intérêts sur la somme principale représentant sa perte, si cette somme est qualifiée d'antérieure à la date du règlement, du jugement ou de la sentence concernant la demande et dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer une réparation intégrale. » ⁷¹⁸

314. De cette manière il semble que le principe de réparation intégrale doive s'appliquer à l'ensemble des questions relatives aux intérêts : le taux bien sûr, mais aussi la date à partir de laquelle ils débutent et le problème des intérêts composés. ⁷¹⁹ Le principal problème vient du fait que les TBIs semblent particulièrement silencieux sur ces questions, ⁷²⁰ à l'inverse des contrats. ⁷²¹

716. Notre traduction. La sentence est ainsi rédigée : « to be at variance with the principle to which we deem it proper to give effect that interest must be regarded as a proper element of compensation. It is the purpose of the Convention of 8 September 1923, to afford the respective nationals of the High Contracting Parties, in the language of the convention 'just and adequate compensation for their losses or damages'. In our opinion just compensatory damages in this case would include not only the sum due, as stated in the Memorial, under the aforesaid contract, but compensation for the loss of the use of that sum during a period within which the payment thereof continues to be withheld. »

717. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 38 § 1 : « Interest on any principal sum due under this chapter shall be payable when necessary in order to ensure full reparation. The interest rate and mode of calculation shall be set so as to achieve that result ».

718. Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Rapport de la C.D.I., 53e session, 23 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2001, Assemblée générale, documents officiels, 56e session, Supplément n° 10 (A56/10), pp. 43-44, p. 233. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « as a general principle, an injured state is entitled to interest on the principal sum representing its loss, if that sum is qualified as at an earlier date than the date of the settlement of, or judgment or award concerning, the claim and to the extent that it is necessary to ensure full reparation. »

719. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » in *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, p. 263.

720. Rudolf DOLZER, *Bilateral Investment Treaties*, 1^{re} éd., The Hague ; Boston : Norwell, MA, U.S.A : Martinus Nijhoff Publishers, 15 juin 1995, 352 p., p. 97 ; Giorgio SACERDOTI, « Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection » in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 269, La Haye : Brill Nijhoff, 1997, p. 251-467, pp. 403 et s.

721. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » in *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN

315. Dès lors que les parties (au traité ou au contrat) n'ont pas d'accord sur le taux à appliquer, c'est au tribunal qu'il revient de décider sur l'option à appliquer. Encore une fois, dès lors que l'expropriation est illicite, les arbitres se doivent de garder à l'esprit que le principe de réparation intégrale s'applique. Plusieurs choix sont envisageables : le taux directeur de l'État d'origine de l'investisseur ou de l'État d'accueil, le taux directeur de la monnaie dans laquelle la sentence est rendue, le taux interbancaire international, etc. Aucune règle de droit international public ne tranche la question.⁷²² C'est donc aux arbitres que revient la décision, ceux-ci bénéficiant d'une importante marge d'appréciation. Bien entendu, le droit applicable contient potentiellement des dispositions quant au taux légal des intérêts à appliquer et les arbitres devront, le cas échéant, s'y référer. La question est pourtant plus épineuse lorsque le droit applicable interdit purement et simplement l'octroi d'intérêts.⁷²³

316. En dépit de l'acceptation du principe de réparation intégrale, l'investisseur se doit de démontrer rigoureusement les intérêts qu'il demande. En effet, il ressort de la pratique arbitrale que les tribunaux n'hésitent pas à remettre en cause les évaluations et expertises fournies par l'investisseur. Ainsi, dans l'affaire Vivendi, le tribunal arbitral rejette le taux de 9,7 % demandé par l'investisseur puisque celui-ci n'a pas réussi à persuader le tribunal.

« Compte tenu de l'activité des Demanderesses consistant à investir dans des concessions d'eau et à les exploiter, du taux de retour sur investissement de 11,7 % prévu dans la Convention de concession (que les parties avaient convenu d'être approprié compte tenu de la nature de l'activité, de la durée et du risque encouru) et des taux d'intérêt généralement en vigueur depuis septembre 1997, le Tribunal conclut qu'un taux d'intérêt de 6 % représente

DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, p. 264 ; CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) c. Venezuela*, sentence, 23 sept. 2003, n° ARB/00/5, § 382 : « The parties disagree on the applicable interest rate. Aucoven relies on Clause 26 of the Concession Agreement, which allows it to choose between two alternative methods, the so-called "bank rate" method and the so-called 10 percent flat rate. »

722. CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, décision sur les questions préliminaires relatives à la juridiction, 27 nov. 1985, n° ARB/84/3, § 222 : « In light of these various considerations, the Tribunal reaches the conclusion that, subject to the exception discussed below (paragraphs 225-231), Article 42 (1) of the Washington Convention requires that interest be determined according to Egyptian law because there is no rule of international law that would fix the rate of interest or proscribe the limitations imposed by Egyptian law. »

723. Sur ce point, v. not. comment la Shari'a interdit l'octroi d'intérêts en matière civile mais pas en matière commerciale. Nayla COMAR-OBEID, « Recovery of Damages for Breach of an Obligation of Payment » in *Evaluation of Damages in International Arbitration*, sous la dir. de Yves DERAÏNS et Richard KREINDLER, ICC Dossiers, 2006, p. 138.

une approximation raisonnable du retour que les Demanderesses auraient pu autrement obtenir sur les montants investis et perdus dans les concessions de Tucumán. » ⁷²⁴

317. La date. En particulier, la date à partir de laquelle les intérêts commencent à courir fait débat. Bien entendu, dans le cadre de l'expropriation capricieuse, et puisque les dommages sont évalués à la date de la sentence, seuls les intérêts postérieurs à la sentence sont à étudier. ⁷²⁵ En revanche, l'expropriation légitime devrait voir la date être fixée à la date de la dépossession, les intérêts courant donc à partir de celle-ci. La sentence *AAPL* est, à notre connaissance, l'une des premières à clairement expliciter le choix de la date de la sentence pour l'expropriation illicite.

« L'examen de la littérature révèle que, malgré les controverses persistantes concernant les cas où des intérêts monétaires sont invoqués, la jurisprudence élaborée par les tribunaux arbitraux internationaux suggère que, dans l'évaluation de la responsabilité due pour les pertes subies, les intérêts font partie intégrante de l'indemnisation elle-même et doivent donc courir à partir de la date à laquelle la responsabilité internationale de l'État est engagée. (cf. R. Lillich, "Interest in the Law of International Claims", *Essays in Honor of Vade Saario and Toivio Sainio*, (1983), P. 55-56). » ⁷²⁶

Puisque la responsabilité de l'État est réputée être engagée à la date de la reconnais-

724. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 21 nov. 2000, n° ARB/97/3, § 9.2.8. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « Having regard to Claimants' business of investing in and operating water concessions, to the anticipated 11.7% rate of return on investment reflected in the Concession Agreement (which the parties had agreed to be appropriate having regard to the nature of the business, the term and the risk involved) and the generally prevailing rates of interest since September 1997, the Tribunal concludes that a 6% interest rate represents a reasonable proxy for the return Claimants could otherwise have earned on the amounts invested and lost in the Tucumán concessions. »

725. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » in *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, p. 265.

726. CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, sentence, 27 juin 1990, n° ARB/87/3, § 114. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The survey of the literature reveals that, in spite of the persisting controversies with regard to cases invoking monetary interest, the case-law elaborated by international arbitral tribunals suggests that in assessing the liability due for losses incurred the interest becomes an integral part of the compensation itself, and should run consequently from the date when the State's international responsibility becomes engaged (cf. R. Lillich, "Interest in the Law of International Claims", *Essays in Honor of Vade Saario and Toivio Sainio*, (1983), P. 55-56). »

sance de l'expropriation illicite, c'est à cette date que courent les intérêts.⁷²⁷

318. La sentence dans l'affaire *Aucuven*⁷²⁸ contient également une discussion détaillée sur les intérêts. Dans cette affaire, le tribunal a estimé que « Les intérêts doivent généralement courir à partir de la date à laquelle le principal auquel ils s'appliquent est devenu exigible. » ce qu'il a considéré comme une approche conforme à la fois à l'accord des parties et au droit vénézuélien applicable.⁷²⁹ De cette manière, il convient encore une fois de distinguer l'expropriation capricieuse de l'expropriation légitime. Dans cette dernière, le montant est réputé être dû à la date de l'expropriation. En revanche, dans l'expropriation capricieuse, le montant est dû à la date de la sentence arbitrale pour replacer l'investisseur dans la situation dans laquelle il aurait vraisemblablement été en l'absence de l'expropriation, et non en présence d'une expropriation licite. Le tribunal dans cette affaire a rejeté l'argument du Venezuela selon lequel l'investisseur cherchait à obtenir des intérêts postérieurs à la sentence sur une sentence ajustée à l'inflation, ce

^{727.} Sur la question de la date d'engagement de la responsabilité de l'État, v. CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, sentence, 30 août 2000, n° ARB(AF)/97/1, § 128 : « The question arises whether any interest is payable on the amount of the compensation. In providing in Article 1135(1) that a Tribunal may award "monetary damages and any applicable interest", NAFTA clearly contemplates the inclusion of interest in an award. On the basis of a review of the authorities, the tribunal in *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka* (4 ICSID Reports 245) held that "interest becomes an integral part of the compensation itself, and should run consequently from the date when the State's international responsibility became engaged" (ibid. p.294, para. 114). The Tribunal sees no reason to depart from this view. As has been shown above, Mexico's international responsibility is founded upon an accumulation of a number of factors. In the circumstances, the Tribunal considers that of the various possible dates at which it might be possible to fix the engagement of Mexico's responsibility, it is reasonable to select the date on which the Municipality of Guadalupe wrongly denied Metalclad's application for a construction permit. The Tribunal therefore concludes that interest should be awarded from that date until the date 45 days from that on which this Award is made. So as to restore the Claimant to a reasonable approximation of the position in which it would have been if the wrongful act had not taken place, interest has been calculated at 6% p.a., compounded annually. » Cependant, le même tribunal a également décidé que les intérêts cesseraient de courir quarante-cinq jours après la date à laquelle la sentence a été rendue, ce qui pourrait soit conduire à un enrichissement sans cause si le Mexique devait payer avant cette date, soit ne pas compenser pleinement Metalclad si le Mexique devait payer à une date ultérieure. En tout état de cause, l'exigence de réparation intégrale ne serait pas satisfaite. Une telle décision est d'autant plus surprenante au regard de l'art. 1110(4) de l'ALENA, qui prévoit que « si le paiement est effectué dans une monnaie du G7, l'indemnité comprendra des intérêts à un taux commercialement raisonnable pour cette monnaie à compter de la date de l'expropriation jusqu'à la date du paiement effectif. » Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » in *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, p. 265.

^{728.} CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucuven) c. Venezuela*, sentence, 23 sept. 2003, n° ARB/00/5.

^{729.} *Ibid.*, § 370. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « [i]nterest should generally run from the date on which the principal amount to which it applies became due ».

qui était vraisemblablement interdit par le droit vénézuélien. Le tribunal a décidé au contraire que les intérêts devaient courir jusqu'au jour du paiement effectif :

« Selon l'interprétation du Tribunal, une "indemnité ajustée en fonction de l'inflation" comportant l'octroi d'intérêts postérieurs à l'attribution ne peut être qu'une indemnité indexée en fonction de l'inflation pour la période postérieure à l'attribution. En effet, les intérêts postérieurs à l'attribution sont destinés à compenser la perte supplémentaire subie entre la date de l'attribution et la date du paiement final. Ils n'ont aucun rapport avec la manière dont le Tribunal évalue le dommage au moment de la sentence. D'un point de vue logique, le fait que la sentence tienne compte de l'inflation jusqu'à la date de la sentence n'est pas pertinent pour la possibilité d'accorder des intérêts postérieurs à la sentence en droit vénézuélien. » ⁷³⁰

319. Les intérêts composés. Il ressort tout de même que la question la plus débattue par les tribunaux au regard du principe de réparation intégrale est celle des intérêts composés. Alors arbitre unique, Max Huber observe tout d'abord que :

« En ce qui concerne le choix entre les intérêts simples et les intérêts composés, le Rapporteur doit tout d'abord constater que la jurisprudence arbitrale en matière de compensations à accorder par un État à un autre pour dommages subis par les ressortissants de celui-ci sur le territoire de celui-là – jurisprudence pourtant particulièrement riche – est unanime, pour autant que le Rapporteur le sache, pour écarter les intérêts composés. » ⁷³¹

Les intérêts composés semblent donc *a priori* rejetés. Cependant, Huber ouvre une possibilité qui sera le terreau fertile d'après débats devant les juridictions arbitrales.

« Dans ces circonstances, il faudrait des arguments particulièrement forts et de nature toute spéciale pour admettre en l'espèce ce type d'intérêt. Pareils arguments ne sembleraient cependant pas exister, étant donné que les circonstances des réclamations dont le Rapporteur se trouve saisi ne diffèrent

730. *Ibid.*, § 380. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « In the Tribunal's understanding, an "inflation-adjusted award" bearing the award of post-award interest can only be an award indexed for inflation as to the post-award time. Indeed, post-award interest is intended to compensate the additional loss incurred from the date of the award to the date of final payment. It bears no relation to the manner in which the Tribunal assesses the damage at the time of the award. From a logical point of view, the fact that the award will take into account the inflation up to the date of the award is irrelevant for the possibility of awarding post-award interest under Venezuelan law. »

731. Arbitrage *ad hoc*, *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni)*, sentence, 1^{er} mai 1925, *Recueil Des Sentences Arbitrales* 1924, vol. II, p. 615-742, p. 650.

pas en principe de celles des cas qui ont donné lieu à la jurisprudence dont il s'agit.

Cela est vrai entre autres de certaines éventualités où les intérêts composés sembleraient par ailleurs mieux correspondre à la nature des choses que les intérêts simples, savoir les cas où les biens que les indemnités accordées ont pour but de remplacer s'augmentent par progression géométrique plutôt qu'arithmétique, ce qui arrive par exemple pour les troupeaux de bétail. » ⁷³²

320. Dans une sentence rendue par un tribunal arbitral établi par les gouvernements de la France et du Pérou pour le règlement de certaines créances désignées entre les deux pays, le tribunal arbitral a fourni une brève explication de sa décision de rejeter les intérêts composés :

« La capitalisation des intérêts ne peut résulter que d'une stipulation ou de circonstances de fait rendant évident le consentement du débiteur à assumer une obligation aussi onéreuse. » ⁷³³

Cette réticence générale à accorder des intérêts composés, en l'absence de circonstances particulières, a également été relevée dans l'affaire *Reynolds Tobacco c. Iran*, ⁷³⁴ où le tribunal n'a pas trouvé

« de raisons particulières pour s'écarter des précédents internationaux qui n'autorisent normalement pas l'octroi d'intérêts composés. Comme l'a noté une autorité, “[i]l y a peu de règles dans le domaine des dommages et intérêts en droit international qui soient mieux établies que celle selon laquelle les intérêts composés ne sont pas admissibles...”. Même si l'expression “toutes les sommes” pourrait être interprétée comme incluant les intérêts et donc comme autorisant les intérêts composés, le Tribunal, en raison de l'ambiguïté de la formulation, interprète la clause à la lumière de la règle internationale qui vient d'être énoncée, et exclut donc les intérêts composés. » ⁷³⁵

732. Arbitrage *ad hoc*, *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre RoyaumeUni)*, sentence, 1^{er} mai 1925, *Recueil Des Sentences Arbitrales* 1924, vol. II, p. 615-742, p. 650.

733. George Winfield SCOTT, *The Hague Court Reports*, t. 2, Cambridge : Cambridge University Press, 1932, p. 35. Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigé : « The capitalization of the interest can result only from a stipulation or from circumstances of fact making clear the consent of the debtor to assume such an onerous obligation. » Marjorie WHITEMAN, *Damages in International Law*, t. III, Washington, DC : United States Government Printing Office, 1943, 2242 p., p. 2503.

734. Tribunal irano-américain de réclamations, *R. J. Reynolds Tobacco Company c. Iran*, sentence, 1^{er} mars 1985, n° 166-35-3.

735. Tribunal irano-américain de réclamations, *R. J. Reynolds Tobacco Company c. Iran*, sentence

321. Dans son opinion concordante dans l'affaire *Starrett Housing*,⁷³⁶ le juge Holtzmann a établi un lien clair entre les intérêts composés et le principe de la réparation intégrale :

« Je crois également que, dans les circonstances de cette affaire, des intérêts devraient être accordés sur une base composée. Je parviens à cette conclusion parce que cela est nécessaire pour que *Starrett* soit indemne du préjudice réel qu'elle a subi du fait de l'expropriation de ses droits de propriété par les défendeurs. Avant la date de la prise, les défendeurs savaient parfaitement que *Starrett* empruntait de l'argent à ses banques américaines sur une base composée afin de financer le projet et d'accorder des prêts à *Shah Goli*. *Starrett*, comme la plupart des entrepreneurs, opérait sur la base de prêts adossés et d'une ligne de crédit substantielle auprès de leurs banques. Il est de pratique commerciale normale que les banques facturent des intérêts composés pour financer de telles facilités de crédit. L'octroi d'intérêts composés dans cette affaire serait conforme au droit international. Le Tribunal ne s'est pas encore penché sur la question des intérêts composés. Dans l'affaire *R.J. Reynolds Tobacco Co. c. Gouvernement de la République islamique d'Iran*, sentence n° 145-35-3, p. 19011 (6 août 1984), la troisième chambre du Tribunal a estimé qu'il n'y avait pas de "raisons particulières" de s'écarter des précédents internationaux "qui n'autorisent normalement pas l'octroi d'intérêts composés". Le Tribunal s'est appuyé sur un traité de 1943 pour affirmer que la règle contre les intérêts composés était "établie". Que cette règle ait existé ou non avant 1943, elle n'est plus appropriée ou justifiable. »⁷³⁷

partielle, 6 août 1984, n° 145-35-3, § 47. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « any special reasons for departing from international precedents which normally do not allow the awarding of compound interest. As noted by one authority, "[t]here are few rules within the scope of the subject of damages in international law that are better settled than the one that compound interest is not allowable..." Even though the term "all sums" could be construed to include interest and thereby to allow compound interest, the Tribunal, due to the ambiguity of the language, interprets the clause in the light of the international rule just stated, and thus excludes compound interest. »

736. Tribunal irano-américain de réclamations, *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. et Starrett Housing International c. Iran*, sentence, 14 août 1987, n° 314-24-1.

737. *Ibid.*, pp. 251 et s. Notre traduction. L'opinion d'Holtzmann est ainsi rédigée : « I also believe that in the circumstances of this case interest should be awarded on a compound basis. I reach this conclusion because that is necessary to make *Starrett* whole for the actual damage it suffered due to the Respondent's expropriation of its property rights. Before the date of taking, the Respondents were fully aware that *Starrett* was borrowing money from its U.S. banks on a compound basis in order to finance the Project and provide loans to *Shah Goli*. *Starrett*, like most contractors, operated on the basis of back-to-back loans and a substantial line of credit with their banks. It is normal commercial practice that banks customarily charge compound interest to finance such credit facilities. An award

322. Il conclut en considérant que la réalité économique moderne, comme l'équité, exige que les parties lésées qui ont elles-mêmes subi des frais d'intérêts composés réels soient indemnisées sur une base composée afin de voir leur préjudice réparé. Après avoir rappelé que les tribunaux internationaux et la doctrine ont fini par reconnaître ce principe, Holtzmann considère qu'il est regrettable que la sentence ne le fasse pas.⁷³⁸ Cette interprétation du lien entre intérêts composés et principe de réparation intégrale a trouvé un certain soutien dans la doctrine internationaliste.⁷³⁹ En particulier, le principe de réparation intégrale semble faire corps avec les intérêts composés :

« Si, conformément à la formule habituelle, les dommages-intérêts sont destinés à assurer la restitutio in integrum (réparation intégrale du préjudice subi), ces postes de préjudice ne doivent pas être exclus. Il ne s'agit pas du paiement ou du remboursement de sommes liquides, telles que le prix d'une marchandise ou d'un prêt, ni même de l'arriéré des intérêts convenus dus au titre d'un prêt ; dans de telles circonstances, la pratique générale des lois ou des tribunaux municipaux n'admet normalement pas le paiement de plus que de simples intérêts. Mais dès qu'il y a responsabilité en dommages-intérêts, des considérations différentes s'appliquent et exigent l'élimination, par le paiement d'une somme d'argent, de tous les dommages prévisibles. »⁷⁴⁰

of compound interest in this Case would be consistent with international law. The Tribunal has not yet squarely addressed the issue of compound interest. In *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Award No. 145-35-3, p. 19011 (6 Aug. 1984), Chamber Three of the Tribunal found that there were no 'special reasons' for departing from international precedents 'which normally do not allow the awarding of compound interest'. The Tribunal relied on a 1943 treatise for the proposition that the rule against compound interest was 'settled'. Whether or not such a rule existed before 1943, it is no longer appropriate or justifiable. »

738. Tribunal irano-américain de réclamations, *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. et Starrett Housing International c. Iran*, sentence, 14 août 1987, n° 314-24-1, p. 254.

739. Frederik MANN, « Compound Interest as an Item of Damage in International Law », *University of California, Davis Law Review* 1988, vol. 21, n° 3, p. 577, p. 585 : « In this spirit it is necessary first to take account of modern economic conditions. It is a fact of universal experience that those who have a surplus of funds normally invest them to earn compound interest. On the other hand, many are compelled to borrow from banks and therefore must pay compound interest. This applies, in particular, to business people whose own funds are frequently invested in brick and mortar, machinery and equipment, and whose working capital is obtained by way of loans or overdrafts from banks. » John Y. GOTANDA, « Awarding Interest in International Arbitration », *American Journal of International Law* 1996, vol. 90, p. 40, p. 61 : « Almost all financing and investment vehicles involve compound interest. If the Claimant could have received compound interest merely by placing its money in a readily available and commonly used investment vehicle, it is neither logical nor equitable to award the Claimant only simple interest. »

740. Frederik MANN, « Compound Interest as an Item of Damage in International Law », *University of California, Davis Law Review* 1988, vol. 21, n° 3, p. 577, p. 585. Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigé : « If, in accordance with the usual formula, damages are intended to afford restitutio in integrum (complete compensation for the wrong suffered) such items of damage should not be excluded.

323. Cette position fut appliquée dans l'affaire *Wena*.⁷⁴¹ Dans cette affaire, le tribunal a conclu que, en dépit du fait qu'ils n'étaient pas prévus par le droit égyptien applicable, les intérêts composés « permettront de rétablir au mieux le demandeur dans une approximation raisonnable de la situation dans laquelle il se serait trouvé si l'acte illicite n'avait pas eu lieu. »⁷⁴² En se référant explicitement aux opinions des Professeurs Gotanda⁷⁴³ et Mann,⁷⁴⁴ les arbitres considèrent que l'octroi d'intérêts composés est adapté dans la plupart des arbitrages commerciaux modernes. Saisi de cette question, le comité ad hoc sur l'annulation considère que :

« L'indemnisation doit être, premièrement, “prompte, adéquate et effective” et, deuxièmement, “l'indemnisation doit correspondre à la valeur marchande de l'investissement exproprié immédiatement avant l'expropriation elle-même”. Bien qu'elle ne fasse pas référence aux intérêts, la disposition [du TBI traitant de l'expropriation] doit être interprétée comme incluant une détermination des intérêts qui est compatible avec ces deux principes. En particulier, l'indemnité ne doit pas être érodée par le passage du temps ou par la diminution de la valeur marchande. L'attribution d'intérêts qui reflètent ces pratiques commerciales internationales répond à ces deux objectifs.

L'option prise par le Tribunal était, de l'avis de ce Comité, dans les limites du pouvoir du Tribunal. Le droit international et la pratique du CIRDI, contrairement au Code civil égyptien, offrent une variété d'alternatives qui sont compatibles avec ces objectifs. Ces alternatives incluent la capitalisation des intérêts dans certains cas. Il n'appartient pas à ce Comité de dire si, parmi les nombreuses alternatives disponibles dans le cadre de cette pratique, le Tribunal a choisi la plus appropriée dans les circonstances de l'affaire, car

One is not dealing with the payment or repayment of liquidated sums such as the price of goods or a loan or even arrears of agreed interest due in respect of a loan; in such circumstances the general practice of municipal laws or courts does not normally allow the payment of more than simple interest. But as soon as any liability for damages arises, different considerations apply and demand the elimination, by the payment of money, of all foreseeable injuries. »

741. CIRDI, *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, décision sur l'annulation, 5 fév. 2002, n° ARB/98/4.

742. CIRDI, *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, sentence, 8 déc. 2000, n° ARB/98/4, § 129. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « will best restore the Claimant to a reasonable approximation of the position in which it would have been if the wrongful act had not taken place. » comp. CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, décision sur les questions préliminaires relatives à la juridiction, 27 nov. 1985, n° ARB/84/3, §§ 220 et s.

743. John Y. GOTANDA, « Awarding Interest in International Arbitration », *American Journal of International Law* 1996, vol. 90, p. 40.

744. Frederik MANN, « Compound Interest as an Item of Damage in International Law », *University of California, Davis Law Review* 1988, vol. 21, n° 3, p. 577.

cette question relève du fond de la décision. En outre, il s'agit d'une décision discrétionnaire du Tribunal. Même s'il était établi que le Tribunal ne s'est pas fondé sur les critères appropriés, cela ne constituerait pas en soi un excès de pouvoir manifeste conduisant à l'annulation. » ⁷⁴⁵

745. CIRDI, *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, décision sur l'annulation, 5 fév. 2002, n° ARB/98/4, §§ 52 et s. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « Compensation must be, first, “prompt, adequate and effective” and second, “compensation shall amount to the market value of the investment expropriated immediately before the expropriation itself”. Although not referring to interest, the provision [of the BIT dealing with expropriation] must be read as including a determination of interest that is compatible with those two principles. In particular, the compensation must not be eroded by the passage of time or by the diminution in the market value. The award of interest that reflects such international business practices meets these two objectives.

The option the Tribunal took was in the view of this Committee within the Tribunal's power. International law and ICSID practice, unlike the Egyptian Civil Code, offer a variety of alternatives that are compatible with those objectives. These alternatives include the compounding of interest in some cases. Whether among the many alternatives available under such practice the Tribunal chose the most appropriate in the circumstances of the case is not for this Committee to say as such matter belongs to the merits of the decision. Moreover, this is a discretionary decision of the Tribunal. Even if it were established that the Tribunal did not rely on the appropriate criteria this in itself would not amount to a manifest excess of power leading to annulment. »

324. De nombreux autres tribunaux ont statué de cette manière.⁷⁴⁶ Ainsi, dans *BG c. Argentine*⁷⁴⁷, le tribunal considère que le standard de réparation intégrale ne serait pas atteint en l'absence d'intérêts composés.⁷⁴⁸ Dans l'affaire ADC, le tribunal considère qu'il doit octroyer des intérêts composés à l'investisseur au regard de la tendance actuelle de l'arbitrage international d'investissement.⁷⁴⁹ On notera toutefois le refus de *CME*

746. CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica*, sentence, 17 fév. 2000, n° ARB/96/1, §§ 97 et s. : « Even though there is a tendency in international jurisprudence to award only simple interest, this is manifested principally in relation to cases of injury or simple breach of contract. The same considerations do not apply to cases relating to the valuation of property or property rights. In cases such as the present, compound interest is not excluded where it is warranted by the circumstances of the case.

While simple interest tends to be awarded more frequently than compound, compound interest certainly is not unknown or excluded in international law. No uniform rule of law has emerged from the practice in international arbitration as regards the determination of whether compound or simple interest is appropriate in any given case. Rather, the determination of whether compound or simple interest is a product of the exercise of judgment, taking into account all of the circumstances of the case at hand and especially considerations of fairness which must form part of the law to be applied by this Tribunal. In particular, where an owner of property has at some earlier time lost the value of his asset but has not received the monetary equivalent that then became due to him, the amount of compensation should reflect, at least in part, the additional sum that his money would have earned, had it, and the income generated by it, been reinvested each year at generally prevailing rates of interest. It is not the purpose of compound interest to attribute blame to, or to punish, anybody for the delay in the payment made to the expropriated owner, it is a mechanism to ensure that the compensation awarded the claimant is appropriate in the circumstances. » CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. Chili*, sentence, 25 mai 2004, n° ARB/01/7, § 251 : « Compound interest is more in accordance with the reality of financial transactions and a closer approximation to the actual value lost by an investor. » CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., Et LG&E International, Inc. c. Argentine*, sentence, 25 juill. 2007, n° ARB/02/1, § 103 : « the Tribunal is of the opinion that compound interest would better compensate the Claimants for the actual damages suffered since it better reflects contemporary financial practice. » CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, sentence, 29 mai 2003, n° ARB (AF)/00/2, § 196 : « application of compound interest is justified as part of the integral compensation owed to the Claimant as a result of the loss of its investment ».

747. Arbitrage *ad hoc*, *BG Group Plc. c. République d'Argentine*, sentence finale, 24 déc. 2007.

748. *Ibid.*, § 456.

749. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, § 522 : « As to post-Award interest, contrary to Respondent's submission, the current trend in investor-State arbitration is to award compound interest. Respondent relies on the statement "[t]here are few rules within the scope of the subject of damages in international law that are better settled than the one that compound interest is not allowable" by Marjorie Whiteman in *Damages in International Law* (1943) Vol. III at 1997. While the Iran-U.S. Claims Tribunal echoed Ms. Whiteman's statement, tribunals in investor-State arbitrations in recent times have recognized economic reality by awarding compound interest (see, e.g., *Middle East Cement Shipping Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, Final Award, 12 April 2002, ICSID Case No. ARB/99/6, at paras. 174-175). In paragraph 104 of the award in *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/96/1), the Tribunal recognized that the reason for compound interest was not "to attribute blame to, or punish, anybody for the delay in the payment made to the expropriated owner; it is a mechanism to ensure that the compensation awarded the Claimant is appropriate in the circumstances". Accordingly, the Tribunal determines that interest is to be compounded on a monthly basis in the present case. » CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 21 nov. 2000, n° ARB/97/3, § 9.2.4 : « To the extent there

d'octroyer des intérêts composés.⁷⁵⁰ Certains auteurs y voient le fait que les intérêts simples selon le droit applicable étaient déjà particulièrement élevé (à hauteur de 10% par an).⁷⁵¹ En effet, le tribunal rappelle que :

« Conformément aux principes du droit international et à la pratique de l'arbitrage international, le Tribunal n'accorde pas d'intérêts composés puisque l'objet de l'indemnisation - la réparation "intégrale" du préjudice subi - ne nécessite pas en l'espèce l'octroi d'intérêts composés, compte tenu de la disposition de la loi tchèque relative aux intérêts généraux. »⁷⁵²

Pour cette raison, l'affaire CME, si elle ne supporte pas entièrement l'octroi d'intérêts composés en cas d'expropriation illicite, ne semble pas rejeter le principe.⁷⁵³

325. Conclusion. Ainsi, et quand bien même le droit international général ne semble pas fixé sur la question,⁷⁵⁴ il semble que la pratique arbitrale d'investissement fasse clairement ressortir une tendance à octroyer des intérêts composés en vertu du standard de réparation intégrale.⁷⁵⁵ Bien entendu, puisque les intérêts, d'autant plus

has been a tendency of international tribunals to award only simple interest, this is changing, and the award of compound interest is no longer the exception to the rule. » James GRAY, Jason D. CAIN et Wayne R. WILSON, « ICSID Arbitration Awards and Costs », *Transnational Dispute Management* 2006, vol. III, n° 5.

750. Arbitrage *ad hoc*, *CME République Tchèque c. République Tchèque*, sentence, 14 mars 2003, § 642.

751. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » in *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, p. 272; Campbell MCLACHLAN, Laurence SHORE et Matthew WEINIGER, *International Investment Arbitration : Substantive Principles*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, New York, NY : Oxford University Press, 2017, 630 p., § 9.132.

752. Arbitrage *ad hoc*, *CME République Tchèque c. République Tchèque*, sentence, 14 mars 2003, § 643. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « in accord with international law principles and international arbitration practice, the Tribunal does not award compound interest since the purpose of compensation – to 'fully' compensate the damage sustained – in this case does not require the awarding of compound interest, having regard to the generous interest provision of the Czech statute. »

753. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » in *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, p. 272; Campbell MCLACHLAN, Laurence SHORE et Matthew WEINIGER, *International Investment Arbitration : Substantive Principles*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, New York, NY : Oxford University Press, 2017, 630 p., § 9.132.

754. Charles BROWER et Jeremy K. SHARPE, « Awards of Compound Interest in International Arbitration : The Aminoil Non-Precedent » in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution : Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, sous la dir. de Gerald AKSEN et Robert BRINER, ICC Pub., 2005, p. 156.

755. Campbell MCLACHLAN, Laurence SHORE et Matthew WEINIGER, *International Investment Arbitration : Substantive Principles*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, New York, NY :

les intérêts composés, visent à s'assurer que le dommage subi par l'investisseur soit réparé entièrement et ce en dépit du retard de paiement, ils sont nécessairement liés au dommage survenant de l'illicite. Puisque ce mémoire prône une identification plus précise et consciencieuse du fait illicite, l'octroi d'intérêts divergera nécessairement en fonction de l'illicite. Si le tribunal arbitral doit remettre l'investisseur dans la situation dans laquelle une expropriation licite a eu lieu, les intérêts composés courent à partir de la somme initialement due pour compenser la dépossession en vertu du TBI applicable. À l'inverse, si l'expropriation est capricieuse, le tribunal n'étudiera les intérêts qu'à la date de la sentence, puisque la réparation est fondée sur la valeur de l'investisseur à cette date. En ce sens, l'octroi d'intérêts composés pour expropriation capricieuse sera, paradoxalement, inférieur à celui dû pour la même expropriation même légitime. Cela s'explique naturellement par le fait que la réparation à la date de la sentence inclut déjà l'indemnisation de la perte de profits.

§ 2. La justification d'une indemnisation différente en fonction de l'illicite

326. Introduction. Puisque son caractère illicite est réduit, l'expropriation légitime semble justifier un standard de réparation – et non de compensation – inférieur, toujours en appliquant le principe de réparation intégrale. (A.) À l'inverse, l'expropriation illégitime ou capricieuse semble pouvoir bénéficier d'une réparation supérieure, l'illicite étant plus important. (B.)

A. L'expropriation légitime et la réparation inférieure

327. Introduction. Puisque l'investisseur n'est pas en mesure d'obtenir la réparation le remettant dans la situation dans laquelle l'expropriation n'a pas eu lieu, celui-ci doit établir avec une précision suffisante la situation qui aurait été la sienne si l'expropriation avait été licite. Dans ce cadre, on imagine aisément qu'un tribunal appréciera ce scénario selon l'hypothèse dans laquelle l'État a compensé l'investisseur à la date de l'expropriation. De cette manière, le scénario contrefactuel consiste en l'appréciation du paiement de la juste valeur marchande payée à la date de l'expropriation, augmentée des intérêts courant entre ladite date et la décision du tribunal arbitral. Cette méthodologie

est en plein accord avec les principes énoncés par l'*Usine de Chorzów*.⁷⁵⁶ On rappellera, en effet, qu'il semble que la CPJI ait distingué l'expropriation illicite pour absence de compensation de l'expropriation illicite pour toute autre violation du traité.

« L'action de la Pologne que la Cour a jugée contraire à la Convention de Genève n'est pas une expropriation pour laquelle seul le paiement d'une juste indemnité est nécessaire. Il s'ensuit que l'indemnité, n'est pas nécessairement limitée à la valeur de l'entreprise au moment de la dépossession, augmentée des intérêts jusqu'au jour du paiement. Cette limitation ne serait admissible que si l'acte illicite consistait seulement à ne pas avoir payé aux deux Compagnies le juste prix de ce qui a été exproprié. »⁷⁵⁷

328. L'identification de l'illicite. La Cour explicite assez clairement son raisonnement : si l'illicite de l'expropriation n'avait été dû qu'à l'absence de compensation alors la réparation intégrale aurait été limitée à la valeur de l'investissement à la date de la dépossession accrue des intérêts.⁷⁵⁸ Cependant, ce faisant, les juges ne rendent certainement pas l'expropriation licite. Au contraire, la CPJI appliquerait le standard de réparation intégrale à l'expropriation illicite, en considérant que celui-ci s'applique à l'acte illicite : l'absence de compensation. Ainsi, il ressort de l'*Usine de Chorzów* une distinction entre l'expropriation légitime et l'expropriation purement illicite. En outre, dès lors qu'il est chargé de la complexe charge d'évaluer le préjudice subi, le tribunal ne saurait oublier le risque inhérent à l'investissement. En effet, dès lors que l'expropriation est *légitime* l'État était fondé, pour des motifs d'intérêt général, à déposséder l'investisseur. En particulier, illustrant ce point, Khachvani prend l'exemple d'une expropriation pour motifs culturels.⁷⁵⁹ Le tribunal confronté à une affaire de ce type ne peut ignorer que la concession minière, dans cet exemple, a en fait été octroyée au sujet d'un terrain dans lequel des fouilles ont découvert des sites archéologiques majeurs. Alors que les arbitres se doivent de déterminer la valeur de l'investissement, il semble nécessaire de

756. Sergey RIPINSKY et Kevin WILLIAMS, *Damages in International Investment Law*, London : British Institute of International et Comparative Law, 2008, 561 p.

757. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17, p. 47. Notre traduction. L'arrêt original est ainsi rédigé : « The action of Poland which the Court has judged to be contrary to the Geneva Convention is not an expropriation to render which lawful only the payment of fair compensation is wanting. It follows that the compensation. . . is not necessarily limited to the value of the undertaking at the moment of dispossession, plus interest to the day of payment. This limitation would only be admissible if the wrongful act consisted merely in not having paid to the two Companies the just price of what was expropriated ».

758. *Ibid.*, p. 47.

759. David KHACHVANI, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19.

prendre en compte les conséquences de la découverte d'un site de cette nature aux yeux de potentiels acheteurs. En effet, ces derniers vont nécessairement prendre en compte le risque d'expropriation, ou d'une augmentation drastique des contraintes juridiques, dans leur évaluation de l'investissement.

329. Conclusion. De cette façon, il semble naturel de considérer que l'évaluation de la valeur dans l'expropriation légitime soit inférieure à celle de l'expropriation illégitime puisque la première prend en compte des coûts supplémentaires qui sont liés à la prise en compte d'objectifs d'intérêts public prévisibles. En ce sens, non seulement la date à partir de laquelle les arbitres évaluent l'investissement diffère, mais c'est aussi le cas de l'ensemble des paramètres de calculs qui seront pris en compte par les arbitres. Pourtant, quand bien même l'expropriation légitime obéit à des standards différents de l'expropriation illégitime, cela ne veut pas pour autant dire que les arbitres sont autorisés à considérer l'expropriation légitime comme licite.

B. L'expropriation illégitime et la justification d'une réparation supérieure

330. Introduction. La question de savoir si et comment la légalité de l'expropriation influe sur le montant de l'indemnisation a fait l'objet d'un débat vigoureux dans les milieux universitaires et dans la pratique ces dernières années.⁷⁶⁰ Tant la pratique arbitrale qu'universitaire ne semble réellement arriver à s'entendre.⁷⁶¹ En principe l'on pourrait aisément considérer que les conséquences économiques d'un comportement licite et d'un autre illicite ne devraient pas être équivalentes. La fonction préventive du droit international en serait en effet fortement diminuée puisque l'État n'aurait aucune

^{760.} Irmgard MARBOE, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p., p. 73.

^{761.} Pour s'en convaincre, on se référera notamment à Timothy G. NELSON, « A Factory in Chorzów : The Silesian Dispute that Continues to Influence International Law and Expropriation Damages Almost a Century Later », *The Journal of Damages in International Arbitration* 2014, vol. 1, n° 1 ; Nicholas BIRCH, « Curing Uncompensated Expropriation under Chorzów » in *Revolution in the International Rule of Law : Essays in Honor of Don Wallace, Jr.* Dora ZIYAEVA, « Arbitral Tribunals Tend to Pay Lip Service to the Chorzów Factory Full Reparation Principle, Disregarding the Context and Full Implication of the Dictum », *The Journal of Damages in International Arbitration* 2015, vol. 2, n° 2, p. 121 ; Rafael Cox ALOMAR, « Compensation in the Context of Unlawful Expropriations », *The Journal of Damages in International Investment Arbitration* 2016, vol. 3, n° 1 ; Christina L. BEHARRY, « Lawful Versus Unlawful Expropriation : Heads I Win, Tails You Lose », *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 9 ; Florianne LAVAUD et Guilherme RECENE COSTA, « Valuation Date in Investment Arbitration : A Fundamental Examination of Chorzów's Principles », *Journal of Damages in International Arbitration*, vol. 3, n° 2.

raison autre que son bon vouloir de respecter le droit international et ses engagements conventionnels. C'est notamment la CPJI qui l'exprime ainsi :

« Une telle conséquence serait non seulement injuste, mais aussi et surtout incompatible avec le but de l'article 6 - à savoir l'interdiction, en principe, de la liquidation des biens - puisqu'elle reviendrait à rendre indiscernables la liquidation légale et la dépossession illégale dans la mesure de leurs résultats financiers. » ⁷⁶²

331. C'est aussi l'opinion exprimée par le juge Brower qui considère que « dans le cas contraire, la partie lésée ne recevrait rien de plus pour le tort accru qu'elle a subi et l'État fautif ne serait pas dissuadé de répéter son comportement illégal. » ⁷⁶³ En effet, et comme l'avait déjà affirmé Bowett, le bon sens suggère qu'une différence de traitement entre un comportement licite et un autre illicite est nécessaire. ⁷⁶⁴ Le montant supérieur de la réparation par rapport à la compensation s'en trouverait alors justifié. Si ces arguments portaient initialement sur la distinction entre expropriation licite et illicite, ils sont tout à fait transposables à l'expropriation légitime et capricieuse. Le standard, identique, se doit d'être appliqué de telle manière que l'expropriation capricieuse soit désavantagée aux yeux de l'État. En particulier, la question porte principalement sur les frais engendrés par la procédure d'arbitrage (1.), les dommages-intérêts punitifs (2.) et le *lucrum cessans*. (3.)

1. Les frais dus à l'arbitrage

332. Introduction. Alors que l'on peut considérer que les intérêts, qu'ils soient simples ou composés, doivent être compensés selon le principe de réparation intégrale, il semble à première vue que l'ensemble des frais que l'investisseur a dû supporter pour

762. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17, Notre traduction. L'arrêt original est ainsi rédigé : « Such a consequence would not only be unjust, but also and above all incompatible with the aim of Article 6—that is to say, the prohibition, in principle, of the liquidation of the property—since it would be tantamount to rendering lawful liquidation and unlawful dispossession indistinguishable in so far as their financial results are concerned. »

763. Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, sentence partielle, 27 mars 1987, n° ITL 59-129-3, Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « otherwise the injured party would receive nothing additional for the enhanced wrong done it and the offending State would experience no disincentive to repetition of unlawful conduct. »

764. Derek BOWETT, « State Contracts with Aliens : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach », *British Yearbook of International Law* 1^{er} jan. 1989, vol. 59, n° 1, p. 49-74, p. 61 ; Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, « L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux », *Annuaire Français de Droit International* 1987, vol. 33, n° 1, p. 7-31, p. 12.

porter l'affaire devant un tribunal arbitral devraient bénéficier du même traitement. En effet, les coûts d'une procédure arbitrale sont substantiels, et ne font qu'augmenter avec le temps.⁷⁶⁵ Comme le rappellent de nombreux auteurs, l'arbitrage est maintenant un investissement, au sens économique du terme, à part entière tant la procédure peut être coûteuse.⁷⁶⁶ De tels coûts peuvent par ailleurs avoir un effet dissuasif auprès des investisseurs, ceux-ci s'estimant lésés, mais pas suffisamment pour supporter les coûts de l'arbitrage. L'expertise et les coûts y afférant n'ont fait que renforcer la barrière à l'entrée de l'arbitrage international d'investissement. Au regard de l'importance des frais engendrés, il est légitime de s'interroger quant à l'application de principe de réparation intégrale et à la remise de l'investisseur dans l'état dans lequel il aurait été en l'absence de l'expropriation, et donc de la procédure et des coûts engendrés par celle-ci. À première vue, dès lors que le principe de réparation intégrale suppose d'« effacer toutes les conséquences de l'acte illégal et rétablir la situation qui aurait existé, selon toute probabilité, si cet acte n'avait pas été commis. »⁷⁶⁷, il ne semble pas y avoir de raison valable pour en exclure son application aux différents frais de procédure. C'est dans cette optique que Schwarzenberger considère que les frais sont les conséquences naturelles, normales et prévisibles du dommage infligé.⁷⁶⁸ Dans cette hypothèse, tant l'expropriation légitime qu'illégitime devraient aboutir au même résultat dès lors que, dans les deux cas, l'investisseur intente une action devant un tribunal arbitral pour manquement de l'État d'accueil à ses obligations.

333. L'arbitrage commercial. Certaines études approfondies concernant les frais d'arbitrage ont été conduites en arbitrage commercial international.⁷⁶⁹ En particulier,

765. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » *in 50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, p. 273 ; V. aussi *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, sous la dir. de Christina L. BEHARRY, Nijhoff international investment law series volume 11, Leiden ; Boston : Brill Nijhoff, 2018, 488 p.

766. On notera également que, face à de tels coûts, certaines sociétés se sont spécialisées dans le financement d'arbitrage d'investissement. Celles-ci financent la procédure pour l'investisseur, en échange d'un pourcentage des dommages alloués par le tribunal.

767. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17, Notre traduction. L'arrêt original est ainsi rédigé : « wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed ».

768. Georg SCHWARZENBERGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, t. 1, Londres : Stevens et Sons Ltd, 1945, 645 p., p. 670.

769. John Y. GOTANDA, « Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitration », *Michigan Journal of International Law* 1999, p. 1-50.

dans le cadre de l'arbitrage devant la Chambre de commerce internationale (CCI), Derains et Schwartz ont conclu à une importante diversité dans les approches retenues par les arbitres, probablement influencées par leur droit national et le comportement des parties.⁷⁷⁰ En se reposant sur une étude conduite par la CCI, les auteurs estiment que les arbitres sont susceptibles de sanctionner la mauvaise foi des parties par l'octroi de frais importants, dès lors que cette solution est justifiée au sens de l'article 25 § 2.⁷⁷¹ On notera toutefois que l'enquête a démontré que le demandeur ayant gagné sur la totalité de ses demandes ne pouvait généralement qu'espérer un remboursement de 50% de ses frais.⁷⁷² Domaine couvert par un très large pouvoir discrétionnaire des arbitres,⁷⁷³ aucune réelle tendance quant à l'appréciation des coûts de procédure ne semble s'être dégagée en arbitrage commercial et d'investissement tant les approches peuvent être différentes : de la prise en compte des circonstances de l'affaire à l'approche américaine consistant à considérer que chaque partie doit supporter ses propres coûts et ceux du tribunal à égalité, quel que soit le résultat de la procédure.⁷⁷⁴ Les études précédemment citées semblent s'élever contre l'identification d'une pratique générale quant au traitement des coûts dans les arbitrages commerciaux internationaux.⁷⁷⁵ Pire, la diversité des méthodes utilisées par les arbitres a conduit à des sentences incohérentes et arbitraires. Dans des cas similaires, les arbitres sont parvenus à des conclusions différentes sur l'opportunité de faire droit à une demande de remboursement de frais. Ceux-ci sont par ailleurs en désaccord quant à leur montant le cas échéant.⁷⁷⁶ D'autres études relèvent toutefois une évolution en arbitrage commercial, avec des condamnations aux frais plus fréquentes qu'auparavant.⁷⁷⁷ Pourtant, une telle évolution ne semble pas se manifester en arbitrage

770. Yves DERAIS et Eric A. SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2^e éd., The Hague : Kluwer Law International, 2005, 606 p., pp. 373 et s.

771. *Ibid.*

772. *Ibid.*, pp. 371 et s.

773. Le plus souvent conféré par les règlements d'arbitrages, comme celui du CIRDI, de la CCI ou de la CNUDCI.

774. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » in *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, p. 275.

775. Alan REDFERN et Martin HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London : Sweet & Maxwell, 1999, 720 p., p. 407.

776. John Y. GOTANDA, « Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitration », *Michigan Journal of International Law* 1999, p. 1-50, p. 24.

777. Campbell MCLACHLAN, Laurence SHORE et Matthew WEINIGER, *International Investment Arbitration : Substantive Principles*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, New York, NY : Oxford University Press, 2017, 630 p., p. 345.

d'investissement.⁷⁷⁸

334. La règle de la répartition des frais. Il semble dès lors que les tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissement international statuent le plus souvent de sorte à faire supporter à chaque partie la moitié des frais de la procédure. Thomas Wälde l'exprime ainsi :

« Une jurisprudence bien établie de l'ALÉNA et du CIRDI consistant à laisser chaque partie, gagnante ou perdante, supporter ses propres frais de justice et partager les coûts de l'arbitrage en l'absence de preuve manifeste d'une faute professionnelle grave de la part d'une partie à l'arbitrage ou d'une demande manifestement fallacieuse. »⁷⁷⁹

335. Une telle constatation avait, notamment, déjà été faite par Ben Hamida qui a démontré en quoi, sur une base de 26 affaires défavorables à l'investisseur, 19 ont considéré que chaque partie devait supporter ses propres coûts.⁷⁸⁰ Dès lors, dans les affaires d'investissement, les tribunaux semblent généralement continuer à préférer la règle américaine, en l'absence de circonstances justifiant manifestement de s'écarter de cette approche. C'est notamment l'approche retenue dans *Salini*⁷⁸¹ et *Parkerings* :

« Il n'existe pas de règle en matière d'arbitrage international selon laquelle les frais doivent suivre l'événement. Ainsi, la question des frais relève du pouvoir discrétionnaire du Tribunal en fonction, d'une part, de l'issue de la procédure et, d'autre part, d'autres facteurs pertinents. »⁷⁸²

778. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » *in 50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, pp. 276 et s.

779. Arbitrage *ad hoc*, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, sentence, 26 jan. 2006, Opinion du Professeur Wälde, p. 116. Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigé : « a well established NAFTA and ICSID jurisprudence consisting in letting each party, winning or losing, bear its own legal expenses and share the costs of arbitration short of clear evidence of either gross professional misconduct on the part of a party in arbitration or a manifestly spurious claim. »

780. Walid BEN HAMIDA, « Cost Issue in Investor-State Arbitration Decisions Rendered Against the Investor : a Synthetic Table », *Transnational Dispute Management* nov. 2005, vol. 2, n° 5.

781. CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Maroc*, décision sur la juridiction, 23 juill. 2001, n° ARB/00/4.

782. CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, sentence, 11 sept. 2007, n° ARB/05/8, § 462. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « There is no rule in international arbitration that costs must follow the event. Thus, the question of costs is within the discretion of the Tribunal with regard, on the one hand, to the outcome of the proceedings and, on the other hand, to other relevant factors. »

336. Des raisons politiques. Il est certain que des facteurs politiques entrent en jeu dans l'arbitrage d'investissement et que ceux-ci n'existent pas dans les affaires d'arbitrage commercial. Entre autres choses, la condamnation d'un État à payer les frais de l'investisseur peut être perçue comme un affront particulièrement flagrant, ajoutant l'insulte au dommage, ce qui est délicat lorsque des intérêts souverains sont en jeu, et ce en particulier dans le cadre d'un système d'arbitrage d'investissement particulièrement critiqué. Le système mis en place dans le cadre de la Convention CIRDI⁷⁸³ a été la cible de nombreuses critiques, particulièrement des pays en développement. C'est ainsi que la Bolivie a dénoncé la Convention le 2 mai 2007, démontrant en quoi la doctrine Calvo peut encore trouver des adeptes. L'Équateur a également rejeté la juridiction du Centre dans certaines matières relatives aux ressources naturelles, bien que l'ayant de nouveau reconnue récemment. Ajouter à la charge potentielle encourue par les États lorsqu'ils se soumettent à la juridiction des tribunaux internationaux pourrait avoir pour conséquence de les détourner complètement de l'arbitrage international. Les tribunaux peuvent donc être confrontés à la tâche difficile de faire respecter les droits d'un investisseur tout en faisant preuve d'un certain degré de diplomatie respectueuse à l'égard de l'auteur de la faute, en partie dans l'intérêt de la viabilité du système dans son ensemble.⁷⁸⁴

337. Des raisons politiques - Suite. Il existe également d'autres considérations politiques légitimes qui militent en faveur d'une approche de répartition des coûts. Dans son opinion dissidente dans l'affaire *S.D. Myers c. Canada*, le professeur Schwartz a noté qu'il existe un certain nombre d'arguments rejetant les prétentions d'un investisseur victorieux à se voir intégralement remboursé de ses coûts.⁷⁸⁵ Celui-ci considère notamment que dans de nombreux systèmes juridiques, à l'image du système canadien, même une partie qui a entièrement gain de cause ne récupère pas tous ses frais réels de représentation juridique. Le système prévoit une indemnisation moins que complète pour les frais juridiques encourus par une partie gagnante et vise, selon l'auteur, à encourager même une partie qui est entièrement dans son droit à régler son affaire à l'amiable, plutôt que de la poursuivre jusqu'au bout. De ce fait, il semblerait raisonnable que les arbitrages internationaux adoptent cette approche de manière générale, y compris dans le contexte

783. Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, signée le 18 mars 1965, à Washington, D.C.

784. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » *in 50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, p. 2767.

785. Arbitrage *ad hoc*, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, seconde sentence partielle sur les dommages, 13 nov. 2000, Opinion du Professeur Schwartz, § 17.

des affaires relevant du chapitre 11 de l'ALÉNA.⁷⁸⁶

338. L'affaire *S.D. Myers*. Cependant, et en dépit de l'opinion dissidente de Schwartz, le tribunal constitué dans *S.D. Myers* s'est écarté de la règle de répartition des coûts et a plutôt pris en compte la perception des arbitres quant au mérite des parties dans l'arbitrage pour octroyer des frais en conséquence.⁷⁸⁷ Le tribunal relève toutefois que l'objectif d'une condamnation aux dépens n'est pas de punir un défendeur pour la conduite qui l'a rendu responsable envers le demandeur. Si une punition ou une dissuasion pour cette conduite était appropriée, elle ferait l'objet d'une condamnation à des dommages-intérêts, et non d'une condamnation aux dépens de la procédure. Dans la mesure où le comportement des parties peut être correctement pris en compte, la majorité du tribunal a considéré qu'il doit s'agir du comportement lors de l'engagement de la procédure ou pendant son déroulement.⁷⁸⁸ Le tribunal ne mentionne donc pas l'objectif de réparation dans le cadre des dépens puisqu'il ne prend en compte que le comportement des parties pendant la procédure. Le tribunal rejette donc catégoriquement tout caractère punitif des frais de procédure.

339. L'affaire *Thunderbird*. La majorité dans *Thunderbird*⁷⁸⁹ considère de la même manière que les frais et les dépens octroyés n'ont pas une fonction de réparation.

« La question de savoir si la règle du “perdant paie” (ou “les coûts suivent l'événement”) devrait être appliquée dans l'arbitrage international en matière d'investissement est également débattue. Il est en effet vrai que dans de nombreux cas, nonobstant le fait que l'investisseur n'est pas la partie gagnante, il n'est pas condamné à payer les coûts du gouvernement. Le Tribunal ne saisit pas la raison d'être de ce point de vue, sauf dans le cas d'un investisseur aux ressources financières limitées où les considérations d'accès à la justice peuvent jouer un rôle. À moins que cela ne soit le cas, il semble au Tribunal que les mêmes règles devraient s'appliquer à l'arbitrage international d'investissement que celles qui s'appliquent aux autres procédures d'arbitrage international. »⁷⁹⁰

786. *Ibid.*, Opinion du Professeur Schwartz, § 18.

787. *Ibid.*, §§ 45 et s.

788. *Ibid.*, § 46.

789. Arbitrage *ad hoc*, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, sentence, 26 jan. 2006.

790. *Ibid.*, § 214. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « It is also debated whether 'the loser pays' (or 'costs follow the event') rule should be applied in international investment arbitration.

340. L'affaire *Azinian*. Le tribunal dans *Azinian* rejette cette analyse, en considérant qu'il est théoriquement possible que l'octroi des dépens ait deux fonctions : la réparation et la dissuasion.⁷⁹¹ Le tribunal considère cette option uniquement dans la théorie puisqu'il ne statuera finalement pas sur la question des frais.⁷⁹²

341. L'affaire *Methanex*. Dans l'affaire *Methanex*⁷⁹³, le tribunal se réfère à l'article 40 § 1 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI⁷⁹⁴ et considère que Methanex doit supporter l'ensemble des frais.⁷⁹⁵ Le tribunal note :

« Les pratiques des tribunaux internationaux varient considérablement. Certains tribunaux sont réticents à ordonner à la partie qui succombe de payer les frais de représentation juridique de la partie qui a obtenu gain de cause, à moins que cette dernière ne l'ait emporté sur une position manifestement fallacieuse prise par la partie qui succombe. D'autres tribunaux arbitraux considèrent que la partie gagnante ne devrait normalement pas être laissée de côté pour les frais de justice raisonnablement engagés pour faire valoir ou défendre ses droits. En l'espèce, le Tribunal privilégie l'approche adoptée par les Parties au différend elles-mêmes, à savoir qu'en règle générale, la partie gagnante devrait se voir payer ses frais de justice raisonnables par la partie perdante. »⁷⁹⁶

It is indeed true that in many cases, notwithstanding the fact that the investor is not the prevailing party, the investor is not condemned to pay the costs of the government. The Tribunal fails to grasp the rationale of this view, except in the case of an investor with limited financial resources where considerations of access to justice may play a role. Barring that, it appears to the Tribunal that the same rules should apply to international investment arbitration as apply in other international arbitration proceedings. »

791. CIRDI, *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. Mexique*, sentence, 1^{er} nov. 1999, n° ARB(AF)/497/2, § 125 : « The claim has failed in its entirety. The Respondent has been put to considerable inconvenience. In ordinary circumstances it is common in international arbitral proceedings that a losing claimant is ordered to bear the costs of the arbitration, as well as to contribute to the prevailing Respondent's reasonable costs of representation. This practice serves the dual function of reparation and dissuasion. »

792. *Ibid.*, §§ 126 et s.

793. Arbitrage *ad hoc*, *Methanex Corp c. États-Unis*, sentence finale sur la compétence et le fond, 3 août 2005.

794. Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, art. 40 § 1 : « Le tribunal arbitral fixe les frais d'arbitrage dans la sentence définitive et, s'il le juge approprié, dans toute autre décision. »

795. Arbitrage *ad hoc*, *Methanex Corp c. États-Unis*, sentence finale sur la compétence et le fond, 3 août 2005, § 5.

796. *Ibid.*, §§ 9 et s. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The practices of international tribunals vary widely. Certain tribunals are reluctant to order the unsuccessful party to pay the costs of the successful party's legal representation unless the successful party has prevailed over

342. Methanex a donc été condamnée à payer aux États-Unis le montant de ses frais juridiques raisonnablement engagés dans la procédure d'arbitrage.⁷⁹⁷ Une approche plus mesurée et intermédiaire a été adoptée par le tribunal dans *Azurix*⁷⁹⁸. L'Argentine n'a été condamnée à payer « que » les frais relatifs à la procédure arbitrale, et non les coûts relatifs à la défense de l'investisseur.⁷⁹⁹ D'autres affaires ont également adopté une approche nuancée, parfois étrange, à l'image de Vivendi⁸⁰⁰ qui considère que les coûts de l'arbitrage durant l'étude au fond sont à supporter par les deux parties, tandis que les frais inhérents à la question de la juridiction du tribunal ne doivent être supportés que par l'Argentine.⁸⁰¹ Le tribunal explique son raisonnement par l'attitude de l'Argentine qui a à plusieurs reprises cherché à réinterroger des questions de compétence qui avaient été précédemment tranchées par le tribunal, le tribunal initial et le comité ad hoc, ce qui a inutilement prolongé et considérablement augmenté les coûts de la procédure.⁸⁰² La mauvaise foi de l'État argentin est donc prise en compte pour réparer le dommage que ladite mauvaise foi cause à l'investisseur. Cependant, le tribunal n'évoque à aucun moment le principe de réparation intégrale.⁸⁰³

a manifestly spurious position taken by the unsuccessful party. Other arbitral tribunals consider that the successful party should not normally be left out of pocket in respect of the legal costs reasonably incurred in enforcing or defending its legal rights. In the present case, the Tribunal favours the approach taken by the Disputing Parties themselves, namely that as a general principle the successful party should be paid its reasonable legal costs by the unsuccessful party. »

797. V. aussi, pour le même raisonnement, CIRDI, *Československa obchodní banka, a.s. c. Slovaquie*, sentence, 29 déc. 2004, n° ARB/97/4, §§ 369 et s.

798. CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, sentence, 14 juill. 2006, n° ARB/01/12.

799. *Ibid.*, § 441 : « The Claimant has partially prevailed on the merits. The Tribunal declined to issue the provisional order requested by the Claimant and Argentina failed in its objections to the jurisdiction of the Tribunal and its challenge to the president of the Tribunal. The Claimant did not submit its own copy of envelopes 1 and 2 as requested by the Tribunal, and Argentina requested that the Claimant bear the costs related to this procedural incident. For these reasons, the Tribunal decides : (1) that each party shall pay its own costs and counsel fees, and (2) that the arbitrators' fees and expenses and the cost of the ICSID Secretariat shall be borne by Argentina, except for the amount of US\$34,496 (thirty-four thousand four hundred ninety six U.S. dollars), which shall be borne by the Claimant and correspond to the said provisional measures and the procedural incident. »

800. CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3.

801. *Ibid.*, § 10.2.4.

802. *Ibid.*, § 10.2.5.

803. Pierre BIENVENU et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » *in 50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281, p. 279.

343. L'affaire ADC. Le lien entre le principe de réparation intégrale et les frais d'arbitrage a, à notre connaissance, été étudié uniquement dans la sentence *ADC* :⁸⁰⁴

« Si les Demandeurs n'avaient pas été remboursés des frais qu'ils ont engagés pour justifier ce qu'ils considèrent comme un comportement flagrant de la part de la Hongrie, on ne pourrait pas dire qu'ils ont été dédommagés. »⁸⁰⁵

Selon *ADC*, dans le cas d'une expropriation illicite et de l'application du principe de réparation intégrale, l'investisseur doit recevoir le remboursement de l'intégralité de ses frais. En effet, puisque la réparation intégrale a pour objet de placer l'investisseur dans la situation dans laquelle il aurait été en l'absence de l'acte illicite,⁸⁰⁶ et qu'en cette absence il n'aurait eu à engager une procédure arbitrale, le principe semble militer en la faveur du remboursement. Le tribunal note par ailleurs « il ressort de sentences antérieures que les arbitres du CIRDI allouent en pratique des frais en faveur de la partie gagnante et parfois des sommes importantes (voir par exemple *CSOB c. Slovaquie* - 10 millions de dollars US). »⁸⁰⁷ Ainsi, non seulement sa décision semble justifiée sur le fondement du principe de réparation intégrale, mais aussi, quant au montant, sur le fondement de la pratique arbitrale.

344. Conclusion. En définitive, comme l'exposé des nombreuses sentences précédemment le démontre, la question ne semble pas encore tranchée en arbitrage d'investissement. La sentence *ADC*, même si elle apparaît justifiée, ne semble pas être en phase avec les sentences CIRDI qui l'ont précédée. L'application du principe de réparation intégrale aux frais est donc un sujet particulièrement actuel dans le domaine. Le débat quant à l'opportunité du principe persiste, avec d'une part la réparation entière du dommage de l'investisseur et, d'autre part, les considérations politiques qu'il est nécessaire de prendre en compte. L'étude des sentences ayant accordé le dédommagement des frais de l'investisseur ne permet d'admettre avec certitude qu'elles l'ont fait dans une optique de réparation du dommage. Alors que certains arbitres sont d'avis que le comportement de l'État est à prendre en compte – comme pour le punir – d'autres ne jurent que par la répartition équitable des frais. Il ne reste qu'à espérer que l'évolution de la pratique

804. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16.

805. *Ibid.*, § 533. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « Were the Claimants not reimbursed their costs in justifying what they alleged to be egregious conduct on the part of Hungary it could not be said that they were being made whole. »

806. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17.

807. CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16, Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « it can be seen from previous awards that ICSID arbitrators do in practice award costs in favour of the successful party and sometimes in large sums (see for example *CSOB v. Slovakia* – US\$10 million). »

arbitrale permettra de répondre à ces questions en reconnaissant la nécessité d'appliquer le principe de réparation intégrale aux frais de procédure.

2. Les dommages punitifs

345. Introduction. La question des dommages-intérêts punitifs, pour le moins débattue en droit français, pourrait être digne d'étude dans le cadre de la distinction entre l'expropriation licite et illicite. Notamment, si l'on considère la fonction punitive et dissuasive de la réparation, l'on pourrait aisément imaginer en quoi la question des dommages punitifs pourrait s'appliquer au principe de réparation intégrale, en particulier dans le cadre de l'expropriation capricieuse. Le concept de dommages-intérêts punitifs s'est développé aux États-Unis, où des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires sont disponibles en tant que réparation supplémentaire.⁸⁰⁸ On notera que la plupart des autres États ne considèrent pas ou très peu le concept de dommages-intérêts punitifs dès lors que les violations du droit sont sanctionnées dans le cadre d'actions pénales ou administratives, pas lors de procédures civiles.⁸⁰⁹

346. L'absence de sanction criminelle en droit international. Puisque le droit international public ne contient pas de sanctions criminelles ou pénales, la question des dommages-intérêts punitifs s'est posée et a été étudiée à de nombreuses reprises dans le cadre de débats universitaires.⁸¹⁰ Cependant, il semble que la pratique arbitrale internationale soit restée quelque peu hermétique au principe.⁸¹¹ Le droit international répond au problème par le principe de satisfaction au travers duquel les États résolvent entre eux les problèmes relatifs au droit international, particulièrement lorsque le dommage en cause ne peut tout simplement pas être réparé. Bien que le versement d'une somme

808. Hans STOLL, « Consequences of Liability : Remedies », *International Encyclopedia of Comparative Law* 1983, vol. XI, n° 8, p. 103.

809. R. BRAND, « Punitive Damages and the Recognition of Judgements », *Netherlands International Law Review* 1996, vol. 143 ; John Y. GOTANDA, « Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of *Mastrobuono v Shearson Lehmann Hutto, Inc.* », *Harvard International Law Journal* 1997, vol. 38, p. 59 ; John Y. GOTANDA, « Charting Developments Concerning Punitive Damages : Is the Tide Changing ? », *Columbia Journal of Transnational Law* 2007, vol. 45, p. 507.

810. Gaetano ARANGIO-RUIZ, *Second Report on State Responsibility*, A/CN.4/425, p. 33-34 ; *Oppenheim's International Law*, sous la dir. de Robert JENNINGS et A. WATTS, London : Longman, 1996, 2887 p. ; Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, sentence partielle, 27 mars 1987, n° ITL 59-129-3.

811. Stephan WITTICH, « Awe of the Gods and Fear of the Priests : Punitive Damages and the Law of State Responsibility », *Austrian Review of International and European Law* 1998, vol. 3, p. 101, p. 118.

d'argent soit envisageable,⁸¹² la satisfaction prend le plus souvent la forme d'excuse publique ou d'actions diverses. Certains auteurs considèrent que la pratique internationale rejette alors la criminalisation de la responsabilité des États.⁸¹³

347. L'affaire *Lusitania* et *Sedco*. On le voit, la criminalisation et le principe des dommages-intérêts punitifs en droit international sont pour le moins discutables. Comme l'affaire *Lusitania* le démontre, une importante résistance s'oppose à l'application de dommages-intérêts punitifs en arbitrage international d'investissement.⁸¹⁴ Pourtant, certains considèrent que le comportement illicite de l'État en droit international d'investissement mérite un traitement particulier. C'est notamment l'opinion que le juge Brower a exprimé dans son opinion attachée à l'affaire *Sedco*.⁸¹⁵ En particulier, Brower axe son argument sur l'absence d'incitation pour l'État à se comporter en adéquation avec ses obligations internationales.

« Lorsque la restitution est impraticable ou inopportune pour d'autres raisons, cet État est tenu de ne fournir que la même indemnisation intégrale que celle qu'il aurait dû fournir s'il avait agi de manière tout à fait légale. Ainsi, la partie lésée ne recevrait rien de plus pour le tort accru qu'elle a subi et l'État

812. V. not. Arbitrage *ad hoc*, *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande c. France)*, sentence, 30 avr. 1990, *Annuaire Français de Droit International* 1990, vol. 36, n° 1, p. 395-407 ; *Recueil Des Sentences Arbitrales* 1990, vol. XIX, p. 199.

813. Gilles COTTEREAU, « Problèmes de La Responsabilité de l'Iraq Selon La Résolution 687 », *Annuaire Français de Droit International* 1991, vol. 37, n° 1, p. 99-117, p. 62 ; Frederik MANN, « The Consequences of an International Wrong in International and Municipal Law », *British Yearbook of International Law* 1977, vol. 48, p. 1.

814. Arbitrage *ad hoc*, *Opinion in the Lusitania Cases*, sentence, 1^{er} nov. 1923, *Recueil Des Sentences Arbitrales* 1923, vol. VII, p. 32-44, p. 39 : « In our opinion the words exemplary, vindictive, or punitive as applied to damages are misnomers. The fundamental concept of "damages" is satisfaction, reparation for a loss suffered ; a judicially ascertained compensation for wrong. The remedy should be commensurate with the loss, so that the injured party may be made whole. The superimposing of a penalty in addition to full compensation and naming it damages, with the qualifying word exemplary, vindictive, or punitive, is a hopeless confusion of terms, inevitably leading to confusion of thought. Many of the American authorities lay down the rule that where no actual damage has been suffered no exemplary damages can be allowed, giving as a reason that the latter are awarded, not because the plaintiff has any right to recover them, but because the defendant deserves punishment for his wrongful acts ; and that, as the plaintiff can not maintain an action merely to inflict punishment upon a supposed wrongdoer, if he has no cause of action independent of a supposed right to recover exemplary damages, he has no cause of action at all.¹⁵ It is apparent that the theory of the rule is not based upon any right of the plaintiff to receive the award assessed against the defendant, but that the defendant should be punished. The more enlightened principles of government and of law clothe the state with the sole power to punish but insure to the individual full, adequate, and complete compensation for a wrong inflicted to his detriment. »

815. Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, sentence partielle, 27 mars 1987, n° ITL 59-129-3.

fautif ne serait pas dissuadé de répéter son comportement illégal. »⁸¹⁶

Ainsi, en l'absence d'une norme d'indemnisation différente, la fonction préventive et punitive du droit international permet d'envisager l'octroi de dommages-intérêts punitifs dans les cas d'expropriation illicite.

348. La question du consentement. Comme cela est déjà le cas pour certains tribunaux nationaux saisis d'affaires à portée internationale, le consentement mutuel d'États et la dévolution de souveraineté qui en découle dans la création et l'instauration d'un tribunal apte à les juger semble ouvrir la possibilité à l'octroi de dommages punitifs.⁸¹⁷ Cependant, la pratique internationale ne semble pas suivre ces conclusions,⁸¹⁸ certaines affaires rejetant très clairement le concept de dommages-intérêts punitifs.⁸¹⁹

349. Conclusion. Malgré les réticences évidentes à l'octroi de dommages-intérêts punitifs en arbitrage d'investissement, l'octroi du *lucrum cessans* a pu être considéré par

816. Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, Opinion de Charles N. Brower, 27 mars 1987, n° ITL 59-129-3, § 47. Notre traduction. L'opinion originale est ainsi rédigée : « Where restitution is impracticable or otherwise inadvisable, that State is required to furnish only the same full compensation as it would need to provide had it acted entirely lawfully. Thus, the injured party would receive nothing additional for the enhanced wrong done it and the offending State would experience no disincentive to repetition of unlawful conduct. »

817. *Oppenheim's International Law*, sous la dir. de Robert JENNINGS et A. WATTS, London : Longman, 1996, 2887 p., § 156.

818. Irmgard MARBOE, « Damages in Investor-state Arbitration : Current Issues and Challenges », *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration* 3 mai 2018, vol. 2, n° 1, p. 1-86, p. 79.

819. CIRDI, *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte*, sentence, 1^{er} juin 2009, n° ARB/05/15, §§ 544 et s. : « The Tribunal rejects the Claimants' request for punitive damages, whether that would be by way of a discrete sum (although noting that the Claimants expressly disavow an entitlement to such a discrete sum) or whether, as submitted by the Claimants in their post-hearing submissions, a punitive element should be introduced into the overall compensation by "erring in favour of the Claimants." There is no provision in the BIT which could be said to give rise to a right for punitive damages or for a treatment of compensation which introduces a punitive element.

The question whether punitive damages are available is logically distinct from the question whether recovery for an unlawful expropriation should proceed on a different (more generous) basis from recovery for a lawful expropriation. The latter issue almost always concerns an argument over whether certain measures of compensation provided for in the applicable BIT should or should not act as a ceiling to recovery. Punitive damages, by their very nature, are not compensatory. It is worth observing that in the oft-cited Chorzów Factory case, the principle derived from that case is that even in the case of an unlawful taking, the relief to be given to the claimant is still purely compensatory. The potential availability of punitive damages, or a punitive "enhancement" of compensatory damages, is a matter of some controversy in international law, as indeed the Claimants acknowledged. The Tribunal notes that the prevailing view of the Iran-United States Claims Tribunal appears to have been that punitive damages are not available and it appears that the recovery of punitive or moral damages is reserved for extreme cases of egregious behaviour ».

certaines comme un élément punitif.⁸²⁰ Bien que fervents opposants à la distinction entre *lucrum cessans* et *damnum emergens*, les auteurs reconnaissent que l'octroi du *lucrum cessans* sert un objectif politique utile dans la mesure où elle permet aux tribunaux internationaux de pénaliser les expropriations flagrantes et de les dissuader à l'avenir, notamment dans le cadre de l'expropriation capricieuse qui ne souffre d'aucune excuse ni justification. (3.)

3. Le *lucrum cessans*

350. Introduction. L'une des distinctions classiquement exposées entre l'expropriation licite et illicite est la faculté d'octroyer réparation pour le gain manqué, le *lucrum cessans*. Selon ce principe, les gains manqués doivent être octroyés en plus du *damnum emergens* dans le cadre de l'expropriation illicite.⁸²¹ Cette distinction a par ailleurs été exposée par Brownlie non pas entre l'expropriation licite et illicite mais entre l'expropriation illicite *per se* et l'expropriation illicite *sub modo*, c'est-à-dire celle qui ne manque que de compensation pour être licite. Selon lui, l'expropriation illicite *per se* entraîne le versement de la réparation des pertes consécutives ou indirectes, c'est-à-dire le *lucrum cessans*.⁸²² D'autres auteurs l'ont en ce sens rejoint.⁸²³ Bien entendu, cette position se repose d'abord et avant tout sur *Usine de Chorzów*.⁸²⁴

351. L'affaire Amoco. L'une des premières affaires à envisager la question du *lucrum cessans* est *Amoco*.⁸²⁵

820. W. Michael REISMAN et Robert D. SLOANE, « Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation », *British Yearbook of International Law* 1^{er} jan. 2004, vol. 74, n° 1, p. 115-150, pp. 137 et s.

821. Irmgard MARBOE, « Damages in Investor-state Arbitration : Current Issues and Challenges », *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration* 3 mai 2018, vol. 2, n° 1, p. 1-86, p. 74.

822. James CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2008, 872 p., p. 625.

823. Robert JENNINGS, « State Contracts in International Law », *British Yearbook of International Law* 1961, vol. 37, p. 156, p. 171 ; Eibe RIEDEL, « Damages » in *Encyclopedia of Public International Law*, sous la dir. de R. BERNHARD, t. 1, North-Holland Publishing Company, 1992, p. 929, p. 931 ; Louis B. SOHN et Richard BAXTER, « Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens », *American Journal of International Law* 1961, vol. 55, n° 3, p. 545-584, pp. 504 et s.

824. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17, « It follows that the compensation due to the German Government is not necessarily limited to the value of the undertaking at the moment of dispossession, plus interest to the day of payment. This limitation would only be admissible if the Polish Government had had the right to expropriate, and if its wrongful act consisted merely in not having paid to the two Companies the just price of what was expropriated. »

825. Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3.

« L'analyse de la Cour était toutefois si approfondie, et ses comparaisons avec l'hypothèse inverse si systématiques, que l'arrêt est également éclairant pour l'analyse de l'expropriation licite qui nous occupe. » ⁸²⁶

Comme évoqué précédemment, le tribunal se concentre en particulier sur la question de la valorisation et les indications données par la Cour aux experts. ⁸²⁷ La première question concernait la valeur de l'entreprise à la date de l'expropriation, comprenant tous les actifs ainsi que les contrats de fourniture et de livraison et les perspectives d'avenir. Cette valeur devait être augmentée des résultats financiers (bénéfices ou pertes) jusqu'à la date du jugement. La deuxième question concernait la valeur de l'entreprise à la date de l'arrêt, si elle était restée entre les mains des anciens propriétaires et avait été développée selon des modalités similaires à celles appliquées à d'autres entreprises du même type.

352. L'affaire Amoco - Suite. Sur le fondement de ces questions, le tribunal irano-américain conclut à une importante différence entre d'une part les perspectives d'avenir et d'autre part le gain manqué. ⁸²⁸ En effet, selon le tribunal, le gain manqué ne fait pas partie de la valeur de la société, au contraire des perspectives d'avenir. ⁸²⁹

826. *Ibid.*, § 195. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « The analysis of the Court was so thorough, however, and its comparisons with the reverse hypothesis so systematic, that the judgement is also illuminating in analyzing the lawful expropriation before us ».

827. CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17, p. 51 : « I.— A. What was the value, on July 3rd, 1922 . . . of the undertaking for the manufacture of nitrate products of which the factory was situated at Chorzów in Polish Upper Silesia, in the state in which that undertaking (including the lands, buildings, equipments, stocks and processes at its disposal, supply and delivery contracts, goodwill and future prospects) was, on the date indicated, in the hands of the Bayrische and Oberschlesische Stickstoffwerke ?

B. What would have been the financial results . . . (profits or losses) which would probably have been given by the undertaking thus constituted from July 3rd, 1922, to the date of the present judgement, if it had been in the hands of the said companies.

II.—What would be the value at the date of the present judgement . . . of the same undertaking (Chorzów) if that undertaking (including lands, buildings, equipment, stocks, available processes, supply and delivery contracts, goodwill and future prospects) had remained in the hands of the Bayrische and Oberschlesische Stickstoffwerke, and had either remained substantially as it was in 1922 or had been developed proportionately on lines similar to those applied in the case of other undertakings of the same kind, controlled by the Bayrische, for instance, the undertaking of which the factory is situated in Piesteritz ? »

828. Irmgard MARBOE, « Damages in Investor-state Arbitration : Current Issues and Challenges », *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration* 3 mai 2018, vol. 2, n° 1, p. 1-86, p. 77.

829. Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3, § 203 : « This statement confirms the previous finding that, for the Court, lost profit (lucrum cessans) is not incorporated in the value of the undertaking, although this value includes "future prospects". In other words, according to the Court, "future prospects" does not equal lost profit (lucrum cessans). »

Le tribunal conclut alors que, du fait de la différence,⁸³⁰ le *damnum emergens* était à compenser dans l'expropriation licite, tandis que le *lucrum cessans* ne concernait que l'expropriation illicite.⁸³¹

353. L'opinion dissidente du juge Brower. Le juge Brower conteste cette analyse et l'interprétation du principe de l'*Usine de Chorzów*. Il rejoint le tribunal sur le principe que la valeur d'une entreprise ne pouvait être évaluée de manière adéquate sans évaluer ses perspectives d'avenir. Il n'est toutefois pas d'accord avec la distinction entre perspectives d'avenir et gain manqué, qu'il considère comme artificielle et contraire au bon sens et à la pratique économique. Cette critique a été reprise par de nombreux experts économiques à l'image de Lieblich :

« La valeur doit être évaluée en fonction des attentes concernant les revenus que le bien aurait générés à l'avenir. Accorder à l'ancien propriétaire une valeur inférieure reviendrait, en fait, à confisquer une partie de son bien sans compensation. »⁸³²

Selon lui, la perspective de profit d'une société ne saurait être confondue avec le principe de *lucrum cessans*.⁸³³ Ainsi, le défaut conceptuel fondamental de l'adoption de l'approche distinguant entre *damnum emergens* et *lucrum cessans* pour déterminer la valeur économique des biens expropriés est qu'elle suppose à tort que cette valeur est composée de deux éléments séparés et distincts, l'un correspondant aux dépenses passées engagées et l'autre aux bénéfices futurs attendus. Étant donné que la valeur économique d'un bien est déterminée exclusivement par les liquidités qu'il est censé générer pour son propriétaire dans le futur, l'indemnisation d'un bien exproprié ne consiste pas à rembourser un propriétaire pour des dépenses engagées précédemment. Par conséquent, l'élément *damnum emergens* serait tout simplement sans rapport avec

830. Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3, § 201 : « Since, for the reasons set forth in the preceding paragraph, future prospects does not mean lost profits, we safely can say, using the traditional vocabulary of international arbitration, that all these components pertain to *damnum emergens* ».

831. *Ibid.*, § 203.

832. William C. LIEBLICH, « Determinations by International Tribunals of the Economic Value of Expropriated Enterprises », *Journal of International Arbitration* 1990, vol. 7, p. 37, p. 47. Notre traduction. Le texte original est ainsi rédigé : « The value must be assessed with reference to expectations regarding the revenues that the property would have generated in the future. To award the former owner anything less would, in effect, be to confiscate a portion of his property without compensation. »

833. Irmgard MARBOE, « Damages in Investor-state Arbitration : Current Issues and Challenges », *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration* 3 mai 2018, vol. 2, n° 1, p. 1-86, p. 77.

la valeur économique selon l'auteur. Plus important encore, toute indemnité qui omet l'élément *lucrum cessans* n'aura aucun rapport avec la valeur économique.⁸³⁴

354. Une « jurisprudence » instable. Pourtant la jurisprudence du tribunal irano-américain n'est pas constante sur ce point. Par exemple, l'affaire *Sedco* a considéré que « Le demandeur doit recevoir une indemnité pour la valeur totale de ses intérêts expropriés dans SEDIRAN, comme elle le prétend, que ce soit en application du traité d'amitié ou, indépendamment, du droit international coutumier, et indépendamment du fait que l'expropriation était ou non légale par ailleurs. »⁸³⁵ Finalement, le tribunal a également accordé une indemnité pour le manque à gagner lié à la location des plates-formes pétrolières expropriées pendant une certaine période. Cela représentait, sans autre explication, une compensation pour le *damnum emergens* causé par l'expropriation. Le tribunal considère :

« Le demandeur qualifie cette partie de sa demande de dommages-intérêts pour “pertes de profits”. Cette perte semble toutefois être une perte directe résultant de l'indisponibilité des plates-formes pour le demandeur en vue de leur utilisation ailleurs et, en tant que telle, elle est à qualifier en tant que *damnum emergens*. »⁸³⁶

Comme le note Marboe, cette conclusion est particulièrement remarquable étant donné que le demandeur n'avait aucun contrat ou autre droit légal pour la location. Il s'agissait seulement de la perte d'une chance.⁸³⁷

834. William C. LIEBLICH, « Determining the Economic Value of Expropriated Income-producing Property in International Arbitrations », *Journal of International Arbitration* 1991, vol. 8, p. 59, p. 68.

835. Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, sentence partielle, 27 mars 1987, n° ITL 59-129-3, p. 189. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « Claimant must receive compensation for the full value of its expropriated interest in SEDIRAN, as claimed, whether viewed as an application of the Treaty of Amity or, independently, of customary international law, and regardless of whether or not the expropriation was otherwise lawful ».

836. *Ibid.*, p. 182. Notre traduction. La sentence originale est ainsi rédigée : « Claimant labels this part of its claim as damages for “lost profits”. This loss appears, however, to be a direct loss resulting from the unavailability of the rigs to Claimant for use elsewhere and as such is *damnum emergens*. »

837. Irmgard MARBOE, « Damages in Investor-state Arbitration : Current Issues and Challenges », *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration* 3 mai 2018, vol. 2, n° 1, p. 1-86.

355. Dans les affaires *Starrett Housing*⁸³⁸ et *Phillips Petroleum*,⁸³⁹ le tribunal a également pris en considération les revenus escomptés lorsqu'il a évalué la valeur de l'entreprise expropriée, sans faire référence à l'illicéité de l'expropriation.⁸⁴⁰ Alors que le tribunal dans l'affaire *Ebrahimi*⁸⁴¹ a suivi la distinction entre *damnum emergens* et *lucrum cessans*, il a également pris en compte la rentabilité de l'entreprise expropriée, y compris son fonds de commerce.⁸⁴² Encore une fois, le tribunal irano-américain a prouvé son instabilité dans l'appréciation économique et juridique de la distinction entre expropriation licite et illicite.

356. Conclusion. En matière d'arbitrage d'investissement de manière générale, la distinction a également trouvé peu de soutien. Alors que le *lucrum cessans* devrait, en toute logique, n'être octroyé que dans le cadre de l'expropriation illicite, l'étude des cas d'expropriations licite démontre rapidement le contraire. Le tribunal constitué dans l'affaire *LIAMCO*⁸⁴³ a ainsi considéré les profits futurs de l'investissement dans son étude de l'indemnisation.⁸⁴⁴ Le tribunal CIRDI dans l'affaire *SPP* a estimé que l'indemnisation doit également refléter la perte d'opportunité de faire du projet un succès commercial.⁸⁴⁵ On le voit, la prise en compte du *lucrum cessans* ne semble pas, à elle seule, justifier la distinction entre l'expropriation licite et illicite. La pratique des tribunaux d'investissement reflète de plus en plus adéquatement les méthodes modernes d'évaluation économique selon lesquelles une entreprise n'est pas évaluée sur la base de ses actifs fixes, mais en fonction de sa capacité à générer des revenus futurs pour son

838. Tribunal irano-américain de réclamations, *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. et Starrett Housing International c. Iran*, sentence, 14 août 1987, n° 314-24-1.

839. Tribunal irano-américain de réclamations, *Phillips Petroleum Company c. Iran*, sentence, 29 juin 1986, n° 425-39-2.

840. Tribunal irano-américain de réclamations, *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. et Starrett Housing International c. Iran*, sentence, 14 août 1987, n° 314-24-1, §§ 3 et s. Tribunal irano-américain de réclamations, *Phillips Petroleum Company c. Iran*, sentence, 29 juin 1986, n° 425-39-2, § 106.

841. Tribunal irano-américain de réclamations, *Shahine Shaine Ebrahimi c. Iran*, sentence partielle, 12 oct. 1994, n° 560-44/46/47-3.

842. *Ibid.*, § 96.

843. Arbitrage *ad hoc*, *Liamco c. Libye*, sentence, 12 avr. 1977.

844. *Ibid.*, p. 207 : « But the question of whether or not the concessionaire may claim compensation for all the loss of future profits for the unexpired term is still a controversial point which has not been definitely settled ».

845. CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, décision sur les questions préliminaires relatives à la juridiction, 27 nov. 1985, n° ARB/84/3, § 198.

propriétaire.⁸⁴⁶ De ce fait, il n'est pas clair à ce stade si le *lucrum cessans* trouverait à s'appliquer uniquement dans le cadre de l'expropriation capricieuse ou légitime, ou les deux. Les affaires préalablement exposées semblent démontrer une contradiction apparente entre les différents principes de réparation et de compensation qu'il serait souhaitable d'éclaircir. C'est dans cette optique que la reconnaissance de principes de réparation intégrale différents en fonction de l'illicite semble pertinente. La question du *lucrum cessans* semble particulièrement appropriée dans le cadre de l'expropriation illégitime, non seulement pour sanctionner l'État, mais aussi pour assurer à l'investisseur une réparation pleine et entière. À l'inverse, l'expropriation légitime est, comme on l'a vu, vraisemblablement prévisible et à tout le moins non-confiscatoire. Pour cette raison, l'on pourrait imaginer la non-reconnaissance du *lucrum cessans* dans les cas d'expropriations légitimes. Il semble que la pratique arbitrale ait quelque peu reconnu ce principe, sans pour autant le nommer, puisque le *lucrum cessans* semble être davantage accordé quand l'État s'est rendu coupable d'une violation particulièrement prononcée de ses engagements internationaux.⁸⁴⁷ Encore une fois, on ne peut qu'espérer que les tribunaux arbitraux feront ressortir de l'*Usine de Chorzów* et du principe de réparation intégrale la nécessité d'identifier le fait illicite à l'intérieur même de l'expropriation.

Conclusion

357. En conclusion, le conflit qui oppose la réparation de l'expropriation illicite et la compensation de l'expropriation licite semble insoluble. Il paraît dès lors intéressant de proposer une nouvelle méthodologie, se concentrant cette fois sur l'identification du fait illicite. Cette identification, comme cela a été évoqué, n'est pas chose aisée. En particulier, le principe de réparation intégrale s'appliquerait à l'ensemble de l'expropriation uniquement lorsque l'ensemble de celle-ci est illicite. Lorsque l'expropriation légitime n'est pas compensée, l'acte illicite est uniquement présent dans l'absence de compensation. Quand bien même cette expropriation demeure illicite, l'application du principe de réparation intégrale devrait avoir pour conséquence de remettre l'investisseur dans la situation dans laquelle il aurait vraisemblablement été en l'absence du fait illicite, c'est-à-

846. Irmgard MARBOE, « Damages in Investor-state Arbitration : Current Issues and Challenges », *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration* 3 mai 2018, vol. 2, n° 1, p. 1-86, § 5. 68 ; Sergey RIPINSKY, « Damnum Emergens and Lucrum Cessans in Investment Arbitration : Entering through the Back Door » in *Investment Treaty Law. Current Issues III*, sous la dir. de Andrea BJORKLUND et Ian A. LAIRD, British Institute of International et Comparative Law, 2009.

847. Sur ce point, v. les affaires précédemment mentionnées.

dire en la présence d'une compensation. Comme cela a été démontré, les conséquences ne sont toutefois pas similaires au versement pur et simple de la compensation due en vertu du traité. Finalement, même si les conséquences étaient identiques, l'expropriation est quand même illicite et doit être qualifiée comme telle, sous peine de faire une application erronée du droit international et du traité applicable.

358. Lorsque l'expropriation manque d'intérêt général ou est discriminatoire l'acte illicite n'est pas détachable de l'expropriation en elle-même. Puisque l'État opère une expropriation qui n'a pas lieu d'être, le principe de réparation intégrale aurait vocation à s'appliquer à toute l'expropriation pour remettre l'investisseur dans la situation dans laquelle il aurait vraisemblablement été en l'absence de l'expropriation.

359. Cette conclusion est supportée par l'obligation de réparation, qui ne saurait naître qu'en présence d'un lien de causalité entre le dommage et l'acte illicite dont il résulte.

360. Finalement, une telle approche emporte des conséquences nettement plus fines que celles qui résultent d'une dichotomie classique entre expropriation licite et illicite. La définition et la séparation au sein même de l'illicite emportent ainsi des conséquences sur la date à laquelle l'acte illicite doit être considéré par le tribunal. La date retenue pour l'expropriation légitime sera alors l'absence de compensation. Pour autant, le principe de réparation intégrale applicable à cette absence de compensation suppose l'octroi d'intérêt afin de compenser l'investisseur de son entier préjudice. Les autres pertes qui en découlent doivent également être prises en compte, notamment dans le cadre d'une entreprise opérant dans un schéma relatif à la chaîne de valeur globale.

Conclusion Générale

En conclusion, l'étude des règles de compensation et de réparation en droit international des investissements, et en particulier les relations entre lesdites règles et la licéité de l'expropriation, demeure pour le moins nébuleuse.

L'absence de compensation entraîne l'illicéité de l'expropriation. Considérer que l'absence de compensation n'entraîne pas l'illicéité de l'expropriation, quand bien même l'immense majorité des traités et accords multilatéraux de protection des investissements érigent la compensation comme l'une des conditions à l'expropriation licite, est un contresens. Alors que certains auteurs et tribunaux arguent que les effets d'une telle constatation iraient au-delà de la volonté des États, plusieurs conclusions s'imposent. Tout d'abord, il n'est pas du ressort des tribunaux arbitraux saisis d'un contentieux entre un investisseur et un État de clarifier la volonté des États parties au TBI.⁸⁴⁸ Ensuite, l'argument juridique consistant à interpréter un traité en fonction d'un objectif préconstruit sur le fondement de théories non démontrées ne saurait être considéré autrement que comme fallacieux.

Cette constatation justifie la distinction opérée entre expropriation licite et illicite. L'étude conjointe du droit international général et des investissements fait rapidement apparaître l'existence de deux standards distincts de réparation applicables en matière d'investissement. La compensation s'applique lorsque l'expropriation est licite tandis que la réparation (intégrale) ne concerne que les expropriations illicites. La distinction entre obligation primaire et secondaire met en exergue cette dichotomie : la compensation représente l'obligation primaire de l'État, tandis que la réparation est une obligation secondaire qui lui est faite dès lors qu'il viole son engagement primaire. En ce sens, deux conclusions s'imposent. D'une part, l'absence de compensation emporte nécessairement la violation de l'obligation primaire de l'État. L'expropriation est, dès

848. V., sur l'ensemble, Anthea ROBERTS, « State-to-State Investment Treaty Arbitration : A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority », *Harvard International Law Journal* 2014, vol. 55, n° 1, p. 1-70.

lors, illicite. D'autre part, l'obligation secondaire ne saurait être équivalente à l'obligation primaire puisqu'elle sanctionne un comportement illicite.

Les tribunaux arbitraux n'ont pas juridiction pour considérer l'expropriation non compensée comme licite. En d'autres termes, et même si l'on admet, hypothétiquement, que la compensation du traité s'applique à la violation de celui-ci, les tribunaux n'auraient pas juridiction pour statuer ainsi. Dès lors que l'investisseur ne demande pas explicitement au tribunal arbitral de statuer sur le montant de la compensation à octroyer en vertu du traité, celui-ci ne peut se prononcer uniquement sur cet aspect. Dès lors que le tribunal est saisi pour une violation du TBI, comme prévu par ledit traité, sa juridiction est confinée à cet aspect. Le mandat des tribunaux chargés de l'application des traités d'investissement n'est pas de quantifier le montant de l'indemnisation due en vertu du traité en tant qu'obligation principale, mais plutôt de juger de la légalité de l'expropriation et d'accorder des dommages-intérêts si celle-ci est illicite.

La distinction entre l'expropriation licite et illicite s'en trouve dès lors renforcée. Ainsi, tant l'expropriation non-compensée que l'expropriation qui manque à tout autre engagement de l'État, est à qualifier comme illicite. L'illicéité de l'expropriation a nécessairement un effet sur le standard de réparation applicable. Ainsi, non seulement l'expropriation non-compensée entraîne l'illicéité de l'expropriation, mais, en plus, il découle de cette illicéité un standard de réparation différent : la réparation intégrale. Il est erroné de considérer que la réparation intégrale et la compensation emportent des conséquences similaires. Et quand bien même ce serait le cas, le fondement du droit international n'est pas d'opérer un raisonnement pour aboutir à un résultat prédéterminé. Une telle méthode conduit nécessairement à l'arbitraire. Finalement, que les partisans de la théorie comme quoi le respect de la dichotomie entre expropriations licite et illicite emporte systématiquement des conséquences financières trop importantes pour l'État se rassurent : ce n'est pas le cas. Le bénéfice d'une analyse juridique robuste, au contraire d'un méli-mélo de principes non-applicables pour arriver à un contre-sens juridique et à un résultat prédéterminé, permet de s'assurer que les arbitres arrivent à la conclusion la plus juste naturellement. Ainsi l'affaire Vivendi a-t-elle vu le refus de la demande de l'investisseur sur le fondement de l'absence de démonstration économique.

Vers une identification précise de l'illicite. Le débat exposé préalablement souffre cependant d'une critique majeure : l'on parle d'*expropriation* illicite sans s'interroger sur les actes qui sont réellement illicites. Dans le cadre de l'expropriation illicite, car non-compensée, l'acte illicite n'est pas la saisie du bien de l'investisseur en elle-même

mais bien le refus par l'État d'octroyer une compensation à l'investisseur. En ce sens, le principe de réparation intégrale devrait, en toute logique, voir son application circonscrite au refus de réparation. À l'inverse, lorsque l'expropriation est capricieuse, la saisie du bien de l'investisseur est, en elle-même, teintée d'illicite. Une telle approche permettrait une analyse plus fine de la situation de l'investisseur, tout en respectant les prérogatives régaliennes des États.

Décisions, arrêts et sentences arbitrales

Cour permanente de Justice internationale

CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, arrêt, 25 mai 1926, fond, série A, n° 7.

CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17.

Cour internationale de Justice

CIJ, *Anglo-iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, arrêt sur la compétence, 22 juill. 1952, Rec. 1952, p. 93.

CIJ, *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt sur les exceptions préliminaires, 26 mai 1961, Rec. 1961, p. 17.

CIJ, *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt sur les exceptions préliminaires, 15 juin 1962, Rec. 1962, p. 6.

CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, arrêt, 5 fév. 1970, Rec. 1970, p. 40.

CIJ, *Personnel Diplomatique et Consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, 24 mai 1980, Rec. 1980, p. 3.

CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt sur la compétence et la recevabilité, 26 nov. 1984, Rec. 1984, p. 14.

CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt sur le fond, 27 juin 1986, Rec. 1986, p. 392.

CIJ, *Avena et autres ressortissants Mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 25 sept. 1997, Rec. 1997, p. 12.

CIJ, *Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 2001, Rec. 2001, p. 466.

CIJ, *Mandat d'Arrêt du 11 Avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, 14 fév. 2002, Rec. 2002, p. 3.

CIJ, *Projet Gabckovo-Nagyymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt, 31 mars 2004, Rec. 2004, p. 7.

- CIJ, *Avena et autres ressortissants Mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 31 mars 2004, Rec. 2004, p. 12.
- CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un Mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juill. 2004, Rec. 2004, p. 136.
- CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, 26 fév. 2007, Rec. 2007, p. 43.
- CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt, 30 nov. 2010, Rec. 2010, p. 639.
- CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt sur l'Indemnisation due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée, 19 juin 2012, Rec. 2012, p. 324.
- CIJ, *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt sur les exceptions préliminaires, 2 fév. 2017, Rec. 2017, p. 3.
- CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt - Indemnisation due par la République du Nicaragua à la République du Costa Rica, 2 fév. 2018, Rec. 2018, p. 15.
- CIJ, *Affaire Jadhav (Inde c. Pakistan)*, arrêt, 19 juill. 2019, Rec. 2019, p. 418.

Sentences rendues par le Tribunal irano-américain de réclamations

- Tribunal irano-américain de réclamations, *American International Group c. Iran*, sentence, 7 déc. 1983, n° 93-2-3.
- Tribunal irano-américain de réclamations, *R. J. Reynolds Tobacco Company c. Iran*, sentence partielle, 6 août 1984, n° 145-35-3.
- Tribunal irano-américain de réclamations, *R. J. Reynolds Tobacco Company c. Iran*, sentence, 1^{er} mars 1985, n° 166-35-3.
- Tribunal irano-américain de réclamations, *Ina c. Iran*, sentence, 13 août 1985, n° 184-161-1.
- Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, sentence partielle, 17 sept. 1985, n° ITL 55-129-3.

Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, sentence partielle, 27 mars 1986, n° ITL 59-129-3.

Tribunal irano-américain de réclamations, *Philips Petroleum Company c. Iran*, sentence, 29 juin 1986, n° 425-39-2.

Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, Opinion de Charles N. Brower, 27 mars 1987, n° ITL 59-129-3.

Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, sentence partielle, 27 mars 1987, n° ITL 59-129-3.

Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, sentence, 7 juill. 1987, n° 309-129-3.

Tribunal irano-américain de réclamations, *Amoco International Finance Corporation c. Iran*, sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3.

Tribunal irano-américain de réclamations, *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc. et Starrett Housing International c. Iran*, sentence, 14 août 1987, n° 314-24-1.

Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, décision, 22 sept. 1987, n° DEC 64-129-3.

Tribunal irano-américain de réclamations, *Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company*, sentence, 30 mars 1989, n° 419-128/129-2.

Tribunal irano-américain de réclamations, *James M. Saghi c. La République Islamique d'Iran*, sentence, 22 jan. 1993, n° 544-298-2.

Tribunal irano-américain de réclamations, *Shahine Shaine Ebrahimi c. Iran*, sentence partielle, 12 oct. 1994, n° 560-44/46/47-3.

Tribunal irano-américain de réclamations, *Frederica Lincoln Riahi c. La République Islamique d'Iran*, Sentence, 27 fév. 2003, n° 600-485-1.

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

CIRDI, *Kaiser Bauxite Company c. Jamaïque*, décision sur la juridiction et la compétence, 6 juill. 1975, n° ARB/74/3.

CIRDI, *Adriano Gardella S.p.A. c. Côte d'Ivoire*, sentence, 29 août 1977, n° ARB/74/1.

- CIRDI, *Agip S.p.A. c. République Démocratique du Congo*, sentence, 30 nov. 1979, n° ARB/77/1.
- CIRDI, *Benvenuti et Bonfant Srl c. République Populaire du Congo*, sentence, 8 août 1980, n° ARB/77/2.
- CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Libéria*, sentence, 21 juin 1983, n° ARB/83/2.
- CIRDI, *Klöckner Industrie-Anlagen and others c. Cameroun et Société Camerounaise des Engrais*, sentence, 21 oct. 1983, n° ARB/81/2.
- CIRDI, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Sénégal*, décision sur la juridiction, 1^{er} août 1984, n° ARB/82/1.
- CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie*, sentence, 20 nov. 1984, n° ARB/81/1.
- CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, décision sur les questions préliminaires relatives à la juridiction, 27 nov. 1985, n° ARB/84/3.
- CIRDI, *Atlantic Triton Company Limited c. Guinée*, sentence, 21 avr. 1986, n° ARB/84/1.
- CIRDI, *Mobil Oil Corporation et autres c. Nouvelle-Zélande*, décision sur la responsabilité, 6 jan. 1988, n° ARB/87/2.
- CIRDI, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Sénégal*, sentence, 25 fév. 1988, n° ARB/82/1.
- CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, décision sur la juridiction, 14 avr. 1988, n° ARB/84/3.
- CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, sentence, 20 mai 1990, n° ARB/84/3.
- CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, sentence, 27 juin 1990, n° ARB/87/3.
- CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, sentence, 20 mai 1992, n° ARB/84/3.
- CIRDI, *Vacuum Salt Products Ltd. c. Ghana*, sentence, 16 fév. 1994, n° ARB/92/1.
- CIRDI, *American Manufacturing and Trading, Inc. c. Zaïre*, sentence, 21 fév. 1997, n° ARB/93/1.

- CIRDI, *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, sentence, 10 fév. 1999, n° ARB/95/3.
- CIRDI, *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. Mexique*, sentence, 1^{er} nov. 1999, n° ARB(AF)/497/2.
- CIRDI, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica*, sentence, 17 fév. 2000, n° ARB/96/1.
- CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 17 fév. 2000, n° ARB/96/1.
- CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, sentence, 30 août 2000, n° ARB(AF)/97/1.
- CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 21 nov. 2000, n° ARB/97/3.
- CIRDI, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. Égypte*, décision sur la juridiction, 28 nov. 2000, n° ARB/99/6.
- CIRDI, *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, sentence, 8 déc. 2000, n° ARB/98/4.
- CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. maroc*, décision sur la juridiction, 23 juill. 2001, n° ARB/00/4.
- CIRDI, *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, décision sur l'annulation, 5 fév. 2002, n° ARB/98/4.
- CIRDI, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. Égypte*, sentence, 12 avr. 2002, n° ARB/99/6.
- CIRDI, *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, sentence, 11 oct. 2002, n° ARB(AF)/99/2.
- CIRDI, *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, sentence, 16 déc. 2002, n° ARB(AF)/99/1.
- CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, sentence, 29 mai 2003, n° ARB (AF)/00/2.
- CIRDI, *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) c. Venezuela*, sentence, 23 sept. 2003, n° ARB/00/5.
- CIRDI, *AIG Capital Partners, Inc. et CJSC Tema Real Estate Company Ltd. c. Kazakhstan*, sentence, 7 oct. 2003, n° ARB/01/6.
- CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.p. c. Argentine*, décision sur la compétence, 14 jan. 2004, n° ARB/01/3.

- CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. Chili*, sentence, 25 mai 2004, n° ARB/01/7.
- CIRDI, *PSEG Global, Inc., the North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim Ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquie*, décision sur la juridiction, 4 juin 2004, n° ARB/02/5.
- CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.p. c. Argentine*, sentence, 2 août 2004, n° ARB/01/3.
- CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, décision sur la juridiction, 3 août 2004, n° ARB/02/8.
- CIRDI, *Československa obchodní banka, a.s. c. Slovaquie*, sentence, 29 déc. 2004, n° ARB/97/4.
- CIRDI, *Sempre Energy International c. Argentine*, décision sur la compétence, 11 mai 2005, n° ARB/02/16.
- CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, sentence, 12 mai 2005, n° ARB/01/8.
- CIRDI, *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, décision sur la juridiction, 27 avr. 2006, n° ARB/03/5.
- CIRDI, *Telefónica S.A. c. Argentine*, décision sur la compétence, 25 mai 2006, n° ARB/03/20.
- CIRDI, *Azurix Corp. c. Argentine*, sentence, 14 juill. 2006, n° ARB/01/12.
- CIRDI, *Total S.A. c. Argentine*, décision sur la compétence, 25 août 2006, n° ARB/04/01.
- CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16.
- CIRDI, *Siemens A.G. c. Argentine*, sentence, 17 jan. 2007, n° ARB/02/8.
- CIRDI, *PSEG Global, Inc., the North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim Ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquie*, sentence, 19 jan. 2007, n° ARB/02/5.
- CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. Chili*, décision sur l'annulation, 21 mars 2007, n° ARB/01/7.
- CIRDI, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, décision sur la juridiction et les mesures provisoires, 21 mars 2007, n° ARB/05/07.
- CIRDI, *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte*, décision sur la juridiction, 11 avr. 2007, n° ARB/05/15.

- CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., Et LG&E International, Inc. c. Argentine*, sentence, 25 juill. 2007, n° ARB/02/1.
- CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3.
- CIRDI, *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, sentence, 11 sept. 2007, n° ARB/05/8.
- CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, sentence, 28 sept. 2007, n° ARB/02/16.
- CIRDI, *Archer Daniels Midland Company and Tate et Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique*, sentence, 21 nov. 2007, n° ARB (AF)/04/5.
- CIRDI, *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, sentence, 6 juin 2008, n° ARB/03/5.
- CIRDI, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzanie*, sentence, 24 juill. 2008, n° ARB/05/22.
- CIRDI, *Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, sentence, 29 juill. 2008, n° ARB/05/16.
- CIRDI, *Duke Energy Electroquil Partners et Electroquil S.A. c. République de l'Équateur*, sentence, 18 août 2008, n° ARB/04/19.
- CIRDI, *Bernardus Henricus Funnekotter et consorts c. Zimbabwe*, sentence, 22 avr. 2009, n° ARB/05/6.
- CIRDI, *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte*, sentence, 1^{er} juin 2009, n° ARB/05/15.
- CIRDI, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, sentence, 30 juin 2009, n° ARB/05/07.
- CIRDI, *Ron Fuchs c. République de Géorgie*, sentence, 3 mars 2010, n° ARB/07/15.
- CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, sentence, 3 mars 2010, n° ARB/05/18.
- CIRDI, *Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan*, décision du comité ad hoc, 25 mars 2010, n° ARB/05/16.
- CIRDI, *Merrill & Ring Forestry LP c. Canada*, sentence, 31 mars 2010, n° UNCT/07/1.
- CIRDI, *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Cerro Negro, Ltd., Mobil Corporation and Others c. Vénézuéla*, décision sur la juridiction, 10 juin 2010, n° ARB/07/27.
- CIRDI, *Venezuela Holdings, B.V., et al c. Venezuela*, décision sur la compétence, 10 juin 2010, n° ARB/07/27.

- CIRDI, *Talsud S.A. c. Mexique*, sentence, 16 juin 2010, n° ARB(AF)/04/4.
- CIRDI, *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Mexique*, sentence, 16 juin 2010, n° ARB(AF)/04/3.
- CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co Kg Td. c. Ghana*, sentence, 18 juin 2010, n° ARB/07/24.
- CIRDI, *Sempra Energy International c. Argentine*, décision sur l'annulation, 29 juin 2010, n° ARB/02/16.
- CIRDI, *Señor Tza Yap Shum c. Pérou*, sentence, 7 juill. 2011, n° ARB/07/6.
- CIRDI, *Caratube International Oil Company Llp c. Kazakhstan*, sentence, 5 juin 2012, n° ARB/08/12.
- CIRDI, *Deutsche Bank c. Sri Lanka*, sentence, 31 oct. 2012, n° ARB/09/2.
- CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. République de l'Équateur*, décision sur la responsabilité, 14 déc. 2012, n° ARB/08/5.
- CIRDI, *Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, décision sur la compétence, 21 déc. 2012, n° ARB/09/1.
- CIRDI, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c. Venezuela*, décision sur la compétence, 8 fév. 2013, n° ARB/10/5.
- CIRDI, *Mr. Franck Charles Arif c. République de Moldavie*, sentence, 8 avr. 2013, n° ARB/11/23.
- CIRDI, *Total S.A. c. Argentine*, sentence, 27 nov. 2013, n° ARB/04/01.
- CIRDI, *Teco Guatemala Holdings LLC c. Guatemala*, sentence, 19 déc. 2013, n° ARB/10/17.
- CIRDI, *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Cerro Negro, Ltd., Mobil Corporation and Others c. Vénézuéla*, sentence, 9 oct. 2014, n° ARB/07/27.
- CIRDI, *Venezuela Holdings, B.V., et al c. Venezuela*, sentence, 9 oct. 2014, n° ARB/07/27.
- CIRDI, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay*, Amicus Curiae soumis par l'Organisation Mondiale de la Santé et le Secrétariat de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, 28 jan. 2015, n° ARB/10/7.

- CIRDI, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c. Venezuela*, sentence, 13 mars 2015, n° ARB/10/5.
- CIRDI, *Bernhard von Pezold et consorts c. République du Zimbabwe*, sentence, 28 juill. 2015, n° ARB/10/15.
- CIRDI, *Quiborax SA et Non Metallic Minerals SA c. Bolivie*, opinion du Professeur Brigitte Stern, 7 sept. 2015, n° ARB/06/2.
- CIRDI, *Quiborax SA et Non Metallic Minerals SA c. Bolivie*, sentence, 16 sept. 2015, n° ARB/06/2.
- CIRDI, *Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, décision sur les mesures provisoires, 8 avr. 2016, n° ARB/09/1.
- CIRDI, *Vestey Group Ltd c. Venezuela*, sentence, 15 avr. 2016, n° ARB/06/4.
- CIRDI, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay*, sentence, 6 juill. 2016, n° ARB/10/7.
- CIRDI, *Rusoro Mining Ltd. c. Vénézuéla*, sentence, 22 août 2016, n° ARB(AF)/12/5.
- CIRDI, *Burlington Resources Inc. c. République de l'Équateur*, décision sur le réexamen et la compensation, 7 fév. 2017, n° ARB/08/5.
- CIRDI, *Ampal-American Israel Corporation et autres c. Égypte*, sentence, 21 fév. 2017, n° ARB/12/11.
- CIRDI, *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg SARL c. Espagne*, sentence finale, 4 mai 2017, n° ARB/13/36.
- CIRDI, *Orascom Tmt Investments SARL c. Algérie*, sentence, 31 mai 2017, n° ARB/12/35.
- CIRDI, *Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, sentence, 21 juill. 2017, n° ARB/09/1.
- CIRDI, *Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl c. Venezuela*, sentence, 30 oct. 2017, n° ARB/11/19.
- CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c. Pérou*, sentence, 30 nov. 2017, n° ARB/14/21.
- CIRDI, *Fouad Alghanim & Sons Co. pour General Trading et Contracting, W.l.l. et Fouad Mohammed Thunyan Alghanim c. Jordanie*, sentence, 14 déc. 2017, n° ARB/13/38.
- CIRDI, *UAB E energija (Lithuanie) c. Lettonie*, sentence, 22 déc. 2017, n° ARB/12/33.

CIRDI, *Conocophillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V. et Conocophillips Gulf of Paria B.V. c. Venezuela*, sentence, 8 mars 2019, n° ARB/07/30.

CIRDI, *Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. Argentine*, décision sur l'annulation, 29 mai 2019, n° ARB/09/1.

CIRDI, *Orascom Tmt Investments SARL c. Algérie*, décision sur l'annulation, 17 sept. 2020, n° ARB/12/35.

Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm

Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. République de Lettonie*, sentence, 16 déc. 2003.

Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Petrobart Limited c. République du Kirghizistan*, sentence, 29 mars 2005, n° 126/2003.

Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Quasar de Valores Sicav S.A., Orgor de Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. et Alos 34 S.l. c. Russie*, sentence sur les exceptions préliminaires, 20 mars 2009, n° 24/2007.

Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Mohammad Ammar Al Balhoul c. Tadjikistan*, sentence, 8 juin 2010, n° 064/2008.

Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. et Alos 34 S.l. c. Russie*, sentence, 20 juill. 2012, n° 24/2007.

Arbitrages *ad hoc*

Arbitrage *ad hoc*, *Delagoa Bay Railway (États-Unis et Grande Bretagne c. Portugal)*, sentence, 29 mars 1900, *Histoire Documentaire Des Arbitrages Internationaux* 1900, p. 398, sous la dir. de Henri La FONTAINE; *BFSP* 1888, vol. 81, p. 691.

Arbitrage *ad hoc*, *Upton*, sentence, 17 fév. 1903.

Arbitrage *ad hoc*, *Opinion in the Lusitania Cases*, sentence, 1^{er} nov. 1923, *Recueil Des Sentences Arbitrales* 1923, vol. VII, p. 32-44.

- Arbitrage *ad hoc*, *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni)*, sentence, 1^{er} mai 1925, *Recueil Des Sentences Arbitrales* 1924, vol. II, p. 615-742.
- Arbitrage *ad hoc*, *Marguerite de Joly de Sabla (États-Unis) c. Panama*, sentence, 29 juin 1933, *Recueil Des Sentences Arbitrales* 1933, vol. VI, p. 358-370.
- Arbitrage *ad hoc*, *Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Company c. Libye*, sentence, 2 sept. 1973.
- Arbitrage *ad hoc*, *BP Exploration Company (Libye) c. Libye*, sentence, 10 août 1974.
- Arbitrage *ad hoc*, *Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Company c. Libye*, sentence, 19 jan. 1977.
- Arbitrage *ad hoc*, *Liamco c. Libye*, sentence, 12 avr. 1977.
- Arbitrage *ad hoc*, *The American Independent Oil Company c. Koweït*, sentence, 24 mars 1982.
- Arbitrage *ad hoc*, *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande c. France)*, sentence, 30 avr. 1990, *Annuaire Français de Droit International* 1990, vol. 36, n° 1, p. 395-407; *Recueil Des Sentences Arbitrales* 1990, vol. XIX, p. 199.
- Arbitrage *ad hoc*, *Ethyl Corporation c. Canada*, décision sur la compétence, 24 juin 1998.
- Arbitrage *ad hoc*, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence partielle, 1^{er} jan. 2000.
- Arbitrage *ad hoc*, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence partielle, 24 fév. 2000.
- Arbitrage *ad hoc*, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, décision, 6 sept. 2000.
- Arbitrage *ad hoc*, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, décision, 27 sept. 2000.
- Arbitrage *ad hoc*, *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, seconde sentence partielle sur les dommages, 13 nov. 2000.
- Arbitrage *ad hoc*, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence sur la deuxième phase, 10 avr. 2001.
- Arbitrage *ad hoc*, *CME République Tchèque c. République Tchèque*, sentence partielle, 13 sept. 2001.
- Arbitrage *ad hoc*, *Link Trading c. Moldavie*, sentence, 18 avr. 2002.

Arbitrage *ad hoc*, *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence sur les dommages, 31 mai 2002.

Arbitrage *ad hoc*, *CME République Tchèque c. République Tchèque*, sentence, 14 mars 2003.

Arbitrage *ad hoc*, *Methanex Corp c. États-Unis*, sentence finale sur la compétence et le fond, 3 août 2005.

Arbitrage *ad hoc*, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, sentence, 26 jan. 2006.

Arbitrage *ad hoc*, *Saluka Investments B.V. c. République Tchèque*, sentence partielle, 17 mars 2006.

Arbitrage *ad hoc*, *National Grid P.L.C. c. République Argentine*, sentence, 3 nov. 2006.

Arbitrage *ad hoc*, *BG Group Plc. c. République d'Argentine*, sentence finale, 24 déc. 2007.

Arbitrage *ad hoc*, *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company c. Équateur*, sentence partielle, 30 mars 2010.

Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, sentence, 11 mars 1983, n° YD/AS No. 3493.

CPA, *Crescent Petroleum Company International Limited, Crescent Gas Corporation Limited c. National Iranian Oil Company (NIOC)*, sentence, 13 oct. 1922, n° 2019-03.

CPA, *Île de Palmas (Pays Bas c. États-Unis)*, sentence, 4 avr. 1928, n° 1925-01.

CPA, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, sentence, 18 juill. 2015, n° 2005-04/AA227.

CPA, *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, sentence, 8 juill. 2017, n° 2012-12.

CPA, *Manchester Securities Corp. c. Pologne*, sentence, 7 déc. 2018, n° 2015-18.

CPA, *Crescent Petroleum Company International Limited, Crescent Gas Corporation Limited c. National Iranian Oil Company (NIOC)*, décision sur la juridiction, 30 juill. 2019, n° 2019-03.

CPA, *Crescent Petroleum Company International Limited, Crescent Gas Corporation Limited c. National Iranian Oil Company (NIOC)*, sentence, 5 mai 2020, n° 2019-03.

Cour Européenne des Droits de l'Homme

- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt, 23 sept. 1982, n° 7151/75 et 7152/75, *Série A*, t. 42.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *James et autres c. Royaume-Uni*, arrêt, 21 fév. 1986, n° 8793/79, *Série A*, t. 98.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, arrêt, 8 juill. 1986, n° 9006/80 ; 9262/81 ; 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, et 9405/81, *Série A*, t. 102.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Les Saints Monsatères c. Grèce*, arrêt, 9 déc. 1994, n° 13092/87 et 13984/88.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, arrêt, 31 oct. 1995, n° 14556/89.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Vasilescu c. Roumanie*, arrêt, 22 mai 1998, n° 27053/95.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Iatridis c. Grèce*, arrêt, 19 oct. 2000, n° 31107/96.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Ex-Roi de Grèce c. Grèce*, arrêt, 23 nov. 2000, n° 25701/94.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Brumarescu c. Roumanie*, arrêt, 23 jan. 2001, n° 28342/95.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Motais de Narbonne c. France*, arrêt, 27 mai 2003, n° 48161/99.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italie*, arrêt, 30 oct. 2003, n° 31524/96.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Broniowski c. Pologne*, arrêt, 22 juin 2004, n° 31443/96.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Kliafas c. Grèce*, arrêt, 8 juill. 2004, n° 66810/01.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Terazzi c. Italie*, arrêt, 26 oct. 2004, n° 27265/95.
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Papastavrou et autres c. Grèce*, arrêt, 18 nov. 2004, n° 46372/99.

Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Jahn et autres c. Allemagne*, arrêt, 30 juin 2005, n° 46720/99, 72203/01 et 72552/01.

Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Scordino c. Italie*, arrêt, 29 mars 2006, n° 36813/97.

Arrêts rendus par des cours nationales

Cass. Civ. 1ère, *Sté Sonatrach c. Consorts Lung*, Arrêt, 23 jan. 1979, n° n°77-12.825.

Cour Suprême des États-Unis, *Brown v. State of Maryland*, Arrêt, 12 mars 1827, n° 25 U.S. 419, 6 L. Ed. 678 (1827).

Cour Suprême des États-Unis, *Prigg v. Com. of Pennsylvania*, Arrêt, 1^{er} jan. 1842, n° 41 U.S. 539, 625, 10 L. Ed. 1060 (1842).

Cour Suprême des États-Unis, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, Arrêt, 23 mars 1964, n° 376 U.S. 398 (1964), *International Law Reports* 1967, vol. 35, p. 1-50, sous la dir. de Cambridge University PRESS.

Instrumente conventionnels contenant
des dispositions en matière
d'investissement

Accord entre gouvernement de la Région Administrative Spéciale de Hong Kong de la République Populaire de Chine et le Royaume des Pays-Bas pour la promotion et la protection des investissements, signé le 19 nov. 1992, à Hong Kong.

Accord de libre-échange entre le gouvernement de l’Australie et le gouvernement de la République Populaire de Chine, signé le 11 juill. 1988, à Canberra.

Accord entre le gouvernement du Royaume de Thaïlande et le gouvernement de la Région Administrative Spéciale de Hong Kong de la République Populaire de Chine pour la promotion et la protection des investissements, signé le 19 nov. 2005, à Busan.

Accord Canada–États-Unis–Mexique, signé le 30 nov. 2018, à Buenos Aires.

Accord sur la promotion et la protection réciproque des investissements entre la République du Zimbabwe et le Royaume des Pays-Bas, signé le 11 déc. 1996, à Harare.

Traité d’amitié, de commerce et de droits consulaires, signé le 15 août 1955, à Téhéran.

Accord entre la République de Chypre et la République populaire Hongroise sur l’encouragement et la protection mutuels des investissements, signé le 24 mai 1989, à Budapest.

Accord entre la Hongrie et le Kirghizistan sur l’encouragement et la protection réciproque des investissements, signé le 29 sept. 2020, à Budapest.

Accord entre Israël et les Émirats arabes unis sur l’encouragement et la protection des investissements, signé le 20 oct. 2020, à Tel Aviv.

Partenariat régional économique global, signé le 15 nov. 2020.

Accord relatif à la libéralisation, l’encouragement et à la protection réciproque des investissements entre le Japon et la Géorgie, signé le 29 jan. 2021, à Tbilisi.

Accord de promotion et de protection réciproque des investissements entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République argentine, signé le 3 juill. 1991, à Paris.

Accord de libre-échange entre l’Inde et Singapour, signé le 29 juin 2005, à New Delhi.

Accord entre la République Populaire de Chine et la République Portugaise sur l’encouragement et la protection réciproque des investissements, signé le 9 déc. 2005, à Lisbonne.

Accord entre les États-Unis d'Amérique et la République Argentine sur l'encouragement réciproque et la protection des investissements, signé le 14 nov. 1991, à Washington.

Accord entre le gouvernement de la République Arabe d'Égypte et le gouvernement de la République d'Italie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements signé le 2 mars 1989, au Caire.

Accord sur la promotion et la protection des investissements entre le gouvernement de la République de Corée et le gouvernement du Royaume du Maroc, signé le 27 jan. 1999, à Rabat.

Accord entre le gouvernement de la République du Pérou et le gouvernement de la République de Cuba sur la promotion et la protection réciproque des Investissements, signé le 10 oct. 2000, à Lima.

Accord entre le gouvernement des États-Unis du Mexique et le gouvernement de la République de Corée relatif à la promotion et à la protection réciproque des investissements (avec protocole), signé le 14 nov. 2000, à Bandar Seri Begawan.

Accord entre les États-Unis du Mexique et la République de Cuba pour la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 30 mai 2001, à Mexico.

Accord entre le Japon et la République socialiste du Vietnam concernant la libéralisation, la promotion et la protection des investissements, signé le 14 nov. 2003, à Tokyo.

Accord relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements entre le gouvernement de la République de Chypre et le gouvernement de la République de Saint-Marin, signé le 13 déc. 2006, à Saint-Marin.

Accord pour un partenariat économique stratégique entre le Japon et la République du Chili, signé le 27 mars 2007, à Tokyo.

Accord entre les États-Unis du Mexique et la République Slovaque relatif à la promotion et à la protection réciproque des investissements, signé le 26 oct. 2007, à Mexico.

Accord entre le Japon et la République Démocratique Populaire Lao pour la libéralisation, la promotion et la protection des investissements, signé le 16 jan. 2008, à Tokyo.

Accord de coopération économique entre la Nouvelle Zélande et le Territoire douanier distinct de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu, signé le 10 juill. 2013, à Wellington.

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la Région Administrative Spéciale de Hong Kong de la République Populaire de Chine pour la promotion et la protection des investissements, signé le 10 fév. 2016, à Toronto.

Convention entre l'Union Économique Belgo-Luxembourgeoise et la République du Burundi concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signée le 13 avr. 1989, à Bruxelles.

Protocole pour la promotion et la protection réciproque des investissements au MERCOSUR, signé le 17 jan. 1994, à Colonia.

Modèle Canadien d'accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers 2021.

Accord pour la promotion et la protection des investissements entre la République d'Autriche et la République Islamique d'Iran, signé le 21 sept. 2001, à Téhéran.

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

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, signée le 18 mars 1965, à Washington, D.C.

Convention entre le Royaume de Belgique et la République d'Indonésie relative à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements, signée le 15 jan. 1970, à Jakarta.

Convention entre le gouvernement de la République Française et le gouvernement de la République du Zaïre sur la protection des investissements, signée le 5 oct. 1972, à Paris.

Accord entre le Royaume des Pays-Bas et la République socialiste fédérative de Yougoslavie relatif à la protection des investissements, signé le 16 fév. 1976, à Belgrade.

Accord entre le gouvernement Suédois et le gouvernement Malaisien relatif à la protection réciproque des investissements, signé le 3 mars 1979, à Kuala Lumpur.

Déclaration du gouvernement de la République démocratique et populaire d'Algérie sur le règlement du contentieux entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement de la République Islamique d'Iran du 19 jan. 1981.

Accord entre le gouvernement de la Confédération Suisse et le gouvernement de la République démocratique socialiste de Sri Lanka concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, signé le 23 sept. 1981, à Berne.

Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République d'Haïti concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 13 déc. 1983, à Washington, D.C.

Convention portant création de l'agence multilatérale de garantie des investissements, signée le 11 oct. 1985, à Séoul.

Accord de promotion et de protection réciproque des investissements entre le Royaume d'Espagne et la République Argentine, signé le 3 oct. 1991, à Buenos Aires.

Accord entre le gouvernement du Royaume de Thaïlande et le gouvernement de la République du Pérou pour la promotion et la protection des investissements, signé le 15 nov. 1991, à Bangkok.

Accord relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République de Bolivie, signé le 10 mars 1992, à La Paz.

Accord entre le gouvernement d'Australie et le gouvernement de la République d'Indonésie concernant la promotion et la protection des investissements, signé le 17 nov. 1992, à Jakarta.

Accord de Libre-Échange Nord Américain (ALENA), signé le 17 déc. 1992, à Washington, D.C., Ottawa et Mexico.

Accord entre le gouvernement de La Barbade et le gouvernement de la République du Venezuela pour la promotion et la protection des investissements, signé le 15 juill. 1994, à Bridgetown.

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Ukraine pour l'encouragement et la protection des investissements, signé le 24 oct. 1994, à Ottawa.

Traité sur la Charte de l'Énergie, signé le 17 déc. 1994, à Lisbonne.

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de l'Équateur pour la promotion et la protection réciproques des investissements, signé le 29 avr. 1996, à Quito.

Accord entre le gouvernement de l'Australie et le gouvernement de la République du Chili relatif à la promotion et à la protection réciproque des investissements, signé le 9 juill. 1996, à Canberra.

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République arabe d'Égypte pour l'encouragement et la protection des investissements, signé le 13 nov. 1996, au Caire.

Accord entre la confédération Suisse et la République de l'Inde pour la promotion et la protection des investissements, signé le 4 avr. 1997, à New Delhi.

Accord entre le gouvernement de l'État d'Israël et le gouvernement de la République de Moldavie relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements, signé le 22 juin 1997, à Jérusalem.

Accord entre le Gouvernement de la République Algérienne Démocratique et Populaire et le Gouvernement de la République Arabe Syrienne sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 14 sept. 1997, à Damas.

Accord sur la promotion, l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et les États-Unis Mexicains, signé le 15 mai 1998, à Mexico.

Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement des États-Unis Mexicains sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 12 nov. 1998, à Mexico.

Accord entre le gouvernement de la République Arabe d'Égypte et le gouvernement du Royaume du Danemark concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 24 juin 1999, au Caire.

Accord sur la promotion et la protection réciproques des investissements entre le gouvernement de la République de Croatie et la République islamique d'Iran, signé le 17 mai 2000, à Téhéran.

Accord entre le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le gouvernement de la République d'Angola pour la promotion et la protection des investissements, signé le 4 juill. 2000, à Luanda.

Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du Royaume du Cambodge sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 13 juill. 2000, à Phnom Penh.

Accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et le Burkina Faso, signé le 10 nov. 2000, à Ouagadougou.

Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement de la République du Tchad concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 18 mai 2001, à Bruxelles.

Accord entre le gouvernement de la République de Lettonie et le gouvernement de l'État du Koweït pour l'encouragement et la protection réciproque des investissements, signé le 5 oct. 2001, à Riga.

Accord sur la promotion et la protection réciproque des investissements entre la Bosnie-Herzégovine et l'Espagne, signé le 25 avr. 2002, à Madrid.

Accord entre le gouvernement de la République du Bélarus et du gouvernement du Royaume Hachémite de Jordanie sur la promotion et la protection réciproques des investissements, signé le 16 déc. 2002, à Amman.

Traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République du Guatemala relatif à la promotion et à la protection réciproque des investissements, signé le 17 oct. 2003, à Guatemala.

Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du Royaume de Bahreïn sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 24 fév. 2004, à Paris.

Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise et la République démocratique du Congo concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 17 fév. 2005, à Kinshasa.

Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise et la République du Pérou concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 12 oct. 2005, à Bruxelles.

Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République orientale de l'Uruguay concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, signé le 4 nov. 2005, à Mar del Plata.

Accord entre la Confédération Suisse et la République orientale de l'Uruguay concernant la Promotion et la Protection Réciproques des Investissements, signé le 7 oct. 1988, à Berne.

Traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République de Madagascar relatif à l'encouragement et à la protection mutuels des investissements, signé le 1^{er} août 2006, à Berlin.

Accord entre le gouvernement de la République turque et le gouvernement du Royaume d'Arabie Saoudite concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, signé le 8 août 2006, à Ankara.

Accord entre le gouvernement de la République de Finlande et le gouvernement de la République d'Indonésie sur la promotion et la protection des investissements, signé le 12 sept. 2006, à Helsinki.

Accord entre le gouvernement de la République italienne et le gouvernement du Royaume de Bahreïn sur la promotion et la protection des investissements, signé le 29 oct. 2006, à Manama.

Accord entre le gouvernement des États-Unis du Mexique et le gouvernement de la République de l'Inde relatif à la promotion et à la protection des investissements, signé le 21 mai 2007, à New Delhi.

Accord entre le gouvernement des États-Unis du Mexique et le gouvernement de la République du Bélarus relatif à la promotion et à la protection réciproque des investissements, signé le 4 sept. 2008, à Minsk.

Accord global sur les investissements de l'ASEAN, signé le 26 fév. 2009, à Cha-am.

Accord de libre-échange entre l'ASEAN, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, signé le 27 fév. 2009, à Cha-am.

Accord pour la promotion et la protection des investissements entre la République de Colombie et la République de l'Inde, signé le 10 nov. 2009, à New Delhi.

Accord entre le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République fédérale démocratique d'Éthiopie pour la promotion et la protection des investissements, signé le 19 nov. 2009, à Addis-Abeba.

Accord entre le gouvernement de la République de l'Inde et le gouvernement de la République de la Lettonie pour la promotion et la protection des investissements, signé le 18 fév. 2010, à New Delhi.

Accord entre le gouvernement de la République de Malte et le Conseil des Ministres de la République d'Albanie pour la promotion et la protection réciproques des investissements, signé le 27 jan. 2011, à Tirana.

Accord global de coopération économique entre le Gouvernement de Malaisie et la République de l'Inde, signé le 18 fév. 2011, à Kuala Lumpur.

Accord entre la République Tchèque et la République Démocratique Socialiste du Sri Lanka pour la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 28 mars 2011, à Prague.

Accord entre le gouvernement de l'Inde et le gouvernement du Népal sur la promotion et la protection des investissements, signé le 21 oct. 2011, à New Delhi.

Accord entre le gouvernement du Canada et la République Populaire de Chine sur la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 9 sept. 2012, à Vladivostok.

Accord pour la promotion et la protection des investissements entre la République d'Autriche et la République du Nigéria, signé le 8 avr. 2013, à Vienne.

Accord entre le gouvernement de la République de Colombie et le gouvernement de la République française sur la promotion et la protection réciproques des investissements, signé le 10 juill. 2014, à Bogotá.

Accord entre le Japon et la République orientale de l'Uruguay pour la libéralisation, la promotion et la protection des investissements, signé le 26 jan. 2015, à Montevideo.

Accord de libre-échange entre le gouvernement de l'Australie et le gouvernement de la République Populaire de Chine, signé le 17 juin 2015, à Canberra.

Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union Européenne, signé le 30 oct. 2016, à Bruxelles.

Bibliographie Générale

Ouvrages

- ALVAREZ, Alejandro, *Le Droit International Américain*, Saint-Dizier, 1910, 386 p.
- ALVAREZ, José et al., *The Evolving International Investment Regime*, Oxford : Oxford University Press, 2011.
- AMERASINGHE, Chittharanjan Felix, *State responsibility for injuries to aliens*, Oxford : Clarendon Press, 1967, 324 p.
- ANGHIE, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2005, p. 1-359, 359 p.
- ANZILOTTI, Dionisio, *Cours de Droit International*, Paris : Pantheon-Assas (editions), 1999, 564 p.
- ARANGIO-RUIZ, Gaetano, *Second Report on State Responsibility*, A/CN.4/425, p. 33-34.
- BAKER, Sherston, *Halleck's International Law*, Londres : Kegan Paul, Trench, Trübner et Co, 1908.
- BÉNABENT, Alain, *Droit des Obligations*, Paris : L.G.D.J, 2019, 752 p.
- BISHOP, R. Doak, James CRAWFORD et W. Michael REISMAN, *Foreign Investment Disputes : Cases, Materials, and Commentary*, 2^e éd., Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Kluwer Law International, 2014, 1290 p.
- BJORKLUND, Andrea, Ian A. LAIRD et Sergey RIPINSKY, *Investment Treaty Law : Current Issues III : Remedies in International Investment Law Emerging Jurisprudence of International Investment Law*, London : British Institute of International & Comparative Law, 2009, 333 p.
- BONNITCHA, Jonathan, Lauge N. Skovgaard POULSEN et Michael WAIBEL, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, 1^{re} éd., Oxford : Oxford University Press, 2017, 336 p.
- BORCHARD, Edwin, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, Londres : The Banks Law Publishing Company, 1915, 988 p.
- BOSKOVIC, Olivera, *La Réparation du Préjudice en Droit International Privé*, t. 407, Bibliothèque de droit privé, Paris : L.G.D.J, 2003, 384 p.

- BROWER, Charles et Jason BRUESCHKE, *The Iran-United States Claims Tribunal*, The Hague : Brill Nijhoff, 1998, 931 p.
- BROWN, Chester, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford : Oxford University Press, 2007, 303 p.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 6^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2003, 784 p.
- CARREAU, Dominique et al., *Droit International Économique*, Paris : Dalloz, 2017, 944 p.
- CHARTIER, Yves, *La Réparation du Préjudice*, Connaissance du droit, Paris : Dalloz, 1996, 129 p.
- COMBACAU, Jean et Serge SUR, *Droit International Public*, 9^e éd., Paris : Montchrestien-Lextenso, 2010.
- COMEAX, Paul E. et N. Stephan KINSELLA, *Protecting Foreign Investment under International Law : Legal Aspects of Political Risk*, Dobbs Ferry, N.Y : Oceana Publications, 1996, 448 p.
- CONTI, Joseph, *Between Law and Diplomacy*, Stanford, CA : Stanford University Press, 2013, 244 p.
- CORNU, Gérard et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., Paris : PUF, 2022, 1136 p.
- COUTANT-LAPALUS, Christelle, *Le Principe de Réparation Intégrale en Droit Privé*, Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, 591 p.
- CRAWFORD, James, *Les Articles de la CDI sur la Responsabilité de l'État pour Fait Internationalement illicite : Introduction, Texte et Commentaires*, Paris : Pedone, 2003, 461 p.
- *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2008, 872 p.
- *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9^e éd., Oxford : Oxford University Press, 2012, 803 p.
- DEGARMO, Denise, *International Environmental Treaties and State Behavior : Factors Influencing Cooperation*, London : Taylor and Francis, 2013, 177 p.

- DERAINS, Yves et Eric A. SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2^e éd., The Hague : Kluwer Law International, 2005, 606 p.
- DETTOR DE LUPIS FRANKOPAN, Ingrid, *Finance and protection of investments in developing countries*, Brookfield : Epping, Gower Press, 1973, 183 p.
- DOLZER, Rudolf, *Bilateral Investment Treaties*, 1^{re} éd., The Hague ; Boston : Norwell, MA, U.S.A : Martinus Nijhoff Publishers, 15 juin 1995, 352 p.
- DOLZER, Rudolf et Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2^e éd., Oxford, New York : Oxford University Press, 15 nov. 2012, 456 p.
- DOMKE, M., *The Settlement of International Disputes*, International Investment Law Conference, 1956, 7 p.
- DOUGLAS, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge : Cambridge University Press, 2009, 685 p.
- DUPUY, Pierre-Marie, *Le Fait Générateur de la Responsabilité Internationale des États*, La Haye : Brill Nijhoff, 1984, 125 p.
- DUPUY, Pierre-Marie et Yann KERBRAT, *Droit International Public*, 15^e éd., Paris : Dalloz, 2020, 1100 p.
- EAGLETON, Clyde, *The Responsibility of States in International Law*, New York, NY : New York University Press, 1928.
- ERGEC, Rusen et Jacques VELU, *Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxells : Bruylant, 2014, 1252 p.
- ESCUDE, Corlos, *Foreign Policy Theory in Menem's Argentina*, Gainesville, FL : University Press of Florida, 1997, 232 p.
- FASTENRATH, Ulrich et al., *From Bilateralism to Community Interest*, Oxford : Oxford University Press, 2011.
- FLOUROU, Aikaterini, *Contractual Renegotiations and International Investment Arbitration : A Relational Contract Theory Interpretation of Investment Treaties*, The Hague : Brill Nijhoff, 2020, 250 p.
- FLOUR, Jacques, Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Droit civil : les obligations*, Paris : Sirey, 2022, 540 p.

- FREEMAN, Alwyn V., *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres : Longmans, Green et Company, 1938, 758 p.
- FRIEDMAN, Scott, *Expropriation in International Law*, London : Stevens et Sons Ltd, 1955, 236 p.
- GAILLARD, Emmanuel et Frédéric BACHAND, *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*, 7, Huntington, NY : JurisNet, LLC, 2011, 316 p.
- GALLAGHER, Norah et Wenhua SHAN, *Chinese Investment Treaties : Policies and Practice*, Oxford International Arbitration Series, Oxford, New York : Oxford University Press, 26 mars 2009, 654 p.
- GANTZ, David A, *Investor-state Dispute Settlement in US Law, Politics and Practice : The Debate Continues.*, 9, août 2016, p. 40.
- GARCÍA-AMADOR, Francisco V., *The Changing Law of International Claims*, t. 1, New York : Oceana Publications, 1984, 953 p.
- GARCÍA-AMADOR, Francisco V., Louis B. SOHN et Richard BAXTER, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, The Hague : Brill Nijhoff, 1974, 402 p.
- GOLDSWEIG, David N. et Roger H CUMMINGS, *International joint ventures : a practical approach to working with foreign investors in the U.S. and abroad : a case study with sample documents*, 2^e éd., Chicago, IL : American Bar Association, 1990, 427 p.
- GRAY, Christine D, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford : Oxford University Press, 1990, 250 p.
- HACKWORTH, Green Haywood, *Digest of International Law*, US Government Printing Office, 1940.
- *Digest of International Law*, t. III, US Government Printing Office, 1942.
- HANQIN, Xue, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2003, 368 p.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, Oxford : Clarendon Press, 2012, 380 p.
- HIGGINS, Rosalyn, *Problem and process : International law and how we use it*, Oxford : Oxford University Press, 1994, 304 p.

- HOEKMAN, Bernard et Michel KOSTECKI, *The Political Economy of the World Trading System : From GATT to WTO*, Oxford : Oxford University Press, 2010, 320 p.
- HOIJER, Olof, *La responsabilité internationale des états. I. Sources de la responsabilité. II. Mise en oeuvre*, Paris : Les Éditions Internationales, 1930, 380 p.
- HYDE, Charles, *The Responsibility of States in International Law*, t. 2, Boston, MA : Little, Brown & Co, 1928, 855 p.
- *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2^e éd., Boston, MA : Little, Brown & Co, 1945, 810 p.
- International Crimes of States : A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, sous la dir. de Joseph H.H. WEILER, Antonio CASSESE et Marina SPINEDI, Florence : Institut Universitaire Européen, 1989, 368 p.
- JENSEN, Nathan M., *Nation-States and the Multinational Corporation : A Political Economic of Foreign Direct Investment*, Princeton, NJ : Princeton University Press, 2006, 224 p.
- JUPILLE, Joseph, Walter MATTLI et Duncan SNIDAL, *Institutional Choice and Global Commerce*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, 258 p.
- KANTOR, Mark, *Valuation for Arbitration : Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*, Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2008, 411 p.
- KATZAROV, Konstantin, *The Theory of Nationalisation*, Springer Science & Business Media, 2012.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle et Michele POTESTÀ, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts*, Cham : Springer International Publishing, 2020, 117 p.
- KULICK, Andreas, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2012, 412 p.
- LAITHIER, Yves-Marie, *Droit Comparé*, Paris : Dalloz, 2009, 255 p.
- LALANI, Shaheezah et Rodrigo Polanco LAZO, *The Role of the State in Investor-state Arbitration*, La Haye : Martinus Nijhoff Publishers, 21 nov. 2014, 506 p.
- LAUTERPACHT, Hersch, *Annual Digest of Public International Law Cases*, t. 3, Cambridge : Cambridge University Press, 1929, 486 p.

- LAVIEC, Jean-Pierre, *Protection et Promotion des Investissements : Étude de Droit International Économique*, Genève : Graduate Institute Publications, 2015, 331 p.
- LEAL-ARCAS, Rafael, *International Trade and Investment Law : Multilateral, Regional and Bilateral Governance*, Cheltenham, UK. : Edward Elgar Publishing Ltd, 2011, 360 p.
- LEGUM, Barton, *Investment Disputes under NAFTA : An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, sous la dir. de Meg KINNEAR, Andrea BJORKLUND et John HANNAFORD, Oxford : Oxford University Press, 2008.
- LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián, *Indirect Expropriation in International Law*, Leuven global governance, Cheltenham ; Northampton, MA : Edward Elgar, 2014, 254 p.
- MARBOE, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford International Arbitration Series, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009, 429 p.
- *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, Oxford, United Kingdom : Oxford University Press, 2017, 556 p.
- MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Connaissance du droit, Paris : Dalloz, 2016, 222 p.
- MARTINICO, Giuseppe et Xueyan WU, *A Legal Analysis of the Belt and Road Initiative : Towards a New Silk Road ?*, Oxford : Palgrave Macmillan, 2020, 284 p.
- MCLACHLAN, Campbell, Laurence SHORE et Matthew WEINIGER, *International Investment Arbitration : Substantive Principles*, 2^e éd., Oxford international arbitration series, New York, NY : Oxford University Press, 2017, 630 p.
- MITCHELL, Ronald B., *International Politics and the Environment*, London : SAGE Publications Inc., 2010, 234 p.
- MOHEBI, Mohsen, *The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal*, The Hague : Brill Nijhoff, 1999, 417 p.
- MOORE, John Bassett, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party : Together with Appendices Containing the Treaties Relating to Such Arbitrations, and Historical and Legal Notes on Other International Arbitrations Ancient and Modern, and on the Domestic Commissions of the United*

-
- States for the Adjustment of International Claims*, Washington, DC : United States Government Printing Office, 1898, 2131 p.
- MORÉTEAU, Olivier, Stewart NEWCOMBE et André TUNC, *Droit Anglais des Affaires*, 1^{re} éd., Précis. Droit privé, Paris : Dalloz, 2000, 555 p.
- MOURI, Allahyar, *The International Law of Expropriation As Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Norwell, MA : Kluwer Academic Publishers, 1994, 570 p.
- NANTEUIL, Arnaud de, *L'expropriation Indirecte en Droit International des Investissements*, Droit international, Paris : Pedone, 2014, 650 p.
- NEFF, Stephen C., *War and the Law of Nations : A General History*, Cambridge : Cambridge University Press, jan. 2005, p. 1-443, 443 p.
- NEWCOMBE, Andrew Paul et Lluís PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties : Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Wolters Kluwer Law & Business, 2009, 614 p.
- OPPENHEIM, Lassa, *International Law*, sous la dir. de Hersch LAUTERPACHT, Cambridge : Cambridge University Press, 1955.
- Oppenheim's International Law*, sous la dir. de Robert JENNINGS et A. WATTS, London : Longman, 1996, 2887 p.
- ORTSCHEIDT, Jérôme, *La Réparation du Dommage dans l'Arbitrage Commercial International*, Paris : Dalloz, 2001, 440 p.
- PARLETT, Kate, *The Individual in the International Legal System : Continuity and Change in International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2011, 419 p.
- PAULSSON, Jan, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, jan. 2005, p. 1-279, 279 p.
- PERRONE, Nicolás M., *Investment Treaties and the Legal Imagination : How Foreign Investors Play by Their Own Rules*, Oxford : Oxford University Press, 2021, 242 p.
- PETERSON, Luke Eric et Kevin R. GRAY, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, Winnipeg, MB : International Institute for Sustainable Development, 2003, 44 p.

- POULSEN, Lauge N. Skovgaard, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy : The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*, Cambridge : Cambridge University Press, 2015, p. 1-247, 247 p.
- PRADIER-FODÉRÉ, P., *Traité de Droit International Public*, Paris : A. Durand et Pedone-Lauriel, 1895.
- RAJAGOPAL, Balakrishnan, *International Law from below : Development, Social Movements, and Third World Resistance*, Cambridge : Cambridge University Press, jan. 2003, p. 1-343, 343 p.
- Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*, sous la dir. de Fabio MOROSINI et Michelle Ratton Sanchez BADIN, New York, NY : Cambridge University Press, 2017, 305 p.
- REDFERN, Alan et Martin HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London : Sweet & Maxwell, 1999, 720 p.
- REINISCH, August, *Standards of Investment Protection*, Oxford : Oxford University Press, 2008, 264 p.
- RIBEIRO, Clarisse, *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Huntington, NY : JurisNet, 2006, 315 p.
- RIPINSKY, Sergey et Kevin WILLIAMS, *Damages in International Investment Law*, London : British Institute of International et Comparative Law, 2008, 561 p.
- ROUSSEAU, Charles, *Droit International Public*, Paris : Sirey, 1971.
- *Droit International Public*, t. 5 : Les rapports conflictuels, Paris : Sirey, 1983, 504 p.
- SABAHI, Burzu, *Compensation and Restitution in Investor-state Arbitration : Principles and Practice*, International economic law series, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2011, 256 p.
- SALACUSE, Jeswald W., *The three laws of international investment : national, contractual, and international frameworks for foreign capital*, Oxford : Oxford University Press, 2013, 440 p.
- *The Law of Investment Treaties*, 2^e éd., Oxford International Law Library, Oxford, New York : Oxford University Press, 4 juin 2015, 528 p.

-
- *The Law of Investment Treaties*, 3^e éd., Oxford International Law Library, Oxford, New York : Oxford University Press, 2021, 581 p.
- SARAVANAN, A. et S.R. SUBRAMANIAN, *Role of Domestic Courts in the Settlement of Investor-State Disputes*, Singapore : Springer, 2020, 187 p.
- SASSE, Jan Peter, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*, Springer Science & Business Media, 2011, 257 p.
- SAUVANT, Karl P. et Lisa E. SACHS, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment : Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford : Oxford University Press, 2009, 794 p.
- SCHILL, Stephan W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge : Cambridge University Press, jan. 2009, p. 1-451, 451 p.
- SCHREUER, Christoph H. et al., *The ICSID Convention : A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 2^e éd., Cambridge : Cambridge University Press, 2009, 1524 p.
- SCHWARZENBERGER, Georg, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, t. 1, Londres : Stevens et Sons Ltd, 1945, 645 p.
- *International Law as Applied by International Tribunals*, 3^e éd., t. 1, London : Stevens et Sons Ltd, 1957, 808 p.
- SCOTT, George Winfield, *The Hague Court Reports*, t. 2, Cambridge : Cambridge University Press, 1932.
- SIMMONS, Beth A., *Mobilizing for Human Rights : International Law in Domestic Politics*, Cambridge : Cambridge University Press, 2009, 451 p.
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Colloque d'Aix-en-Provence - La codification du droit international*, Paris : Pedone, 1999, 344 p.
- SORNARAJAH, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, The Hague ; Boston, MA : Kluwer Law International, 2000, 390 p.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment*, 3^e éd., Cambridge : Cambridge University Press, 2010, 524 p.
- Tentative Final Draft-Restatement, Foreign Relations Law of the United States (Revised)*, Washington, DC : American Law Institute, 1985.

- The Guide to Damages in International Arbitration*, sous la dir. de John A TRENOR, 4^e éd., Londres : Global Arbitration Review, 2021, 540 p.
- THOMAS, Kenneth P., *Investment Incentives and the Global Competition for Capital*, International Political Economy, Londres : Palgrave Macmillan, 2010, 217 p.
- TREITEL, G. H., *The Law of Contract*, 11^e éd., Londres : Sweet & Maxwell, 2003, 1280 p.
- TUDOR, Ioana, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford : Oxford University Press, 13 mars 2008.
- ULLOA Y SOTOMAYOR, Alberto, *Derecho Internacional Publico*, t. 1, Madrid : Ediciones iberoamericanas, 1938, 224 p.
- VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, *La Proportionnalité dans le Droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme : Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, 785 p.
- VAN HARTEN, Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, 2^e éd., Oxford monographs in international law, Oxford : Oxford Univ. Press, 2011, 214 p.
- VANDELDELDE, Kenneth J., *Bilateral Investment Treaties : History, Policy, and Interpretation*, Oxford : Oxford University Press, 2010, 574 p.
- *Bilateral Investment Treaties : History, Policy, and Interpretation*, Oxford, New York : Oxford University Press, 22 avr. 2010, 574 p.
- *The First Bilateral Investment Treaties : US Postwar Friendship, Commerce and Navigation Treaties*, Oxford : Oxford University Press, 2017, 592 p.
- VINEY, Geneviève et al., *Les Conditions de la Responsabilité*, sous la dir. de Jacques GHESTIN, 4^e éd., Traité de droit civil : Les obligations, Paris : L.G.D.J, 2013, 1316 p.
- VISSCHER, Charles de, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris : A. Pedone, 1970, 451 p.
- WÄELDE, Thomas, *The Energy Charter Treaty : An East-West Gateway for Investment and Trade.*, London ; Boston, MA : Kluwer Law International, 1996, 700 p.
- WÄLDE, Thomas W., *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty : An Overview of Selected Key Issues Based on Recent Litigation Experience*, 2003, 35 p.

-
- WEERAMANTRY, J. Romesh, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, Oxford, New York : Oxford University Press, 8 mars 2012, 314 p.
- WEISS, Thomas G. et Don HUBERT, *The Responsibility to Protect - Research, Bibliography, Background : Supplementary Volume to the Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, Ottawa : International Development Research Center, 2001, 410 p.
- WESTLAKE, John, *International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 1910, 372 p.
- WESTON, Burns, Richard LILLICH et David BEDERMAN, *International Claims : Their Settlement by Lump Sum Agreements*, 1^{re} éd., The Procedural aspects of international law series 12, The Hague : Brill Nijhoff, 1999, 376 p.
- WHEATON, Henry, *Wheaton's Elements of international law.*, Londres : Stevens et Sons Ltd, 1916.
- WHITEMAN, Marjorie, *Damages in International Law*, t. III, Washington, DC : United States Government Printing Office, 1943, 2242 p.

Ouvrages collectifs

Arbitrating Foreign Investment Disputes, sous la dir. de Norbert HORN et Stefan KRÖLL, Studies in transnational economic law 19, Kluwer Law International, 2004, 535 p.

Arbitration under International Investment Agreements : A Guide to the Key Issues, sous la dir. de Katia YANNACA-SMALL, 2^e éd., Oxford, New York : Oxford University Press, 19 juill. 2018, 960 p.

Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, sous la dir. de Christina L. BEHARRY, Nijhoff international investment law series volume 11, Leiden ; Boston : Brill Nijhoff, 2018, 488 p.

Droit International des Investissements et de l'Arbitrage Transnational, sous la dir. de Charles LEBEN, Paris : Editions Pedone, 2015, 1141 p.

Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, sous la dir. de Chester BROWN et Kate MILES, Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 17 nov. 2011, 746 p.

International Investment Law for the 21st Century : Essays in Honour of Christoph Schreuer, sous la dir. de Christina BINDER et al., Oxford, Oxford University Press, 21 mai 2009, 1040 p.

Le Nouvel Ordre Économique International : Aspects Commerciaux, Technologiques et Culturels : Colloque, La Haye, 23-25 Octobre 1980, sous la dir. de René Jean DUPUY, Hague Academy of INTERNATIONAL LAW et United Nations UNIVERSITY, The Hague ; Boston : Hingham, MA : Nijhoff ; Distributors for the U.S. et Canada, Kluwer Boston, 1981, 382 p.

Standards of Investment Protection, sous la dir. de August REINISCH, Oxford : Oxford University Press, 11 sept. 2008.

The Backlash against Investment Arbitration : Perceptions and Reality, sous la dir. de Michael WAIBEL, Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2010, 614 p.

The Law of International Responsibility, sous la dir. de James CRAWFORD et al., Oxford commentaries on international law, New York : Oxford University Press, 2010, 1296 p.

The Oxford Handbook of International Investment Law, sous la dir. de Peter MUCHLINSKI, Federico ORTINO et Christoph SCHREUER, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2008, 1282 p.

The Valuation of Nationalized Property in International Law, sous la dir. de Richard B. LILLICH, Virginia legal studies, Charlottesville : University Press of Virginia, 1972, 230 p.

Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

ACCIOLY, Hildebrando, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 96, La Haye : Brill Nijhoff, 1959, p. 349-441.

BAXTER, Richard, « Treaties and custom » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 129, La Haye : Brill Nijhoff, 1970, p. 27-105.

BROWNLIE, Ian, « Legal status of natural resources in international law (some aspects) » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 162, La Haye : Brill Nijhoff, 1979, p. 245-318.

CAPOTORTI, Francesco, « Cours général de droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 248, La Haye : Brill Nijhoff, 1994, p. 9-343.

DAMROSCH, Lori Fisler et Den HAAG, « Enforcing international law through non-forcible measures » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 269, La Haye : Brill Nijhoff, 1997, p. 9-250.

DUPUY, Pierre-Marie, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des états » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 188, La Haye : Brill Nijhoff, 1984, p. 9-133.

GRAEFRATH, Bernhard, « Responsibility and damages caused : relationship between responsibility and damages » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 185, La Haye : Brill Nijhoff, 1984, p. 9-149.

- HIGGINS, Rosalyn, « The taking of property by the state : recent developments in international law » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 176, La Haye : Brill Nijhoff, 1982, p. 259-392.
- KAECKENBEECK, Georges, « La protection internationale des droits acquis La protection internationale des droits acquis » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 59, La Haye : Brill Nijhoff, 1937, p. 317-419.
- O'CONNELL, Daniel, « Recent problems of state succession in relation to new states » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 130, La Haye : Brill Nijhoff, 1970, p. 95-206.
- SACERDOTI, Giorgio, « Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 269, La Haye : Brill Nijhoff, 1997, p. 251-467.
- SALVIOLI, Gabriele, « La responsabilité des États et la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 28, La Haye : Brill Nijhoff, 1929, p. 231-289.
- SØRENSEN, Max, « Principes de droit international public : cours général » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 101, La Haye : Brill Nijhoff, 1960, p. 1-254.
- VERDROSS, Alfred, « Règles internationales concernant le traitement des étrangers » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 37, La Haye : Brill Nijhoff, 1931, p. 333-412.
- VISSCHER, Charles de, « Le déni de justice en droit international » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 52, La Haye : Brill Nijhoff, 1935, p. 365-442.
- WEIL, Prosper, « Le droit international en quête de son identité : cours général de droit international public » *in Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 237, La Haye : Brill Nijhoff, 1992, p. 11-370.

Thèses

- BRETON, Caroline, *Le Dommage dans l'Arbitrage d'Investissement*, sous la dir. de Jean-Marc THOUVENIN, thèse de doct., Paris 10, 5 déc. 2017.
- DANIC, Olivia, *L'émergence d'un Droit International des Investissements - Contribution des Traités Bilatéraux d'Investissement et de la Jurisprudence du CIRDI*, thèse de doct., Université Paris 10 Nanterre, nov. 2012.
- GAMALELDIN, Hossam Mohamed, *Étude des règles d'Indemnisation du Préjudice dans l'Arbitrage International : Vers une Indemnisation Adéquate du Préjudice*, thèse de doct., Paris 1.
- MONTEL, Lucas, *La Réparation du Dommage en Arbitrage International (à partir de l'exemple de l'arbitrage d'investissement)*, thèse de doct., Université Paris 2 Panthéon Assas, 2014.
- MUZNY, Petr, *La Technique de Proportionnalité et le Juge de la Convention Européenne des Droits de l'Homme : Essai sur un Instrument Nécessaire dans une Société Démocratique*, thèse de doct., Montpellier 1, 2004.
- RAAD, Rima Anis, *Les Mesures de Dépossession en Droit International Public : Étude de la Jurisprudence du Tribunal Irano-Américain de Réclamations*, thèse de doct., Paris 1, 2004.
- REISS, Lydie, *Le Juge et le Préjudice : Étude Comparée des Droits Français et Anglais*, avec la coll. de Philippe DELEBECQUE, Thèse de doctorat, Paris 1, 1^{er} jan. 2002.
- TANON, Abédjinnan M Sandrine, *Le Droit des Investissements Internationaux vu par la CIJ et le CIRDI*, thèse de doct., Bordeaux : Université de Bordeaux, 2016.
- WINGER, Natalie, *The Affinity Effect ? International Investment Disputes, Environmental Protection, and the Professional Background of Arbitrators.*, Mémoire de Master, Université d'Oslo, 25 avr. 2019.

Articles

- ABDALA, Manuel, « Chorzów's Standard Rejuvenated : Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations », *Journal of International Arbitration* 1^{er} fév. 2008, vol. 25, n° 1.
- ABDALA, Manuel et Pablo T. SPILLER, « Chorzów's Standard Rejuvenated - Assessing Damages in Investment Treaty Arbitrations » 2021, p. 13.
- ABEBE, Daniel et Tom GINSBURG, « The Dejudicialization of International Politics ? », *International Studies Quarterly* 1^{er} sept. 2019, vol. 63, n° 3, p. 521-530.
- ABI-SAAB, Georges, « The Uses of Article 19 », *European Journal of International Law* fév. 1999, vol. 10, n° 2, p. 339-351.
- ABOUCAR, Juli A. et Richard J. KING, « Environmental Laws As Expropriation under Nafta », *Review of European Community & International Environmental Law* 1999, vol. 8, n° 2, p. 209-214.
- ACEVEDO, Domingo E., « The U.S. Measures against Argentina Resulting from the Malvinas Conflict », *American Journal of International Law* avr. 1984, vol. 78, n° 2, p. 323-344.
- ADARKWAH, Gilbert Kofi, « Host Government Intervention and FDI Inflow : An Empirical Investigation » in *The Multiple Dimensions of Institutional Complexity in International Business Research*, sous la dir. de Alain VERBEKE et al., Emerald Publishing Limited, mars 2021, p. 193-218.
- ADELMAN, Sam et Abdul PALIWALA, « Beyond Law and Development ? » in *The Limits of Law and Development*, sous la dir. de Sam ADELMAN et Abdul PALIWALA, Routledge, 2021, p. 15-37.
- AGO, Roberto, « Rapport présenté par M. Roberto Ago, Président de la sous-commission sur la Responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international* 1963, n° A/CN.4/152.
- AHCAR, Jaime et Jean-Marc SIROËN, « Deep Integration : Considering the Heterogeneity of Free Trade Agreements », *Journal of Economic Integration* 2017, vol. 32, n° 3, p. 615-659.

- AISBETT, Emma, Larry KARP et Carol MCAUSLAND, « Compensation for Indirect Expropriation in International Investment Agreements : Implications of National Treatment and Rights to Invest », *Journal of Globalization and Development* 27 déc. 2010, vol. 1, n° 2.
- « Police Powers, Regulatory Takings and the Efficient Compensation of Domestic and Foreign Investors », *Economic Record* 2010, vol. 86, n° 274, p. 367-383.
- AKINSANYA, Adeoye A., « Permanent Sovereignty over Natural Resources and the Future of Private Investment in the Third World », *Indian Journal of International Law* 1978, vol. 18, n° 175, p. 184.
- ALBRECHT, Daniel E., « Canadian Foreign Investment Policy and the International Politico-Legal Process », *Canadian Yearbook of international Law / Annuaire Canadien de Droit International* 1984, vol. 21, p. 149-175.
- ALDRICH, George, « What Constitutes a Compensable Taking of Property ? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal », *The American Journal of International Law* 1994, vol. 88, n° 4, p. 585-610.
- ALLEE, Todd et Clint PEINHARDT, « Delegating Differences : Bilateral Investment Treaties and Bargaining over Dispute Resolution Provisions », *International Studies Quarterly* mars 2010, vol. 54, n° 1, p. 1-26.
- « Contingent Credibility : The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment », *International Organization* juin 2011, vol. 65, n° 3, p. 401-432.
- « Evaluating Three Explanations for the Design of Bilateral Investment Treaties », *World Politics* jan. 2014, vol. 66, n° 1, p. 47-87.
- ALLEE, Todd L. et Paul K. HUTH, « Legitimizing Dispute Settlement : International Legal Rulings as Domestic Political Cover », *American Political Science Review* mars 2006, vol. 100, n° 2, p. 219-234.
- ALLEN, Danielle E.H., « ‘This Business Will Never Hold Water’ International Investment Arbitration on Public-Private Water Service Provision - a Comment on *Bewater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania* », *SSRN Electronic Journal* déc. 2011.
- ALOMAR, Rafael Cox, « Compensation in the Context of Unlawful Expropriations », *The Journal of Damages in International Investment Arbitration* 2016, vol. 3, n° 1.

- ALSCHNER, Wolfgang, « Regionalism and Overlap in Investment Treaty Law : Towards Consolidation or Contradiction ? », *Journal of International Economic Law* 2014, vol. 17, n° 2, p. 271-298.
- « Correctness of Investment Awards : Why Wrong Decisions Don't Die », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 2020, vol. 18, n° 3, p. 345-368.
- ALSCHNER, Wolfgang, Joost PAUWELYN et Sergio PUIG, « The Data-Driven Future of International Economic Law », *Journal of International Economic Law* juin 2017, vol. 20, n° 2, p. 217-231.
- ALSCHNER, Wolfgang et Dmitriy SKOUGAREVSKIY, « Mapping the Universe of International Investment Agreements », *Journal of International Economic Law* sept. 2016, vol. 19, n° 3, p. 561-588.
- ALSCHNER, Wolfgang et al., « Missing in Action : General Public Policy Exceptions in Investment Treaties », *Yearbook of International Investment Law and Policy* 2018.
- ALSCHNER, Wolfgang et al., « Ensuring Correctness or Promoting Consistency ? Tracking Policy Priorities in Investment Arbitration through Large-Scale Citation Analysis » in *Empirical Perspectives in Investment Arbitration*, sous la dir. de Daniel BEHN, Ole Kristian FAUCHALD et Malcolm LANGFORD, 2020.
- ALTER, Karen, « Agents or Trustees ? International Courts in Their Political Context », *European Journal of International Relations* mars 2008, vol. 14, n° 1, p. 33-63.
- ALTER, Karen et Sophie MEUNIER, « The Politics of International Regime Complexity », *Perspectives on Politics* mars 2009, vol. 7, n° 1, p. 13-24.
- ALVAREZ, José, « The New Treaty Makers », *Boston College International and Comparative Law Review* 2002, vol. 25, p. 213-234.
- « International Organizations : Then and Now », *American Journal of International Law* 2006, vol. 100, n° 2, p. 324-347.
- « The Argentine Crisis and Foreign Investors », *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2008, vol. 2009, p. 379-478.
- « Is Investor-state Arbitration 'public' ? », *Journal of International Dispute Settlement* 1^{er} nov. 2016, vol. 7, n° 3, p. 534-576.

- AMERASINGHE, Chittharanjan Felix, « Issues of Compensation for the Taking of Alien Property in the Light of Recent Cases and Practice », *International & Comparative Law Quarterly* jan. 1992, vol. 41, n° 1, p. 22-65.
- ANTRÀS, Pol et Esteban ROSSI-HANSBERG, « Organizations and Trade », *Annual Review of Economics* 2 sept. 2009, vol. 1, n° 1, p. 43-64.
- APPLETON, Barry, « Regulatory takings : the international law perspective », *NYU Environmental Law Journal* 2002, vol. 11, p. 35.
- ARÉCHAGA, Jiménez de, « L'arbitrage entre les États et les Sociétés Privées Étrangères » in *Mélanges en l'Honneur de Gilbert Gidel*, Paris : Sirey, 1961.
- ARMSTRONG, Shiro Patrick et Luke R. NOTTAGE, « The Impact of Investment Treaties and ISDS Provisions on Foreign Direct Investment : A Baseline Econometric Analysis », *SSRN Electronic Journal* 15 août 2016, n° ID 2824090.
- ASANTE, Samuel K. B., « Restructuring Transnational Mineral Agreements », *American Journal of International Law* juill. 1979, vol. 73, n° 3, p. 335-371.
- « International Law and Foreign Investment : A Reappraisal », *The International and Comparative Law Quarterly* 1988, vol. 37, n° 3, p. 588-628.
- ASONI, Andrea, « Protection of Property Rights and Growth as Political Equilibria », *Journal of Economic Surveys* 2008, vol. 22, n° 5, p. 953-987.
- ATTILA, Tanzi, « Liability for Lawful Acts » in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, sous la dir. de Anne PETERS et Rüdiger WOLFRUM, Oxford : Oxford University Press, 2013.
- BACCINI, Leonardo, « Investment Discrimination and the Proliferation of Preferential Trade Agreements », *Journal of Conflict Resolution* 2015, vol. 59, n° 4, p. 617-644.
- « The Economics and Politics of Preferential Trade Agreements », *Annual Review of Political Science* 2019, vol. 22, p. 75-92.
- BACCINI, Leonardo, Andreas DÜR et Manfred ELSIG, « The Politics of Trade Agreement Design : Revisiting the Depth-Flexibility Nexus », *International Studies Quarterly* 2015, vol. 59, p. 765-775.
- BACHAND, Rémi, Martin GALLIÉ et Stéphanie ROUSSEAU, « Droit de l'investissement et Droits Humains Dans Les Amériques », *Annuaire Français de Droit International* 2003, vol. 49, n° 1, p. 575-610.

- BALL, Markham, « Assessing Damages in Claims by Investors against States », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2001, vol. 16, n° 2, p. 408-429.
- BARTON, John H. et al., « Political Analysis of the Trade Regime » in *The Evolution of the Trade Regime*, Princeton University Press, avr. 2015, p. 1-26.
- BASTIAENS, Ida, « The Politics of Foreign Direct Investment in Authoritarian Regimes », *International Interactions* 1^{er} jan. 2016, vol. 42, n° 1, p. 140-171.
- BECKER, Judy S., « Valuing the Depletion of Natural Resources under International Law », *Review of European Community & International Environmental Law* 1997, vol. 6, n° 2, p. 181-190.
- BEEBEEJAUN, Ambareen, « The Role of International Investment Agreements in Attracting FDI to Developing Countries : An Assessment of Mauritius », *International Journal of Law and Management* 2018, vol. 60, n° 1, p. 150-171.
- BEHARRY, Christina L., « Lawful Versus Unlawful Expropriation : Heads I Win, Tails You Lose », *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 9.
- BEHARRY, Christina L. et Elisa MÉNDEZ BRÄUTIGAM, « Damages and Valuation in International Investment Arbitration » in *Handbook of International Investment Law and Policy*, sous la dir. de Julien CHAISSE, Leïla CHOUKROUNE et Sufian JUSOH, Singapore : Springer Singapore, 2020, p. 1-32.
- BEN HAMIDA, Walid, « Cost Issue in Investor-State Arbitration Decisions Rendered Against the Investor : a Synthetic Table », *Transnational Dispute Management* nov. 2005, vol. 2, n° 5.
- « L'arbitrage État-Investisseur face à un Désordre Procédural : La Concurrence des Procédures et les Conflits de Juridictions », *Annuaire Français de Droit International* 2005, vol. 51, n° 1, p. 564-602.
- BENDEL, Justine et Tim STEPHENS, « Turning to International Litigation to Protect the Amazon? », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2020, vol. 30, n° 2, p. 173-183.
- BENGOA, Marta, Blanca SANCHEZ-ROBLES et Yochanan SHACHMUROVE, « Do Trade and Investment Agreements Promote Foreign Direct Investment within Latin America? Evidence from a Structural Gravity Model », *Mathematics* nov. 2020, vol. 8, n° 11, p. 1-32.

- BENGOA-CALVO, Marta, Blanca SANCHEZ-ROBLES et Yochanan SHACHMUROVE, « Back to BITs and Bites : Do Trade and Investment Agreements Promote Foreign Direct Investment within Latin America ? », *SSRN Electronic Journal* 7 déc. 2017, n° ID 3083980.
- BERGER, A et al., « Do Trade and Investment Agreements Lead to More FDI ? Accounting for Key Provisions inside the Black Box », *International Economics and Economic Policy* 2013, vol. 10, n° 2, p. 247-275.
- BERGSTRAND, Jeffrey H. et Peter EGGER, « What Determines BITs? », *Journal of International Economics* 1^{er} mai 2013, vol. 90, n° 1, p. 107-122.
- BERKOWITZ, Daniel, Chen LIN et Yue MA, « Do Property Rights Matter? Evidence from a Property Law Enactment », *Journal of Financial Economics* 2015, vol. 116, n° 3, p. 583-593.
- BERNAL-MEZA, Raul, « Política Exterior Argentina : De Menem a de La Rúa; Hay Una Nueva Política ? [Argentina's Foreign Policy : From Menem to de La Rúa : A New Policy?] », *São Paulo em Perspectiva* 2002, vol. 16, n° 1, p. 74-93.
- BERNARDINI, Piero, « Investment Protection under Bilateral Investment Treaties and Investment Contracts », *The Journal of World Investment & Trade* 2001, vol. 2, n° 2, p. vii-247.
- BERNAUER, Thomas, « The Effect of International Environmental Institutions : How We Might Learn More », *International Organization* 1995, vol. 49, n° 2, p. 351-377.
- BERNHARD, William et David LEBLANG, « Political Parties and Monetary Commitments », *International Organization* 2002, vol. 56, n° 4, p. 803-830.
- BHATTACHARYA, Utpal, Neal GALPIN et Bruce HASLEM, « The Home Court Advantage in International Corporate Litigation », *Journal of Law and Economics* nov. 2007, vol. 50, n° 4, p. 625-659.
- BIENVENU, Pierre et Martin J VALASEK, « Compensation for Unlawful Expropriation, and Other Recent Manifestations of the Principle of Full Reparation in International Investment Law » in *50 Years of the New York Convention : ICCA International Arbitration Conference*, rapp. Albert JAN VAN DEN BERG, t. 14, ICCA Congress Series, 2009, p. 231-281.

- BIRCH, Nicholas, « Curing Uncompensated Expropriation under Chorzów » *in Revolution in the International Rule of Law : Essays in Honor of Don Wallace, Jr.*
- BJORKLUND, Andrea K., « The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law », *Lewis & Clark L. Rev.* 2013, vol. 17, p. 461.
- BLAKE, Daniel J., « Thinking Ahead : Government Time Horizons and the Legalization of International Investment Agreements », *International Organization* sept. 2013, vol. 67, n° 4, p. 797-827.
- BLINDER, AS, « The Free-Trade Paradox : The Bad Politics of a Good Idea », *Foreign Affairs* 2019, vol. 98, n° 1, p. 119-128.
- BLUME, Lawrence, Daniel L. RUBINFELD et Perry SHAPIRO, « The Taking of Land : When Should Compensation Be Paid ? », *The Quarterly Journal of Economics* 1^{er} fév. 1984, vol. 99, n° 1, p. 71-92.
- BONNITCHA, Jonathan et Sarah BREWIN, « L'Indemnisation en vertu des Traités d'Investissement » oct. 2019, p. 38.
- BORCHARD, Edwin, « The "Minimum Standard" of the Treatment of Aliens », *Michigan Law Review* fév. 1940, vol. 38, n° 4, p. 445.
- BOUDOUHI, Saïda El, « L'intérêt Général et Les Règles Substantielles de Protection Des Investissements », *Annuaire Français de Droit International* 2005, vol. 51, n° 1, p. 542-563.
- BOUONY, Lazhar, « Regard Sur La Commission d'indemnisation Des Nations Unies », *Annuaire Français de Droit International* 1997, vol. 43, n° 1, p. 116-131.
- BOWETT, Derek, « State Contracts with Aliens : Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach », *British Yearbook of International Law* 1^{er} jan. 1989, vol. 59, n° 1, p. 49-74.
- BOWETT, Derek et M. VIRALLY, « Le Droit International Au Service de La Paix, de La Justice et Du Développement : Melanges Michel Virally » 1991.
- BOWMAN, Gregory W., « The Domestic and International Policy Implications of "Deep" versus "Broad" Preferential Trade Agreements », *Indiana International & Comparative Law Review* jan. 2009, vol. 19, n° 3, p. 497-528.

- BOWN, Chad P., « Participation in WTO Dispute Settlement : Complainants, Interested Parties, and Free Riders », *World Bank Economic Review* 2005, vol. 19, n° 2, p. 287-310.
- BRAND, R., « Punitive Damages and the Recognition of Judgements », *Netherlands International Law Review* 1996, vol. 143.
- BROOKS, Sarah M. et Marcus J. KURTZ, « Capital, Trade, and the Political Economies of Reform », *American Journal of Political Science* oct. 2007, vol. 51, n° 4, p. 703-720.
- BROWER, Charles, « The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal. By Moshen Mohebi. The Hague, London, Boston : Kluwer Law International, 1999. Pp. xxviii, 411. », *American Journal of International Law* 2000, vol. 94, n° 4, p. 813-815.
- « Obstacles and Pathways to Consideration of the Public Interest in Investment Treaty Disputes », *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2009, vol. 1, p. 347.
- BROWER, Charles et Michael OTTOLENGHI, « Damages in Investor-state Arbitration », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6.
- BROWER, Charles et Jeremy K. SHARPE, « Awards of Compound Interest in International Arbitration : The Aminoil Non-Precedent » in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution : Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, sous la dir. de Gerald AKSEN et Robert BRINER, ICC Pub., 2005.
- BROWER, Charles et John TEPE, « The Charter of Economic Rights and Duties of States : A Reflection or Rejection of International Law ?, » *The International Lawyer* 1975, vol. 9, n° 2, p. 295-318.
- BROWN, Philip Marshall, « The Cárdenas Doctrine », *American Journal of International Law* 1940, vol. 34, n° 2, p. 300-302.
- BRUNETTI, Maurizio, « The Iran-United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect Expropriation », *Chicago Journal of International Law* 1^{er} avr. 2001, vol. 2, n° 1.
- BRÜNTRUP, Michael et al., « What Can Be Expected from International Frameworks to Regulate Large-scale Land and Water Acquisitions in Sub-saharan Africa ? », *Law and Development Review* 1^{er} déc. 2014, vol. 7, n° 2, p. 433-471.

- BUBB, Ryan et Susan ROSE-ACKERMAN, « BITS and Bargains : Strategic Aspects of Bilateral and Multilateral Regulation of Foreign Investment », *International Review of Law and Economics* sept. 2007, vol. 27, n° 3, p. 291-311.
- BURKE-WHITE, Andreas Staden William W, « Private Litigation in a Public Law Sphere : The Standard of Review in Investor-State Arbitrations », *Yale Journal of International Law* 2010, vol. 35, n° 2, p. 283-345.
- BURKE-WHITE, William W. et Andreas VON STADEN, « Investment Protection in Extraordinary Times : The Interpretation and Application of Non-precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law* 2007, vol. 48, p. 307.
- BUSCH, Marc L., Eric REINHARDT et Gregory SHAFFER, « Does Legal Capacity Matter ? A Survey of WTO Members », *World Trade Review* oct. 2009, vol. 8, n° 4, p. 559-577.
- BUSSMANN, Margit, « Foreign Direct Investment and Militarized International Conflict », *Journal of Peace Research* mars 2010, vol. 47, n° 2, p. 143-153.
- BÜTHE, Tim et Helen V. MILNER, « The Politics of Foreign Direct Investment into Developing Countries : Increasing FDI through International Trade Agreements ? », *American Journal of Political Science* oct. 2008, vol. 52, n° 4, p. 741-762.
- « Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment : A Political Analysis » in *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment : Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford : Oxford University Press, 2009.
- « Foreign Direct Investment and Institutional Diversity in Trade Agreements : Credibility, Commitment, and Economic Flows in the Developing World, 1971-2007 », *World Politics* 2014, vol. 66, n° 1, p. 88-122.
- BUTI, Antonio, « The Notion of Reparations as a Restorative Justice Measure » in *One Country, Two Systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution*, Springer Berlin Heidelberg, 2009, p. 191-206.
- CALVERT, Julia, « Constructing Investor Rights ? Why Some States (Fail to) Terminate Bilateral Investment Treaties », *Review of International Political Economy* 2018, vol. 25, n° 1, p. 75-97.

- CAMPELLO, Daniela et Leany LEMOS, « The Non-ratification of Bilateral Investment Treaties in Brazil : A Story of Conflict in a Land of Cooperation », *Review of International Political Economy* 3 sept. 2015, vol. 22, n° 5, p. 1055-1086.
- CAMPOS, Nauro, « What Does WTO Membership Kindle in Transition Economies? An Empirical Investigation », *Journal of Economic Integration* 2004, vol. 19, n° 2, p. 395-415.
- CANTERBERY, E. Ray, « Post Great Recession Expectations » in *Inequality and Global Supra-Surplus Capitalism*, World Scientific, mars 2018, p. 55-70.
- CARBONNEAU, Thomas E., « The Convergence of the Law of State Responsibility for Injury to Aliens and International Human Rights Norms in the Revised Restatement », *Virginia Journal of International Law* 1984, vol. 25, p. 99.
- CARREAU, Dominique, Thiébaud FLORY et Patrick JUILLARD, « Chronique de Droit International Économique », *Annuaire Français de Droit International* 1990, vol. 36, n° 1, p. 632-677.
- « Chronique de Droit International Économique », *Annuaire Français de Droit International* 1992, vol. 38, n° 1, p. 757-807.
- « Chronique de Droit International Économique », *Annuaire Français de Droit International* 1993, vol. 39, n° 1, p. 751-791.
- « Chronique de Droit International Économique », *Annuaire Français de Droit International* 1994, vol. 40, n° 1, p. 707-747.
- CARRUBBA, Clifford, « Courts and Compliance in International Regulatory Regimes », *Journal of Politics* août 2005, vol. 67, n° 3, p. 669-689.
- CARRUBBA, Clifford, Matthew GABEL et Charles HANKLA, « Judicial Behavior under Political Constraints : Evidence from the European Court of Justice », *American Political Science Review* nov. 2008, vol. 102, n° 4, p. 435-452.
- CARTER, Justin, « The Protracted Bargain : Negotiating the Canada-China Foreign Investment Promotion and Protection Agreement », *Canadian Yearbook of International Law* 2010, vol. 47, p. 197-260.
- CASSESE, Antonio, « Le Droit International a l'heure de Sa Codification - Etudes en l'honneur de Roberto Ago » 1987.

- CASTAÑEDA, Jorge, « La Charte Des Droits et Devoirs Économiques Des États, Note Sur Son Processus d'élaboration », *Annuaire Français de Droit International* 1974, vol. 20, p. 31-56.
- CHAISSÉ, Julien et Jamieson KIRKWOOD, « Chinese Puzzle : Anatomy of the (INVISIBLE) Belt and Road Investment Treaty », *Journal of International Economic Law* mars 2020, vol. 23, n° 1, p. 245-269.
- CHALAMISH, Efraim, « The Future of Bilateral Investment Treaties : A De Facto Multilateral Agreement », *Brooklyn Journal of International Law* 2008, vol. 34, p. 303.
- CHAPARDAR, Hadi, William X. WEI et Houssam CHAMSEDDINE, « Huawei in Canada : Doing Business in the Midst of Game of Thrones » *in* 2020, p. 129-163.
- CHARPENTIER, Jean, « De La Non-Discrimination Dans Les Investissements », *Annuaire Français de Droit International* 1963, vol. 9, n° 1, p. 35-63.
- « L'affaire Du Rainbow Warrior : La Sentence Arbitrale Du 30 Avril 1990 (Nouvelle Zélande c. France) », *Annuaire Français de Droit International* 1990, vol. 36, n° 1, p. 395-407.
- CHENG, Bin, « The Rationale for Compensation for Expropriation, » *Transactions of the Grotius Society* 1959, vol. 44, p. 267-310.
- CHI, Manjiao, « The "greenization" of Chinese Bits : An Empirical Study of the Environmental Provisions in Chinese Bits and Its Implications for China's Future Bit-Making », *Journal of International Economic Law* sept. 2015, vol. 18, n° 3, p. 511-542.
- CHILTON, Adam, « The Political Motivations of the United States' Bilateral Investment Treaty Program », *SSRN Electronic Journal* 6 juin 2016, n° ID 2576330.
- CHILTON, Adam S., « The Political Motivations of the United States' Bilateral Investment Treaty Program », *Review of International Political Economy* 3 juill. 2016, vol. 23, n° 4, p. 614-642.
- CHOUDHURY, Barnali, « Recapturing Public Power : Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2008, vol. 41, n° 3, p. 775-832.
- « Investor Obligations for Human Rights », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* avr. 2021, vol. 35, n° 1-2, p. 82-104.

- CHOWDHURY, Abdur et George MAVROTAS, « FDI and Growth : What Causes What ? », *The World Economy* 2006, vol. 29, n° 1, p. 9-19.
- CHRISTIE, George, « What Constitutes a Taking of Property under International Law », *British Year Book of International Law* 1962, vol. 38.
- CHRISTOPHER, Warren et Richard M MOSK, « The Iranian Hostage Crisis and the Iran-us Claims Tribunal : Implications for International Dispute Resolution and Diplomacy », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 2007, vol. 7, p. 165.
- CLAGETT, Brice M., « Protection of Foreign Investment under the Revised Restatement », *Virginia Journal of International Law* 1984, vol. 25, p. 73.
- CLAGETT, Brice M. et Daniel B. PONEMAN, « The Treatment of Economic Injury to Aliens in the Revised Restatement of Foreign Relations Law », *The International Lawyer* 1988, vol. 22, p. 35-68.
- CLARK, « The English Practice with Regard to Reprisals by Private Persons », *American Journal of International Law* 1933, vol. 27, n° 4, p. 694-723.
- CLINTON, David, « Tocqueville on Democracy, Obligation, and the International System », *Review of International Studies* 1993, vol. 19, n° 3, p. 227-243.
- CLINTON, David C., « International Obligations : To Whom Are They Owed ? », *The Review of Politics* nov. 1993, vol. 55, n° 2, p. 291-310.
- COHEN, Jeffrey, Edi GRGETA et Federico TEMERLIN, « In All Probability : An Economic Reading of Damages under Factory at Chorzów », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1^{er} oct. 2019, vol. 34, n° 3, p. 577-584.
- COHEN-JONATHAN, Gérard, « L'arbitrage Texaco-calasiatic contre Gouvernement Libyen ; Décision au Fond du 19 Janvier 1977 », *Annuaire Francais De Droit International* 1977, vol. 23, n° 1, p. 452-479.
- COLE, Harold L. et William B. ENGLISH, « Expropriation and Direct Investment », *Journal of International Economics* 1^{er} mai 1991, vol. 30, n° 3, p. 201-227.
- COLEN, Liesbeth, Damiaan PERSYN et Andrea GUARISO, « What Type of FDI Is Attracted by Bilateral Investment Treaties ? », *SSRN Electronic Journal* 2014, n° ID 2400429.

- COMAR-OBEID, Nayla, « Recovery of Damages for Breach of an Obligation of Payment » in *Evaluation of Damages in International Arbitration*, sous la dir. de Yves DERAÏNS et Richard KREINDLER, ICC Dossiers, 2006.
- COMBACAU, Jean et Denis ALLAND, « “Primary” and “Secondary” Rules in the Law of State Responsibility Categorizing International Obligations », *Netherlands Yearbook of International Law* 1985, vol. 16, p. 81-109.
- « “Primary” and “Secondary” Rules in the Law of State Responsibility Categorizing International Obligations » in *State Responsibility in International Law*, Taylor and Francis Inc., mars 2017, p. 67-96.
- CONNOLLY, Kelley, « Say What You Mean : Improved Drafting Resources As a Means for Increasing the Consistency of Interpretation of Bilateral Investment Treaties », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2007, vol. 40, p. 1579.
- CONTI, Joseph A., « The Good Case : Decisions to Litigate at the World Trade Organization », *Law and Society Review* mars 2008, vol. 42, n° 1, p. 145-182.
- « Learning to Dispute : Repeat Participation, Expertise, and Reputation at the World Trade Organization », *Law and Social Inquiry* juin 2010, vol. 35, n° 3, p. 625-662.
- CONWAY, Émilie, « De quelques apports de la doctrine de la «marge d’appréciation» à l’interprétation de l’exception de moralité publique en droit de l’Organisation mondiale du commerce (OMC) », *Les Cahiers de droit* 2013, vol. 54, n° 4, p. 731-779.
- COONEY, Rosie et Andrew T.F. LANG, « Taking Uncertainty Seriously : Adaptive Governance and International Trade », *European Journal of International Law* juin 2007, vol. 18, n° 3, p. 523-551.
- COPELOVITCH, Mark S. et Tonya L. PUTNAM, « Design in Context : Existing International Agreements and New Cooperation », *International Organization* 2014, vol. 68, n° 2, p. 471-493.
- COTTEREAU, Gilles, « Problèmes de La Responsabilité de l’Iraq Selon La Résolution 687 », *Annuaire Français de Droit International* 1991, vol. 37, n° 1, p. 99-117.
- « Système juridique et notion de responsabilité » in *La responsabilité dans le système international*, sous la dir. de SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, Pédone, 1991.

- COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent, « Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *Annuaire Français de Droit International* 1994, vol. 40, n° 1, p. 658-706.
- CRAWFORD, Colin, « The Social Function of Property and Property Protection in Present-day International Law » in *Essays on the Development of the International Legal Order : In Memory of Haro F. Van Panhuys*, sous la dir. de Frits KALSHOVEN et al., Leiden : Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 79-80.
- CRAWFORD, James, Pierre BODEAU et Jacqueline PEEL, « La seconde lecture du Projet d'articles sur la Responsabilité des États et de la Commission du Droit International », *Revue Générale de Droit International Public* 2000, vol. 104, p. 931.
- CRAWFORD, Susan et John LAIRD, « Regional Trade Agreements and the WTO », *The North American Journal of Economics and Finance* 2001, vol. 12, n° 2, p. 193-211.
- CREMADES, Bernardo, « Good Faith in International Arbitration », *American University International Law Review* 2012, vol. 27, n° 4, p. 761-788.
- CROOK, John, « Applicable Law in International Arbitration : The Iran-US Claims Tribunal Experience », *American Journal of International Law* 1989, vol. 83, n° 2, p. 278-311.
- CUTLER, A. Claire et David LARK, « The Hidden Costs of Law in the Governance of Global Supply Chains : The Turn to Arbitration », *Review of International Political Economy* 2020, p. 1-30.
- DAILLIER, Patrick et al., « Tribunal Irano-Américain de Réclamations », *Annuaire Français de Droit International* 1999, vol. 45, n° 1, p. 515-553.
- « Tribunal Irano-américain De Réclamations », *Annuaire Français de Droit International* 1999, vol. 45, n° 1, p. 515-553.
- DAILLIER, Patrick et al., « Tribunal Irano-Américain de Réclamations », *Annuaire Français de Droit International* 2000, vol. 46, n° 1, p. 326-379.
- DAILLIER, Patrick et al., « Tribunal Irano-Américain de Réclamations », *Annuaire Français de Droit International* 2001, vol. 47, n° 1, p. 283-326.
- DAILLIER, Patrick et al., « Tribunal Irano-Américain de Réclamations », *Annuaire Français de Droit International* 2002, vol. 48, n° 1, p. 407-454.
- « Tribunal Irano-américain De Réclamations », *Annuaire Français de Droit International* 2002, vol. 48, n° 1, p. 407-454.

- DAILLIER, Patrick et al., « Le Tribunal Irano-Américain de Réclamations : Chronique », *Annuaire Français de Droit International* 2003, vol. 49, n° 1, p. 302-344.
- DAM-DE JONG, Daniëlla, « Building a Sustainable Peace : How Peace Processes Shape and Are Shaped by the International Legal Framework for the Governance of Natural Resources », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2020, vol. 29, n° 1, p. 21-32.
- DARENDELI, Izzet et al., « Surviving the Arab Spring : Socially Beneficial Product Portfolios and Resilience to Political Shock », *Multinational Business Review* 2020.
- DAZA-CLARK, Ana Maria, « Enforcing Transboundary Water Obligations through Investment Treaty Arbitration : China, Laos and the Mekong River », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2020, vol. 29, n° 3, p. 442-453.
- De ARÉCHAGA, Jiménez, « State Responsibility for the Nationalization of Foreign Owned Property », *NYU Journal of International Law and Policy* 1978, vol. 11, p. 179.
- De NANTEUIL, Arnaud, « Sabrina Robert-Cuendet, Droits de l'investisseur Étranger et Protection de l'environnement. Contribution à l'analyse de l'expropriation Indirecte, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010 », *Annuaire Français de Droit International* 2010, vol. 56, n° 1, p. 1018-1019.
- DESBORDES, V Vicard R, « Foreign Direct Investment and Bilateral Investment Treaties : An International Political Perspective », *Journal of Comparative Economics* 2009, vol. 37, n° 3, p. 372-386.
- De WET, Erika, « The International Constitutional Order », *International and Comparative Law Quarterly* fév. 2006, vol. 55, n° 1, p. 51-76.
- DHOOGHE, Lucien, « The Revenge of the Trail Smelter : Environmental Regulation As Expropriation Pursuant to the North American Free Trade Agreement », *American Business Law Journal* 2001, vol. 38, n° 3, p. 475-558.
- DIAS SIMÕES, Fernando, « Charanne and Construction Investments V. Spain : Legitimate Expectations and Investments in Renewable Energy », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2017, vol. 26, n° 2, p. 174-180.
- DIETZ, Thomas, Marius DOTZAUER et Edward S. COHEN, « The Legitimacy Crisis of Investor-state Arbitration and the New EU Investment Court System », *Review of International Political Economy* 2019, vol. 26, n° 4, p. 749-772.

- DINCER, O, « The Effects of Property Rights on Economic Performance », *Applied Economics* 2007, vol. 39, n° 7, p. 825-837.
- DIXIT, Avinash, « Strategic Aspects of Trade Policy » in *Advances in Economic Theory : Fifth World Congress*, sous la dir. de Truman Fassett BEWLEY, Econometric Society Monographs, Cambridge : Cambridge University Press, 1987, p. 329-362.
- « International Trade, Foreign Direct Investment, and Security », *Annual Review of Economics* 1^{er} sept. 2011, vol. 3, n° 1, p. 191-213.
- DOLZER, Rudolf, « New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property », *American Journal of International Law* juill. 1981, vol. 75, n° 3, p. 553-589.
- « Expropriation and Nationalization » in *Encyclopedia of Public International Law. Instalment 8 : Human Rights and the Individual in International Law. International Economic Relations*, sous la dir. de Rudolf BERNHARDT, Amsterdam, New York, Oxford : North-Holland, 1985, p. 214-221.
- « Indirect Expropriation of Alien Property », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1^{er} mars 1986, vol. 1, n° 1, p. 41-65.
- DOMÍNGUEZ, Beatriz et al., « Birds of a Feather Flock Together : Ownership in Cross-Border Acquisitions by Emerging Multinationals », *Cross Cultural and Strategic Management* jan. 2021, vol. 28, n° 1, p. 177-201.
- DOUGLAS, Z., « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *British Yearbook of International Law* 1^{er} jan. 2004, vol. 74, n° 1, p. 151-289.
- DRAHOZAL, Christopher R., « Arbitration by the Numbers : The State of Empirical Research on International Commercial Arbitration », *Arbitration International* déc. 2006, vol. 22, n° 4, p. 291-308.
- DREHER, A, H MIKOSCH et S VOIGT, « Membership Has Its Privileges – the Effect of Membership in International Organizations on FDI », *World Development* 2015, vol. 66, p. 346-358.
- DRUCKER, Alfred, « Compensation Treaties between Communist States », *International & Comparative Law Quaterly* 1960, vol. 10, p. 250.
- DUMBERRY, Patrick, « The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article », *Journal of International Arbitration* 2014, vol. 31, n° 1.

- DUPONT, Cédric et Thomas SCHULTZ, « Do Hard Economic Times Lead to International Legal Disputes ? The Case of Investment Arbitration », *Swiss Political Science Review* déc. 2013, vol. 19, n° 4, p. 564-569.
- DUPUY, Pierre-Marie, « La Responsabilité Dans le Système International » 1991.
- « Droit Des Traités, Codification et Responsabilité Internationale », *Annuaire Français de Droit International* 1997, vol. 43, n° 1, p. 7-30.
- DÜR, Andreas, Leonardo BACCINI et Manfred ELSIG, « The Design of International Trade Agreements : Introducing a New Dataset », *Review of International Organizations* 2014, vol. 9, n° 3, p. 353-375.
- ENDICOTT, Martin, « Non Pecuniary Remedies : The Impact of Arsiwa in Investor-state Arbitration », *Transnational Dispute Management* 2007, vol. 4, n° 4.
- FAMA, Eugene F. et Kenneth R. FRENCH, « The Capital Asset Pricing Model : Theory and Evidence », *Journal of Economic Perspectives* sept. 2004, vol. 18, n° 3, p. 25-46.
- FARAND, André, « Le Tribunal Des Différends Irano-américains. Journée D'actualité Internationale, 19 Avril 1985. », *Études Internationales* 1986, vol. 17, n° 4, p. 901-902.
- FARISS, Christopher J. et James LO, « Innovations in Concepts and Measurement for the Study of Peace and Conflict », *Journal of Peace Research* nov. 2020, vol. 57, n° 6, p. 669-678.
- FARUQUE, A. Al, « Typologies, Efficacy and Political Economy of Stabilisation Clauses : A Critical Appraisal », *Transnational Dispute Management* 1^{er} sept. 2007, vol. 4, n° 5.
- FECÁK, T, « Czech Experience with Bilateral Investment Treaties : Somewhat Bitter Taste of Investment Protection », *Czech Yearbook of Public and Private International Law* 2011, vol. 2, p. 233-267.
- FENG, Yilang, Andrew KERNER et Jane L. SUMNER, « Quitting Globalization : Trade-Related Job Losses, Nationalism, and Resistance to FDI in the United States », *Political Science Research and Methods* avr. 2021, vol. 9, n° 2, p. 292-311.
- FIORETOS, Orfeo, « Historical Institutionalism in International Relations », *International Organization* mars 2011, vol. 65, n° 2, p. 367-399.
- FISCHER, Georges, « La Souveraineté sur les Ressources Naturelles », *Annuaire Français de Droit International* 1962, vol. 8, n° 1, p. 516-528.

- FISHER, Franklin M. et R. Craig ROMAINE, « Janis Joplin's Yearbook and the Theory of Damages », *Journal of Accounting, Auditing & Finance* 1^{er} jan. 1990, vol. 5, n° 1, p. 145-157.
- FITZMAURICE, Gerald, « The Meaning of the Term 'Denial of Justice,' » *British Yearbook of International Law* 1932, vol. XIII, p. 100-101.
- FORTIER, L. Yves et Stephen L. DRYMER, « Indirect Expropriation in the Law of International Investment : I Know It When I See It, or Caveat Investor », *Asia Pacific Law Review* 1^{er} juin 2005, vol. 13, n° 1, p. 79-110.
- FOSTER, Caroline E., « Respecting Regulatory Measures : Arbitral Method and Reasoning in the Philip Morris V Uruguay Tobacco Plain Packaging Case », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2017, vol. 26, n° 3, p. 287-297.
- FRANCIONI, Francesco, « Compensation for Nationalisation of Foreign Property : The Borderland between Law and Equity », *International & Comparative Law Quarterly* avr. 1975, vol. 24, n° 2, p. 255-283.
- FREEMAN, Alwyn V., « Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge to International Law », *American Journal of International Law* jan. 1946, vol. 40, n° 1, p. 121-147.
- FRENKEL, Michael et Benedikt WALTER, « Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment ? The Role of International Dispute Settlement Provisions », *The World Economy* 2019, vol. 42, n° 5, p. 1316-1342.
- FRIEDMANN, Wolfgang, « Some Impacts of Social Organization on International Law », *American Journal of International Law* 1956, vol. 50, n° 3, p. 475-513.
- GAETANO, Arangio-Ruiz, « Third Report on the Responsibility of States », *ILC Yearbook* 1992, vol. II, p. 32-33.
- GAMSO, Jonas et Robert GROSSE, « Trade Agreement Depth, Foreign Direct Investment, and the Moderating Role of Property Rights », *Journal of International Business Policy* 1^{er} juin 2021, vol. 4, n° 2, p. 308-325.
- GAMSO, R Grosse J, « NAFTA 20 : What Should Be Next ? », *Harvard International Review* 2019, vol. 40, n° 1, p. 29-37.
- GANN, Pamela B., « Compensation Standard for Expropriation », *Columbia Journal of Transnational Law* 1984, vol. 23, p. 615.

- GANTZ, David A., « The Marcona Settlement : New Forms of Negotiation and Compensation for Nationalized Property », *American Journal of International Law* juill. 1977, vol. 71, n° 3, p. 474-493.
- GARCÍA-AMADOR, Francisco V., « Responsibility of the State for Injuries Caused in Its Territory to the Person or Property of Aliens » 1957, n° A/CN.4/106, p. 104-130.
- « The Proposed New International Economic Order : A New Approach to the Law Governing Nationalization and Compensation », *Lawyers of the America* 1980, vol. 12, p. 1.
- GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E., « The Latin American Struggle with the International Law of Foreign Investment : Is It a Demand for a More Balanced System? », *Transnational Dispute Management* 2009, vol. 6, p. 4.
- GAUTHIER, Catherine, « Le Contrôle de Proportionnalité dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *L'actualité Juridique. Droit Administratif* 2021, n° 14, p. 793.
- GAZZINI, Tarcisio, « Reviews : Damages in International Investment Law », *Amsterdam Law Forum* 26 avr. 2009, vol. 1, n° 3, p. 83.
- GESS, Karol N., « Permanent Sovereignty Over Natural Resources : An Analytical Review of the United Nations Declaration and Its Genesis », *International & Comparative Law Quarterly* avr. 1964, vol. 13, n° 2, p. 398-449.
- GINSBURG, Tom, « International Substitutes for Domestic Institutions : Bilateral Investment Treaties and Governance », *International Review of Law and Economics* mars 2005, vol. 25, n° 1, p. 107-123.
- GINSBURG, Tom et Gregory C. SHAFFER, « How Does International Law Work : What Empirical Research Shows », *SSRN Electronic Journal* déc. 2011.
- GIRVAN, Normann, « Expropriating the Expropriators : Compensation Criteria from a Third World Viewpoint », *Valuation of Nationalized Property in International Law* 1975, vol. 3, p. 149.
- GOLDMAN, Berthold, « Les Décisions du Conseil Constitutionnel relatives aux Nationalisations et le Droit International », *Journal de Droit International Clunet* 1982, p. 275-345.

- GOLDSTEIN, Judith L., Douglas RIVERS et Michael TOMZ, « Institutions in International Relations : Understanding the Effects of the GATT and the WTO on World Trade », *International Organization* jan. 2007, vol. 61, n° 1, p. 37-67.
- GOLDSTEIN, RH Steinberg J, « Negotiate or Litigate ? Effects of WTO Judicial Delegation on U.S. Trade Politics », *Law and Contemporary Problems* 2008, vol. 71, p. 257-282.
- GÓMEZ, Katia Fach, « Latin America and ICSID : David versus Goliath ? », *Law & Business Review of the Americas* 2011, vol. 17, n° 2, p. 195-230.
- GOODMAN, Charity L, « Uncharted Waters : Financial Crisis and Enforcement of ICSID Awards in Argentina », *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 2007, vol. 28, n° 2, p. 449-485.
- GOODMAN, Ronald E M et Yuri PARKHOMENKO, « Does the Chorzów Factory Standard Apply in Investment Arbitration? A Contextual Reappraisal », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2021, vol. 32, n° 2, p. 304-325.
- GORDON, M., « The Settlement of Claims of Expropriated Foreign Property between Cuba and Foreign Nations Other than the United States, » *5 Law. Americas* 1973, p. 457.
- GOSIS, Diego Brian, « Lessons on Damages : Minutes of the OGEMID Virtual Symposium on Damages in Investment Arbitration », *Transnational Dispute Management* jan. 2018, vol. 15, n° 1, p. 52.
- GOTANDA, John Y., « Awarding Interest in International Arbitration », *American Journal of International Law* 1996, vol. 90, p. 40.
- « Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of *Mastrobuono v Shearson Lehmann Hutto, Inc.* », *Harvard International Law Journal* 1997, vol. 38, p. 59.
- « Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitration », *Michigan Journal of International Law* 1999, p. 1-50.
- « Charting Developments Concerning Punitive Damages : Is the Tide Changing ? », *Columbia Journal of Transnational Law* 2007, vol. 45, p. 507.
- GOULD, Harry, « Categorical Obligation in International Law », *International Theory* 2011, vol. 3, n° 2, p. 254-285.

- GOUNDER, Aruna, Rod FALVEY et Gulasekaran RAJAGURU, « The Effects of Preferential Trade Agreements on Foreign Direct Investment : Evidence from the African Caribbean Pacific Region », *Open Economies Review* 2019, vol. 30, n° 4, p. 695-717.
- GRAHAM, Benjamin A.T., Noel P. JOHNSTON et Allison F. KINGSLEY, « Even Constrained Governments Take : The Domestic Politics of Transfer and Expropriation Risks », *Journal of Conflict Resolution* sept. 2018, vol. 62, n° 8, p. 1784-1813.
- GRAY, James, Jason D. CAIN et Wayne R. WILSON, « ICSID Arbitration Awards and Costs », *Transnational Dispute Management* 2006, vol. III, n° 5.
- GRIECO, Joseph M., Christopher F. GELPI et T. Camber WARREN, « When Preferences and Commitments Collide : The Effect of Relative Partisan Shifts on International Treaty Compliance », *International Organization* avr. 2009, vol. 63, n° 2, p. 341-355.
- GRIEVESON, Richard, Mario HOLZNER et Goran VUKŠIĆ, « Regional Economic Cooperation in the Western Balkans : The Role of Stabilization and Association Agreements, Bilateral Investment Treaties and Free Trade Agreements in Regional Investment and Trade Flows », *Eastern European Economics* 2021, vol. 59, n° 1, p. 3-24.
- GUTTERIDGE, Joyce, « Expropriation and Nationalisation in Hungary, Bulgaria and Roumania », *International and Comparative Law Quarterly* 1952, vol. 1, n° 1, p. 14-28.
- GWYNN, Maria A., « Governments' Intentions and Reasons for Entering BITs into Force » in *Power in the International Investment Framework*, Palgrave Macmillan UK, 2016, p. 127-155.
- « Introduction » in *Power in the International Investment Framework*, Palgrave Macmillan UK, 2016, p. 1-22.
- HACKWORTH, Green H., « Responsibility of States for Damages Caused in Their Territory to the Person or Property of Foreigners », *American Journal of International Law* juill. 1930, vol. 24, n° 3, p. 500-516.
- HAFTEL, Yoram Z., « Ratification Counts : US Investment Treaties and FDI Flows into Developing Countries », *Review of International Political Economy* 3 juin 2010, vol. 17, n° 2, p. 348-377.
- HAFTEL, Yoram Z. et Hila LEVI, « Argentina's Curious Response to the Global Investment Regime : External Constraints, Identity, or Both ? », *Journal of International Relations and Development* 1^{er} déc. 2020, vol. 23, n° 4, p. 755-780.

- HAFTEL, Yoram Z. et Alexander THOMPSON, « When Do States Renegotiate Investment Agreements? The Impact of Arbitration », *The Review of International Organizations* 1^{er} mars 2018, vol. 13, n° 1, p. 25-48.
- HAGGARD, Stephan, « The Political Economy of Foreign Direct Investment in Latin America », *Latin American Research Review* 1989, vol. 24, n° 1, p. 184-208.
- HAIGHT, George Winthrop, « The New International Economic Order and the Charter of Economic Rights and Duties of States, » *The International Lawyer* 1975, vol. 9, n° 4, p. 591.
- HALBERSTAM, Malvina, « Sabbatino Resurrected : The Act of State Doctrine in the Revised Restatement of US Foreign Relations Law », *American Journal of International Law* 1985, vol. 79, p. 68.
- HALLWARD-DRIEMEIER, Mary, « Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ... and They Could Bite », *World Bank Policy Research Working Paper* 2003, n° 3121.
- HAMAMOTO, Shotaro, « Compensation Standards and Permanent Sovereignty over Natural Resources » in *Permanent Sovereignty Over Natural Resources*, Springer International Publishing, jan. 2015, p. 141-154.
- HAN, Donglin, Zhaoyuan CHEN et Ye TIAN, « To Sign or Not to Sign : Explaining the Formation of China's Bilateral Investment Treaties », *International Relations of the Asia-pacific* 1^{er} sept. 2020, vol. 20, n° 3, p. 345-382.
- HAN, Xiuli, « The application of the principle of proportionality in Tecmed v. Mexico », *Chinese Journal of International Law* 2007, vol. 6, n° 3, p. 635-652.
- HANDL, Günther, « Liability as an Obligation Established by a Primary Rule of International Law : Some Basic Reflections on the International Law Commission's Work », *Netherlands Yearbook of International Law* déc. 1985, vol. 16, p. 49.
- HANESSIAN, Grant, « General Principles of Law in the Iran-us Claims Tribunal », *Columbia Journal of Transnational Law* 1988, vol. 27, p. 309.
- HANH, Pham Thi Hong, « Does WTO Accession Matter for the Dynamics of Foreign Direct Investment and Trade? », *Economics of Transition and Institutional Change* 2011, vol. 19, n° 2, p. 255-285.

- HANOTIAU, Bernard, « La Détermination et l'Évaluation du Dommage Réparable : Principes Généraux et Principes en Émergence », *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Paris 1993, 209ff.
- HANSEN, Robin F., « Parallel Proceedings in Investor-state Treaty Arbitration : Responses for Treaty-drafters, Arbitrators and Parties », *The Modern Law Review* 2010, vol. 73, n° 4, p. 523-550.
- HART, H. L. A., « Between Utility and Rights », *Columbia Law Review* juin 1979, vol. 79, n° 5, p. 828.
- HAYO, S Voigt B, « Explaining de Facto Judicial Independence », *International Review of Law and Economics* 2007, vol. 27, n° 3, p. 269-290.
- HELPMAN, Elhanan, « Trade, FDI, and the Organization of Firms », *Journal of Economic Literature* sept. 2006, vol. 44, n° 3, p. 589-630.
- HENCKELS, Caroline, « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties : The TPP, CETA, and TTIP », *Journal of International Economic Law* mars 2016, vol. 19, n° 1, p. 27-50.
- HERMALIN, Benjamin E., « An Economic Analysis of Takings », *Journal of Law, Economics, & Organization* 1995, vol. 11, n° 1, p. 64-86.
- HERRERA, Andrés Tavošnanka Germán, « Argentine Industry in the Early Twenty-First Century (2003–2008) », *CEPAL Review* 2011, vol. 104, p. 100-117.
- HERZ, John, « Expropriation of Foreign Property », *American Journal of International Law* 1941, vol. 35, p. 243.
- HIGGINS, Rosalyn, « Policy and Impartiality : The Uneasy Relationship in International Law », *International Organization* 1969, vol. 23, n° 4, p. 914-931.
- HOBÉR, Kaj, « Fair and Equitable Treatment - Determining Compensation », *Compensation and Damages in International Investment Arbitration, Transnational Dispute Management* 2007, vol. 4, n° 6.
- « Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty », *Journal of International Dispute Settlement* 2010, vol. 1, n° 1, p. 153-190.
- HOFMANN, Claudia, Alberto OSNAGO et Michele RUTA, « The Content of Preferential Trade Agreements », *World Trade Review* 2019, vol. 18, n° 3, p. 365-398.

- HORN, Henrik, « National Treatment in the GATT », *American Economic Review* mars 2006, vol. 96, n° 1, p. 394-404.
- HORN, Henrik, Giovanni MAGGI et Robert W. STAIGER, « Trade Agreements As Endogenously Incomplete Contracts », *American Economic Review* mars 2010, vol. 100, n° 1, p. 394-419.
- HORN, Henrik et Thomas TANGERRS, « Economics and Politics of International Investment Agreements », *SSRN Electronic Journal* 2017.
- HOUCK, John B., « Restatement of the Foreign Relations Law of the United States (revised) : Issues and Resolutions », *The International Lawyer* 1986, p. 1361-1390.
- HUANG, Yuanyuan, Lu SHEN et Chuang ZHANG, « Home-Country Government Support, the Belt and Road Initiative, and the Foreign Performance of Chinese State-Owned Subsidiaries », *Asia Pacific Journal of Management* 2020.
- HUDDLESTON, R. Joseph, « Continuous Recognition : A Latent Variable Approach to Measuring International Sovereignty of Self-Determination Movements », *Journal of Peace Research* nov. 2020, vol. 57, n° 6, p. 789-800.
- HWANG, Michael et Jennifer FONG LEE CHENG, « Definition of “investment”—a Voice from the Eye of the Storm », *Asian Journal of International Law* jan. 2011, vol. 1, n° 1, p. 99-129.
- HYDE, James N., « Permanent Sovereignty Over Natural Wealth and Resources », *American Journal of International Law* oct. 1956, vol. 50, n° 4, p. 854-867.
- ISLAM, Rumana, « Different Constructions of the FET Standard in Investment Treaties » in *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, 2018, p. 53-78.
- « The Historical Development of the FET Standard in International Investment Treaties » in *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*, Springer, 2018, p. 31-52.
- J KÖNIGER, P Nunnenkamp M Busse, « FDI Promotion through Bilateral Investment Treaties : More than a Bit ? », *Review of World Economics* 2010, vol. 146, n° 1, p. 147-177.
- JACOB, Patrick et Franck LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2012) », *Annuaire Français de Droit International* 2012, vol. 58, n° 1, p. 605-652.

- JACOB, Patrick et Franck LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2016) », *Annuaire Français de Droit International*, p. 65.
- JACOB, Patrick, Franck LATTY et Arnaud de NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général (2014) », *Annuaire Français de Droit International* 2014, vol. 60, n° 1, p. 545-617.
- « Arbitrage transnational et droit international général (2013) », *Annuaire Français de Droit International* 2013, vol. 59, n° 1, p. 429-486.
- « Arbitrage transnational et droit international général (2015) », *Annuaire Français de Droit International* 2015, p. 53.
- « Arbitrage d'Investissement et Droit International Général (2017) », *Annuaire Français de Droit International* 2017, p. 55.
- JACOBS, Michael, « Transnational Corporations and the Proliferation of Bilateral Investment Treaties : More Than a Bit Influential », *Transnational Corporations Review* 2 avr. 2016, vol. 8, n° 2, p. 93-111.
- JAIN, Subhash C., « Permanent Sovereignty over Natural Resources and Nationalization in International Law », *Journal of the Indian Law Institute* 1977, vol. 19, p. 241.
- JANDHYALA, Srividya, Witold J. HENISZ et Edward D. MANSFIELD, « Three Waves of Bits : The Global Diffusion of Foreign Investment Policy », *Journal of Conflict Resolution* déc. 2011, vol. 55, n° 6, p. 1047-1073.
- JENNINGS, Robert, « State Contracts in International Law », *British Yearbook of International Law* 1961, vol. 37, p. 156.
- JO, Hyeran et Hyun NAMGUNG, « Dispute Settlement Mechanisms in Preferential Trade Agreements : Democracy, Boilerplates, and the Multilateral Trade Regime », *Journal of Conflict Resolution* déc. 2012, vol. 56, n° 6, p. 1041-1068.
- JONES, Ray C., « NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Dispute Resolution : A Shield to Be Embraced or a Sword to Be Feared », *Brigham Young University Law Review* 2002, p. 527.
- JUILLARD, Patrick, « À Propos Du Décès de l'A.M.I. », *Annuaire Français de Droit International* 1998, vol. 44, n° 1, p. 595-612.

-
- « Le Nouveau Modèle Américain de Traité Bilatéral Sur l'encouragement et La Protection Réciproques Des Investissements (2004) », *Annuaire Français de Droit International* 2004, vol. 50, n° 1, p. 669-682.
- KAHNG, Tae Jin, « Questions Relating to Substantive Rights and Duties of Parties » in *Law, Politics, and the Security Council*, Springer Netherlands, 1969, p. 149-226.
- KANTOR, Mark, « Investment Disputes' Model Treaty Encourage More Arbitration Use », *Alternatives to the High Cost of Litigation* 2004, vol. 22, n° 11, p. 186-194.
- « Trade Agreements and Bilateral Treaties Expand Use of Investor-state Arbitration Provisions », *Alternatives to the High Cost of Litigation* 2004, vol. 22, n° 10, p. 171-174.
- KARSTEDT, Susanne, « Coming to Terms with the Past in Germany after 1945 and 1989 : Public Judgments on Procedures and Justice », *Law and Policy* 1998, vol. 20, n° 1, p. 15-56.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle et Michele POTESTÀ, « The Interplay between Investor-State Arbitration and Domestic Courts in the Existing IIA Framework » in *Investor-State Dispute Settlement and National Courts*, European Yearbook of International Economic Law. Springer, Cham., 2020, p. 31-86.
- « The Path to Reform of ISDS : What Role for National Courts ? » in *Investor-State Dispute Settlement and National Courts*, European Yearbook of International Economic Law. Springer, Cham., 2020, p. 87-102.
- « Why Investment Arbitration and Not Domestic Courts ? The Origins of the Modern Investment Dispute Resolution System, Criticism, and Future Outlook » in *Investor-state Dispute Settlement and National Courts : Current Framework and Reform Options*, sous la dir. de Gabrielle KAUFMANN-KOHLER et Michele POTESTÀ, European Yearbook of International Economic Law, Cham : Springer International Publishing, 2020, p. 7-29.
- KAUSHAL, Asha, « Revisiting History : How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime », *Harvard International Law Journal* 2009, vol. 50, n° 2, p. 491-534.
- KAYE, David, « International Law Commission : Draft Articles on State Responsibility », *International Legal Materials* mars 1998, vol. 37, n° 2, p. 440-467.

- KEENE, Amelia, « The Incorporation and Interpretation of WTO-Style Environmental Exceptions in International Investment Agreements », *Journal of World Investment and Trade* 2019, vol. 18, n° 1, p. 62-99.
- KERBRAT, Yann, « Interaction between the Forms of Reparation » in *The Law of International Responsibility*, sous la dir. de James CRAWFORD et al., Oxford University Press (OUP), 2010.
- KERNER, A, « Why Should I Believe You? The Costs and Consequences of Bilateral Investment Treaties », *International Studies Quarterly* 2009, vol. 53, n° 1, p. 73-102.
- KHACHVANI, David, « Compensation for Unlawful Expropriation : Targeting the Illegality », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2017, vol. 32, p. 19.
- KHAMSI, Kathryn, « Compensation for Non-expropriatory Investment Treaty Breaches in the Argentine Gas Sector Cases : Issues and Implications » in *The Backlash against Investment Arbitration*, sous la dir. de Michael WAIBEL et al., Wolters Kluwer, 2010, 8, p. 165-185.
- KHEDIRI, Karim Ben, « CSR and Investment Efficiency in Western European Countries », *Corporate Social Responsibility and Environmental Management* 2021.
- KINGSBURY, Benedict et Stephan W. SCHILL, « Investor-State Arbitration as Governance : Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law », *SSRN Electronic Journal* 2 sept. 2009, n° ID 1466980.
- KINNE, Brandon J., « Agreeing to Arm : Bilateral Weapons Agreements and the Global Arms Trade », *Journal of Peace Research* mai 2016, vol. 53, n° 3, p. 359-377.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan, « Investment Treaty Law and the Fear for Sovereignty : Transnational Challenges and Solutions », *The Modern Law Review* 2015, vol. 78, n° 5, p. 793-825.
- KNISS, Johannes, « Must We Protect Foreign Investors? », *Moral Philosophy and Politics* 1^{er} oct. 2018, vol. 5, n° 2, p. 205-225.
- KOHL, S Trojanowska T, « Heterogeneous Trade Agreements, WTO Membership and International Trade : An Analysis Using Matching Econometrics », *Applied Economics* 2015, vol. 47, n° 33, p. 3499-3509.
- KOREMENOS, Barbara, « Contracting around International Uncertainty », *American Political Science Review* nov. 2005, vol. 99, n° 4, p. 549-565.

- « If Only Half of International Agreements Have Dispute Resolution Provisions, Which Half Needs Explaining? », *Journal of Legal Studies* jan. 2007, vol. 36, n° 1, p. 189-212.
- KREINDLER, Richard, « The law applicable to international investment disputes » *in Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and substantive legal aspects*, Kluwer Law International, 2004.
- KRIEBAUM, Ursula, « Partial Expropriation », *Journal of World Investment & Trade* 2007, vol. 8, n° 1, p. 69-84.
- KUCIK, Jeffrey et Eric REINHARDT, « Does Flexibility Promote Cooperation? An Application to the Global Trade Regime », *International Organization* juill. 2008, vol. 62, n° 3, p. 477-505.
- KUNOY, Bjørn, « Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration », *The Journal of World Investment & Trade* 2005, vol. 6, n° 3, p. 467-491.
- KURTZ, Jürgen, « The Paradoxical Treatment of the ILC Articles on State Responsibility in Investor-State Arbitration », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 2010, vol. 25, n° 1, p. 201.
- LABORÍAS, Alexis Rodrigo, « Expropriation and the Settlement of Investment Disputes : An Account of the Controversy between Repsol and Argentina », *Global Jurist* jan. 2015, vol. 15, n° 1, p. 81-112.
- LALIVE, Pierre, « The Doctrine of Acquired Rights », *Private Investors Abroad : Rights and Duties* 1965, p. 145.
- LANDES, William M. et Richard A. POSNER, « An Economic Theory of Intentional Torts », *International Review of Law and Economics* 1^{er} déc. 1981, vol. 1, n° 2, p. 127-154.
- LANGFORD, Malcolm et Daniel BEHN, « Managing Backlash : The Evolving Investment Treaty Arbitrator? », *European Journal of International Law* 2018, vol. 29, n° 2, p. 551-580.
- LANYI, A Steinbach P, « Promoting Coherence between PTAs and the WTO through Systemic Integration », *Journal of International Economic Law* 2017, vol. 20, n° 1, p. 61-85.

- LANYI, Pamela Apaza et Armin STEINBACH, « Promoting Coherence between PTAs and the WTO through Systemic Integration », *SSRN Electronic Journal* fév. 2017.
- LATTY, Franck, « Arbitrage transnational et droit international général (2008) », *Annuaire Français de Droit International* 2008, vol. 54, n° 1, p. 467-512.
- « Arbitrage transnational et droit international général (2009) », *Annuaire Français de Droit International* 2009, vol. 55, n° 1, p. 683-726.
- « Arbitrage transnational et droit international général (2010) », *Annuaire Français de Droit International* 2010, vol. 56, p. 635.
- LATTY, Franck et Patrick JACOB, « Arbitrage transnational et droit international général (2011) », *Annuaire Français de Droit International* 2011, vol. 57, n° 1, p. 533-595.
- LAVAUD, Florianne et Guilherme RECENE COSTA, « Valuation Date in Investment Arbitration : A Fundamental Examination of Chorzów's Principles », *Journal of Damages in International Arbitration*, vol. 3, n° 2.
- LAVOPA, Federico M., Lucas E. BARREIROS et Victoria BRUNO, « How to Kill a BIT and Not Die Trying : Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties », *Journal of International Economic Law* déc. 2013, vol. 16, n° 4, p. 869-891.
- LAZO, R Polanco et S Gómez FIEDLER, « A Requiem for the Trans-Pacific Partnership : Something New, Something Old and Something Borrowed ? », *Melbourne Journal of International Law* 2017, vol. 18, p. 1-50.
- LAZO, Rodrigo Polanco, Valentino DESILVESTRO et Azernoosh BAZRAFKAN, « Missing Investment Treaties », *Journal of International Economic Law* sept. 2018, vol. 21, n° 3, p. 703-731.
- LEBEN, Charles, « La Responsabilité Internationale de l'État sur le fondement des Traités de Promotion et de Protection des Investissements », *Annuaire Français de Droit International* 2004, vol. 50, n° 1, p. 683-714.
- LEBEN, Charles et Yves NOUVEL, « L'évolution du Droit International des Investissements : un Rapide Survol », *Le Contentieux Arbitral Transnational Relatif Aux Investissements : Nouveaux Développements* 2006, p. 9-22.

- LECHNER, L, « Good for Some, Bad for Others : US Investors and Non-Trade Issues in Preferential Trade Agreements », *Review of International Organizations* 2018, vol. 13, n° 2, p. 163-187.
- LEE, Chia-yi et Noel P. JOHNSTON, « Improving Reputation BIT by BIT : Bilateral Investment Treaties and Foreign Accountability », *International Interactions* 26 mai 2016, vol. 42, n° 3, p. 429-451.
- LEE, E Mansfield J, « Intellectual Property Protection and US Foreign Direct Investment », *Review of Economics and Statistics* 1996, vol. 78, n° 2, p. 181-186.
- LEIGH, Monroe, « Sabbatino's Silver Anniversary and the Restatement : No Cause for Celebration », *The International Lawyer* 1990, p. 1-20.
- LEMAIRE, Axelle, « Le Nouveau Visage de l'Arbitrage entre État et Investisseur Étranger : Le Chapitre 11 de l'ALENA », *Revue de l'Arbitrage* 2001, p. 43-91.
- LENCUCHA, Raphael, « Is It Time to Say Farewell to the ISDS System ? ; Comment on "the Trans-pacific Partnership : Is It Everything We Feared for Health?" », *International Journal of Health Policy and Management* 1^{er} mai 2017, vol. 6, n° 5, p. 289-291.
- LEVY, Jack S., « Learning and Foreign Policy : Sweeping a Conceptual Minefield », *International Organization* 1994, vol. 48, n° 2, p. 279-312.
- LIANG, Yuen-Li, « Contribution to the Codification by the International Law Commission of the Law of State Responsibility », *American Journal of International Law* avr. 1956, vol. 50, n° 2, p. 427-429.
- LIEBLICH, William C, « Determinations by International Tribunals of the Economic Value of Expropriated Enterprises », *Journal of International Arbitration* 2021, vol. 7, n° 1, p. 37-76.
- « Determinations by International Tribunals of the Economic Value of Expropriated Enterprises », *Journal of International Arbitration* 1990, vol. 7, p. 37.
- « Determining the Economic Value of Expropriated Income-producing Property in International Arbitrations », *Journal of International Arbitration* 1991, vol. 8, p. 59.
- LILLICH, R. B., « The Diplomatic Protection of Nationals Abroad : An Elementary Principle of International Law under Attack », *American Journal of International Law* avr. 1975, vol. 69, n° 2, p. 359-365.

- LILLICH, Richard B., « International Claims : Their Settlement by Lump Sum Agreements » *in International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke*, Springer Netherlands, 1966, p. 143-156.
- « The Current Status of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens », *Proceedings of the American Society of International Law at its annual meeting 1979*, p. 244-249.
- LIMÃO, N, « Preferential Trade Agreements as Stumbling Blocks for Multilateral Trade Liberalization : Evidence for the United States », *American Economic Review* 2006, vol. 96, n° 3, p. 896-914.
- « Are Preferential Trade Agreements with Non-Trade Objectives a Stumbling Block for Multilateral Liberalization? », *The Review of Economic Studies* 2007, vol. 74, n° 3, p. 821-855.
- LIPSTEIN, « The Place of the Calvo Clause in International Law, » *British Yearbook of International Law* 1945, vol. 22, p. 130.
- LOREE, SE Guisinger DW, « Policy and Non-Policy Determinants of US Equity Foreign Direct Investment », *Journal of International Business Studies* 1995, vol. 26, n° 2, p. 281-299.
- LUPU, Yonatan, « Why Do States Join Some Universal Treaties but Not Others? An Analysis of Treaty Commitment Preferences », *Journal of Conflict Resolution* oct. 2016, vol. 60, n° 7, p. 1219-1250.
- MACÍAS, María José Luque, « The Politicisation of International Legal Instruments Protecting Foreign Investment in Latin America through States' Articulation of Sovereign Rights » *in Re-Politicising International Investment Law in Latin America through the Duty to Regulate Paradigm*, 2021, p. 23-104.
- MAGGI, G., « Chapter 9 - Issue Linkage » *in Handbook of Commercial Policy*, sous la dir. de Kyle BAGWELL et Robert W. STAIGER, t. 1, North-Holland, 1^{er} jan. 2016, p. 513-564.
- MALAMUD, Andrés, « Argentine Foreign Policy under the Kirchners : Ideological, Pragmatic, or Simply Peronist? » *in Latin American Foreign Policies*, Palgrave Macmillan, 2011, p. 87-102.

- MALESKY, Edmund J. et Helen V. MILNER, « Fostering Global Value Chains through International Agreements : Evidence from Vietnam », *Economics & Politics* n/a, vol. n/a.
- MANFRED, Elsig et Cédric DUPONT, « Persistent Deadlock in Multilateral Trade Negotiations : The Case of Doha » in *The Oxford Handbook on The World Trade Organization*, sous la dir. de Martin DAUNTON, Amrita NARLIKAR et Robert M. STERN, Oxford University Press, 2012, p. 587-606.
- MANGER, MA Pickup MS, « The Coevolution of Trade Agreement Networks and Democracy », *Journal of Conflict Resolution* 2016, vol. 60, n° 1, p. 164-191.
- MANGER, Mark S. et Clint PEINHARDT, « Learning and the Precision of International Investment Agreements », *International Interactions* 2 nov. 2017, vol. 43, n° 6, p. 920-940.
- MANIRUZZAMAN, Munir, « The New Generation of Energy and Natural Resource Development Agreements : Some Reflections », *Journal of Energy & Natural Resources Law* nov. 1993, vol. 11, n° 4, p. 207-247.
- « Damages for Breach of Stabilisation Clauses in International Investment Law : Where Do We Stand Today ? », *International Energy Law and Taxation Review* 2007, vol. 11 & 12, p. 246.
- « The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts : A Critical Appraisal of the Emerging Trends », *SSRN Electronic Journal* 24 juin 2008, n° ID 1338053.
- MANN, Frederik, « Outlines of a History of Expropriations », *Law Quarterly Review* 1959, vol. 75, p. 188.
- « The Consequences of an International Wrong in International and Municipal Law », *British Yearbook of International Law* 1977, vol. 48.
- « Compound Interest as an Item of Damage in International Law », *University of California, Davis Law Review* 1988, vol. 21, n° 3, p. 577.
- MANSFIELD, ED, « The Proliferation of Preferential Trading Arrangements », *Journal of Conflict Resolution* 1998, vol. 42, n° 5, p. 523-543.

- MANSFIELD, Edward D. et Eric REINHARDT, « International Institutions and the Volatility of International Trade », *International Organization* oct. 2008, vol. 62, n° 4, p. 621-652.
- MANSFIELD, JC Pevehouse ED, « Trade Blocs, Trade Flows, and International Conflict », *International Organization* 2000, vol. 54, n° 4, p. 775-808.
- MARBOE, Irmgard, « Compensation and Damages in International Law », *The Journal of World Investment & Trade* 2006, p. 723-759.
- « Damages in Investor-state Arbitration : Current Issues and Challenges », *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration* 3 mai 2018, vol. 2, n° 1, p. 1-86.
- MARQUARDT, Kyle L., « How and How Much Does Expert Error Matter ? Implications for Quantitative Peace Research », *Journal of Peace Research* nov. 2020, vol. 57, n° 6, p. 692-700.
- MARRELLA, Fabrizio et Irmgard MARBOE, « “Efficient Breach” and Economic Analysis of International Investment Law », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6, p. 20.
- MASSOUD, Mark Fathi, « International Arbitration and Judicial Politics in Authoritarian States », *Law & Social Inquiry* 2014, vol. 39, n° 1, p. 1-30.
- MATON, John et Carolyn MATON, « Independence under Fire : Extra-Legal Pressures and Coalition Building in WTO Dispute Settlement », *Journal of International Economic Law* juin 2007, vol. 10, n° 2, p. 317-334.
- MATTHIAS BUSSE, Peter Nunnenkamp Emma Aisbett, « Bilateral Investment Treaties as Deterrents of Host-Country Discretion : The Impact of Investor-State Disputes on Foreign Direct Investment in Developing Countries », *Review of World Economics* 2018, vol. 154, n° 1, p. 119-155.
- MATTLI, Walter et Tim BÜTHE, « Setting International Standards : Technological Rationality or Primacy of Power ? », *World Politics* oct. 2003, vol. 56, n° 1, p. 1-42.
- MATTLI, Walter et Anne Marie SLAUGHTER, « Revisiting the European Court of Justice », *International Organization* 1998, vol. 52, n° 1, p. 177-209.

- MAZUMDER, S, « Can I Stay a BIT Longer ? The Effect of Bilateral Investment Treaties on Political Survival », *The Review of International Organizations* 2015, vol. 4, p. 477-521.
- MCDUGAL, LASSWELL et CHEN, « The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order : Responsibility of States Conjoined with Human Rights, » 70 *AJIL* 1976, vol. 431, p. 440-43.
- MCNAIR, Lord, « The Seizure of Property and Enterprises in Indonesia », *Netherlands International Law Review* 1959, vol. 6, n° 3, p. 218-256.
- MCRAE, Donald M., « Legal Obligations and International Organizations », *Canadian Yearbook of international Law/Annuaire canadien de droit international* 1974, vol. 11, p. 87-105.
- MEDVEDEV, D, « Preferential Trade Agreements and Their Role in World Trade », *Review of World Economics* 2010, vol. 146, n° 2, p. 199-222.
- « Beyond Trade : The Impacts of Preferential Trade Agreements on FDI Inflows », *World Development* 2012, vol. 40, n° 1, p. 49-61.
- MEERNIK, James, « Victor's Justice or the Law ? Judging and Punishing at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *Journal of Conflict Resolution* 2003, vol. 47, p. 140-162.
- « Victor's Justice or the Law ? Judging and Punishing at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *Journal of Conflict Resolution* avr. 2003, vol. 47, n° 2, p. 140-162.
- « Justice and Peace ? How the International Criminal Tribunal Affects Societal Peace in Bosnia », *Journal of Peace Research* mai 2005, vol. 42, n° 3, p. 271-289.
- MEGLIANI, Mauro, « A Historical Outline of Sovereign Indebtedness » in *Sovereign Debt*, Springer International Publishing, 2015, p. 9-52.
- MEIDINGER, Errol, « The Administrative Law of Global Private-Public Regulation : The Case of Forestry », *European Journal of International Law* fév. 2006, vol. 17, n° 1, p. 47-87.
- « Multi-Interest Self-Governance through Global Product Certification Programmes » in *Responsible Business : Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, Hart Publishing, sept. 2014.

- MENDELSON, Maurice H., « Compensation for Expropriation : The Case Law », *American Journal of International Law* 1985, vol. 79, n° 2, p. 414-420.
- MENGIE, Legesse Tigabu, « Host States' Police Power and the Proportionality Test in International Investment Law », *Jimma University Journal of Law* 2016, vol. 8, p. 81.
- MERRILL, Thomas W., « Incomplete Compensation for Takings », *New York University Environmental Law Journal* 2002, vol. 11, p. 110.
- MERRILLS, J. G., « Images and Models in the World Court : The Individual Opinions in the North Sea Continental Shelf Cases », *The Modern Law Review* 1978, vol. 41, n° 6, p. 638-659.
- MESERVE, Stephen A. et Daniel PEMSTEIN, « Terrorism and Internet Censorship », *Journal of Peace Research* nov. 2020, vol. 57, n° 6, p. 752-763.
- MICELI, Thomas J. et Kathleen SEGERSON, « Regulatory Takings : When Should Compensation Be Paid ? », *The Journal of Legal Studies* 1^{er} juin 1994, vol. 23, n° 2, p. 749-776.
- MILKOV, Radoslav, « Withdrawal of a Contracting Party from the ECHR : Is It Possible and What Are the Legal Consequences ? », *SSRN Electronic Journal* oct. 2015.
- MILNER, Helen V. et Benjamin JUDKINS, « Partisanship, Trade Policy, and Globalization : Is There a Left-Right Divide on Trade Policy ? », *International Studies Quarterly* 2004, vol. 48, n° 1, p. 95-120.
- MIRON, Smaranda, « The Last Bite of the Bits—supremacy of Eu Law Versus Investment Treaty Arbitration », *European Law Journal* 2014, vol. 20, n° 3, p. 332-345.
- MITCHELL, Kate, « Philip Morris v Uruguay : an affirmation of 'Police Powers' and 'Regulatory Power in the Public Interest' in International Investment Law », *EJIL :Talk!* 2016.
- MITCHELL, Ronald B., « Regime Design Matters : Intentional Oil Pollution and Treaty Compliance », *International Organization* 1994, vol. 48, n° 3, p. 425-458.
- « International Environmental Agreements : A Survey of Their Features, Formation, and Effects », *Annual Review of Environment and Resources* 2003, vol. 28, p. 429-461.
- MITCHELL, Sara Mc Laughlin et Paul R. HENSEL, « International Institutions and Compliance with Agreements », *American Journal of Political Science* oct. 2007, vol. 51, n° 4, p. 721-737.

- MONTAL, Florencia, Carly POTZ-NIELSEN et Jane Lawrence SUMNER, « What States Want : Estimating Ideal Points from International Investment Treaty Content », *Journal of Peace Research* 1^{er} nov. 2020, vol. 57, n° 6, p. 679-691.
- MORAVCSIK, Andrew, « The Origins of Human Rights Regimes : Democratic Delegation in Postwar Europe », *International Organization* 2000, vol. 54, n° 2, p. 217-252.
- MORGERA, Elisa, « The UN and Corporate Environmental Responsibility : Between International Regulation and Partnerships », *Review of European Community & International Environmental Law* 2006, vol. 15, n° 1, p. 93-109.
- MORIN, Jean Frédéric, Andreas DÜR et Lisa LECHNER, « Mapping the Trade and Environment Nexus : Insights from a New Data Set », *Global Environmental Politics* fév. 2018, vol. 18, n° 1, p. 122-139.
- MORROW, James D., « When Do States Follow the Laws of War ? », *American Political Science Review* août 2007, vol. 101, n° 3, p. 559-572.
- MORTIMORE, Leonardo Stanley Michael, « La Argentina y Los Tratados Bilaterales de Inversión : El Costo de Los Compromisos Internacionales [Argentina and BITs : The Cost of International Commitments] », *Desarrollo Económico* 2006, vol. 46, n° 182, p. 189-214.
- MOSER, Christoph et Andrew K. ROSE, « Why Do Trade Negotiations Take so Long ? », *Journal of Economic Integration* juin 2012, vol. 27, n° 2, p. 280-290.
- MOSTAFA, Ben, « The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law », *Australian International Law Journal* 2008, vol. 15, n° 1, p. 267-296.
- MÜLLER, Daniel, « Le Prix de La Vie Humaine En Droit International : La Réparation Des Dommages En Cas de Pertes de Vies Humaines Dans Le Droit de La Responsabilité Internationale », *Annuaire Français de Droit International* 2014, vol. 60, n° 1, p. 429-465.
- MYERSON, Roger B et Mark A SATTERTHWAITTE, « Efficient Mechanisms for Bilateral Trading », *Journal of Economic Theory* 1^{er} avr. 1983, vol. 29, n° 2, p. 265-281.
- NELSON, Timothy G., « A Factory in Chorzów : The Silesian Dispute that Continues to Influence International Law and Expropriation Damages Almost a Century Later », *The Journal of Damages in International Arbitration* 2014, vol. 1, n° 1.

- NEUMAYER, Eric et Laura SPESS, « Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries ? », *World Development* oct. 2005, vol. 33, n° 10, p. 1567-1585.
- NEWCOMBE, Andrew, « Investment Treaty Arbitration and Public Law by Gus Van Harten », *The Modern Law Review* 2008, vol. 71, n° 1, p. 147-151.
- NEWCOMBE, Andrew Paul, « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *SSRN Electronic Journal* juill. 2005.
- NICHOLS, Shawn, « Expanding Property Rights under Investor-state Dispute Settlement (ISDS) : Class Struggle in the Era of Transnational Capital », *Review of International Political Economy* 2018, vol. 25, n° 2, p. 243-269.
- NOLLKAEMPER, André, « Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law », *International and Comparative Law Quarterly* 2003, vol. 52, n° 3, p. 615-640.
- NORTON, Patrick M., « A Law of the Future or a Law of the Past ? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation », *American Journal of International Law* 1991, vol. 85, n° 3, p. 474-505.
- NUNNENKAMP, J Spatz P, « Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment : A Disaggregated Analysis », *Review of World Economics* 2004, vol. 140, n° 3, p. 393-414.
- O'CONNELL, D. P. et S. HOFFMANN, « The Role of International Law », *Conditions of World Order* 1968, vol. 49, p. 54.
- O'CONNOR, Lee, « The International Law of Expropriation of Foreign-owned Property : The Compensation Requirement and the Role of the Taking State », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 1^{er} mars 1983, vol. 6, n° 2, p. 355.
- O'KEEFE, « United Nations and Permanent Sovereignty over Natural Resources, » *Journal of World Trade Law* 1974, vol. 8, p. 239.
- « The International Centre for Settlement of Investment Disputes, » *Yearbook of World Affairs* 1980, vol. 34, p. 286.
- OH, Chang Hoon et Jennifer OETZEL, « Multinationals' Response to Major Disasters : How Does Subsidiary Investment Vary in Response to the Type of Disaster and the

- Quality of Country Governance? », *Strategic Management Journal* juin 2011, vol. 32, n° 6, p. 658-681.
- OSNAGO, A, N ROCHA et M RUTA, « Do Deep Trade Agreements Boost Vertical FDI? », *The World Bank Economic Review* Supplement 2017, vol. 30, S119-S125.
- « Deep Trade Agreements and Vertical FDI : The Devil Is in the Details », *Canadian Journal of Economics* 2019, vol. 52, n° 4, p. 1558-1599.
- PANDYA, SS, « Political Economy of Foreign Direct Investment : Globalized Production in the Twenty-First Century », *Annual Review of Political Science* 2016, vol. 19, p. 455-475.
- PAPARINSKIS, Martins, « Investment Arbitration and the Law of Countermeasures », *SSRN Electronic Journal* nov. 2012.
- « Investment Treaty Arbitration and the (new) Law of State Responsibility », *European Journal of International Law* 1^{er} mai 2013, vol. 24, n° 2, p. 617-647.
- « A Case against Crippling Compensation in International Law of State Responsibility », *The Modern Law Review* 2020, vol. 83, n° 6, p. 1246-1286.
- PARRA-VERA, Oscar, « Institutional Empowerment and Progressive Policy Reforms : The Impact of the Inter-American Human Rights System on Intra-State Conflicts » in *The Inter-American Human Rights System*, Springer International Publishing, 2019, p. 143-166.
- PATHIRANA, Dilini, « Balancing the Private Property Interests of the Foreign Direct Investors and Host States' Right to Regulate in the Context of Environmental Concerns in the Public Interest » 2012.
- PAUWELYN, Joost, « At the Edge of Chaos? : Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* mai 2014, vol. 29, n° 2, p. 372-418.
- PC MAVROIDIS, A Sapir H Horn, « Beyond the WTO? An Anatomy of EU and US Preferential Trade Agreements », *The World Economy* 2010, vol. 33, n° 11, p. 1565-1588.
- PEARCE, Clyde C. et Jack COE JR, « Arbitration under NAFTA Chapter Eleven : Some Pragmatic Reflections upon the First Case Filed against Mexico », *Hastings International & Comparative Law Review* 1999, vol. 23, p. 311.

- PELLET, Alain, « Remarques Sur Une Révolution Inachevée, le Projet d'articles de la Commission du droit international sur la Responsabilité des Etats », *Annuaire Français de Droit International* 1996, vol. 42, n° 1, p. 7-32.
- « The New Draft Articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts : A Requiem for States' Crime ? », *Netherlands Yearbook of International Law* 2001, vol. 32, p. 55-79.
- « Les Articles de la CDI sur la Responsabilité de L'État pour Fait Internationalement Illicite. Suite—et Fin ? », *Annuaire Français de Droit International* 2002, vol. 48, n° 1, p. 1-23.
- « The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1^{er} nov. 2013, vol. 28, n° 2, p. 223-240.
- PELLONPÄÄ, Matti et Malgosia FITZMAURICE, « Taking of Property in the Practice of the Iran-united States Claims Tribunal », *Netherlands Yearbook of International Law* déc. 1988, vol. 19, p. 53-178.
- PÉREZ-AZNAR, Facundo, « The Use of Most-Favoured-Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements », *Journal of International Economic Law* déc. 2017, vol. 20, n° 4, p. 777-805.
- « Recent Trends in Investment Law and Policy in Latin America » 2019, p. 273-288.
- PETERSON, Luke Eric, « Canada Announces Conclusion of Investment Treaty with China, but There's an Asterisk », *Investment Arbitration Reporter*, February 2012, vol. 16, p. 2012.
- PHILBRICK, « Changing Conceptions of Property in Law », *University of Pennsylvania Law Review* 1937, vol. 86, p. 691.
- PINTO, Pablo M., Stephen WEYMOUTH et Leonardo BACCINI, « The Distributional Consequences of Preferential Trade Liberalization : Firm-Level Evidence », *International Organization* 2017, vol. 72, n° 1, p. 373-395.
- POLLACK, Mark A., « International Relations Theory and International Courts and Tribunals », *Available at SSRN 3634791* 2020.
- PORTA, Rafael La, Florencio LOPEZ-DE-SILANES et Andrei SHLEIFER, « The Economic Consequences of Legal Origins », *Journal of Economic Literature* juin 2008, vol. 46, n° 2, p. 285-332.

- POSNER, Elliot, « Making Rules for Global Finance : Transatlantic Regulatory Cooperation at the Turn of the Millennium », *International Organization* oct. 2009, vol. 63, n° 4, p. 665-699.
- POSNER, Eric A. et Miguel F.P. De FIGUEIREDO, « Is the International Court of Justice Biased? », *Journal of Legal Studies* juin 2005, vol. 34, n° 2, p. 599-630.
- POST, Alison E et Vicky Maria MURILLO, « The Regulatory State under Stress : Economic Shocks and Regulatory Bargaining in the Electricity and Water Sector » 2013, p. 115-135.
- POULSEN, Lauge N., « Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties », *International Studies Quarterly* 2014, vol. 58, n° 1, p. 1-14.
- POULSEN, Lauge N. Skovgaard, « Beyond Credible Commitments : (Investment) Treaties as Focal Points Research Note », *International Studies Quarterly* mars 2020, vol. 64, n° 1, p. 26-34.
- POULSEN, Lauge N. Skovgaard et Emma AISBETT, « When the Claim Hits : Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning », *World Politics* 2013, vol. 65, n° 2, p. 273-313.
- POULSEN, LS, « The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance : Revisiting the Evidence », *Yearbook of International Investment Law and Policy* 2010.
- POWELL, Emilia Justyna et Sara Mc Laughlin MITCHELL, « The International Court of Justice and the World's Three Legal Systems », *Journal of Politics* mai 2007, vol. 69, n° 2, p. 397-415.
- POWERS, Matthew et Seung Whan CHOI, « Does Transnational Terrorism Reduce Foreign Direct Investment ? Business-Related versus Non-Business-Related Terrorism », *Journal of Peace Research* mai 2012, vol. 49, n° 3, p. 407-422.
- PRAKASH, Aseem et Matthew POTOSKI, « Racing to the Bottom ? Trade, Environmental Governance, and ISO 14001 », *American Journal of Political Science* avr. 2006, vol. 50, n° 2, p. 350-364.
- PUCK, Jonas, Thomas LAWTON et Alexander MOHR, « The Corporate Political Activity of MNCs : Taking Stock and Moving Forward », *Management International Review* oct. 2018, vol. 58, n° 5, p. 663-673.

- PUIG, Sergio et Gregory SHAFFER, « Imperfect Alternatives : Institutional Choice and the Reform of Investment Law », *American Journal of International Law* 2018, vol. 112, n° 3, p. 361-409.
- PUTNAM, Tonya L., « Courts without Borders : Domestic Sources of U.S. Extraterritoriality in the Regulatory Sphere », *International Organization* juill. 2009, vol. 63, n° 3, p. 459-490.
- QUER, Diego, « Location Decisions of Chinese Firms in the Global Tourism Industry : The Role of Prior International Experience and Diplomatic Relations », *Journal of Hospitality and Tourism Management* mars 2021, vol. 46, p. 62-72.
- QUER, Diego, Enrique CLAVER et Laura RIENDA, « The Influence of Political Risk, Inertia and Imitative Behavior on the Location Choice of Chinese Multinational Enterprises : Does State Ownership Matter ? », *International Journal of Emerging Markets* juill. 2018, vol. 13, n° 3, p. 518-535.
- QUER, Diego et al., « Host Country Experience, Institutional Distance and Location Choice of Chinese MNEs : The Moderating Effect of Government Official Visits », *Cross Cultural and Strategic Management* avr. 2019, vol. 26, n° 1, p. 24-45.
- RADI, Yannick, « The 'Culture of Balancing' of International Investment Law-Cultural Interests and Investors' Interests in International Investment Treaties and Arbitration », *Transnational Dispute Management* 2013, vol. 10, n° 5.
- RADU, Anca, « Foreign Investors in the Eu—which 'best Treatment'? Interactions between Bilateral Investment Treaties and Eu Law », *European Law Journal* 2008, vol. 14, n° 2, p. 237-260.
- RAJAGOPAL, Balakrishnan, « International Law and the Development Encounter : Violence and Resistance at the Margins », *Proceedings of the American Society of International Law at its annual meeting* 1999, vol. 93, p. 16-27.
- RAMBAUD, Patrick, « Arbitrage, Concession et Nationalisation – quelques observations sur la sentence BP », *Annuaire Français de Droit International* 1981, vol. 27, n° 1, p. 222-230.
- « Des Obligations de l'État Vis à Vis de l'investisseur Étranger : La Sentence CIRDI Du 27 Juin 1990, Société Asian Agricultural Products Ltd (A.A.P.L.) c. Sri Lanka », *Annuaire Français de Droit International* 1992, vol. 38, n° 1, p. 501-510.

-
- « L'affaire Des « Pyramides » : Suite et Fin. », *Annuaire Français de Droit International* 1993, vol. 39, n° 1, p. 567-576.
- RANJAN, Prabhash, « India and Bilateral Investment Treaties : From Rejection to Embrace to Hesitance? » in *Locating India in the Contemporary International Legal Order*, Springer India, juin 2018, p. 101-126.
- RATNER, Steven R., « Regulatory Takings in Institutional Context : Beyond the Fear of Fragmented International Law », *American Journal of International Law* juill. 2008, vol. 102, n° 3, p. 475-528.
- « Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties : Beyond the Lawful/unlawful Distinction », *American Journal of International Law* jan. 2017, vol. 111, n° 1, p. 7-56.
- RAUSTIALA, Kal, « Form and Substance in International Agreements », *American Journal of International Law* juill. 2005, vol. 99, n° 3, p. 581-614.
- REID, AS, « Enforcement of Intellectual Property Rights in Developing Countries : China as a Case Study », *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law* 2003, vol. 13, n° 1, p. 63-99.
- REINISCH, A., « How Narrow Are Narrow Dispute Settlement Clauses in Investment Treaties? », *Journal of International Dispute Settlement* 1^{er} fév. 2011, vol. 2, n° 1, p. 115-174.
- REINISCH, August, « Legality of Expropriations » in *Standards of Investment Protection*, sous la dir. de August REINISCH, Oxford University Press, 11 sept. 2008, p. 171-204.
- REINISCH, August et Ursula KRIEBAUM, « Property, Right to, International Protection » in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, sous la dir. de R. WOLFRUM, t. III, Oxford University Press (OUP), 2012.
- REISMAN, W. Michael, « 'Sase Specific Mandates' Versus 'Systemic Implications' : How Should Investment Tribunals Decide? : The Freshfields Arbitration Lecture », *Arbitration International* 1^{er} juin 2013, vol. 29, n° 2, p. 131-152.
- REISMAN, W. Michael et Robert D. SLOANE, « Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation », *British Yearbook of International Law* 1^{er} jan. 2004, vol. 74, n° 1, p. 115-150.

- RESAR, Alexander W. et Tai-Heng CHENG, « Investor State Arbitration in a Changing World Order », *Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration* 2021, vol. 3, n° 2, p. 1-89.
- RIEDEL, Eibe, « Damages » in *Encyclopedia of Public International Law*, sous la dir. de R. BERNHARD, t. 1, North-Holland Publishing Company, 1992, p. 929.
- RIOS, Luis A., « On the Origin of Technological Acquisition Strategy : The Interaction between Organizational Plasticity and Environmental Munificence », *Strategic Management Journal* juill. 2021, vol. 42, n° 7, p. 1299-1325.
- RIPINSKY, Sergey, « Damnum Emergens and Lucrum Cessans in Investment Arbitration : Entering through the Back Door » in *Investment Treaty Law. Current Issues III*, sous la dir. de Andrea BJORKLUND et Ian A. LAIRD, British Institute of International et Comparative Law, 2009.
- RIVERA-QUIÑONES, Miguel A, « Macroeconomic Governance in Post-Neoliberal Argentina and the Relentless Power of TNCs : The Case of the Soy Complex » in *Argentina Since the 2001 Crisis*, Palgrave Macmillan, 2014, p. 67-86.
- RIVLIN, B., « Self-Determination and Dependent Areas, » *International Conciliation* 1955.
- ROBERT, Rosenstock, « International Law at the Eve of the XXIst Century – Views from the International Law Commission » 1997.
- ROBERTS, Anthea, « State-to-State Investment Treaty Arbitration : A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority », *Harvard International Law Journal* 2014, vol. 55, n° 1, p. 1-70.
- ROBERTS, Anthea et Richard BRADDOCK, « Protecting Public Welfare Regulation Through Joint Treaty Party Control : A ChAFTA Innovation », *EJIL :Talk!* 2016.
- ROBERTS, T, « Economic Policy, Political Constraints, and Foreign Direct Investment in Developing Countries », *International Interactions* 2018, vol. 44, n° 3, p. 582-602.
- ROBINSON, Davis R., « Expropriation in the Restatement (revised) », *American Journal of International Law* 1984, vol. 78, p. 176.
- RODRÍGUEZ, Javier Díez-Hochleitner, « El Incierto futuro de los Acuerdos Bilaterales sobre Protección de Inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión

- Europea », *Spain Arbitration Review : Revista Del Club Español Del Arbitraje* 2010, n° 8, p. 19-52.
- ROGERS, William D., « Of Missionaries, Fanatics, and Lawyers : Some Thoughts on Investment Disputes in the Americas », *American Journal of International Law* jan. 1978, vol. 72, n° 1, p. 1-16.
- ROOT, « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad », *American Journal of International Law* 1910, vol. 4, n° 3, p. 517-528.
- ROSE, Andrew K., « Do We Really Know That the WTO Increases Trade ? », *American Economic Review* mars 2004, vol. 94, n° 1, p. 98-114.
- ROY, S. N. Guha, « Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law ? », *American Journal of International Law* oct. 1961, vol. 55, n° 4, p. 863-891.
- ROZENTAL, Andres, « The Charter of Economic Rights and Duties of States and the New International Economic Order », *Virginia Journal of International Law* 1976, vol. 16, p. 309.
- RUGGIE, John Gerard, « International Regimes, Transactions, and Change : Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order », *International Organization* 1982, vol. 36, n° 2, p. 379-415.
- RUTTENBERG, Valerie H., « The United States Bilateral Investment Treaty Program : Variations on the Model » 2014, vol. 9, p. 23.
- S BRAKMAN, H Garretsen T Kohl, « Do Trade Agreements Stimulate International Trade Differently ? Evidence from 296 Trade Agreements », *The World Economy* 2016, vol. 39, n° 1, p. 97-131.
- SACERDOTI, Giorgio, « Bilaterals Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection » 1997.
- SALACUSE, Jeswald W. et Nicholas P. SULLIVAN, « Do BITs Really Work : An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain », *Harv. Int'l LJ* 2005, vol. 46, p. 67.
- SALACUSE, JW, « The Emerging Global Regime for Investment », *Harvard International Law Journal* 2010, vol. 51, p. 427-553.

- SAMPLES, Tim R, « Winning and Losing in Investor–State Dispute Settlement », *American Business Law Journal* 2019, vol. 56, n° 1, p. 115-175.
- SARAVANAN, A. et S. R. SUBRAMANIAN, « Introduction » *in Role of Domestic Courts in the Settlement of Investor-State Disputes*, Springer Singapore, 2020, p. 1-7.
- SAYAPIN, Sergey, « Historical Background of the Criminalization of Aggression » *in The Crime of Aggression in International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, 2014, p. 3-73.
- SCHACHTER, « The Evolving Law of International Development, » *Columbia Journal of Transnational Law* 1976, vol. 15, p. 8.
- « The Invisible College of International Lawyers, » *Northwestern University Law Review* 1977, vol. 72, p. 220-221.
- SCHACHTER, Oscar, « Compensation for Expropriation », *American Journal of International Law* jan. 1984, vol. 78, n° 1, p. 121-130.
- « Compensation Cases—leading and Misleading », *American Journal of International Law* 1985, vol. 79, n° 2, p. 420-422.
- SCHEUNER et P. SANDERS, « Decisions Ex Aequo et Bono by International Courts and Arbitral Tribunals, » *International Arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke* 1967, vol. 275, p. 277.
- SCHILL, Stephan W., « Revisiting a Landmark : Indirect Expropriation and Fair and Equitable Treatment in the ICSID Case Tecmed », *Transnational Dispute Management* 2006, vol. 3, n° 2.
- SCHNEIDERMAN, David, « NAFTA’s Takings Rule : American Constitutionalism Comes to Canada », *Law & Social Inquiry* 1996, vol. 46, p. 499-537.
- « Investment Rules and the New Constitutionalism », *Law & Social Inquiry* 2000, vol. 25, n° 3, p. 757-787.
- SCHNITZER, Monika, « Expropriation and Control Rights : A Dynamic Model of Foreign Direct Investment », *International Journal of Industrial Organization* 1^{er} nov. 1999, vol. 17, n° 8, p. 1113-1137.
- SCHREUER, Christoph, « Non-pecuniary Remedies in ICSID Arbitration », *Arbitration International* 2004, vol. 20, n° 4, p. 325-332.

- SCHWEBEL, « The Story of the United Nations' Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources, » *49 A.B.A.J* 1963, p. 463.
- SCOTT, Craig, « “Transnational Law” as Proto-Concept : Three Conceptions », *German Law Journal* juill. 2009, vol. 10, n° 6-7, p. 859-876.
- SCOTT, George Winfield, « Hague Convention Restricting the Use of Force to Recover on Contract Claims », *American Journal of International Law* jan. 1908, vol. 2, n° 1, p. 78-94.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, « Aliens, Property » *in Digital Communications*, Elsevier, 1985, p. 20-23.
- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, « La réparation des dommages subis par les nationaux étrangers à la suite de bouleversement politiques. Comparaison des solutions françaises et allemandes. », *Revue internationale de droit comparé* 1969, vol. 21, n° 4, p. 763-778.
- « L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux », *Annuaire Français de Droit International* 1987, vol. 33, n° 1, p. 7-31.
- SERVEN, Luis et Guillermo PERRY, « Argentina's Macroeconomic Collapse : Causes and Lessons » *in Managing Economic Volatility and Crises : A Practitioner's Guide*, Cambridge University Press, 2005, p. 439-470.
- SEYOUM, B, « The Impact of Intellectual Property Rights on Foreign Direct Investment », *The Columbia Journal of World Business* 1996, vol. 31, n° 1, p. 50-59.
- SHAFFER, Gregory, « Parliamentary Oversight of WTO Rule-Making : The Political, Normative, and Practical Contexts » *in* t. 7, *Journal of International Economic Law* 3, sept. 2004, p. 629-654.
- « Managing US-EU Trade Relations through Mutual Recognition and Safe Harbor Agreements : 'new' and 'Global' Approaches to Transatlantic Economic Governance ? » *in Transatlantic Economic Disputes : The EU, the US, and the WTO*, Oxford University Press, mars 2012.
- SHAFFER, Gregory C. et Tom GINSBURG, « Empirical Work in International Law : A Bibliographical Essay », *SSRN Electronic Journal* déc. 2011.
- SHEPPARD, Audrey, « The Distinction between Lawful and Unlawful Expropriation », *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty* 2006, vol. 169.

- SIK, Ko Swan, « The Concept of Acquired Rights in International Law : A Survey », *Netherlands International Law Review* 1977, vol. 24, n° 1-2, p. 120-142.
- SIMMA, Bruno, « Self-Contained Regimes », *Netherlands Yearbook of International Law* déc. 1985, vol. 16, p. 111.
- SIMMONS, Beth A., « International Law and State Behavior : Commitment and Compliance in International Monetary Affairs », *American Political Science Review* déc. 2000, vol. 94, n° 4, p. 819-835.
- « The International Politics of Harmonization : The Case of Capital Market Regulation », *International Organization* juin 2001, vol. 55, n° 3, p. 589-620.
- « Bargaining over BITs, Arbitrating Awards : The Regime for Protection and Promotion of International Investment », *World Politics* jan. 2014, vol. 66, n° 1, p. 12-16.
- SIMMONS, Beth A. et Allison DANNER, « Credible Commitments and the International Criminal Court », *International Organization* avr. 2010, vol. 64, n° 2, p. 225-256.
- SIMÕES, Fernando Dias, « Blusun S.a. And Others V Italy : Legal (in)stability and Renewable Energy Investments », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2017, vol. 26, n° 3, p. 298-304.
- SINGH, Prabhakar, « Of International Law, Semi-Colonial Thailand, and Imperial Ghosts », *Asian Journal of International Law* jan. 2019, vol. 9, n° 1, p. 46-74.
- SLOANE, Robert, « Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation », p. 52.
- SMITH, D. N., « Mining the Resources of the Third World : From Concession Agreements to Service Contracts, » *American Journal of International Law* 1973, vol. 67, p. 227-36.
- SMITH, R., « The United States Government Perspective on Expropriation and Investment in Developing Countries, » *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1976, vol. 9, p. 517.
- SMUTNY, Abby Cohen, « Some Observations on the Principles Relating to Compensation in the Investment Treaty Context », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1^{er} mars 2007, vol. 22, n° 1, p. 1-23.
- SNYDER, Jack et Leslie VINJAMURI, « Trials and Errors : Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice », *International Security* déc. 2003, vol. 28, n° 3, p. 5-44.

- SOHN, « The Shaping of International Law, » *Georgia Journal of International and Comparative Law* 1978, vol. 8, p. 7.
- SOHN, Louis B. et Richard BAXTER, « Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens », *American Journal of International Law* 1961, vol. 55, n° 3, p. 545-584.
- SOLINGEN, Etel, « Of Dominoes and Firewalls : The Domestic, Regional, and Global Politics of International Diffusion », *International Studies Quarterly* déc. 2012, vol. 56, n° 4, p. 631-644.
- SONG, Jaeyong, « Firm Capabilities and Technology Ladders : Sequential Foreign Direct Investments of Japanese Electronics Firms in East Asia », *Strategic Management Journal* mars 2002, vol. 23, n° 3, p. 191-210.
- SØRENSEN, Max, « International Responsibility » *in Manual of Public International Law*, Palgrave Macmillan UK, 1968, p. 531-603.
- SPILLER, Mario Tommasi Pablo T, « The Institutional Foundations of Public Policy : A Transactions Approach with Application to Argentina », *Journal of Law Economics and Organization* 2003, vol. 19, n° 2, p. 281-306.
- ST CERTO RD Ireland, CR Reutzel BL Connelly, « Signaling Theory : A Review and Assessment », *Journal of Management* 2011, vol. 37, n° 1, p. 39-67.
- STASAVAGE, David, « Private Investment and Political Institutions », *Economics and Politics* 2002, vol. 14, n° 1, p. 41-63.
- STEIN, Arthur A., « Coordination and Collaboration : Regimes in an Anarchic World », *International Organization* 1982, vol. 36, n° 2, p. 299-324.
- STEIN, Eric, « International Integration and Democracy : No Love at First Sight », *American Journal of International Law* 2001, vol. 95, p. 489.
- STEIN, Ted L, « Jurisprudence and Jurists' Prudence : The Iranian-forum Clause Decisions of the Iran-us Claims Tribunal », *American Journal of International Law* 1984, vol. 78, p. 1.
- STERLING-FOLKER, Jeniffer, « Neoclassical Realism and Identity : Peril despite Profit across the Taiwan Strait » *in Neoclassical Realism, the State, and Foreign Policy*, Cambridge University Press, 2009, p. 99-138.

- STERN, Brigitte, « Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les Nationalisations Pétrolières Libyennes devant l'Arbitrage International », *Revue de l'Arbitrage* 1980, vol. 1, p. 3-43.
- « In search of the frontiers of indirect expropriation » in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation : The Fordham Papers (2007)*, Brill Nijhoff, 2008, p. 29-52.
- « The Obligation to Make Reparation » in *The Law of International Responsibility*, sous la dir. de James CRAWFORD et al., Oxford commentaries on international law, New York : Oxford University Press, 2010.
- STIGLITZ, JE, « The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics », *Quarterly Journal of Economics* 2000, vol. 115, n° 4, p. 1441-1478.
- STOLL, Hans, « Consequences of Liability : Remedies », *International Encyclopedia of Comparative Law* 1983, vol. XI, n° 8, p. 103.
- STONE, « Non-Liquet and the Function of Law in the International Community, » *British Yearbook of International Law* 1959, vol. 35, p. 124.
- STOREY, Matthew, « States' Rights to Development of Natural Resources versus Indigenous People's Rights : Resource Corporations and Free, Prior and Informed Consent » in *Business and Human Rights in Asia*, Springer Singapore, 2021, p. 91-126.
- STRECKER, Amy, « Indigenous Land Rights and Caribbean Reparations Discourse », *Leiden Journal of International Law* sept. 2017, vol. 30, n° 3, p. 629-646.
- SUCHMAN, Mark C. et Lauren B. EDELMAN, « Legal Rational Myths : The New Institutionalism and the Law and Society Tradition », *Law and Social Inquiry* 1996, vol. 21, n° 4, p. 903-941.
- SUGISAKI, Kyoko et al., « Building a Corpus of Multi-Lingual and Multi-Format International Investment Agreements » in t. 294, *Frontiers in Artificial Intelligence and Applications*, IOS Press, 2016, p. 203-206.
- SWEET, Alec Stone et Thomas L. BRUNELL, « Constructing a Supranational Constitution : Dispute Resolution and Governance in the European Community », *American Political Science Review* mars 1998, vol. 92, n° 1, p. 63-81.
- « The European Court and the National Courts : A Statistical Analysis of Preliminary References, 1961-95 », *Journal of European Public Policy* 1998, vol. 5, n° 1, p. 66-97.

- SYKES, Alan O., « Economic “necessity” in International Law », *American Journal of International Law* avr. 2015, vol. 109, n° 2, p. 296-323.
- « The Economic Structure of International Investment Agreements with Implications for Treaty Interpretation and Design », *American Journal of International Law* juill. 2019, vol. 113, n° 3, p. 482-534.
- TAMAYO-ÁLVAREZ, Rafael, « David Aven V Costa Rica : A Step Forward Towards Investor Accountability for Environmental Harm? », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2020, vol. 29, n° 2, p. 301-306.
- TAMMES, Arnold J.P., « The Life of the International Obligation and of Its Subjects », *Netherlands International Law Review* 1984, vol. 31, n° 1, p. 1-30.
- TAN, Danchi et al., « A Review of Research on the Growth of Multinational Enterprises : A Penrosean Lens », *Journal of International Business Studies* juin 2020, vol. 51, n° 4, p. 498-537.
- TARLOCK, A. Dan, « Mexico and the United States Assume a Legal Duty to Provide Colorado River Delta Restoration Flows : An Important International Environmental and Water Law Precedent », *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2014, vol. 23, n° 1, p. 76-87.
- TERECHSHENKO, Zhanna, « Hot under the Collar : A Latent Measure of Interstate Hostility », *Journal of Peace Research* nov. 2020, vol. 57, n° 6, p. 764-776.
- TEYNIER, Eric, « Indemnisation du préjudice né de l’atteinte à un investissement », *Chronique arbitrage, Gazette du Palais* nov. 2003.
- « The International Center for the Settlement of Investment Disputes », *Journal of World Trade* 1976, vol. 10, n° 1, p. 65-79.
- THOMAN, Roy E. et Faud I. KHURI, « Tribe and State in Bahrain : The Transformation of Social and Political Authority in an Arab State », *The American Political Science Review* juin 1982, vol. 76, n° 2, p. 435.
- THOMPSON, Alexander, « Rational Design in Motion : Uncertainty and Flexibility in the Global Climate Regime », *European Journal of International Relations* juin 2010, vol. 16, n° 2, p. 269-296.

- THOMPSON, Alexander, Tomer BROUDE et Yoram Z. HAFTEL, « Once Bitten, Twice Shy ? Investment Disputes, State Sovereignty, and Change in Treaty Design », *International Organization* sept. 2019, vol. 73, n° 4, p. 859-880.
- THOMPSON, Alexander et Daniel VERDIER, « Multilateralism, Bilateralism, and Regime Design », *International Studies Quarterly* 2014, vol. 58, n° 1, p. 15-28.
- TIENHAARA, Kyla, « Once BITten, Twice Shy ? », *Policy and Society* 1^{er} sept. 2011, vol. 30, n° 3, p. 185-196.
- TIR, Jaroslav et Douglas M. STINNETT, « The Institutional Design of Riparian Treaties : The Role of River Issues », *Journal of Conflict Resolution* août 2011, vol. 55, n° 4, p. 606-631.
- TITI, Catharine, « Police powers doctrine and international investment law » in *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill Nijhoff, 2018, p. 323-343.
- TOBIN, J et S ROSE-ACKERMAN, « Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries : The Impact of Bilateral Investment Treaties », *Yale Law and Economics Research Paper* 2005, vol. 293, p. 1-51.
- TOBIN, Jennifer L. et Marc L. BUSCH, « A Bit Is Better than a Lot : Bilateral Investment Treaties and Preferential Trade Agreements », *World Politics* jan. 2010, vol. 62, n° 1, p. 1-42.
- TOBIN, Jennifer L. et Susan ROSE-ACKERMAN, « When BITs Have Some Bite : The Political-Economic Environment for Bilateral Investment Treaties », *Review of International Organizations* 2011, vol. 6, n° 1, p. 1-32.
- TOMKA, Peter, « Are States liable for the conduct of their Instrumentalities ? Introductory Remarks in State Entities in International Arbitration », *IAI Series on International Arbitration* 2008, vol. 4.
- TOMZ, Mark L J Wright Michael, « Empirical Research on Sovereign Debt and Default », *Annual Review of Economics* 2013, vol. 5, n° 1, p. 247-272.
- TOMZ, Michael, Judith L. GOLDSTEIN et Douglas RIVERS, « Do We Really Know That the WTO Increases Trade ? Comment », *American Economic Review* déc. 2007, vol. 97, n° 5, p. 2005-2018.

- TOURNIER, Arnaud, « De Brunsbüttel à Kinshasa - Le Droit de La Réparation Dans La Jurisprudence Des Cours Mondiales à l'aune de l'arrêt Diallo », *Annuaire Français de Droit International* 2012, vol. 58, n° 1, p. 205-221.
- TUNKIN, « “General Principles of Law” in International Law », *Internationale Festschrift Für Alfred Verdross Zum 80. Geburtstag* 1971, p. 523.
- TUNKIN, G. I., « Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law », *California Law Review* août 1961, vol. 49, n° 3, p. 419.
- TURRINI, Alessandro et Dieter M. URBAN, « A Theoretical Perspective on Multilateral Agreements on Investment* », *Review of International Economics* 2008, vol. 16, n° 5, p. 1023-1043.
- ULLAH, K Inaba MS, « Liberalization and FDI Performance : Evidence from ASEAN and SAFTA Member Countries », *Journal of Economic Structures* 2014, vol. 3, p. 6.
- UPRETI, Pratyush Nath, « Enforcing IPRS through Investor-state Dispute Settlement : A Paradigm Shift in Global IP Practice », *The Journal of World Intellectual Property* 2016, vol. 19, n° 1-2, p. 53-82.
- URPELAINEN, Johannes, « The Enforcement-Exploitation Trade-off in International Cooperation between Weak and Powerful States », *European Journal of International Relations* déc. 2011, vol. 17, n° 4, p. 631-653.
- URSULA, Kriebaum et Reinisch AUGUST, « Property, Right To, International Protection » in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, sous la dir. de Anne PETERS et Rüdiger WOLFRUM, Oxford University Press, 2019.
- UTTAMA, Nathapornpan Piyaarekul, « International Investment Agreements Provisions and Foreign Direct Investment Flows in the Regional Comprehensive Economic Partnership Region », *Economies* mars 2021, vol. 9, n° 1, p. 28.
- VACCARO-INCISA, G. Matteo, « Arbitration Clauses Limited to Compensation Due to Expropriation : Relevant Case Law, Interpretive Trends, and the Case of China's Treaty Policy and Practice » in *Handbook of International Investment Law and Policy*, sous la dir. de Julien CHAISSE, Leïla CHOUKROUNE et Sufian JUSOH, Singapore : Springer Singapore, 2019, p. 1-38.
- VADI, Valentina Sara, « Cultural heritage and international investment law : A stormy relationship », *International Journal of Cultural Property* 2008, vol. 15, n° 1, p. 1-24.

- VALASEK, Martin J, « A “simple Scheme” : Exploring the Meaning of Chorzów Factory for the Valuation of Opportunistic Expropriation in the BIT Generation », *Transnational Dispute Management* nov. 2007, vol. 4, n° 6, p. 49.
- VALENTINO, Benjamin, Paul HUTH et Sarah CROCO, « Covenants without the Sword International Law and the Protection of Civilians in Times of War », *World Politics* avr. 2006, vol. 58, n° 3, p. 339-377.
- VAN AAKEN, Anne, « International Investment Law between Commitment and Flexibility : A Contract Theory Analysis », *Journal of International Economic Law* 2009, vol. 12, n° 2, p. 507-538.
- VANDEVELDE, Kenneth J., « The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty », *American Journal of International Law* 1998, p. 621-641.
- VANDEVELDE, KJ, « A Brief History of International Investment Agreements » in *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment*, Oxford University Press, 2009, 3-undefined.
- VEGGELAND, Frode et Svein Ole BORGEN, « Negotiating International Food Standards : The World Trade Organization’s Impact on the Codex Alimentarius Commission », *Governance-an International Journal of Policy and Administration* oct. 2005, vol. 18, n° 4, p. 675-708.
- VERDROSS, « Les Principes Généraux de Droit Dans Le Système Des Sources Du Droit International Public, » *Recueil d’Études de Droit International : En Hommage À Paul Guggenheim* 1968, p. 521.
- VERNON, Raymond, « Codes on Transnationals : Ingredients for an Effective International Regime » in *Structural Change, Economic Interdependence and World Development*, Palgrave Macmillan UK, 1987, p. 227-240.
- VERWEY, Wil D. et Nico J. SCHRIJVER, « The Taking of Foreign Property under International Law : A New Legal Perspective ? », *Netherlands Yearbook of International Law* 1984, vol. 15, p. 3-96.
- VICARD, V, « Trade, Conflict, and Political Integration : Explaining the Heterogeneity of Regional Trade Agreements », *European Economic Review* 2012, vol. 56, n° 1, p. 54-71.

- VICIEN-MILBURN, Maria et Yulia ANDREEVA, « Testing the Procedural Limits of the ICSID Annulment Regime in Cases against Argentina », *Yearbook of International Investment Law and Policies* 2010, p. 291-332.
- VINCENTELLI, Ignacio A, « The Uncertain Future of ICSID in Latin America », *Law & Business Review of the Americas* 2010, vol. 16, n° 1, p. 409-456.
- VIÑUALES, Jorge E., « Sovereignty in Foreign Investment Law » in *The Foundations of International Investment Law : Bringing Theory into Practice*, sous la dir. de Zachary DOUGLAS, Oxford University Press (OUP), 2014.
- VINUESA, Raul Emilio, « Bilateral Investment Treaties and the Settlement of Investment Disputes under ICSID : The Latin American Experience », *Law and Business Review of the Americas* 2002, vol. 8, n° 4, p. 501-534.
- VIRALLY, Michel, « La Charte Des Droits et Des Devoirs Économiques Des Etats. Note de Lecture », *Annuaire Français de Droit International* 1974, vol. 20, n° 1, p. 57-77.
- VOETEN, Erik, « The Politics of International Judicial Appointments : Evidence from the European Court of Human Rights », *International Organization* oct. 2007, vol. 61, n° 4, p. 669-701.
- « The Impartiality of International Judges : Evidence from the European Court of Human Rights », *American Political Science Review* nov. 2008, vol. 102, n° 4, p. 417-433.
- Von MEHREN, Robert, « International Arbitrations between States and Foreign Private Parties : The Libyan Nationalization Cases », *American Journal of International Law* juill. 1981, vol. 75, n° 3, p. 476-552.
- WAIBEL, Michael et al., « The Backlash against Investment Arbitration : Perceptions and Reality » in *The Backlash against Investment Arbitration*, sous la dir. de Michael WAIBEL et al.
- WALDE, Thomas W. et Kaj HOBÉR, « First Energy Charter Treaty Arbitral Award », *Journal of International Arbitration* 2005, vol. 22, n° 2, p. 83-103.
- WÄLDE, Thomas W et Borzu SABAHI, « Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law », *Transnational Dispute Management* 10 fév. 2007, vol. 6, n° 4, p. 65.

- WÄLDE, Thomas W., « Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty—from Dispute Settlement to Treaty Implementation », *Arbitration International* 1996, vol. 12, n° 4, p. 429-466.
- WALKER, George K., « Sea Power and the Law of the Sea », *Ocean Development and International Law* jan. 1979, vol. 7, n° 3-4, p. 266-326.
- WANG, Danqing et al., « Running out of Steam? A Political Incentive Perspective of FDI Inflows in China », *Journal of International Business Studies* juin 2021, vol. 52, n° 4, p. 692-717.
- WANG, Qihu et Kang ZHANG, « Supranational Institutions and Location Choice of Outward Direct Investment : Evidence from China's Yangtze River Delta Region », *Journal of Chinese Economic and Business Studies* avr. 2020, vol. 18, n° 2, p. 135-159.
- WANG, Zhiyuan et Hyunjin YOUN, « Locating the External Source of Enforceability : Alliances, Bilateral Investment Treaties, and Foreign Direct Investment », *Social Science Quarterly* 2018, vol. 99, n° 1, p. 80-96.
- WAPNER, Paul, « Politics beyond the State Environmental Activism and World Civic Politics », *World Politics* 1995, vol. 47, n° 3, p. 311-340.
- WATSON, J. Shand, « State Consent and the Sources of International Obligation », *Proceedings of the American Society of International Law at its annual meeting* 1992, vol. 86, p. 108-113.
- WEIL, P., E. Jimenez de ARACHAGA et M. RAMA-MONTALDO, « Le Droit International Dans Un Monde En Mutation -Liber Amicorum En Hommage Au Professeur Eduardo Jimenez de Arechaga » 1994.
- WEIL, Prosper, « Towards Relative Normativity in International Law? » *in Sources of International Law*, t. 77, Taylor and Francis Inc., juill. 2017, p. 123-152.
- WEILER, Joseph H. H., « The Transformation of Europe », *The Yale Law Journal* juin 1991, vol. 100, n° 8, p. 2403.
- WEILER, Todd, « Methanex Corp v USA - Turning the Page on NAFTA Chapter Eleven », *The Journal on World Investment and Trade* 2005, vol. 6, n° 6, p. 903.
- WEINRIB, Ernest, « The Special Morality of Tort Law », *McGill Law Journal* 1989, vol. 34, n° 3, p. 403-413.

- WEINTRAUB, Sidney, « How the UN Votes on Economic Issues », *International Affairs* 1^{er} avr. 1977, vol. 53, n° 2, p. 188-201.
- WEISBURG, Henry et Christopher RYAN, « Means to be made whole : Damages in the context of international investment arbitration » in *Evaluation of Damages in International Arbitration*, sous la dir. de Yves DERAIS et Richard KREINDLER, t. IV, Dossier ICC Institute of World Business Law, 2006.
- WELLHAUSEN, Rachel, « Multinational Corporations, Nationality, and Government Breach of Contract », *SSRN Electronic Journal* 2011, n° ID 1900202.
- « Recent Trends in Investor–State Dispute Settlement », *Journal of International Dispute Settlement* 2016, vol. 7, n° 1, p. 117-135.
- WESTON, Burns H., « “Constructive Takings” under International Law : a Modest Foray into the Problem of “Creeping Expropriation” », *Virginia Journal of International Law* 1975, vol. 16, p. 103-175.
- « The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-owned Wealth », *American Journal of International Law* 1981, vol. 75, p. 437.
- WEYLAND, Kurt, « Toward a New Theory of Institutional Change », *World Politics* jan. 2008, vol. 60, n° 2, p. 281-314.
- WHITE, George O. et al., « Does Context Really Matter ? The Influence of Deficient Legal Services on the Intensity of Political Ties in the Regulatory and Legal Arenas », *Multinational Business Review* août 2020, vol. 28, n° 3, p. 277-305.
- WHITE, Robin C. A., « A New International Economic Order », *International & Comparative Law Quarterly* juill. 1975, vol. 24, n° 3, p. 542-552.
- « New International Economic Order », *International and Comparative Law Quarterly* 1975, vol. 24, n° 3, p. 542-552.
- WHYTOCK, Christopher A., « Politics and the Rule of Law in Transnational Judicial Governance : The Case of Forum Non Conveniens », *SSRN Electronic Journal* déc. 2011.
- WILLIAMS, Fischer, « International Law and the Property of Aliens, » *British Yearbook of International Law* 1928, vol. 9, p. 1.
- WILSON, Robert R., « Natural-Resources Provisions in United States Commercial Treaties », *American Journal of International Law* 1954, vol. 48, E55.

- WILSON, Robert R., « International Law and Some Contemporary Problems », *Proceedings of the American Society of International Law at its annual meeting 1958*, vol. 52, p. 26-34.
- WITOLD J HENISZ, Edward D Mansfield Srividya Jandhyala, « Three Waves of BITs : The Global Diffusion of Foreign Investment Policy », *Journal of Conflict Resolution* 2011, vol. 55, n° 6, p. 1047-1073.
- WITTE, Caroline T., Martijn J. BURGER et Enrico PENNINGS, « When Political Instability Devaluates Home-Host Ties », *Journal of World Business* juin 2020, vol. 55, n° 4.
- WITTICH, Stephan, « Awe of the Gods and Fear of the Priests : Punitive Damages and the Law of State Responsibility », *Austrian Review of International and European Law* 1998, vol. 3, p. 101.
- WORTLEY, Ben A., « Some Early but Basic Theories of Expropriation », *German Yearbook of International Law* 1977, vol. 20, p. 236.
- WÜTHRICH, S, « Seeking Domestic Approval : Determinants of Ratification Duration in International Trade », *Swiss Political Science Review* 2020, vol. 26, n° 2, p. 228-242.
- WYLDE, Christopher, « Developmental State Is Dead, Long Live the Developmental Regime! Interpreting Néstor Kirchner's Argentina 2003–2007 », *Journal of International Relations and Development* 2014, vol. 17, n° 2, p. 191-219.
- XU, Kai et al., « Country Institutional Environments and International Strategy : A Review and Analysis of the Research », *Journal of International Management* mars 2021, vol. 27, n° 1.
- YACKEE, Jason Webb, « Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law : Do BITs Promote Foreign Direct Investment ? », *Law and Society Review* déc. 2008, vol. 42, n° 4, p. 805-832.
- YACKEE, Jason Webb et Susan Webb YACKEE, « Divided Government and US Federal Rulemaking », *Regulation and Governance* 2009, vol. 3, n° 2, p. 128-144.
- YACKEE, JW, « Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment ? Some Hints from Alternative Evidence », *Virginia Journal of International Law* 2010, vol. 51, p. 397-442.

- YORAM Z HAFTEL, Alexander Thompson Tomer Broude, « The Trans-Pacific Partnership and Regulatory Space : A Comparison of Treaty Texts », *Journal of International Economic Law* 2017, vol. 20, n° 2, p. 391-417.
- ZAMIR, Noam, « The Police Powers Doctrine in International Investment Law », *Manchester Journal of International Economic Law* 2017, vol. 14, n° 3, p. 318-337.
- ZENG, Ka et Yue LU, « Variation in Bilateral Investment Treaty Provisions and Foreign Direct Investment Flows to China, 1997–2011 », *International Interactions* 19 oct. 2016, vol. 42, n° 5, p. 820-848.
- ZHANG, Yameng et al., « International Friendship Cities, Regional Government Leaders, and Outward Foreign Direct Investment from China », *Journal of Business Research* jan. 2020, vol. 108, p. 105-118.
- ZIMMERMANN, Dominik, « Judicial Independence in the Ad Hoc International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda » in *The Independence of International Courts*, Nomos, 2014, p. 343-424.
- ZIYAEVA, Diora, « Arbitral Tribunals Tend to Pay Lip Service to the Chorzów Factory Full Reparation Principle, Disregarding the Context and Full Implication of the Dictum », *The Journal of Damages in International Arbitration* 2015, vol. 2, n° 2, p. 121.

Résolutions

- Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 1803 (XVII) du 8 déc. 1962, Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, n° A/RES/1803(XVII).
- Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 3171 (XXVIII) du 17 déc. 1973, Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, n° A/RES/3171(XXVIII).
- Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 3201 (S-VI) du 1^{er} mai 1974, Déclaration Concernant l'Instauration d'un Nouvel Ordre Économique International, n° A/RES/3201(S-VI).
- Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 3202 (S-VI) du 1^{er} mai 1974, Programme d'action Concernant l'Instauration d'un Nouvel Ordre Économique International, n° A/RES/3202(S-VI).

Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 3281 (XXIX) du 12 déc. 1974, Charte des droits et devoirs économiques des États, n° A/RES/3281(XXIX).

Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 56/83 du 12 déc. 2001, sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, n° A/RES/56/83.

Rapports et documents d'organisations internationales

"Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment 2004/04, OECD, 1^{er} sept. 2004.

A Test for European Solidarity : The Case of Intra-EU Bilateral Investment Treaties, Transnational Institute, jan. 2013.

Annuaire de la Commission du Droit International, Organisation des Nations Unies, 1956.

Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, UNCTAD/ITE/IIT/7, Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, 1998.

British and Foreign State Papers, Foreign and Commonwealth Office, 1876, p. 130.

Cadre Juridique pour le Traitement de l'Investissement Étranger, Banque Mondiale, 1992.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-deuxième session*, A/55/10, Organisation des Nations Unies, 2000.

Expropriation, UNCTAD/DIAE/IA/2011/7, Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, 2012.

Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment 2004/03, OECD, 1^{er} sept. 2004.

Global Investment Competitiveness Report 2019/2020 : Rebuilding Investor Confidence in Times of Uncertainty, Banque Mondiale, mai 2020.

Inside TTIP : An Overview and Chapter-by-Chapter Guide in Plain English, Commission européenne, 2015.

Pariah in the World Economy : How Should Countries Respond to Argentina's Return to Economic Nationalism ? Policy Briefs No. 1, European Centre for International Political Economy / ECIPE, 2013.

Projet de convention sur la responsabilité internationale des Etats pour dommages aux étrangers, Harvard Law School, 1961.

Propositions concernant les accords d'investissement bilatéraux et multilatéraux et les pratiques en la matière en vue de l'élaboration de codes de conduite concernant l'investissement étranger direct à l'intention des sociétés transnationales et des États, A/AC.257/27/Add.7, Organisation des Nations Unies, 2001.

Regulatory Governance in Developing Countries, Banque Mondiale, 1^{er} jan. 2010.

Roundtable on Freedom of Investment, OCDE, 2011.

Scope Limitation or Affirmative Defence ? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses, Society of International Economic Law, 2018.

World Investment Report 2021 - Investing in sustainable recovery, UNCTAD/WIR/2021, Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, 2021.

Index des Auteurs

Les entrées référencées renvoient à des numéros de verset.

A

Abdala , Manuel , [118](#), [126](#), [159](#), [211](#), [225](#),
[232](#), [286](#)
Abouchar , Juli A. , [38](#)
Ago , Roberto , [165](#)
Aisbett , Emma , [38](#), [62](#), [79](#), [225](#)
Aldrich , George , [44](#), [75](#), [76](#)
Alland , Denis , [119](#), [162](#), [164](#), [168](#), [213](#),
[232](#)
Allee , Todd , [52](#), [174](#)
Alomar , Rafael Cox , [211](#), [331](#)
Alschner , Wolfgang , [62](#)
Alter , Karen , [62](#)
Alvarez , José , [71](#), [89](#)
Amerasinghe , Chittharanjan Felix , [9](#)
Andreeva , Yulia , [71](#)
Appleton , Barry , [79](#), [105](#)
Arangio-Ruiz , Gaetano , [232](#), [347](#)
Aréchaga , Jiménez de , [279](#)
Association Henri Capitant des amis de
la culture juridique française , ,
[32](#)

B

Baker , Sherston , [225](#)

Ball , Markham , [156](#)
Barreiros , Lucas E. , [221](#)
Baxter , Richard , [22](#), [121](#), [351](#)
Becker , Judy S. , [38](#)
Beebeejaun , Ambareen , [38](#)
Beharry , Christina L. , [154](#), [211](#), [219](#),
[225](#), [262](#), [263](#), [331](#)
Ben Hamida , Walid , [336](#)
Bendel , Justine , [38](#)
Bernal-Meza , Raul , [71](#)
Bernauer , Thomas , [38](#)
Bienvenu , Pierre , [211](#), [211](#), [212](#), [220](#),
[232](#), [238](#), [257](#), [260](#), [265](#), [269](#), [315](#),
[318](#), [318](#), [325](#), [333](#), [334](#), [334](#), [337](#),
[343](#)
Birch , Nicholas , [126](#), [211](#), [232](#), [286](#), [331](#)
Bjorklund , Andrea , [156](#), [225](#)
Bodeau , Pierre , [163](#)
Bowett , Derek , [186](#), [189](#), [191](#), [214](#), [259](#),
[332](#)
Bown , Chad P. , [70](#)
Braddock , Richard , [73](#), [74](#)
Brand , R. , [346](#)
Breton , Caroline , [162](#), [163](#), [164](#), [165](#),
[166](#), [178](#), [211](#), [213](#), [217](#), [220](#), [221](#),

232, 284
Brower , Charles , 44, 44, 112, 126, 189,
201, 225, 259, 326
Brown , Chester , 136
Brownlie , Ian , 68, 74, 193
Brueschke , Jason , 44, 189, 201
Brunetti , Maurizio , 44, 201
Bruno , Victoria , 221
Bubb , Ryan , 52
Burke-White , William W. , 221
Busch , Marc L. , 70
Bénabent , Alain , 139
Büthe , Tim , 70

C

Cain , Jason D. , 325
Campos , Nauro , 70
Carreau , Dominique , 148, 149, 154, 259,
284
Carrubba , Clifford , 52, 79
Carter , Justin , 170
Cassese , Antonio , 163
Chamseddine , Houssam , 159, 170
Chapardar , Hadi , 159, 170
Cheng , Bin , 225
Chi , Manjiao , 38
Choudhury , Barnali , 39, 213
Christie , George , 74, 75, 76, 201
Christopher , Warren , 44, 45
Clinton , David , 162
Cohen , Jeffrey , 118, 126, 232, 286
Cohen-Jonathan , Gérard , 153
Comar-Obeid , Nayla , 316
Combacau , Jean , 119, 134, 162, 164,
168, 213, 232, 259, 284
Commission du droit international , , 213

Conti , Joseph A. , 70
Conway , Émilie , 77
Cooney , Rosie , 38, 70
Cornu , Gérard , 32
Cottureau , Gilles , 347
Crawford , James , 75, 163, 180, 188, 197,
220, 259, 351
Crawford , Susan , 70
Cremades , Bernardo , 192
Crook , John , 44, 45
Cummings , Roger H , 4

D

Daillier , Patrick , 44, 45
Dam-de Jong , Daniëlla , 38
Darendeli , Izzet , 52
Daza-Clark , Ana Maria , 38
DeGarmo , Denise , 38, 52
Derains , Yves , 334
Detter de Lupis Frankopan , Ingrid , 9
Dhooge , Lucien , 38, 81
Dias Simões , Fernando , 156
Dolzer , Rudolf , 13, 25, 28, 201, 221, 225,
259, 315
Douglas , Zachary , 246
Drymer , Stephen L. , 201
du , r , 212
Dumberry , Patrick , 156
Dupuy , Pierre-Marie , 128, 134, 135, 142,
163, 221, 284
Dür , Andreas , 38

E

Eagleton , Clyde , 232
Endicott , Martin , 141
Ergec , Rusen , 54
Escudé , Corlos , 71

F

Farand , André , [44](#), [45](#)
Fariss , Christopher J. , [52](#)
Fischer , Georges , [62](#), [213](#)
Fitzmaurice , Malgosia , [44](#), [45](#), [159](#), [201](#)
Florou , Aikaterini , [221](#)
Fortier , L. Yves , [201](#)
Foster , Caroline E. , [62](#), [98](#)
Francioni , Francesco , [225](#)
Friedmann , Wolfgang , [188](#)

G

Gabel , Matthew , [52](#)
Gaetano , Arangio-Ruiz , [163](#)
Gann , Pamela B. , [225](#)
Gantz , David A. , [63](#)
García-Amador , Francisco V. , [22](#), [64](#),
[121](#), [232](#)
Gauthier , Catherine , [54](#)
Girvan , Normann , [154](#)
Goldstein , Judith L. , [70](#)
Goldstein , RH Steinberg J , [70](#)
Goldsweig , David N. , [4](#)
Goodman , Charity L , [71](#)
Goodman , Ronald E M , [118](#), [126](#), [211](#),
[211](#), [232](#), [286](#)
Gotanda , John Y. , [323](#), [324](#), [334](#), [334](#),
[346](#)
Gould , Harry , [162](#), [213](#)
Graefrath , Bernhard , [163](#)
Gray , Christine D , [136](#)
Gray , James , [325](#)
Gray , Kevin R. , [39](#)
Grgeta , Edi , [118](#), [126](#), [232](#), [286](#)

H

Hackworth , Green Haywood , [20](#), [20](#), [127](#),
[213](#)
Haftel , Yoram Z. , [71](#)
Haight , George Winthrop , [64](#)
Hamamoto , Shotaro , [34](#), [150](#), [225](#)
Han , Xiuli , [95](#)
Handl , Günther , [162](#), [213](#)
Hanesian , Grant , [44](#), [45](#)
Hanh , Pham Thi Hong , [70](#)
Hankla , Charles , [52](#)
Hanotiau , Bernard , [154](#)
Hart , Herbert Lionel Adolphus , [168](#)
Henckels , Caroline , [156](#)
Hermalin , Benjamin E. , [225](#)
Herrera , Andrés Tavošnanka Germán ,
[71](#), [89](#)
Herz , John , [74](#), [79](#)
Higgins , Rosalyn , [201](#), [238](#), [240](#)
Hobér , Kaj , [225](#), [226](#), [246](#)
Hoekman , Bernard , [70](#)
Hubert , Don , [39](#)
Hunter , Martin , [334](#)
Hyde , Charles , [225](#), [232](#)
Hyde , James N. , [62](#)

I

Islam , Rumana , [156](#)

J

Jacob , Patrick , [51](#)
Jain , Subhash C. , [62](#)
Jennings , Robert , [351](#)
Jones , Ray C. , [40](#), [150](#)

K

Kantor , Mark , [154](#), [157](#), [158](#)

Karp , Larry , 38, 62, 79, 225
Karstedt , Susanne , 62
Kaye , David , 163
Keene , Amelia , 38, 70
Kerbrat , Yann , 128, 135, 142, 211, 221,
267, 284
Khachvani , David , 44, 119, 162, 168,
169, 174, 179, 199, 211, 211, 213,
220, 232, 286, 288, 291, 294, 296,
296, 299, 329
Khamisi , Kathryn , 71, 89, 246
Khediri , Karim Ben , 38
King , Richard J. , 38
Kingsbury , Benedict , 156
Kleinheisterkamp , Jan , 62, 221
Kohl , S Trojanowska T , 70
Kostecki , Michel , 70
Kreindler , Richard , 221
Kriebaum , Ursula , 213
Kucik , Jeffrey , 70
Kulick , Andreas , 113
Kunoy , Bjørn , 95

L

Laborías , Alexis Rodrigo , 71
Laird , Ian A. , 156, 225
Laird , John , 70
Lang , Andrew T.F. , 38, 70
Lanyi , Pamela Apaza , 70
Latty , Franck , 51
Lavaud , Florianne , 126, 154, 159, 211,
331
Laviec , Jean-Pierre , 64
Lavopa , Federico M. , 221
Leal-Arcas , Rafael , 70
Leben , Charles , 128

Lechner , Lisa , 38
Levi , Hila , 71
Liang , Yuen-Li , 163
Lieblich , William C. , 240, 354, 354
Lo , James , 52

M

Malamud , Andrés , 71
Mann , Frederik , 323, 324, 347
Marboe , Irmgard , 55, 63, 67, 118, 154,
158, 159, 186, 189, 191, 193, 202,
205, 212, 213, 215, 225, 238, 257,
263, 286, 290, 303, 331, 349, 351,
353, 354, 355, 357
Marguénaud , Jean-Pierre , 54
McAusland , Carol , 38, 62, 79, 225
McLachlan , Campbell , 325, 326, 334
McRae , Donald M. , 162
Meernik , James , 156
Mendelson , Maurice H. , 225
Mengie , Legesse Tigabu , 79, 95
Merrill , Thomas W. , 225
Milner , Helen V. , 70
Mitchell , Kate , 79, 103, 117
Mitchell , Ronald B. , 38
Mohebi , Mohsen , 44, 189
Montel , Lucas , 211, 263, 264
Morgera , Elisa , 38
Morin , Jean Frédéric , 38
Mortimore , Leonardo Stanley Michael ,
71
Mosk , Richard M , 44, 45
Mostafa , Ben , 74, 79
Mouri , Allahyar , 44, 201, 220
Muzny , Petr , 54
Myerson , Roger B , 154

Méndez Bräutigam , Elisa , 154, 225, 262,
263

N

Nanteuil , Arnaud de , 51

Nelson , Timothy G. , 118, 211, 232, 286,
331

Newcombe , Andrew Paul , 62, 76, 79,
225

Nollkaemper , André , 163

Norton , Patrick M. , 127

O

Oppenheim , Lassa , 21

Ortscheidt , Jérôme , 129

Ottolenghi , Michael , 126, 225, 259

P

Paparinskis , Martins , 232

Paradell , Lluís , 76

Parkhomenko , Yuri , 118, 126, 211, 211,
232, 286

Pathirana , Dilini , 38, 44, 105

PC Mavroidis , A Sapir H Horn , 70

Peel , Jacqueline , 163

Peinhardt , Clint , 52, 174

Pellet , Alain , 163, 220

Pellonpää , Matti , 44, 45, 159, 201

Perry , Guillermo , 71

Peterson , Luke Eric , 39, 170

Poulsen , Lauge N. Skovgaard , 225

Pérez-Aznar , Facundo , 64, 156

R

Raad , Rima Anis , 44, 45, 221

Radi , Yannick , 105

Rambaud , Patrick , 50, 153

Ratner , Steven R. , 211, 225, 290

Recene Costa , Guilherme , 126, 154, 159,
211, 331

Redfern , Alan , 334

Reinhardt , Eric , 70, 70

Reinisch , August , 197, 213

Reisman , W. Michael , 154, 204, 273, 350

Riedel , Eibe , 351

Ripinsky , Sergey , 140, 141, 156, 190,
192, 192, 197, 204, 225, 293, 328,
357

Rivers , Douglas , 70

Robert , Rosenstock , 163

Roberts , Anthea , 73, 74, 116, 208, 363

Robinson , Davis R. , 20, 127

Rogers , William D. , 156

Rose , Andrew K. , 70

Rose-Ackerman , Susan , 52

Rousseau , Charles , 21

Rozental , Andres , 64

Ryan , Christopher , 240

S

Sabahi , Borzu , 118, 154, 224, 258, 268

Sabahi , Burzu , 118, 225

Sacerdoti , Giorgio , 149, 315

Salacuse , Jeswald W. , 2, 3, 6, 9, 11, 14,
18, 23, 24, 27, 196

Satterthwaite , Mark A , 154

Schachter , Oscar , 20, 21, 118, 127, 225

Schill , Stephan W. , 95, 156

Schneiderman , David , 81

Schreuer , Christoph , 13, 25, 28, 141,
144, 221, 225, 259

Schwartz , Eric A. , 334

Schwarzenberger , Georg , 225, 304, 333

Scott , George Winfield , 321

Seidl-Hohenveldern , Ignaz , 31, 148, 154,
 156, 259, 332
 Serven , Luis , 71
 Shaffer , Gregory , 70
 Sharpe , Jeremy K. , 326
 Sheppard , Audrey , 194, 211, 238, 240
 Shore , Laurence , 325, 326, 334
 Sloane , Robert , 154
 Sloane , Robert D. , 154, 204, 273, 350
 Smutny , Abby Cohen , 133, 257
 Sohn , Louis B. , 22, 121, 351
 Sornarajah , Muthucumaraswamy , 189,
 232
 Spiller , Pablo T. , 118, 126, 159, 211,
 225, 232, 286
 Stein , Eric , 39
 Stein , Ted L , 44, 45
 Steinbach , Armin , 70
 Stephens , Tim , 38
 Stern , Brigitte , 105, 153, 211, 232
 Stoll , Hans , 346
 Sur , Serge , 134, 259, 284
 Sykes , Alan O. , 69, 221
 Sørensen , Max , 232

T

Tammes , Arnold J.P. , 162
 Tarlock , A. Dan , 38
 Temerlin , Federico , 118, 126, 232, 286
 Teynier , Eric , 236
 Thomas , Kenneth P. , 5
 Titi , Catharine , 79, 105
 Tomka , Peter , 221
 Tomz , Michael , 70
 Tudor , Ioana , 156

U

Upreti , Pratyush Nath , 156

V

Vaccaro-Incisa , G. Matteo , 225
 Vadi , Valentina Sara , 105
 Valasek , Martin J , 126, 151, 154, 211,
 211, 212, 220, 232, 232, 238, 257,
 260, 265, 269, 278, 286, 315, 318,
 318, 325, 333, 334, 334, 337, 343
 Van Aaken , Anne , 70
 Van Drooghenbroeck , Sébastien , 54
 Vandevelde , Kenneth J. , 112, 156, 221
 Velu , Jacques , 54
 Vicien-Milburn , Maria , 71
 Viney , Geneviève , 34
 Visscher , Charles de , 21
 Viñuales , Jorge E. , 75
 Von Mehren , Robert, 44
 Von Staden , Andreas , 221

W

Waelde , Thomas , 150
 Wapner , Paul , 38
 Watson , J. Shand , 162
 Wei , William X. , 159, 170
 Weil , Prosper , 162, 221
 Weiler , Todd , 112
 Weiniger , Matthew , 325, 326, 334
 Weisburg , Henry , 240
 Weiss , Thomas G. , 39
 Wellhausen , Rachel , 26
 Westlake , John , 225
 Weston , Burns H. , 89, 201
 White , George O. , 38
 White , Robin C.A. , 64
 Whiteman , Marjorie , 321

Williams , Fischer , 80
Williams , Kevin , 140, 141, 190, 192, 192,
197, 204, 328
Wilson , Wayne R. , 325
Wittich , Stephan , 347
Wälde , Thomas W , 118, 154, 224, 258,
268
Wälde , Thomas W. , 150

Z

Zamir , Noam , 74, 79, 80, 81, 85, 88
Ziyaeva , Diora , 126, 211, 232, 232, 286,
331

Index des décisions, arrêts et sentences arbitrales

Les entrées référencées renvoient à des numéros de verset.

A

- CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt sur le fond, 27 juin 1986, Rec. 1986, p. 392 . [125](#), [136](#), [141](#)
- CIRDI, *ADC Affiliate Limited c. Hongrie*, sentence, 2 oct. 2006, n° ARB/03/16 [13](#), [14](#), [15](#), [125](#), [131](#), [138](#), [152](#), [158](#), [181](#), [182](#), [195](#), [222](#), [224](#), [226](#), [248](#), [256](#), [259](#), [260](#), [267](#), [268](#), [271](#), [276](#), [307](#), [311](#), [324](#), [343](#)
- CIJ, *Affaire Jadhav (Inde c. Pakistan)*, arrêt, 19 juill. 2019, Rec. 2019, p. 418 [129](#)
- Arbitrage *ad hoc*, *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne contre Royaume-Uni)*, sentence, 1^{er} mai 1925, *Recueil Des Sentences Arbitrales* 1924, vol. II, p. 615-742 [319](#)
- CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt sur l'Indemnisation due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée, 19 juin 2012, Rec. 2012, p. 324 [129](#)
- CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt, 30 nov. 2010, Rec. 2010, p. 639 [129](#)
- CIRDI, *AIG Capital Partners, Inc. et CJSC Tema Real Estate Company Ltd. c. Kazakhstan*, sentence, 7 oct. 2003, n° ARB/01/6 [125](#), [151](#)
- CIRDI, *Amco Asia Corporation et autres c. Indonésie*, sentence, 20 nov. 1984, n° ARB/81/1 [132](#), [144](#), [222](#), [292](#)
- CIRDI, *American Manufacturing and Trading, Inc. c. Zaïre*, sentence, 21 fév. 1997, n° ARB/93/1 [228](#)

Arbitrage <i>ad hoc</i> , <i>The American Independent Oil Company c. Koweït</i> , sentence, 24 mars 1982	62, 186
Tribunal irano-américain de réclamations, <i>American International Group c. Iran</i> , sentence, 7 déc. 1983, n° 93-2-3	44
Tribunal irano-américain de réclamations, <i>Amoco International Finance Corporation c. Iran</i> , sentence partielle, 14 juill. 1987, n° 310-56-3 .	125, 130, 167, 179, 195, 213, 251, 287, 351, 352
CIJ, <i>Anglo-iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)</i> , arrêt sur la compétence, 22 juill. 1952, Rec. 1952, p. 93	187
CIRDI, <i>Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi</i> , sentence, 10 fév. 1999, n° ARB/95/3	46, 47, 139, 142, 172, 180, 265
CIJ, <i>Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)</i> , arrêt, 26 fév. 2007, Rec. 2007, p. 43	129
CIRDI, <i>Archer Daniels Midland Company and Tate et Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Mexique</i> , sentence, 21 nov. 2007, n° ARB (AF)/04/5	144, 155, 221, 222
CIRDI, <i>Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka</i> , sentence, 27 juin 1990, n° ARB/87/3	242, 265, 317
CIRDI, <i>Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (Aucoven) c. Venezuela</i> , sentence, 23 sept. 2003, n° ARB/00/5	314, 318
CIJ, <i>Avena et autres ressortissants Mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)</i> , arrêt, 31 mars 2004, Rec. 2004, p. 12	129
CIRDI, <i>Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. Mexique</i> , sentence, 1 ^{er} nov. 1999, n° ARB(AF)/497/2	340
CIRDI, <i>Azurix Corp. c. Argentine</i> , sentence, 14 juill. 2006, n° ARB/01/12	73, 106, 108, 113, 243, 342
CIRDI, <i>Mr. Franck Charles Arif c. République de Moldavie</i> , sentence, 8 avr. 2013, n° ARB/11/23	143

B

Arbitrage <i>ad hoc</i> , <i>BP Exploration Company (Libye) c. Libye</i> , sentence, 10 août 1974	125, 152, 179
Cour Suprême des États-Unis, <i>Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino</i> , Arrêt, 23 mars 1964, n° 376 U.S. 398 (1964), <i>International Law Reports</i> 1967, vol. 35, p. 1-50, sous la dir. de Cambridge University PRESS	187

Cour Européenne des Droits de l'Homme, <i>Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italie</i> , arrêt, 30 oct. 2003, n° 31524/96	215, 286, 306
CIRDI, <i>Bernardus Henricus Funnekotter et consorts c. Zimbabwe</i> , sentence, 22 avr. 2009, n° ARB/05/6	251
Arbitrage <i>ad hoc</i> , <i>BG Group Plc. c. République d'Argentine</i> , sentence finale, 24 déc. 2007	73, 106, 223, 253, 324
CIRDI, <i>Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzanie</i> , sentence, 24 juill. 2008, n° ARB/05/22	152, 155, 223
Cour Européenne des Droits de l'Homme, <i>Broniowski c. Pologne</i> , arrêt, 22 juin 2004, n° 31443/96	54
Cour Suprême des États-Unis, <i>Brown v. State of Maryland</i> , Arrêt, 12 mars 1827, n° 25 U.S. 419, 6 L. Ed. 678 (1827)	74
Cour Européenne des Droits de l'Homme, <i>Brumarescu c. Roumanie</i> , arrêt, 23 jan. 2001, n° 28342/95	215
CIRDI, <i>Burlington Resources Inc. c. République de l'Équateur</i> , décision sur le réexamen et la compensation, 7 fév. 2017, n° ARB/08/5	223, 266

C

CIRDI, <i>Caratube International Oil Company Llp c. Kazakhstan</i> , sentence, 5 juin 2012, n° ARB/08/12	223
CIJ, <i>Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)</i> , arrêt - Indemnisation due par la République du Nicaragua à la République du Costa Rica, 2 fév. 2018, Rec. 2018, p. 15	129
CIRDI, <i>Československa obchodní banka, a.s. c. Slovaquie</i> , sentence, 29 déc. 2004, n° ARB/97/4	342
Arbitrage <i>ad hoc</i> , <i>Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company c. Équateur</i> , sentence partielle, 30 mars 2010	137, 160
Arbitrage <i>ad hoc</i> , <i>CME République Tchèque c. République Tchèque</i> , sentence, 14 mars 2003	235, 324
Arbitrage <i>ad hoc</i> , <i>CME République Tchèque c. République Tchèque</i> , sentence partielle, 13 sept. 2001	235, 241
CIRDI, <i>CMS Gas Transmission Company c. Argentine</i> , sentence, 12 mai 2005, n° ARB/01/8	73, 106, 130, 143, 243
CIRDI, <i>Conocophillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V. et Conocophillips Gulf of Paria B.V. c. Venezuela</i> , sentence, 8 mars 2019, n° ARB/07/30	51, 114

- CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un Mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juill. 2004, Rec. 2004, p. 136 125, 129
- CPJI, *Usine De Chorzów*, arrêt, 13 sept. 1928, fond, série A, n° 17 9, 27, 29, 36, 125, 133, 213, 214, 217, 237, 238, 276, 283, 293, 295, 302, 327, 328, 330, 332, 343, 350, 351

D

- Arbitrage *ad hoc*, *Delagoa Bay Railway (États-Unis et Grande Bretagne c. Portugal)*, sentence, 29 mars 1900, *Histoire Documentaire Des Arbitrages Internationaux* 1900, p. 398, sous la dir. de Henri La FONTAINE; *BFSP* 1888, vol. 81, p. 691121, 122, 124
- CIJ, *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, arrêt sur les exceptions préliminaires, 2 fév. 2017, Rec. 2017, p. 3 129

E

- Tribunal irano-américain de réclamations, *Shahine Shaine Ebrahimi c. Iran*, sentence partielle, 12 oct. 1994, n° 560-44/46/47-3 355
- CIRDI, *Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg SARL c. Espagne*, sentence finale, 4 mai 2017, n° ARB/13/36 266
- CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.p. c. Argentine*, décision sur la compétence, 14 jan. 2004, n° ARB/01/3 73, 139, 243
- CIRDI, *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.p. c. Argentine*, sentence, 2 août 2004, n° ARB/01/3 73, 142, 155
- Arbitrage *ad hoc*, *Ethyl Corporation c. Canada*, décision sur la compétence, 24 juin 1998 38
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Ex-Roi de Grèce c. Grèce*, arrêt, 23 nov. 2000, n° 25701/94 54, 286

G

- CIRDI, *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Mexique*, sentence, 16 juin 2010, n° ARB(AF)/04/3 252

I

- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Iatridis c. Grèce*, arrêt, 19 oct. 2000, n° 31107/96 215
- CPA, *Île de Palmas (Pays Bas c. États-Unis)*, sentence, 4 avr. 1928, n° 1925-01 38
- Tribunal irano-américain de réclamations, *Ina c. Iran*, sentence, 13 août 1985, n° 184-161-1 44, 173, 255
- CIRDI, *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, sentence, 3 mars 2010, n° ARB/05/18 . 229

J

- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Jahn et autres c. Allemagne*, arrêt, 30 juin 2005, n° 46720/99, 72203/01 et 72552/01 54
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *James et autres c. Royaume-Uni*, arrêt, 21 fév. 1986, n° 8793/79, *Série A*, t. 98 53

K

- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Klifaas c. Grèce*, arrêt, 8 juill. 2004, n° 66810/01
215

L

- CIJ, *Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 2001, Rec. 2001, p. 466 125, 129, 294
- CIRDI, *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., Et LG&E International, Inc. c. Argentine*, sentence, 25 juill. 2007, n° ARB/02/1 73, 106, 276, 324
- Arbitrage *ad hoc*, *Liamco c. Libye*, sentence, 12 avr. 1977 14, 43, 152, 356
- CIRDI, *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Libéria*, sentence, 21 juin 1983, n° ARB/83/2 14, 180
- Arbitrage *ad hoc*, *Link Trading c. Moldavie*, sentence, 18 avr. 2002 77
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, arrêt, 8 juill. 1986, n° 9006/80 ; 9262/81 ; 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, et 9405/81, *Série A*, t. 102 53
- Arbitrage *ad hoc*, *Opinion in the Lusitania Cases*, sentence, 1^{er} nov. 1923, *Recueil Des Sentences Arbitrales* 1923, vol. VII, p. 32-44 347

M

- CIJ, *Mandat d'Arrêt du 11 Avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, 14 fév. 2002, Rec. 2002, p. 3 125, 129, 141
- CIRDI, *Merrill & Ring Forestry LP c. Canada*, sentence, 31 mars 2010, n° UNCT/07/1
177
- CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, sentence, 30 août 2000, n° ARB(AF)/97/1
37, 254, 265, 317
- CIRDI, *Metalpar S.A. et Buen Aire S.A. c. Argentine*, décision sur la juridiction, 27 avr. 2006, n° ARB/03/5 73
- Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, *Mohammad Ammar Al Balhoul c. Tadjikistan*, sentence, 8 juin 2010, n° 064/2008 221

Cour Européenne des Droits de l'Homme, <i>Motais de Narbonne c. France</i> , arrêt, 27 mai 2003, n° 48161/99	215
CIRDI, <i>MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. Chili</i> , sentence, 25 mai 2004, n° ARB/01/7	132, 223, 227, 324
CIRDI, <i>MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. Chili</i> , décision sur l'annulation, 21 mars 2007, n° ARB/01/7	229

N

Arbitrage <i>ad hoc</i> , <i>National Grid P.L.C. c. République Argentine</i> , sentence, 3 nov. 2006	222, 228
Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, <i>Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. République de Lettonie</i> , sentence, 16 déc. 2003	221, 222, 227

P

Cour Européenne des Droits de l'Homme, <i>Papamichalopoulos et autres c. Grèce</i> , arrêt, 31 oct. 1995, n° 14556/89	215, 278, 286, 305
Cour Européenne des Droits de l'Homme, <i>Papastavrou et autres c. Grèce</i> , arrêt, 18 nov. 2004, n° 46372/99	215
CIRDI, <i>Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie</i> , sentence, 11 sept. 2007, n° ARB/05/8	335
CIJ, <i>Personnel Diplomatique et Consulaire des États-Unis à Téhéran</i> , arrêt, 24 mai 1980, Rec. 1980, p. 3	125, 141
Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, <i>Petrobart Limited c. République du Kirghizistan</i> , sentence, 29 mars 2005, n° 126/2003	221, 222
CIRDI, <i>Bernhard von Pezold et consorts c. République du Zimbabwe</i> , sentence, 28 juill. 2015, n° ARB/10/15	248
CPA, <i>Philip Morris Asia Limited c. Australie</i> , sentence, 8 juill. 2017, n° 2012-12 ...	97
CIRDI, <i>Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay</i> , Amicus Curiae soumis par l'Organisation Mondiale de la Santé et le Secrétariat de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac, 28 jan. 2015, n° ARB/10/7	98
CIRDI, <i>Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. République orientale de l'Uruguay</i> , sentence, 6 juill. 2016, n° ARB/10/7	91, 97, 100, 101
Tribunal irano-américain de réclamations, <i>Philips Petroleum Company c. Iran</i> , sentence, 29 juin 1986, n° 425-39-2	247, 251, 264, 304, 355

Arbitrage <i>ad hoc</i> , <i>Pope & Talbot Inc. c. Canada</i> , sentence sur les dommages, 31 mai 2002 113, 116	
Arbitrage <i>ad hoc</i> , <i>Pope & Talbot Inc. c. Canada</i> , sentence partielle, 1 ^{er} jan. 2000 ..	105
Cour Suprême des États-Unis, <i>Prigg v. Com. of Pennsylvania</i> , Arrêt, 1 ^{er} jan. 1842, n° 41 U.S. 539, 625, 10 L. Ed. 1060 (1842)	74
CIJ, <i>Projet Gabckovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)</i> , arrêt, 31 mars 2004, Rec. 2004, p. 7	125, 129
CIRDI, <i>PSEG Global, Inc., the North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim Ve Ticaret Limited Sirketi c. Turquie</i> , sentence, 19 jan. 2007, n° ARB/02/5	125

Q

Arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, <i>Quasar De Valores Sicav S.A., Orgor De Valores Sicav S.A., Gbi 9000 Sicav S.A. et Alos 34 S.l. c. Russie</i> , sentence, 20 juill. 2012, n° 24/2007	308
CIRDI, <i>Quiborax SA et Non Metallic Minerals SA c. Bolivie</i> , opinion du Professeur Brigitte Stern, 7 sept. 2015, n° ARB/06/2	58
CIRDI, <i>Quiborax SA et Non Metallic Minerals SA c. Bolivie</i> , sentence, 16 sept. 2015, n° ARB/06/2	57, 309

R

Tribunal irano-américain de réclamations, <i>Frederica Lincoln Riahi c. La République Islamique d'Iran</i> , Sentence, 27 fév. 2003, n° 600-485-1	249
Arbitrage <i>ad hoc</i> , <i>Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande c. France)</i> , sentence, 30 avr. 1990, <i>Annuaire Français de Droit International</i> 1990, vol. 36, n° 1, p. 395-407; <i>Recueil Des Sentences Arbitrales</i> 1990, vol. XIX, p. 199	135, 139, 346
Tribunal irano-américain de réclamations, <i>R. J. Reynolds Tobacco Company c. Iran</i> , sentence partielle, 6 août 1984, n° 145-35-3	320
Tribunal irano-américain de réclamations, <i>R. J. Reynolds Tobacco Company c. Iran</i> , sentence, 1 ^{er} mars 1985, n° 166-35-3	320
CIRDI, <i>Rumeli Telekom A.S. et Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakhstan</i> , sentence, 29 juill. 2008, n° ARB/05/16	235

S

Tribunal irano-américain de réclamations, <i>James M. Saghi c. La République Islamique d'Iran</i> , sentence, 22 jan. 1993, n° 544-298-2	255
--	-----

Cour Européenne des Droits de l'Homme, <i>Les Saints Monsatères c. Grèce</i> , arrêt, 9 déc. 1994, n° 13092/87 et 13984/88	53
Arbitrage <i>ad hoc</i> , <i>Marguerite de Joly de Sabla (États-Unis) c. Panama</i> , sentence, 29 juin 1933, <i>Recueil Des Sentences Arbitrales</i> 1933, vol. VI, p. 358-370	9, 33, 120
CIRDI, <i>Saipem S.p.A. c. Bangladesh</i> , sentence, 30 juin 2009, n° ARB/05/07	200, 223, 226
CIRDI, <i>Saipem S.p.A. c. Bangladesh</i> , décision sur la juridiction et les mesures provisoires, 21 mars 2007, n° ARB/05/07	171
CIRDI, <i>Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. maroc</i> , décision sur la juridiction, 23 juill. 2001, n° ARB/00/4	335
Arbitrage <i>ad hoc</i> , <i>Saluka Investments B.V. c. République Tchèque</i> , sentence partielle, 17 mars 2006	82
CIRDI, <i>Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica</i> , sentence, 17 fév. 2000, n° ARB/96/1	94, 104, 175, 311, 324
Cour Européenne des Droits de l'Homme, <i>Scordino c. Italie</i> , arrêt, 29 mars 2006, n° 36813/97	286
Arbitrage <i>ad hoc</i> , <i>S.D. Myers, Inc. c. Canada</i> , seconde sentence partielle sur les dommages, 13 nov. 2000	92, 93, 94, 130, 145, 227, 337, 338
Tribunal irano-américain de réclamations, <i>Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company</i> , sentence partielle, 17 sept. 1985, n° ITL 55-129-3	88
Tribunal irano-américain de réclamations, <i>Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company</i> , sentence, 30 mars 1989, n° 419-128/129-2	67
Tribunal irano-américain de réclamations, <i>Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company</i> , Opinion de Charles N. Brower, 27 mars 1987, n° ITL 59-129-3	203, 347
Tribunal irano-américain de réclamations, <i>Sedco, Inc. c. National Iranian Oil Company</i> , sentence partielle, 27 mars 1987, n° ITL 59-129-3	331, 346, 347, 354
CIRDI, <i>Sempra Energy International c. Argentine</i> , décision sur la compétence, 11 mai 2005, n° ARB/02/16	155
CIRDI, <i>Sempra Energy International c. Argentine</i> , sentence, 28 sept. 2007, n° ARB/02/16	73, 106, 156, 244
CIRDI, <i>Sempra Energy International c. Argentine</i> , décision sur l'annulation, 29 juin 2010, n° ARB/02/16	73
CIRDI, <i>Siemens A.G. c. Argentine</i> , décision sur la juridiction, 3 août 2004, n° ARB/02/8	73
CIRDI, <i>Siemens A.G. c. Argentine</i> , sentence, 17 jan. 2007, n° ARB/02/8	125, 185, 267, 269, 271, 273, 276, 277, 278, 311

- Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI),
Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte, sentence,
 11 mars 1983, n° YD/AS No. 3493 49
- CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, sentence,
 20 mai 1992, n° ARB/84/3 49, 73
- CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, décision sur
 les questions préliminaires relatives à la juridiction, 27 nov. 1985, n° ARB/84/3
 48, 315, 323, 356
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, arrêt, 23 sept.
 1982, n° 7151/75 et 7152/75, *Série A*, t. 42 53
- Tribunal irano-américain de réclamations, *Starrett Housing Corporation, Starrett Systems,
 Inc. et Starrett Housing International c. Iran*, sentence, 14 août 1987, n° 314-24-1
 156, 321, 322

T

- CIRDI, *Talsud S.A. c. Mexique*, sentence, 16 juin 2010, n° ARB(AF)/04/4 252
- CIRDI, *Tecmed c. Mexique*, sentence, 29 mai 2003, n° ARB (AF)/00/2 94, 324
- CIRDI, *Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A.
 c. Argentine*, sentence, 21 juill. 2017, n° ARB/09/1 73, 223, 266
- CIRDI, *Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A.
 c. Argentine*, décision sur la compétence, 21 déc. 2012, n° ARB/09/1 73
- CIRDI, *Teinver S.A., Transportes De Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A.
 c. Argentine*, décision sur les mesures provisoires, 8 avr. 2016, n° ARB/09/1 73
- CIRDI, *Telefónica S.A. c. Argentine*, décision sur la compétence, 25 mai 2006, n° ARB/03/20
 73, 163
- CIJ, *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt sur les exceptions prélimi-
 naires, 15 juin 1962, Rec. 1962, p. 6 136,
 141
- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Terazzi c. Italie*, arrêt, 26 oct. 2004, n° 27265/95
 215
- Arbitrage *ad hoc*, *Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Company c.
 Libye*, sentence, 19 jan. 1977 62, 152, 278
- Arbitrage *ad hoc*, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Mexique*, sentence,
 26 jan. 2006 334, 339
- CIRDI, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c.
 Venezuela*, décision sur la compétence, 8 fév. 2013, n° ARB/10/5 50, 56

- CIRDI, *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c. Venezuela*, sentence, 13 mars 2015, n° ARB/10/5 175
- CIRDI, *Total S.A. c. Argentine*, décision sur la compétence, 25 août 2006, n° ARB/04/01 73, 163

U

- CIRDI, *UAB E energija (Lithuanie) c. Lettonie*, sentence, 22 déc. 2017, n° ARB/12/33 266

V

- Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Vasilescu c. Roumanie*, arrêt, 22 mai 1998, n° 27053/95 215
- CIRDI, *Vestey Group Ltd c. Venezuela*, sentence, 15 avr. 2016, n° ARB/06/4 132
- CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 20 août 2007, n° ARB/97/3 30, 73, 106, 107, 267, 270, 274, 276, 342
- CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 17 fév. 2000, n° ARB/96/1 73, 106, 175, 267
- CIRDI, *Compañía de Aguas del Aconquija, S.a. et Vivendi S.a. c. Argentine*, sentence, 21 nov. 2000, n° ARB/97/3 216, 235, 267, 270, 311, 316, 324

W

- CIRDI, *Waguih Elie George Siag et Clorinda Vecchi c. Égypte*, sentence, 1^{er} juin 2009, n° ARB/05/15 152, 223, 226, 227, 348
- CIRDI, *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, décision sur l'annulation, 5 fév. 2002, n° ARB/98/4 323
- CIRDI, *Wena Hotels Ltd. c. Égypte*, sentence, 8 déc. 2000, n° ARB/98/4 323

Y

- CPA, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Russie*, sentence, 18 juill. 2015, n° 2005-04/AA227 13, 16, 296, 297, 298, 308

Table des matières

Avertissement	iii
Remerciements	v
Sommaire	xi
Introduction Générale	1
§ 1. La protection de l'investisseur contre l'expropriation	4
§ 2. La protection des intérêts de l'investisseur et l'indemnisation	8
Partie I Le refus de la compensation comme marque de l'illicéité de l'expropriation	19
Chapitre 1 L'obligation de compensation contestée en doctrine et en pratique	21
Section 1 La contestation fondée sur la qualification de la compensation 24	
§ 1. Une condition optionnelle : la compensation comme une conséquence par les tribunaux arbitraux	24
§ 2. Une condition optionnelle reconnue sous le prisme de la CEDH	33
§ 3. Le risque de dérive	36
Section 2 Intérêt général et obligation de compensation	38
§ 1. L'intérêt général : condition de l'expropriation licite	38
§ 2. L'intérêt général : justification de l'expropriation illicite	42
§ 3. La pratique arbitrale des pouvoirs de police	54

A.	Les affaires reconnaissant l'obstacle des pouvoirs de police à l'expropriation compensée	55
B.	Le refus des pouvoirs de police comme obstacle à l'indemnisation	62
Chapitre 2 La justification de la distinction entre expropriation licite et illicite		71
Section 1 Une distinction en accord avec les principes du droit international		72
§ 1.	Le droit international général et le principe de réparation intégrale	73
A.	Un principe à vocation universelle en droit international	73
B.	Le contenu du principe	81
§ 2.	La pratique conventionnelle et le principe de réparation adéquate	88
A.	Un principe de droit international des investissements	89
B.	Le contenu du principe de réparation adéquate	92
Section 2 Une distinction en accord avec la théorie classique du dommage		97
§ 1.	Le dommage : condition de violation de l'obligation internationale ?	97
A.	Une hypothèse en désaccord avec la distinction entre règle primaire et secondaire	97
B.	Une hypothèse en désaccord avec la lettre des traités	102
C.	La pratique arbitrale	112
§ 2.	La rencontre de la théorie du dommage et du Droit international des investissements	116
A.	La prise en compte de l'intention de l'État	116
1.	La gravité de la violation	116
2.	La bonne foi	119
B.	Les limites de cette analyse	120
1.	Les limites théoriques	121
2.	Le cas l'expropriation indirecte	123
Partie II L'illicéité de l'expropriation et son effet sur la réparation		127
Chapitre 1 La compensation de l'expropriation licite et la réparation de l'expropriation illicite		129

Section 1 Une dualité de principes pour une dualité de situations	130
§ 1. La fonction du dommage et de la compensation	130
§ 2. Le caractère de principe et d'exception	138
Section 2 Un standard pour les gouverner tous ?	146
§ 1. La remise en question de la distinction entre réparation et compensation	147
A. L'argument juridique	148
B. L'argument économique	155
§ 2. Une remise en question peu convaincante	162
A. L'exemple de Valasek et Bienvenu	164
B. La pratique arbitrale	166
Chapitre 2 L'identification du fait illicite dans l'expropriation	185
Section 1 La pluralité d'expropriations illicites	187
§ 1. L'expropriation légitime	188
§ 2. L'expropriation qui ne respecte pas la procédure	192
§ 3. L'expropriation capricieuse	194
Section 2 La conséquence d'une distinction au sein même de l'illicite	197
§ 1. Les principes d'évaluation applicables nécessairement différents	198
A. La date	198
B. Les intérêts	202
§ 2. La justification d'une indemnisation différente en fonction de l'illicite	215
A. L'expropriation légitime et la réparation inférieure	215
B. L'expropriation illégitime et la justification d'une réparation supérieure	217
1. Les frais dus à l'arbitrage	218
2. Les dommages punitifs	227
3. Le <i>lucrum cessans</i>	230
Conclusion Générale	237
Cour permanente de Justice internationale	243
Cour internationale de Justice	243
Sentences rendues par le Tribunal irano-américain de réclamations	244

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)	245
Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm	252
Arbitrages <i>ad hoc</i>	252
Cour Européenne des Droits de l'Homme	255
Arrêts rendus par des cours nationales	256
Bibliographie Générale	267
Ouvrages	269
Ouvrages collectifs	280
Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye	281
Thèses	283
Articles	284
Résolutions	341
Rapports et documents d'organisations internationales	342
Index des Auteurs	345
Index des décisions, arrêts et sentences arbitrales	353
Table des matières	363
Résumé	367
Abstract	368

Résumé

L'indemnisation de l'expropriation en droit international des investissements reste un sujet controversé tant des intérêts diamétralement opposés s'y affrontent. En particulier, les liens entre l'indemnisation et la licéité de l'expropriation demeurent nébuleux.

Ce mémoire soutient dans un premier temps que l'absence de compensation entraîne l'illicéité de l'expropriation. La majorité des traités en matière d'investissement international place la compensation au même rang que les autres conditions de licéité de l'expropriation et elle doit ainsi être soumise au même régime juridique. La position inverse, souvent soutenue par un argument reposant sur l'interprétation d'un traité en fonction d'un objectif préconstruit, ne saurait trouver un quelconque soutien en droit.

Fort de cette conclusion, le présent mémoire s'intéresse à la conséquence de la distinction à opérer entre expropriation licite et illicite. Le droit international prévoit en effet deux standards applicables : la compensation pour l'expropriation licite et la réparation intégrale pour l'expropriation illicite. Cette dichotomie se trouve par ailleurs renforcée au regard de la distinction entre obligation primaire (le paiement de la compensation de l'expropriation) et secondaire (la réparation qui découle de la non-compensation). En ce sens, le refus de compensation de l'État entraîne l'illicéité de l'expropriation et *ipso facto* l'application d'un standard d'indemnisation différent.

En revanche, l'étendue de l'application du standard de réparation intégrale à l'expropriation illicite fait toujours débat. Une première position consistant à appliquer la réparation à l'ensemble de l'expropriation n'est pas satisfaisante. Face à l'apparente insolubilité du conflit opposant la réparation de l'expropriation illicite et la compensation de l'expropriation licite, ce mémoire propose de s'intéresser à une nouvelle approche qui repose sur l'identification précise du fait illicite. S'il est clair que le principe de réparation intégrale s'applique à l'indemnisation de l'illicite, cela ne semble pas pour autant vouloir dire qu'il est sans limite. La réparation intégrale a pour objet de placer l'investisseur dans la situation dans laquelle il aurait vraisemblablement été en l'absence de l'acte illicite, et non systématiquement en l'absence de l'expropriation. Dans le cas de l'expropriation légitime, où seul l'acte de compensation est illicite, l'application du principe de réparation intégrale replace l'investisseur dans la situation dans laquelle il aurait été dans l'hypothèse où une juste compensation lui aurait été versée lors de l'expropriation. Ce mémoire soutient dès lors que la dichotomie entre expropriation licite et illicite ne doit pas s'étendre à l'indemnisation qui nécessite une analyse plus fine en droit international.

Abstract

Damages for expropriation in international investment law remains a controversial subject, as diametrically opposed interests are at stake. In particular, the relationship between compensation and the legality of expropriation remains unclear.

This thesis first argues that the absence of compensation renders the expropriation unlawful. The majority of international investment treaties put compensation on the same footing as the other conditions for the lawfulness of expropriation, and it should therefore be subject to the same legal regime. The opposite position, often supported by an argument based on the interpretation of a treaty according to a pre-constructed objective, cannot find any support in law.

With this conclusion in mind, this thesis addresses the consequence of the distinction between lawful and unlawful expropriation. International law provides two applicable standards : compensation for lawful expropriation and full reparation for unlawful expropriation. This dichotomy is further reinforced by the distinction between primary obligation (payment of compensation for expropriation) and secondary obligation (reparation for non-compensation). In this sense, the refusal of compensation by the State entails the illegality of the expropriation and the application of a different standard of compensation.

Nevertheless, the extent to which the standard of full reparation should be applied to unlawful expropriation is still a matter of debate. The first position, which is to apply reparation to the entire expropriation, is not satisfactory. In view of the apparent intractability of the conflict between reparation for wrongful expropriation and compensation for lawful expropriation, this paper proposes a new approach based on the precise identification of the wrongful act. While it is clear that the principle of full reparation applies to the compensation of the wrongful act, this does not seem to mean that it is without limit. The purpose of full reparation is to place the investor in the position in which he would likely have been in the absence of the wrongful act, not systematically in the absence of the expropriation. In the case of legitimate expropriation, where only the act of compensation is unlawful, the application of the principle of full reparation puts the investor in the situation he would have been in if fair compensation had been paid to him at the time of the expropriation. This thesis therefore argues that the dichotomy between lawful and unlawful expropriation should not extend to compensation, which requires a more detailed analysis in international law.