



L'épuisement des voies de recours internes en droit international de l'investissement

Série bonnes pratiques de l'IISD - janvier 2017



© 2017 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable

l'Institut international du développement durable

L'Institut international du développement durable est une organisation indépendante à but non lucratif qui fournit des solutions pratiques au défi de l'intégration des priorités environnementales et sociales avec le développement économique. Nous rendons compte de négociations internationales, réalisons des recherches rigoureuses et amenons les citoyens, les entreprises et les décideurs à s'engager envers l'objectif commun de développement durable.

L'IISD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'*Internal Revenue Code* des États-Unis. Il bénéficie de subventions de fonctionnement de base du gouvernement du Canada, qui lui sont versées par le Centre de recherche pour le développement international (CRDI), et de la province du Manitoba. Des fonds de projets lui sont accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations, des entreprises privées et des particuliers.

Winnipeg, Canada (siège)

111, avenue Lombard,
Bureau 325
Winnipeg (Manitoba)
Canada R3B 0T4

Tel: +1 (204) 958-7700

Fax: +1 (204) 958-7710

Website: www.iisd.org

Twitter: @IISD_news

L'épuisement des voies de recours internes en droit international de l'investissement

Série bonnes pratiques de l'IISD - janvier 2017

Martin Dietrich Brauch



Table of Contents

1.0 Introduction	1
2.0 Contexte	2
2.1 Définition et objet de l'épuisement des voies de recours internes.....	2
2.2 L'épuisement des voies de recours internes en droit international coutumier.....	3
2.2.1 Projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique.....	3
2.2.2 L'affaire <i>Interhandel</i>	4
2.2.3 L'affaire <i>ELSI</i>	4
2.3 L'épuisement des voies de recours internes en droit international des droits de l'homme	5
2.3.1 L'épuisement des voies de recours internes dans les traités internationaux des droits de l'homme.....	5
2.3.2 L'épuisement des voies de recours internes dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme.....	6
3.0 L'épuisement des voies de recours internes en droit international de l'investissement	8
3.1 L'épuisement des voies de recours internes dans la pratique des accords d'investissement.....	8
3.1.1 Le traité reste muet sur l'épuisement des voies de recours internes.....	8
3.1.2 Le traité exige l'épuisement des voies de recours internes.....	8
3.1.3 Le traité requiert l'exercice des voies de recours internes.....	11
3.1.4 Le traité confirme le droit des États à exiger l'épuisement des recours internes.....	14
3.1.5 Le traité renonce à l'épuisement des voies de recours internes.....	14
3.1.6 Cas hybrides.....	15
3.2 Épuisement des voies de recours internes en jurisprudence internationale de l'investissement.....	16
3.2.1 La jurisprudence interprétant le silence sur l'épuisement des voies de recours internes comme une renonciation.....	16
3.2.2 Jurisprudence sur la nature juridique procédurale ou juridictionnelle de l'obligation.....	19
3.2.3 Jurisprudence sur le contournement de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes.....	21
3.2.4 La jurisprudence sur l'épuisement des recours internes comme norme de fond.....	23
4.0 Conclusion : Options de politique publique à prendre en considération	27
5.0 References	31



1.0 Introduction

La règle de l'épuisement des voies de recours internes (EVRI) en droit international coutumier vise à sauvegarder la souveraineté des États en exigeant des particuliers qu'ils cherchent à obtenir réparation pour tous préjudices prétendument causés par un État dans le cadre de son système juridique interne avant d'engager des poursuites internationales contre ledit État. En droit international de l'investissement, on s'est en grande partie affranchi de cette règle, dans la mesure où les États concluent des traités et des chapitres d'investissement en vertu desquels ils donnent préalablement leur consentement à l'arbitrage international avec les investisseurs étrangers — une pratique qui a été interprétée comme signifiant que l'investisseur pouvait présenter une réclamation sans avoir eu auparavant recours aux tribunaux administratifs ou judiciaires de l'État d'accueil. Même dans le cadre de traités ne prévoyant pas de renonciation explicite ou implicite à la règle EVRI, les tribunaux arbitraux — statuant sur leur propre compétence — ont généralement permis aux investisseurs étrangers de contourner la règle EVRI.

Ces dernières années, certains États, parmi lesquels l'Argentine, les Émirats arabes unis, l'Inde, la Roumanie, la Turquie et l'Uruguay, ainsi que des pays des régions de la Communauté de développement de l'Afrique australe (*Southern African Development Community* [SADC]) et de la Communauté est-africaine (*East African Community* [EAC]), ont réintroduit une exigence obligatoire d'exercice ou d'épuisement des voies de recours internes pour le règlement des différends relatifs aux investissements dans leurs traités d'investissement. Cette pratique vise à renforcer le pouvoir juridictionnel des systèmes juridiques internes et à éviter leur contournement. D'autres États envisagent d'emprunter une voie similaire.

Dans cette note consultative, qui fait partie de la Série Bonnes pratiques de l'IISD, nous examinons les options et approches les plus avancées de l'exigence d'EVRI en droit international de l'investissement. En commençant par une section contextuelle, nous définissons le champ d'application de l'article (Section 2.1), nous examinons, dans le droit international coutumier, les origines de la règle EVRI (Section 2.2) et nous examinons comment elle a été adaptée au contexte du droit international des droits de l'homme et comment elle y a été développée (Section 2.3). En nous plaçant ensuite dans l'optique du droit international de l'investissement, nous examinons la pratique des traités (Section 3.1) et de la jurisprudence (Section 3.2) quant à l'exigence de l'EVRI avant d'engager une procédure d'arbitrage international. À partir des enseignements tirés de la pratique des traités et de la jurisprudence, nous concluons (Section 4.0) en exposant des options de politique publique pour l'EVRI en droit international de l'investissement.



2.0 Contexte

2.1 Définition et objet de l'épuisement des voies de recours internes

La règle EVRI stipule qu'un ressortissant étranger auquel un État a prétendument porté préjudice doit d'abord obtenir réparation du préjudice allégué devant le système administratif et judiciaire de cet État, jusqu'à ce qu'une décision finale ait été rendue, avant de solliciter une protection diplomatique ou d'engager des poursuites internationales directement contre l'État. Elle fait en sorte « que l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne »,¹ « avant que sa responsabilité internationale puisse être mise en question » (Cançado Trindade, 1983, p. 1 ; traduction non officielle).

Certains traités d'investissement² exigent l'exercice ou l'épuisement des voies de recours internes (d'ordre administratif, judiciaire, ou les deux) pour une période spécifiée — de trois mois à cinq ans — avant qu'un investisseur étranger puisse engager des poursuites internationales contre l'État d'accueil. Ces dispositions, n'exigeant pas une décision finale des tribunaux nationaux, n'illustrent pas la règle EVRI telle qu'elle est généralement comprise en droit international.³ Toutefois, elles sont similaires à l'EVRI, car ces deux formes de dispositions exigent que soient utilisées les voies de recours internes avant de présenter une réclamation internationale et ont la même finalité « d'honorer la souveraineté de l'État d'accueil » en laissant à ses tribunaux la possibilité de régler le différend avant d'engager un arbitrage international.⁴ À des fins de simplicité, dans cet article nous faisons référence généralement à l'EVRI comme incluant l'exercice limité dans le temps de voies de recours internes.⁵

Le règle EVRI ne doit pas être confondue avec des dispositions dans une certaine mesure similaires et disponibles dans les accords d'investissement :

- *Délai de réflexion* (« cooling-off period ») : De nombreux traités font obligation aux parties en conflit de s'en remettre à un règlement à l'amiable des différends pendant une période spécifiée avant d'avoir recours à un arbitrage international. Ces voies amiables peuvent inclure la négociation, la conciliation et la médiation, mais n'incluent pas de voies de recours internes administratives ou judiciaires.
- *Clauses d'élection de for* : Certains traités et contrats d'investissement indiquent que les tribunaux nationaux sont le for exclusif de règlement des différends. Dans ce contexte, les tribunaux nationaux sont le choix disponible ; à la différence de la règle EVRI, les clauses d'élection de for ne créent pas de conditions préalables au recours à l'arbitrage international.
- *Clauses d'option irrévocable* (« fork-in-the-road ») : Ces clauses indiquent des fors alternatifs devant lesquels l'investisseur, selon son choix, peut soumettre un différend relatif à un investissement ; elles déterminent également que le choix fait est définitif. De même que pour les clauses d'élection de for, les clauses d'option irrévocable n'établissent pas que des recours internes doivent être le premier pas avant de porter une affaire au niveau international ; si l'investisseur choisit d'utiliser les recours internes, ce choix exclut l'option du recours à l'arbitrage international.

¹ Interhandel (Suisse c. États-Unis), Exceptions préliminaires, 1959 C.I.J. Rep. 6 à 27 (21 mars). Retrieved from <http://www.icj-cij.org/docket/files/34/2299.pdf>.

² Voir *infra* la Section 3.1.3.

³ Siemens A.G. c. La République argentine, CIRDI, Affaire n° ARB/02/8, Décision sur l'attribution de compétence, paragr. 104 (3 août 2004). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>. Voir également Gas Natural SDG, S.A. c. La République argentine, CIRDI, Affaire n° ARB/03/10, Décision sur les questions préliminaires ayant trait à l'attribution de compétence (17 juin 2005), extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf>; Hochtief AG c. La République argentine, CIRDI, Affaire n° ARB/07/31, Décision sur la compétence, paragr. 48 (24 oct. 2011), extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0405.pdf> (« Il ne serait pas question dans le cadre de l'Article 10(3) de l'efficacité des voies de recours ouvertes : le recours serait obligatoire même dans les cas où il serait parfaitement clair que les tribunaux n'offriraient aucun recours—par exemple, dans les cas où la législation n'a en réalité laissé aux tribunaux d'autre option que de régler le différend contre le Requéant. » [Traduction non officielle].)

⁴ Ambiente Ufficio S.P.A. c. La République Argentine, CIRDI Affaire n°. ARB/08/9, Décision sur l'attribution de compétence et l'admissibilité, paragr. 602 (8 fév. 2013). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1276.pdf> (traduction non officielle).

⁵ Wintershall Aktiengesellschaft c. La République Argentine, CIRDI, Affaire n° ARB/04/14, Sentence, para. 124 (8 déc. 2008). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0907.pdf>.



2.2 L'épuisement des voies de recours internes en droit international coutumier

Les origines de la règle EVRI résident dans le contexte du droit international coutumier, suivant la logique selon laquelle « avant qu'un État puisse exercer une protection diplomatique, le ressortissant d'un pays étranger doit avoir cherché à obtenir réparation dans le cadre du système juridique national de l'État d'accueil » (Newcombe & Paradell, 2009, p. 6 ; traduction non officielle). Nous examinons ci-après la codification suggérée de la règle par la Commission du droit international des Nations Unies (CDI), ainsi que les décisions de la Cour internationale de justice (CIJ) dans les affaires *Interhandel* et *ELSI*, qui traitaient de la règle EVRI dans le contexte de la protection diplomatique.

2.2.1 Projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique

L'exigence EVRI à titre de condition de l'exercice de la protection diplomatique est considérée par la CDI comme un « principe du droit international général » étayé par la jurisprudence, la pratique des États, les traités et la doctrine ».⁶ La CDI a suggéré la codification EVRI dans les Articles 14 et 15 de son Projet d'articles sur la protection diplomatique.

Un État ne peut exercer une protection diplomatique — ou « présenter une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant la nationalité ou à une autre personne » — après que la personne victime de préjudice a épuisé toutes les voies de recours internes. Ces voies de recours sont définies comme étant les voies de recours juridiques ouverts devant les tribunaux administratifs ou judiciaires, qu'ils soient ordinaires ou spéciaux, de l'État prétendument responsable du préjudice. Bien que les voies de recours spécifiques ouvertes puissent varier d'un État à l'autre, le ressortissant étranger doit interjeter appel auprès de la plus haute instance judiciaire de l'État prétendument responsable du préjudice, dans la mesure où le droit du pays considéré l'y autorise. Pour que le ressortissant étranger satisfasse à l'exigence, les arguments soulevés dans les procédures judiciaires nationales doivent être les mêmes que ceux qui sont destinés à être soulevés dans les procédures internationales.⁷

Dans des circonstances exceptionnelles, un ressortissant étranger n'est pas tenu d'épuiser les voies de recours internes :⁸

- *Futilité ou inefficacité* : Il n'est nul besoin d'épuiser les voies de recours internes si celles-ci « sont à l'évidence futiles », « n'offrent aucune perspective raisonnable de succès », ou « n'assurent aucune possibilité raisonnable de réparation efficace ». Le ressortissant étranger doit présenter la preuve, non seulement d'une faible probabilité de succès, mais aussi de l'incapacité du système national à offrir une réparation efficace.⁹
- *Un retard abusif* causé par l'État prétendument responsable de la conduite des procédures nationales constitue une autre exception. Aucune limite temporelle précise ne peut être déterminée in abstracto, car cela dépend de circonstances telles que le volume de travail nécessaire à un examen approfondi de l'affaire.¹⁰
- *L'absence de lien pertinent entre le ressortissant étranger et l'État prétendument responsable* constitue une autre exception portant sur les circonstances dans lesquelles l'épuisement des voies de recours internes serait déraisonnable ou injuste, ou serait éminemment préjudiciable.¹¹
- *Renoncement à l'exigence par l'État prétendument responsable* : La renonciation peut apparaître dans un traité préexistant, un contrat entre l'État et le ressortissant étranger ou une convention d'arbitrage ad hoc, ou peut être implicite ou déduite du comportement de l'État.¹²

⁶ Texte du Projet d'articles sur la protection diplomatique, [2006] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 24, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), Art. 14, cmt. 1 [Ci-après Projet d'articles CDI 2006].

⁷ *Id.* paragr. 1-2; *Id.* cmt. 4, 6.

⁸ *Id.* Art. 15, alinéas a-c, e (Nous ne faisons pas de commentaires sur l'alinéa, , aux dires de la CDI, il « relève du développement progressif » plutôt qu'une tentative de codification du droit international coutumier. Projet d'articles CDI 2006, art. 15, cmt. 11).

⁹ *Id.* Art. 15, cmt. 2; *Id.* cmt. 4.

¹⁰ *Id.* cmt. 5.

¹¹ *Id.* cmt. 7.

¹² *Id.* cmt. 12-14.



Les accords internationaux d'investissement créent des règles spéciales de droit international, excluant les règles de protection diplomatique ou s'en écartant sensiblement. En particulier, selon la CDI, de tels traités « abandonnent ou assouplissent les conditions auxquelles l'exercice de la protection diplomatique est soumis, singulièrement les règles qui ont trait à [l'EVRI] ». En conséquence, le projet d'articles sur les protections diplomatiques « ne s'applique que dans la mesure où il est compatible avec des règles spéciales du droit international, telles que des dispositions conventionnelles relatives à la protection des investissements ».¹³

2.2.2 L'affaire *Interhandel*

Dans l'affaire *Interhandel*, les États-Unis ont contesté la compétence de la CIJ au motif qu'*Interhandel*, la société suisse dont la Suisse a défendu les réclamations, n'avait pas épuisé les voies de recours internes ouvertes devant les instances judiciaires américaines. La CIJ a interprété cette position comme étant une exception de recevabilité de l'affaire plutôt que d'incompétence de la cour. Elle a observé que l'EVRI « est une règle bien établie du droit international coutumier » généralement appliquée dans les réclamations relatives à la protection diplomatique, qui consiste à permettre « que l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne », avant d'avoir recours à des procédures internationales. L'EVRI est applicable, d'après la CIJ, lorsque des procédures nationales sont en cours et lorsque les procédures nationales et internationales « visent à obtenir le même résultat ».¹⁴

Considérant que les procédures engagées par *Interhandel* étaient toujours en cours devant un tribunal de district américain, la CIJ, à sa majorité, a estimé que la demande de la Suisse n'était pas recevable. La cour a également retenu l'exception relative à l'autre réclamation de la Suisse selon laquelle les États-Unis se trouvaient dans l'obligation de soumettre le différend à une procédure d'arbitrage ou de conciliation. La cour a estimé que « les motifs sur lesquels se fonde la règle de l'épuisement des recours internes sont les mêmes qu'il s'agisse d'une cour internationale, d'un tribunal arbitral ou d'une commission de conciliation ».¹⁵

2.2.3 L'affaire *ELSI*

L'affaire *ELSI* concernait le manquement allégué de l'Italie à ses obligations au titre du Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis et l'Italie (1948) (Traité ACN), au regard de son traitement de Raytheon-Elsi S.p.A. (antérieurement Elettronica Sicula S.p.A., ou *ELSI*), une société italienne contrôlée par deux sociétés américaines. En particulier, les États-Unis affirmaient qu'un ordre de réquisition par le maire de Palerme avait conduit l'*ELSI* à la faillite. L'Italie a contesté la recevabilité de la réclamation, faisant valoir que les deux sociétés américaines n'avaient pas épuisé les voies de recours internes qui leur étaient ouvertes en Italie.¹⁶

Les États-Unis ont fait valoir que la règle EVRI ne s'appliquait pas, au motif qu'elle ne figurait pas dans la disposition sur le règlement des différends stipulée dans le Traité ACN. Tout en convenant que les parties au traité peuvent confirmer ou écarter l'application de la règle, la CIJ a indiqué qu'elle « ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarter soit verbalement précisée ».¹⁷

Estimant que la règle EVRI était applicable, la cour s'est demandé si les voies de recours internes avaient effectivement été épuisées, examinant les diverses procédures nationales engagées. Elle a noté que sur le fond, les réclamations nationales et internationales étaient identiques, en dépit de la diversité des parties, arguments et normes juridiques concernés. La cour a notablement fait la remarque suivante :¹⁸

¹³ *Id.* cmt. 12-14.

¹⁴ *Interhandel*, *supra* note 1 à 27.

¹⁵ *Id.* à 29.

¹⁶ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Italie c. États-Unis)*, Jugement, 1989 C.I.J. Rep. 15, 28 I.L.M. 1109 (20 juillet).

¹⁷ *Id.* paragr. 50. Voir également Dixon, M. (1992, p. 1).

¹⁸ *ELSI*, *supra* note 16, paragr. 59.



La règle relative aux recours internes n'exige pas et ne saurait exiger qu'une demande soit présentée aux juridictions internes sous une forme et avec des arguments convenant à un tribunal international, celui-ci appliquant un autre droit à d'autres parties : pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès.

La CIJ a conclu que l'Italie n'avait pas réussi à démontrer qu'il restait des voies de recours internes à former et à épuiser. En conséquence, la cour a jugé que la règle EVRI avait été respectée et est alors passée au stade de l'examen du fond de l'affaire.¹⁹

2.3 L'épuisement des voies de recours internes en droit international des droits de l'homme

L'application de la règle EVRI dans le contexte du droit international des droits de l'homme diffère sensiblement de ses origines en droit international coutumier, en particulier relativement aux acteurs et aux intérêts concernés. Bien que dans les cas de protection diplomatique la règle s'applique aux relations entre un État et un ressortissant étranger, dans le cadre du droit international des droits de l'homme elle s'applique également aux relations entre un État et son propre ressortissant. Par ailleurs, dans le contexte de la protection diplomatique, la règle est destinée à protéger la souveraineté de l'État ; alternativement, dans le droit international des droits de l'homme, l'intérêt majeur devant être protégé est celui de la victime de violations des droits de l'homme invoquées. La protection de cet intérêt a souvent pour résultat une atténuation de la souveraineté de l'État (D'Ascoli & Scherr, 2007).

En conséquence, nous pouvons considérer que la règle EVRI prévue dans les traités relatifs aux droits de l'homme et mise en place dans le cadre de la jurisprudence des droits de l'homme est une règle autonome, qui, bien qu'elle ait été à l'origine influencée par la règle antérieure du droit international coutumier, s'est développée différemment pour exercer différentes fonctions (D'Ascoli & Scherr, 2007, p. 18). Quand bien même, étant donné que l'étude de la règle EVRI dans le contexte des droits de l'homme pourrait s'avérer utile pour une évaluation de son rôle potentiel en droit international de l'investissement, nous examinons brièvement comment la règle a été formulée et interprétée dans le cadre des systèmes des droits de l'homme des Nations Unies et régionaux.

2.3.1 L'épuisement des voies de recours internes dans les traités internationaux des droits de l'homme

La règle EVRI est présente dans tous les systèmes majeurs de droits humains internationaux, à l'échelle mondiale et régionale. Dans le système des Nations Unies, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) établit que le Comité des droits de l'homme « ne peut connaître d'une affaire qui lui est soumise en vertu du présent article qu'après s'être assuré que tous les recours internes disponibles ont été utilisés et épuisés, conformément aux principes de droit international généralement reconnus », précisant que « cette règle [de l'EVRI] ne s'applique pas dans les cas où les procédures de recours excèdent les délais raisonnables ».²⁰ Dans une formule analogue, le Protocole facultatif du PIDCP met également l'accent sur l'application de la règle aux communications des particuliers au comité.²¹

De même, mais sans l'exception du dépassement des « délais raisonnables », la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que la Cour européenne des droits de l'homme « ne peut être saisie qu'après l'épuisement de tous les recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus ».²²

¹⁹ *Id.* paragr. 63.

²⁰ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Art. 41, paragr. 1(c), (19 déc. 1966), 999 U.N.T.S. 171. Extrait de [https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume 999/volume-999-I-14668-French.pdf](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-French.pdf).

²¹ Protocole facultatif du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Art. 5, paragr. 2(b), (19 déc. 1966), 999 U.N.T.S. 302. Extrait de [https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume 999/volume-999-I-14668-French.pdf](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-French.pdf).

²² Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Art. 35, paragr. 1, (4 nov. 1950), 213 U.N.T.S. 221. Extrait de http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_fra.pdf.



La Convention américaine relative aux droits de l'homme rend obligatoires l'exercice et l'épuisement des voies de recours internes « conformément aux principes du Droit international généralement reconnu » avant toute soumission de pétitions ou de communications à la commission. Toutefois, elle prévoit également trois cas dans lesquels il peut être dérogé à cette règle :²³

- a. S'il n'existe pas, dans la législation interne de l'État considéré, une procédure judiciaire pour la protection du droit ou des droits dont la violation est alléguée.
- b. Si l'individu qui est présumé lésé dans ses droits s'est vu refuser l'accès des voies de recours internes ou a été mis dans l'impossibilité de les épuiser.
- c. S'il y a un retard injustifié dans la décision des instances saisies.

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples prévoit que la Commission « ne peut connaître d'une affaire qui lui est soumise qu'après s'être assurée que tous les recours internes, s'ils existent, ont été épuisés, à moins qu'il ne soit manifeste pour la Commission que la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale ». La règle s'applique aux soumissions individuelles à la commission ainsi qu'aux communications qui lui sont transmises par des acteurs non étatiques.²⁴

2.3.2 L'épuisement des voies de recours internes dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme

Dans la jurisprudence des droits de l'homme, la règle EVRI a tendance à être interprétée de façon plus large et plus souple que plus stricte et plus restrictive, en faveur des victimes alléguées de violations des droits de l'homme.²⁵ Tels qu'ils sont uniformément appliqués par les organes régionaux et internationaux de défense des droits de l'homme, les recours à épuiser doivent avoir les caractéristiques suivantes, qui sont dans une certaine mesure imbriquées :

- *Disponibilité* : Le requérant doit : être capable d'exercer le recours sans entraves ni difficultés d'ordre pratique ou juridique ; bénéficier de conditions lui permettant d'exercer le recours ; et en faire usage dans les circonstances de l'affaire. Le recours doit exister non seulement en théorie mais également en pratique, et laisser un certain degré d'immédiateté.
- *Efficacité* : Le recours doit exister dans le système juridique interne et constituer un moyen efficace d'obtenir réparation dans le cadre de l'affaire, avec une perspective raisonnable de succès et sans retard abusif. Un requérant ne saurait épuiser des recours futiles ou inutiles.
- *Adéquation ou caractère suffisant* : Le recours doit permettre au requérant d'obtenir réparation par rapport au préjudice spécifique allégué.

La jurisprudence des organes de défense des droits de l'homme, conformément aux caractéristiques susmentionnées et au texte des traités et conventions, reconnaît plusieurs exceptions ou limites à la règle EVRI :

- *Indisponibilité* : Les recours internes auxquels il est très difficile d'accéder ne sauraient être épuisés.
- *Manque d'efficacité ou d'adéquation* : Un requérant ne saurait épuiser les recours s'il y a de sérieuses raisons de croire qu'ils n'offrent pas de réelles perspectives de succès ou d'efficacité. Pour en juger, l'organe chargé des droits de l'homme doit examiner la jurisprudence interne, et le requérant doit fournir certaines preuves de l'existence d'une telle jurisprudence. Dans les cas de violations systématiques des droits de l'homme, les organes de défense des droits de l'homme ont reconnu une présomption d'inefficacité des recours internes.
- *Déni de justice ou retard abusif* : Un requérant ne saurait épuiser les recours internes si les tribunaux internes « refusent d'administrer la justice, ou s'ils ne sont pas indépendants et impartiaux, ou s'ils rendent des jugements qui sont manifestement inéquitables », ou si le recours interne « dépasse les délais raisonnables » (D'Ascoli & Scherr, 2007, p. 13 ; traduction non officielle).

²³ Convention américaine relative aux droits de l'homme, Art. 46, paragr. 1(a)-(b), 2, (22 nov. 1969), O.A.S.T.S. n° 36.) Extrait de <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201144/volume-1144-I-17955-French.pdf>.

²⁴ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Banjul), (27 juin 1981), O.U.A. Doc. n°. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982). Extrait de http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr_instr_charter_fra.pdf.

²⁵ Cette section est fondée sur D'Ascoli & Scherr (2007, pp. 12-15).



- *Recours disciplinaires, administratifs, discrétionnaires ou extraordinaires* : En cas de graves violations des droits de l'homme, les organes de défense des droits de l'homme ont considéré qu'il y avait une présomption d'inadéquation et d'inefficacité des recours seulement disciplinaires et administratifs. Les recours non judiciaires menant à des décisions discrétionnaires et à des recours extraordinaires (y compris demandes d'annulation ou d'examen) sont également exclus de l'application de la règle.



3.0 L'épuisement des voies de recours internes en droit international de l'investissement

3.1 L'épuisement des voies de recours internes dans la pratique des accords d'investissement

Contrairement à ce qui se produit dans le contexte des systèmes majeurs de défense des droits de l'homme, dans lequel l'EVRI est la règle plutôt que l'exception, très peu d'accords dans le vaste domaine de plus de 3 000 traités bilatéraux d'investissement (TBI) et des traités comportant des dispositions relatives à l'investissement (*treaties with investment provisions* [TIP]) requièrent expressément l'EVRI. Il apparaît seulement dans certains TBI de première génération et dans des TBI plus récents conclus notamment par l'Argentine, les Émirats arabes unis, la Roumanie, la Turquie et l'Uruguay. Très peu de traités renoncent expressément à la règle — notamment, les traités conclus par des pays parmi lesquels l'Arabie saoudite, l'Autriche, la Belgique, le Luxembourg et l'Union économique belgo-luxembourgeoise (UEBL). Dans leur vaste majorité, les traités restent muets sur l'applicabilité de la règle EVRI. Nous examinons ci-dessous certains exemples de textes de ces traités.

3.1.1 Le traité reste muet sur l'épuisement des voies de recours internes

Dans leur grande majorité, les traités d'investissement n'exigent pas l'épuisement des recours administratifs ou judiciaires dans l'État d'accueil avant l'introduction de procédures internationales à son encontre, et n'y renoncent pas non plus (Gouvernement canadien, 2004 ; République fédérale allemande, 2008 ; République française, 2006 ; République indienne, 2003 ; République italienne, 2003). Nous examinons la jurisprudence sur les conséquences de cette approche dans la Section 3.2.1.

3.1.2 Le traité exige l'épuisement des voies de recours internes

La condition selon laquelle la conciliation ou l'arbitrage du Centre international pour le règlement de différends relatifs à l'investissement (CIRDI) pourrait seulement être introduit « après l'épuisement de tous les recours administratifs et judiciaires internes » a été incluse, avec une formule variant légèrement, dans trois TBI conclus par les Pays-Bas au début des années 1970 : avec la Malaisie (1971), Singapour (1972) et la Corée du Sud (1974, à présent résilié).²⁶

Le TBI Allemagne–Israël de 1976 prévoyait également que : « Les recours judiciaires internes devront être épuisés avant que tout différend soit soumis à un tribunal arbitral. »²⁷

Le TBI Égypte–Suède de 1978, incluant expressément la règle, l'a également exclue lorsque « l'application de tels recours [a] dépassé des délais raisonnables », ce qui reflète les formulations du PIDCP.²⁸

²⁶ L'accord de coopération économique entre le Royaume des Pays-Bas et la Malaisie, Mal.–P.–B., Art. 12, (15 juin 1971), extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1959> ; Accord de coopération économique entre le gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le gouvernement de la République de Singapour, P.–B.–Singap., Art. XI, (16 mai 1972), extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2079> ; Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République de Corée, P.–B.–Corée du Sud., Art. 6, (17 oct. 1974), extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3120> (traduction non officielle). (Les traités néerlandais ultérieurs avec le Sénégal (1979), les Philippines (1985) et d'autres partenaires aux TBI indiquent que les formulations restent essentiellement les mêmes, à l'exception de l'exclusion de l'obligation d'épuiser « tous les recours judiciaires internes et administratifs » [traduction non officielle].) ; Voir l'Accord relatif à l'encouragement et à la protection des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République du Sénégal, P.–B.–Sén., Art. 10, (3 août 1979), extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2077> ; Accord entre le Royaume des Pays-Bas et la République des Philippines pour la promotion et la protection des investissements, P.–B.–Phil., Art. 9, paragr. 1, (27 février 1985), extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2073>.

²⁷ Traité entre la République fédérale allemande et l'État d'Israël concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, All.–Isr., (24 juin 1976), Art. 10, paragr. 5, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1344> (traduction non officielle).

²⁸ Accord entre le gouvernement suédois et le gouvernement de la République arabe d'Égypte sur la protection mutuelle des investissements, Art. 8, Ég.–Suède., (15 juillet 1978). Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1112> (traduction non officielle).



Le TBI Roumanie–Sri Lanka de 1981 requiert l'EVRI en employant une formulation similaire à celle qui figure à l'Article 26 de la Convention du CIRDI : « Toutefois, chaque partie contractante requiert par les présentes l'épuisement des recours internes administratifs ou judiciaires en tant que condition de son consentement à la conciliation ou à l'arbitrage par le Centre. »²⁹

Deux autres TBI négociés par la Roumanie — avec le Ghana (1989) et le Danemark (1994)³⁰ — requièrent l'EVRI, mais cela s'applique uniquement aux différends concernant le montant des compensations accordées pour cause d'expropriation.

Le TBI Chine–Côte d'Ivoire de 2002, conformément à la plupart des traités d'investissement négociés par la Chine, bien qu'il reste muet sur les recours judiciaires, requiert l'épuisement de la « procédure interne d'examen administratif spécifiée par les lois et réglementations » de l'État d'accueil.³¹

Le texte original du Protocole de la SADC de 2006 sur la finance et l'investissement comprenait une exigence d'EVRI (le texte actuel, qui n'est pas cité ici, ne l'inclut plus, car le traité a été modifié pour y exclure l'arbitrage investisseur-État) :³²

Les différends entre un investisseur et un État Partie concernant une obligation de ce dernier en rapport avec un investissement admis de l'investisseur, qui n'ont pas été réglés à l'amiable, et après l'épuisement des voies de recours internes, devront, après une période de six (6) mois à compter de la notification écrite d'une réclamation, être soumis à un arbitrage international si l'une ou l'autre partie au différend le souhaite.

L'exemple le plus récent disponible d'un TBI exigeant l'épuisement des recours administratifs aussi que judiciaires est le TBI Albanie–Lituanie de 2007 :³³

Si un tel différend ne peut pas faire l'objet d'un règlement à l'amiable dans les six mois à compter de la date de la notification écrite indiquée au paragraphe 1, et qu'un [sic] recours internes judiciaires et administratifs ont été épuisés, la Partie contractante ou l'investisseur sera habilité à soumettre le différend au [CIRDI ou à l'arbitrage ad hoc de la CNUDCI].

Outre les traités, en particulier en réponse au nombre croissant de cas d'arbitrages investisseur-État et aux interprétations expansives des tribunaux d'investissement, plusieurs modèles de traités d'investissement renvoient expressément à la règle EVRI. Publié en 2005, le Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable de l'IISD, dans son article sur les différends relatifs aux investissements, a inclus la règle EVRI, mais a accordé à l'investisseur la possibilité de plaider en faveur d'exceptions à la règle sur la base de l'indisponibilité des recours ou de « l'absence démontrable d'indépendance ou de ponctualité » (Mann, von Moltke, Peterson, & Cosby, 2005, Art. 45, paragr. B et C ; traduction non officielle) :

²⁹ Accord sur la promotion et la garantie mutuelles des investissements, Roum.–Sri Lanka, Art. 7, paragr. 2, (9 février 1981). Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2210> (traduction non officielle).

³⁰ Accord entre le gouvernement de la République du Ghana et la République socialiste de Roumanie sur la promotion et la garantie mutuelles des investissements, Ghana–Roum., Art. 4, paragr. 3, (14 sept. 1989) (non entré en vigueur), extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1459>; Accord sur la promotion et la garantie mutuelles des investissements, Dan.–Roum., Art. 4, paragr. 2 juin 1994, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1027>.

³¹ Accord entre le gouvernement de la République populaire de Chine et le gouvernement de la République de Côte d'Ivoire sur la promotion et la protection des investissements, Chine–Côte d'Ivoire, Art. 9, paragr. 3, (30 sept. 2002) (non entré en vigueur). Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/722> (traduction non officielle).

³² Protocole sur la finance et l'investissement de la Communauté de développement de l'Afrique australe, Annexe 1, Art. 28, paragr. 1, (18 juin 2006). Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2730> (traduction non officielle).

³³ Accord passé entre le Conseil des Ministres de la République d'Albanie et le gouvernement de la République de Lituanie sur la promotion et la protection des investissements, Alb.–Lit., Art. 8, paragr. 2, (28 mars 2007). Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/20> (traduction non officielle).



Article 45 : Différends investisseur/investissement-État

- (B) Un différend entre un investisseur ou un investissement et un État d'accueil ne saurait faire l'objet d'une procédure avant l'épuisement des voies de recours internes en rapport avec les questions sous-jacentes plaidées en rapport avec la non-exécution de l'Accord.
- (C) Lorsque de telles voies de recours ne sont pas ouvertes en raison de l'objet du différend ou de l'absence démontrable d'indépendance ou de ponctualité des processus judiciaires ou administratifs impliqués dans l'affaire dans l'État d'accueil, un investisseur peut invoquer cette cause dans une demande présentée devant un groupe d'experts à titre de question préliminaire. (Mann, von Moltke, Peterson, & Cosbey, 2005, Art. 45, paragr. B et C)

Annexe A : Règlement des différends investisseur-État

Article 5 : Conditions et limitations afférentes au consentement de chaque Partie

Une réclamation ne peut être soumise à un arbitrage par un investisseur ou un investissement que si le requérant a démontré qu'il s'est conformé à l'exigence d'épuisement des voies de recours internes ou si, à la demande du requérant, un groupe d'experts a conclu que le requérant n'est pas dans une situation lui permettant de manière viable d'avoir épuisé les voies de recours internes. Dans le dernier cas, l'Avis d'arbitrage doit être accompagné d'une renonciation expresse écrite de tels droits subordonnés à l'ouverture d'une procédure d'arbitrage. (Mann et al., 2005, annexe A, Art. 5, paragr. 2)

Le TBI modèle adopté par la SADC en 2012 comporte une formulation élaborée requérant l'épuisement des recours administratifs internes et l'exercice des recours internes pendant une période raisonnable. Il indique également des exceptions : les recours internes ne sauraient être exercés en l'absence de recours « raisonnablement ouverts » en mesure de « constituer un recours efficace » dans des « délais raisonnables » (SADC, 2012, Art. 28, paragr. 4 ; traduction non officielle) :

Un État Partie étatique ne peut soumettre une demande d'arbitrage réclamant des dommages-intérêts en invoquant une infraction au présent Accord au nom d'un Investisseur ou d'un Investissement

(a) que si l'Investisseur ou l'Investissement, le cas échéant, a d'abord soumis une demande aux juridictions internes de l'État d'accueil aux fins d'exercer des recours internes, après l'épuisement de tous recours administratifs concernant la mesure sur laquelle repose la demande au titre de cet Accord, et que si un règlement n'a pas été trouvé dans des délais raisonnables à compter de sa soumission à une juridiction interne de l'État d'accueil, ou

(b) que si l'État Partie requérante démontre au tribunal établi en vertu de cet Article qu'il n'existe pas de voies de recours internes raisonnablement ouvertes pouvant constituer un recours efficace pour le différend concernant la mesure sur laquelle repose la demande, ou que les voies de recours ne constituent pas une possibilité raisonnable d'un tel recours dans un délai raisonnable.

Le Traité d'investissement modèle de la Communauté est-africaine (*East African Community* [EAC]), adopté en février 2016, fait également obligation d'épuiser les recours administratifs et d'exercer les recours judiciaires, incorporant les mêmes formulations que le TBI modèle de la SADC (EAC, 2016).

Finalement, il est important de noter que, bien que cela ne figure pas dans un traité ou un modèle de traité, l'Afrique du Sud prévoit également l'EVRI dans sa législation nationale en tant que condition préalable à un arbitrage international relatif à des investissements étrangers. La loi sur la Protection de l'investissement de 2005 dans ce pays stipule que « [l]e gouvernement peut consentir à un arbitrage international concernant les investissements couverts par cette Loi, sous réserve de l'épuisement des voies de recours internes ». ³⁴

³⁴ Loi 22 de 2015 sur la Protection de l'investissement (15 déc. 2015), §12 paragr. 5 (Af. du Sud). Extrait de http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/39514_Act22of2015ProtectionOfInvestmentAct.pdf (traduction non officielle).



3.1.3 Le traité requiert l'exercice des voies de recours internes

Plusieurs traités exigent que les investisseurs *exercent* les recours internes dans l'État d'accueil pendant une certaine période — allant de trois mois à cinq ans — avant de recourir à l'arbitrage investisseur-État. Certains autres traités exigent que les investisseurs *épuisent* les recours internes en tant que condition préalable à l'accès à un arbitrage international, mais prévoient un délai maximal après lequel cette condition disparaît. Les deux formes de traités sont regroupées ici sous la même catégorie et sont illustrées ci-après.

Le TBI France–Maroc de 1975 (terminé en 1999) exigeait l'EVRI comme condition préalable à l'arbitrage du CIRDI, mais ajoutait : « cette ... condition disparaissant deux ans après la date de la première saisine des tribunaux ». ³⁵ Le TBI UEBl–Rwanda de 1983 fait expressément obligation d'épuiser les recours administratifs et judiciaires, mais en même temps prévoit que l'exigence « ne peut pas être invoquée » après 18 mois à compter de la notification écrite du différend par l'investisseur. ³⁶ Plus récemment, le TBI Jordanie–Roumanie de 1992 stipule que la condition préalable d'EVRI « ne peut pas être opposée » par l'État défendeur après six mois à compter de la date du premier acte procédural devant les juridictions internes. ³⁷

Dans le cadre de plusieurs TBI conclus par plusieurs pays, dont les Émirats arabes unis (EAU), ³⁸ la Corée ³⁹ et la Turquie, ⁴⁰ un différend ne peut être soumis à arbitrage que s'il continue d'exister suite à des procédures judiciaires engagées dans des juridictions internes dans un délai spécifié.

³⁵ Accord entre le gouvernement de la République Française et le gouvernement du Royaume du Maroc sur la Protection, l'encouragement et la Garantie Réciproques des Investissements, Fr.–Mar., (15 juillet 1975) (a pris fin le 30 mai 1999), Art. 10. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1259>.

³⁶ Convention concernant l'Encouragement et la protection réciproque des investissements, Belg.–Lux.–Rwanda, (2 nov. 1983), Art. 10, paragr. 3-4. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2975> (traduction non officielle).

³⁷ Accord entre le gouvernement du Royaume Hachémite de Jordanie et le gouvernement de la Roumanie sur la promotion et la protection mutuelles des investissements, Jord.–Roum., (2 juillet 1992) Art. 8, paragr. 3-4. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1752> (traduction non officielle).

³⁸ Accord conclu entre les Émirats arabes unis et l'Union économique belgo-luxembourgeoise (U.E.B.L.) sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Belg.–Lux.–Émr. ar. unis (8 mars 2004), Art. 12, paragr. 2, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/425> ; Accord conclu entre le gouvernement des Émirats arabes unis et le gouvernement de la République d'Azerbaïdjan sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Azerb.–Émr. ar. unis, (20 nov. 2006), Art. 11, paragr. 2, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/243> ; Accord conclu entre le gouvernement des Émirats arabes unis et le gouvernement de la République d'Ouzbékistan pour la promotion et la protection réciproque des investissements, Émr. ar. unis–Ouzb., (26 oct. 2007), Art. 9, paragr. 2-3, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2368>.

³⁹ Accord conclu entre le gouvernement de la République de Corée et le gouvernement de la République d'Indonésie concernant la promotion et la protection des investissements, Indon.–Corée du Sud, (16 fév. 1991), Art. 9, paragr. 2. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1622> Voir également l'Accord entre le gouvernement de la République de Corée et le gouvernement de la République des Philippines concernant la promotion et la protection des investissements, Phil.–Corée du Sud, (7 avril 1994), Art. 9, paragr. 2. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1821> (formulation similaire, mais nécessite la continuation de la formulation locale pendant trois mois seulement).

⁴⁰ Accord conclu entre le gouvernement de la Roumanie et le gouvernement de la République de Turquie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, Roum.–Turquie., (24 janv. 1991), Art. 6, paragr. 4, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2986> ; Accord entre la République de Turquie et la République de Cuba concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, Cuba–Turquie., (22 déc. 1997), Art. VI, paragr. 2, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/916> ; Accord pour la promotion et la protection réciproque des investissements, Corée du Sud–Turquie., (14 mai 1991), Art. 10, paragr. 2, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1840>.



Plusieurs TBI conclus par l'Argentine — dont de nombreux ont été examinés en détail dans la jurisprudence de l'arbitrage des investissements — exigent que les recours internes soient exercés pendant une période spécifiée sans que soit prise une décision finale ou lorsque persiste un différend après qu'une décision finale est prise. Voir, par exemple, le TBI Argentine–Royaume-Uni.⁴¹

- (1) Les différends relatifs à un investissement qui surviennent dans le cadre de cet Accord entre un investisseur d'une Partie contractante et l'autre Partie contractante, lesquels n'ont pas fait l'objet d'un règlement amiable, seront soumis, à la demande de l'une des Parties au différend, à la décision du tribunal compétent de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé.
- (2) Les différends susmentionnés doivent être soumis à l'arbitrage international dans les cas suivants :
 - (a) si l'une des Parties en fait la demande, dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :
 - (i) lorsque, après expiration d'une période de dix-huit mois à compter du moment où le différend a été soumis au tribunal compétent de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé, ledit tribunal n'a pas rendu sa décision finale ;
 - (ii) lorsque la décision finale a été rendue par le tribunal susmentionné mais que le différend n'est pas encore réglé entre les Parties ;

Le TBI Uruguay–Espagne de 1992 prévoit également une exigence de procédure judiciaire interne, mais au lieu de faire référence à la persistance du différend après qu'une décision finale a été rendue, il fait référence aux affaires dans lesquelles la « décision du tribunal est manifestement injuste ou enfreint les dispositions de cet Accord ou de toute autre norme du droit international ». ⁴² Le TBI Uruguay–Pologne de 1991, quant à lui, fait référence à des cas dans lesquels la décision finale enfreint une norme du droit international, y compris les dispositions mêmes du TBI, et les cas de déni de justice.⁴³

⁴¹ Accord conclu entre le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le gouvernement de la République argentine pour la promotion et la protection des investissements, Arg.–R.-U., (11 déc. 1990). Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126> (traduction non officielle). Voir également *Convenio para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones* (Convention pour la promotion et la protection réciproque des investissements), Arg.–Belg.–Lux, (28 juin 1990), extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/75>; *Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Argentinischen Republik über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen*, Arg.–All., (9 avril 1991), extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/92>; Accord entre le gouvernement de la République de Corée et le gouvernement de la République argentine sur la promotion et la protection des investissements, Arg.–Corée du Sud, (17 mai 1994), extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/102>; Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République argentine, Arg.–P.-B., (20 oct. 1992), extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/107>; voir également *Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* (Convention entre la République du Pérou et la République fédérale allemande sur la promotion et la protection réciproque des investissements), All.–Pérou, (30 janv. 1995), Art. 10, paragr. 2–3, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1391>; Accord entre la République fédérale allemande et les Émirats arabes unis pour la promotion et la protection réciproque des investissements, All.–Émr. ar. unis, (21 juin 1997), Art. 8, paragr. 2–3, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1443> (limite de 24 mois) ; *Acuerdo de Fomento y Reciproca Protección de las Inversiones entre la República Oriental del Uruguay y la República Popular de Hungría* (Accord de promotion et de protection réciproque des investissements entre la République orientale de l'Uruguay et la République populaire de Hongrie), Hongr.–Urug., (25 août 1989), Art. 10, paragr. 2–3, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1556>; *Acuerdo entre el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República de Venezuela sobre Promoción y Protección de las Inversiones*, (Accord entre le gouvernement de la République italienne et le gouvernement de la République du Venezuela sur la promotion et la protection réciproque des investissements) It.–Vénéz., (juin 1990), Art. 8, paragr. 2–3, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3381>; Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la Jamaïque, Jam.–P.-B., (18 avril 1991), Art. 9, paragr. 2–3, 2, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1721>

⁴² Accord sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Espagne–Urug., (7 avril 1992), Art. XI, paragr. 3(a). Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2287> (traduction non officielle). Voir également l'Accord conclu entre le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le gouvernement de la République orientale de l'Uruguay pour la promotion et la protection des investissements, R.-U.–Urug., (21 oct. 1991), Art. 8, paragr. 2. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2372>.

⁴³ *Acuerdo de Protección y Promoción de las Inversiones* (Accord de protection et de promotion des investissements), Pol.–Urug., (2 août 1991), Art. X, paragr. 2–3, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2190>. Voir également *Acuerdo entre la República Oriental del Uruguay y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa en materia de Promoción y Protección recíprocas de Inversiones* (Accord entre la République orientale de l'Uruguay et l'Union économique belgo-luxembourgeoise en matière de promotion et de protection réciproque des investissements), Belg.–Lux.–Urug., (4 nov. 1991). Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/427>.



Le TBI Malte–Serbie de 2010 fait obligation d'exercer les recours internes — sans fixer de durée minimale — avant que l'investisseur puisse recourir à l'arbitrage international.⁴⁴ Le TBI Pays-Bas–EAU de 2013 (non entré en vigueur) fait obligation d'exercer les recours internes sans fixer de limite temporelle, mais uniquement pour des différends concernant des investissements réalisés dans les EAU.⁴⁵

Étrangement, le TBI Bangladesh–EAU de 2011 (non entré en vigueur) prévoit que le différend peut être soumis à des centres d'arbitrage nationaux aux fins de l'EVRI.⁴⁶

Dans de nombreux traités, la Chine exige l'épuisement de ses procédures d'examen administratif internes, dont la durée ne doit pas excéder trois mois.⁴⁷ De même, de nombreux TBI colombiens prévoient l'épuisement des recours administratifs ou judiciaires comme l'exige la législation interne, mais ils établissent que les procédures internes ne doivent pas excéder six mois (Gouvernement de la République de Colombie, 2008, Art. IX, paragr. 1).⁴⁸

Finalement, au titre du TBI modèle indien de 2015, les différends en matière d'investissement doivent être soumis aux juridictions ou aux organes administratifs de l'État d'accueil aux fins d'« épuiser tous les recours administratifs et judiciaires internes ... pendant une période minimale de cinq ans » (Gouvernement de la République de l'Inde, 2015, Art. 15, paragr. 2 ; traduction non officielle). Outre les limites temporelles, le modèle prévoit des exceptions à la règle fondées sur le manque de disponibilité de recours pouvant raisonnablement offrir une réparation (Gouvernement de la République de l'Inde, 2015, Art. 15 ; traduction non officielle) :

Article 15

Conditions suspensives à la soumission d'une réclamation à l'arbitrage

15.1 En ce qui concerne une réclamation selon laquelle la Partie défenderesse a manqué à une obligation au titre du Chapitre II, autrement qu'une obligation au titre de l'Article 9 ou 10, un investisseur contestant doit d'abord soumettre sa réclamation devant les juridictions ou organes administratifs internes de la Partie défenderesse aux fins d'exercer les recours internes concernant la même mesure ou doit soumettre les questions factuelles similaires pour lesquelles un manquement aux dispositions de ce Traité est invoqué. ...

Il est entendu que, en démontrant s'être conformé à l'obligation d'épuiser les recours internes, l'investisseur ne doit pas arguer que l'obligation d'épuiser les recours internes ne s'applique pas ou a été respectée sous prétexte que la réclamation au titre de ce Traité provient d'une partie différente ou concerne un objet de litige différent.

À condition, toutefois, que l'exigence d'épuiser les recours internes ne soit pas applicable si l'investisseur ou l'entreprise établie localement peut démontrer qu'il n'existe pas de voie de recours interne ouverte pouvant raisonnablement offrir une réparation quelconque concernant la même mesure ou qu'il n'existe pas de questions factuelles similaires pour lesquelles un manquement aux dispositions de ce Traité est invoqué par l'investisseur.

⁴⁴ Projet d'accord entre le gouvernement de la République de Serbie et le gouvernement de la République de Malte pour la promotion et la protection réciproque des investissements, Malta–Serb., (2 juillet 2010), Art. 9, paragr. 2. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3170>.

⁴⁵ Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et les Émirats arabes unis, P.-B.–Émir. ar. unis, (26 nov. 2013), Art. 9, paragr. 2-3. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4774>.

⁴⁶ Accord entre le gouvernement des Émirats arabes unis et le gouvernement de la République populaire du Bangladesh pour la promotion et la protection réciproque des investissements, (17 janvier 2011) (non entré en vigueur), Art. 9, paragr. 3. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/276>. Voir également l'Accord entre le gouvernement de la République fédérale démocratique d'Éthiopie et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, Éth.–Chine, (11 mai 1998), Art. 9, paragr. 2-3, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/732> ; Accord entre le gouvernement de la République populaire de Chine et le gouvernement de l'État de Qatar concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, Chine–Qatar, (9 avril 1999), Art. 9, paragr. 2-3, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/772>.

⁴⁷ Protocole d'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le gouvernement de la République populaire de Chine sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Belg.–Lux.–Chine, (6 juin 2006), Art. 8, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/339>.

⁴⁸ Voir également l'Accord entre la Confédération suisse et la République arabe d'Égypte sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Ég.–Suisse., (7 juin 2010), Art. 12, paragr. 2-3. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1113>.



15.2 Le cas échéant, si, après avoir épuisé tous les recours judiciaires et administratifs liés à la mesure sur laquelle repose la réclamation pendant une période d'au moins cinq ans à compter de la date à partir de laquelle l'investisseur a d'abord eu connaissance de la mesure en question, aucun règlement n'a été obtenu de manière satisfaisante pour l'investisseur, l'investisseur peut entamer une procédure au titre de ce chapitre en transmettant un avis de différend (« avis de différend ») à la Partie défenderesse.

3.1.4 Le traité confirme le droit des États à exiger l'épuisement des recours internes

La partie finale de l'Article 26 de la Convention du CIRDI confirme le droit des États à exiger l'EVRI comme condition de consentement à l'arbitrage d'un traité :⁴⁹

Le consentement des parties à l'arbitrage au titre de cette Convention sera réputé, sauf indication contraire, être un consentement à un tel arbitrage, à l'exclusion de tout autre recours. Un État contractant peut exiger l'épuisement des recours internes administratifs ou judiciaires en tant que condition de son consentement à l'arbitrage au titre de cette Convention [italiques ajoutés].

Peut-être inspiré par la Convention du CIRDI, les clauses d'arbitrage de certains traités reproduisent la formulation soulignée dans la citation précitée.⁵⁰ Une telle formulation, confirmant simplement un droit d'exiger, ne peut pas être considérée comme une exigence, et son utilisation dans les accords d'investissement crée des difficultés d'interprétation. Il convient de noter qu'une telle formulation ne précise pas, par exemple, si les États peuvent effectivement exercer leur droit d'exiger l'EVRI même après que l'investisseur a engagé la procédure d'arbitrage.

3.1.5 Le traité renonce à l'épuisement des voies de recours internes

Plusieurs traités prévoient que le consentement à l'arbitrage implique la renonciation à l'exigence, ou la renonciation au droit à exiger, que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés. C'est le cas de plusieurs TBI signés par la Belgique, le Luxembourg et l'UEBL, le plus ancien étant celui conclu entre la Belgique et l'Indonésie en 1970.⁵¹ Dans une présentation légèrement différente, la disposition continue d'apparaître dans les récents traités de l'UEBL.⁵² Elle apparaît également dans divers TBI conclus par d'autres pays, notamment de l'Europe centrale et de l'Europe de l'Est, dont l'Arménie, la Bulgarie, la Croatie, la Moldavie, le Monténégro, la République tchèque et la Serbie.⁵³

⁴⁹ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Art. 26, (18 mars 1965), 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159 [ci-après Convention CIRDI].

⁵⁰ Accord entre le gouvernement de la Jamaïque et le gouvernement de la Confédération suisse pour la promotion et la protection réciproque des investissements, Jam.–Suisse. (11 déc. 1990), Art. 9, paragr. 4, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1723>; Accord conclu entre le gouvernement des Émirats arabes unis et le gouvernement de la République socialiste du Viet Nam pour la promotion et la protection réciproque des investissements, Émr. ar. unis–Viet Nam, (16 fév. 2009) (non entré en vigueur), Art. 10, paragr. 2, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2370>. Accord entre le gouvernement de la République populaire de Chine et le gouvernement de la République d'Ouzbékistan sur la promotion et la protection des investissements, Chine–Ouzb., (19 avril 2011), Art. 12, paragr. 2. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3357>.

⁵¹ Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, Belg.–Indon., (15 janv. 1970), extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/370>.

⁵² Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise, d'une part, et le Monténégro, d'autre part, sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Belg.–Lux.–Montén., (16 fév. 2010), Art. 12, paragr. 2, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/389>; Acuerdo entre la Unión Económica Belgo-luxemburguesa y el Gobierno de la República de Cuba para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le gouvernement de la République de Cuba pour la promotion et la protection réciproque des investissements), Belg.–Lux.–Cuba, (19 mai 1998), Art. 9, paragr. 2, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/351>; Convention entre l'Union Économique Belgo-Luxembourgeoise et la République du Burundi concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, Bel.–Lux.–Bur., (13 avril, 1989), Art. 8, paragr. 3, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/335>.

⁵³ Voir, par ex., l'Accord entre le gouvernement du Royaume Hachémite de Jordanie et le gouvernement de la République de Croatie sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Croatie.–Jordan., (10 oct. 1999), Art. 10, paragr. 2(b), extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/866>; Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre la République d'Arménie et le Royaume des Pays-Bas, Arm.–P.-B., (10 juin 2005), Art. 9, paragr. 2, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/140>; Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre le gouvernement de la République de Serbie et le gouvernement de la République d'Indonésie, Indon.–Serbie, (6 sept. 2011) (non entré en vigueur), Art. 11, paragr. 4, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3172>; Accord entre le gouvernement du Monténégro et le gouvernement de la République de Moldavie sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Mold.–Montén., (20 juin 2014) (non entré en vigueur), Art. 8, paragr. 2, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4750>; Accord entre la République tchèque et la République de Bulgarie pour la promotion et la protection réciproque des investissements, Bulg.–Rép. tch., (19 mars 1997), Art. 9, paragr. 4, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/523>.



L'Autriche a inclus une formulation similaire dès son tout premier traité — conclu avec la Malaisie en 1985 — et de nombreux autres conclus ultérieurement.⁵⁴ Dans une exception notable, le TBI Autriche-Inde de 1999 assortit la renonciation de conditions, en prévoyant que « [d]ans le cas de l'arbitrage ..., la Partie contractante n'exigera pas que les recours administratifs ou judiciaires soient épuisés *à moins que des procédures aient été entamées à ce titre* » (italiques ajoutés).⁵⁵ En conséquence, dans le cadre du traité, les États généralement renoncent à leur droit d'exiger l'EVRI, mais se réservent le droit de l'exiger si des procédures internes ont déjà été entamées.⁵⁶

Dans la direction opposée, plusieurs accords conclus par l'Arabie saoudite, avec quelques différences dans la formulation, prévoient que les États renoncent au droit d'exiger l'EVRI une fois que l'investisseur entame des procédures d'arbitrage.⁵⁷

Finalement, bien qu'il ne renonce pas directement à la règle EVRI elle-même, le Chapitre 11 de l'ALENA y renonce tacitement, car il y est stipulé que les investisseurs ou investissements « renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation interne d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement ..., à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne supposant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation de la Partie contestante ».⁵⁸

3.1.6 Cas hybrides

Deux TBI australiens conclus en 1991 — avec la Hongrie et la Pologne⁵⁹ — contiennent à la fois une exigence expresse et une renonciation expresse de l'EVRI. Un investisseur peut soumettre à l'arbitrage international un différend découlant de l'article sur l'expropriation et la nationalisation, même sans utiliser les recours internes ; en conséquence, le traité renonce expressément à la règle EVRI. Alternativement, pour les différends en vertu de toute autre disposition, le texte exige expressément l'EVRI. De même, le TBI Pologne-États-Unis de 1993 autorise le renvoi des différends concernant l'expropriation et les transferts à l'arbitrage international sans l'EVRI, mais exigeant expressément l'EVRI pour tous les autres différends.⁶⁰

Un autre cas hybride est celui du TBI Roumanie-Koweït de 1991. Il autorise un investisseur à soumettre à l'arbitrage du CIRDI tout différend concernant le montant de la compensation en cas d'expropriation ou concernant les transferts, sous réserve d'une exigence EVRI limitée dans le temps. Pour d'autres types de différends, toutefois, ce n'est qu'à travers un accord spécifique que les parties au différend le soumettent à l'arbitrage international, et sous réserve d'une exigence EVRI sans limitation temporelle.⁶¹

⁵⁴ Accord entre la République d'Autriche et la Malaisie pour la promotion et la protection des investissements, Austr.-Mal., (12 avril 1985), Art. 9, paragr. 2. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/201>. Voir également l'Accord pour la promotion et la protection réciproque de l'investissement entre la République d'Autriche et la République du Tadjikistan, Austr.-Tadjik., (15 déc. 15, 2010), Art. 15, paragr. 2. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3308>.

⁵⁵ Accord entre le gouvernement de la République d'Autriche et le gouvernement de la République de l'Inde pour la promotion et la protection des investissements, Autriche-Inde, (18 nov. 1999), Art. 9, paragr. 4. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/192> [ci-après dénommé TBI Autriche-Inde de 1999] (traduction non officielle).

⁵⁶ Comparer le TBI Autriche-Inde de 1999 avec l'Accord pour la promotion et la protection des investissements entre la République d'Autriche et la République fédérale du Nigeria, Austr.-Nigeria, (8 avril 2013) (non entré en vigueur), Art. 15. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2972> (interdisant l'investisseur de soumettre un différend à l'arbitrage « si une juridiction ou un tribunal administratif de la Partie contractante a rendu une décision finale et exécutoire sur le bien-fondé de l'affaire », c'est à dire si les recours internes ont été épuisés).

⁵⁷ Accord entre la République Tchèque et le Royaume d'Arabie saoudite concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, Rép. tch.-Arabie Saoudite, (18 nov. 2009), Art. 11, paragr. 4. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/978>.

⁵⁸ Accord de libre-échange nord américain, (18 déc. 1992), 32 I.L.M. 289, 605 (1993), ch. 11, Art. 1122 [ci-après dénommé ALENA]. Extrait de <https://www.nafta-sec-alena.org/Accueil/Textes-1%C3%A9gaut/Accord-de-libre-%C3%A9change-nord-am%C3%A9ricain>.

⁵⁹ Accord entre l'Australie et la République de Hongrie sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Austr.-Hongr., (15 août 1991), Art. 12, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/153>; Accord entre l'Australie et la République de Pologne sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Austr.-Pol., (7 mai 1991), Art. 13. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/163>.

⁶⁰ Accord conclu entre le gouvernement des Émirats arabes unis et le gouvernement de la République de Pologne pour la promotion et la protection des investissements, Pol.-Émir. ar. unis, (31 janv. 1993), Art. 9, paragr. 2. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2187>.

⁶¹ Accord entre la Roumanie et l'État de Koweït sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Kow.-Roum., (21 mai 1991), Art. 10, paragr. 3(b) et (4). Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3528>.



Un autre cas hybride est celui du TBI UEBl–Botswana de 2006 (non entré en vigueur). Le traité prévoit la soumission de tout différend aux tribunaux de l'État d'accueil pour exercer des recours internes, mais autorise les renvois à l'arbitrage international après six mois. Toutefois, il établit que le consentement à l'arbitrage international implique une renonciation à la règle EVRI, comme le prévoient généralement les TBI de l'UEBl.⁶²

3.2 Épuisement des voies de recours internes en jurisprudence internationale de l'investissement

Les tribunaux d'investissement dans les affaires CIRDI et non CIRDI ont généralement considéré que, en droit international de l'investissement, il y a renonciation à l'exigence EVRI sauf si elle est expressément exigée. Notre analyse du traitement de l'EVRI dans la jurisprudence de l'investissement commence (Section 3.2.1) avec la consolidation du renversement de l'interprétation du droit international traditionnel selon laquelle l'EVRI s'applique sauf s'il y a renonciation expresse.

De nombreux tribunaux d'investissement ont examiné la nature de l'exigence — si celle-ci consiste en une condition juridictionnelle du consentement de l'État d'accueil à l'arbitrage international ou en une condition procédurale de recevabilité d'une réclamation d'un investisseur (Section 3.2.2). En dépit des différences conceptuelles, les distinctions n'ont pas entraîné de résultats sensiblement différents. En particulier, les tribunaux ont adopté des positions uniformes en analysant les situations dans lesquelles l'exigence peut être écartée et en déterminant les conséquences juridiques pratiques de sa non application. Notre présentation générale des situations dans lesquelles les tribunaux ont estimé que les investisseurs pouvaient ou ne pouvaient pas contourner l'exigence (Section 3.2.3) peut concerner les fonctionnaires qui considèrent l'inclusion de l'exigence EVRI dans leurs traités ou qui sont confrontés à des cas d'arbitrage dans lesquelles un investisseur tente de contourner l'exigence.

En outre, même en l'absence d'une formulation explicite de traité caractérisant une exigence EVRI, certains tribunaux l'ont utilisée de manière implicite comme un élément de fond de certaines réclamations — à savoir, lorsque les investisseurs font valoir qu'un déni de justice est survenu ou qu'une décision d'un tribunal d'un État d'accueil a correspondu à une expropriation. Notre analyse de cette série de décisions (Section 3.2.4) peut servir d'orientation aux décideurs, qui pourraient envisager de confirmer ou de rejeter expressément cette tendance dans les traités qu'ils négocient.

3.2.1 La jurisprudence interprétant le silence sur l'épuisement des voies de recours internes comme une renonciation

A. Dans le contexte de la Convention CIRDI

Les universitaires et les tribunaux CIRDI ont régulièrement interprété l'Article 26 de la Convention CIRDI comme écartant l'application de la règle EVRI du droit international coutumier en matière d'arbitrage CIRDI. La disposition a la teneur suivante :⁶³

Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés.

La CDI, après avoir avalisé le jugement de la CIJ dans l'affaire *ELSI*, en affirmant qu'un principe important du droit international coutumier tel que l'EVRI ne pourrait pas être « tacitement écarté sans que l'intention de l'écartier soit verbalement précisée », a conclu qu'« il faut se garder d'admettre d'emblée qu'il y a implicitement

⁶² Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République du Botswana sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Belg.–Botsw.–Lux., (7 juin 2006) (non entré en vigueur), Art. 12, paragr. 2. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/331>.

⁶³ Convention CIRDI, *supra* note 49, Art. 26 ; voir également Banque internationale pour la reconstruction et le développement. (18 mars 1965). *Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, paragr. 32.



renonciation » de l'EVRI. Quand bien même, la CDI a reconnu que les renoncements sont fréquentes en droit international, et a observé dans la formulation de l'Article 26 de la Convention CIRDI « [l]e meilleur exemple » d'une renonciation expresse à la règle EVRI.⁶⁴

D'après le tribunal dans l'affaire *Lanco International c. Argentine*, la règle de l'exclusivité des fors dans la première phrase de l'Article 26 « signifie qu'il n'y a pas besoin d'épuiser les procédures internes avant d'entamer l'arbitrage CIRDI, sauf stipulation contraire »⁶⁵. En se référant à des affaires CIRDI antérieures,⁶⁶ le tribunal de l'affaire *Lanco* a poursuivi en précisant que « la deuxième phrase est précisément la renonciation, par la partie de l'État contractant, à l'obligation [EVRI] préalable, une obligation que l'État pourrait se réserver. » Il est important de noter qu'il indiquait que les États pouvaient exiger l'épuisement comme condition à l'arbitrage CIRDI : « (i) dans un traité bilatéral d'investissement qui offre la soumission à l'arbitrage CIRDI, (ii) dans la législation nationale, ou (iii) dans un accord d'investissement direct contenant une clause CIRDI. »⁶⁷

Dans *Generation Ukraine c. Ukraine*, le tribunal a invoqué le raisonnement *Lanco*. En particulier, il a estimé que, si un État souhaite exiger l'EVRI comme condition préalable de consentement à l'arbitrage CIRDI, l'obligation « doit figurer dans l'instrument dans lequel un tel consentement est exprimé » — dans l'affaire en question, il s'agit du traité d'investissement contenant la clause d'arbitrage.⁶⁸

Le tribunal dans *Maffezini c. Espagne* a confirmé l'interprétation selon laquelle, en droit international traditionnel, l'EVRI est exigé sauf s'il y a renonciation explicite ou implicite. Toutefois, selon sa lecture de l'Article 26 de la Convention CIRDI, celle-ci établit clairement qu'« à moins qu'un État contractant ait subordonné son consentement à l'arbitrage CIRDI sur l'[EVRI] antérieur, aucune obligation de ce type ne sera applicable », reversant ainsi la règle du droit international.⁶⁹

Selon le tribunal dans l'affaire *EDFI c. Argentine*, la reconnaissance d'une obligation EVRI implicite « entrerait en conflit avec une lecture simple de l'Article 26, et inviterait également les États à prescrire l'[EVRI] sans avertir formellement d'une telle stipulation les investisseurs qui concluent un traité en comptant que soit clairement définie une voie vers l'arbitrage ».⁷⁰

La série d'affaires présentées ci-dessus indique qu'il existe une vision consolidée dans la jurisprudence de l'investissement international selon laquelle « l'Article 26 de la Convention CIRDI constitue une renonciation expresse à la règle de l'épuisement des recours internes dans les arbitrages CIRDI ».⁷¹

B. Hors du contexte de la Convention CIRDI

Dans la première affaire d'arbitrage d'investissement dans le contexte de l'Accord de 1987 pour la promotion et la protection des investissements de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (*Association of Southeast Asian Nations [ASEAN]*), *Yaung Chi Oo c. Myanmar*, le défendeur a contesté la compétence du tribunal, faisant valoir que le requérant n'avait pas épuisé tous les recours internes. Le tribunal a rejeté l'exception en notant simplement que l'affaire n'avait pas été jugée dans le cadre de la législation nationale du Myanmar et qu'il n'était

⁶⁴ Projet d'articles de la CDI 2006, *supra* note 6, Art. 15, cmts. 14-15.

⁶⁵ *Lanco International Inc. c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/97/6, Décision préliminaire sur l'attribution de compétence, paragr. 37 (8 déc. 1998). Extrait de http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450_0.pdf (traduction non officielle).

⁶⁶ *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Gouvernement de la Guinée*, Affaire CIRDI n° ARB/84/4 ; *Mobil Oil Corporation et al. c. Nouvelle-Zélande*, Affaire CIRDI n° ARB/87/2.

⁶⁷ *Lanco*, *supra* note 65, paragr. 38-39 (traduction non officielle).

⁶⁸ *Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine*, Affaire CIRDI n° ARB/00/9, Sentence, paragr. 13.5 (16 sept. 2003). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf> (traduction non officielle).

⁶⁹ *Emilio Agustín Maffezini c. le Royaume d'Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/97/7, Décision sur les exceptions d'incompétence, paragr. 22 (25 janv. 2000), extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1487.pdf> (traduction non officielle); voir également *AES Corporation c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/17, Décision sur la compétence, paragr. 69 (26 avril 2005), extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0011.pdf>; *Saipem S.p.A. c. République populaire du Bangladesh*, ARB/02/17, Affaire CIRDI n° ARB/05/7, Sentence, paragr. 175, (30 juin 2009). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0734.pdf>.

⁷⁰ *EDF International S.A., SAUR International S.A. et León Participaciones Argentinas S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/23, Sentence, paragr. 1126-1127 (11 juin 2012). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1069.pdf> (traduction non officielle).

⁷¹ *M. Franck Charles Arif c. République de Moldavie*, Affaire CIRDI n° ARB/11/23, Sentence (8 avril 2013). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1370.pdf> (traduction non officielle).



pas nécessaire qu'elle obtienne l'aval de l'État d'origine du requérant, et que l'accord de 1987 ne contenait pas d'obligation EVRI.⁷²

Dans l'affaire *Nykomb c. Lettonie*, la première affaire investisseur-État dans le cadre du Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE), la Lettonie a fait valoir que les différends relevant de manquements aux obligations contractuelles devaient être réglés par la juridiction appropriée — dans cette affaire, les tribunaux lettons — avant d'entamer une procédure d'arbitrage international dans le cadre du TCE. Le tribunal a estimé que la Lettonie n'entendait pas que son argument soit interprété comme étant une défense de l'applicabilité de la règle EVRI en tant qu'obligation procédurale en droit international. Quand bien même, il a jugé approprié de faire savoir que le TCE ne contenait pas d'obligation générale d'EVRI ; « au contraire, selon l'Article 26(4) du TCE, l'investisseur a l'option de demander l'arbitrage du Traité même s'il a convenu de la compétence d'une juridiction interne ». Il est allé jusqu'à affirmer — dans un jugement discutable — « qu'aucune obligation générale d'épuiser les recours internes ne peut être induite du ... droit international en général ».⁷³

Dans le contexte de l'ALENA, le tribunal dans l'affaire *Waste Management II* a affirmé que l'ALENA, « en commun avec quasiment tous les traités d'investissement », n'exige pas que soient épuisés les recours internes, qui demeurent ouverts jusqu'à ce qu'un différend international fasse l'objet d'une procédure au titre du Chapitre 11 de l'ALENA.⁷⁴ Par la suite, le tribunal a précisé que le Chapitre 11, plutôt que d'exiger que les recours soient épuisés comme condition procédurale à l'arbitrage de l'ALENA, exige une renonciation de tous les recours restants, y compris ceux qui sont présentés devant les tribunaux administratifs et judiciaires de l'État d'accueil.⁷⁵

Dans un avis juridique préparé pour le défendeur dans l'affaire CNUDCI *CME c. République tchèque*, Christoph Schreuer et August Reinisch ont affirmé qu'afin de tenir dûment compte des décisions du tribunal tchèque sur des questions relevant du droit tchèque, le tribunal doit attendre la décision finale des procédures en cours dans les tribunaux tchèques sur les questions dont est saisi le tribunal.⁷⁶ N'étant pas convaincu, le tribunal a affirmé qu'agir de la sorte reviendrait à incorporer dans le TBI applicable une obligation EVRI, sur laquelle le TBI ne se prononçait pas. Il a également rejeté la règle EVRI en faisant part de ses préoccupations concernant ses implications en matière de politique publique. « L'arbitrage dans le cadre d'un traité bilatéral d'investissement impliquerait un risque élevé, en étant toujours menacé par l'épée de Damoclès de l'annulation au motif que les recours internes n'auraient pas été épuisés. »⁷⁷

Dans l'affaire *Mytilineos c. Serbie et Monténégro*, le tribunal CNUDCI a reconnu l'importance de la règle EVRI et a rappelé que de nombreux tribunaux arbitraux l'avait écartée, tant dans les arbitrages CIRDI que dans d'autres contextes. Il a estimé que la même interprétation devait être adoptée en ce qui concerne le TBI Grèce-Serbie et Monténégro, dont la clause d'option irrévocable (« *fork-in-the-road* ») consistait en une renonciation tacite à l'obligation, selon le tribunal. Conformément à la décision *CME*, il a également évoqué des raisons de politique publique pour expliquer pourquoi « les TBI accordant un à des investisseurs privés un accès direct à l'arbitrage international n'exigent pas que soient épuisés les recours internes » : l'inclusion d'une telle obligation, de l'avis du tribunal, « nuirait gravement à l'efficacité de cette forme de règlement des différends. »⁷⁸

⁷² *Yaung Chi Oo Trading Pte Ltd. c. Gouvernement de l'Union du Myanmar*, Affaire ASEAN I.D. n° ARB/01/1, Sentence, paragr. 40–41 (31 mars 2003). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0909.pdf>.

⁷³ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. La République de Lettonie, S.C.C.*, Sentence à 10 (16 déc. 2003). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0570.pdf> (traduction non officielle).

⁷⁴ *Waste Management, Inc. c. États-Unis du Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, Décision sur l'objection préliminaire du Mexique concernant les procédures précédentes, paragr. 30, (mercredi 26 juin 2002). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0898.pdf> (traduction non officielle).

⁷⁵ *Waste Management, Inc. c. États-Unis du Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, Sentence, paragr. 116, 133 (30 avril 2004), 43 I.L.M. 967 (2004).

⁷⁶ *CME Czech Republic B.V. c. République tchèque*, CNUDCI, avis juridique, paragr. 245–247 (22 mai 2002). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0961.pdf>.

⁷⁷ *CME Czech Republic B.V. c. République tchèque*, CNUDCI, sentence finale, paragr. 412–413 (14 mars 2003). Extrait de http://www.italaw.com/documents/CME-2003-Final_001.pdf (traduction non officielle).

⁷⁸ *Mytilineos Holdings SA c. l'Union étatique de Serbie-et-Monténégro et la République de Serbie*, CNUDCI, Sentence partielle sur la compétence, paragr. 189, 204–208, 220–222 (8 sept. 2006). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0549.pdf> (traduction non officielle).



C. Synthèse des questions essentielles

Les tribunaux CIRDI ont régulièrement estimé que, sauf si elle est expressément requise, l'obligation EVRI ne peut pas être implicite en droit de l'investissement international, une position qu'ils ont justifiée par la formulation de la renonciation en vertu de l'Article 26 de la Convention CIRDI. Toutefois, plusieurs tribunaux ont écarté la règle EVRI même quand la Convention CIRDI et la renonciation en vertu de son Article 26 ne s'appliquent pas. En pratique, parfois, la plupart du temps pour des raisons de politique publique, comme l'illustrent les deux affaires CNUDCI mentionnées ci-dessus, les tribunaux ont bien fait comprendre que le renversement de la règle EVRI (« il y a renoncement sauf si elle est explicitement exigée ») s'étend également à l'arbitrage non CIRDI (Sornarajah, 2010, p. 221).

3.2.2 Jurisprudence sur la nature juridique procédurale ou juridictionnelle de l'obligation

Plusieurs tribunaux (en particulier lorsqu'ils sont confrontés à des obligations d'exercice des recours internes pendant un certain temps, lesquelles figurent dans de nombreux TBI argentins) ont examiné si l'EVRI est une condition préalable de recevabilité d'une réclamation (une règle procédurale) ou une condition préalable de consentement à l'arbitrage d'un différend (une règle de compétence juridictionnelle). Comme le tribunal dans l'affaire *Abaclat c. Argentine* l'a expliqué, bien que l'irrecevabilité et l'incompétence puissent mener un tribunal à refuser d'avoir à connaître une affaire, ces éléments sont de natures différentes et ont des conséquences différentes :⁷⁹

- (i) Alors que l'incompétence *stricto sensu* signifie que la réclamation ne peut pas du tout être présentée devant l'organe appelé à statuer, l'irrecevabilité signifie que la réclamation n'était ni appropriée, ni ne se prêtait à un traitement judiciaire ;
- (ii) Alors qu'une décision de refuser d'avoir à connaître d'une affaire fondée sur l'incompétence arbitrale fait habituellement l'objet d'un examen par un autre organe, une décision de refuser d'avoir à connaître d'une affaire fondée sur l'irrecevabilité peut habituellement ne pas faire l'objet d'un examen par un autre organe ;
- (iii) Alors qu'un refus définitif fondée sur l'incompétence empêchera les parties de soumettre avec succès la même réclamation au même organe, un refus fondé sur l'irrecevabilité, en principe, n'empêchera pas le requérant de soumettre à nouveau sa réclamation, à condition qu'il remédie au défaut préalable entraînant l'irrecevabilité.

Suivant la jurisprudence de la CIJ, plusieurs tribunaux d'investissement considèrent les obligations EVRI comme étant des conditions de recevabilité. Alternativement, d'autres tribunaux considèrent ceci comme une règle de compétence juridictionnelle — pour nombre d'entre eux en se fondant sur la formulation de l'Article 26 de la Convention CIRDI, laquelle, comme indiqué plus haut,⁸⁰ mentionne l'EVRI comme une possible « condition à son consentement à l'arbitrage ».

Les tribunaux statuant dans les affaires *Abaclat*, *Hochtief* et *Teinver*⁸¹ contre l'Argentine — tous interprétant des obligations similaires limitées dans le temps pour l'exercice des recours internes figurant dans les TBI applicables — y ont fait référence en tant que règles procédurales. En particulier, dans l'affaire *Abaclat*, le tribunal a estimé que l'obligation « concernait les conditions de la mise en œuvre du consentement de l'Argentine à la compétence et à l'arbitrage CIRDI, et non la question fondamentale de savoir si l'Argentine consentait effectivement à la

⁷⁹ *Abaclat et Autres* (affaire formellement connue sous le nom de *Giovanna a Beccara and Others*) c. République argentine, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, paragr. 247 (4 août 2011). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0236.pdf> (traduction non officielle).

⁸⁰ Voir *supra* Section 3.2.1.A.

⁸¹ *Abaclat*, *supra* note 79; *Hochtief*, *supra* note 3, paragr. 96; *Teinver S.A.*, *Transportes de Cercanías S.A.* et *Autobuses Urbanos del Sur S.A.* c. République argentine, Affaire CIRDI n° ARB/09/1, Décision sur la compétence, paragr. 135–136 (21 déc. 2012). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1090.pdf>. Voir également *Philip Morris Brands Sàrl*, *Philip Morris Products S.A.* et *Abal Hermanos S.A.* c. République orientale de l'Uruguay, Affaire CIRDI n° ARB/10/7, Décision sur la compétence (2 juillet 2013). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1531.pdf>. (Le tribunal dans l'affaire *Philip Morris* « n'a pas estimé qu'il était nécessaire de caractériser l'obligation d'engager une procédure judiciaire interne de 18 mois comme relevant de la compétence ou de la recevabilité » (paragr. 142 ; traduction non officielle) et, indépendamment de cette caractérisation, a confirmé la décision du tribunal de *Teinver*).



compétence et à l'arbitrage CIRDI ». ⁸² Dans l'affaire *Hochtief*, le tribunal, en se fondant sur la jurisprudence de la CIJ, a argué qu'en théorie, l'Argentine pouvait accepter que le requérant ne se conforme pas à l'obligation, ou pouvait « l'excuser ». À ce titre, l'obligation doit être considérée « comme une condition liée à la manière dont le droit à recourir à l'arbitrage devait être exercé — en tant que disposition traitant de la recevabilité de la réclamation plutôt que de la compétence du Tribunal ». ⁸³

À leur tour, dans les affaires *Maffezini c. Espagne* et dans les affaires *Siemens, Wintershall, Impregilo, Daimler* et *ICS* ⁸⁴ contre l'Argentine, les tribunaux ont considéré l'obligation limitée dans le temps d'exercer des recours internes dans le TBI applicable à titre de condition obligatoire de consentement, laquelle, si l'investisseur ne s'y conforme pas, doit inciter un tribunal à rejeter l'affaire pour des motifs d'incompétence, en l'absence d'une alternative pour établir sa compétence. Approfondissant la nature obligatoire de l'obligation, dans l'affaire *Wintershall*, le tribunal a insisté sur le fait qu'il ne voyait aucune raison de contourner l'obligation : « Entre États contractants, on ne peut présumer qu'une stipulation particulière est de prime abord oppressive ou que, pour toute autre raison, elle doit être écartée ou ignorée. » ⁸⁵

Le tribunal CIRDI dans l'affaire *Ömer Dede et Serdar Elhüseyini c. Roumanie* ⁸⁶ s'est également déclaré incompétent, ayant vérifié que les requérants ne s'étaient pas conformés aux conditions alternatives de compétence en vertu du TBI Roumanie–Turquie de 1996 : ⁸⁷ l'EVRI ou expiration d'une période interne de procédures judiciaires d'une année.

Il est à noter que le tribunal dans l'affaire *Daimler*, à l'appui de la caractérisation juridictionnelle de l'obligation d'exercer les recours, a catégoriquement affirmé que « toutes les dispositions de règlement des différends fondées sur le TBI ... sont intrinsèquement juridictionnelles. » ⁸⁸ Dans le même ordre d'idées, le tribunal dans l'affaire *Kiliç c. Turkménistan*, interprétant une obligation EVRI dans le TBI Turquie–Turkménistan : ⁸⁹

Lorsque de telles conditions [suspensives] sont établies dans les [dispositions de règlement des différends] d'un TBI (en tant que conditions de l'offre des Parties contractantes d'arbitrer), qui sont la source même de la compétence d'un tribunal CIRDI, la conformité à leur égard constitue une obligation juridictionnelle, au sens que le non-respect des conditions a pour conséquence qu'il n'existe aucune compétence à exercer.

Comme en témoignent les affaires susmentionnées, la différence théorique entre l'EVRI comme règle procédurale ou de compétence juridictionnelle ne s'est pas traduite par des résultats sensiblement différents. Qu'elle soit considérée juridictionnelle ou procédurale, l'application de l'obligation a été similaire, ainsi que l'application des exceptions à l'obligation, comme examiné ci-dessous (Section 3.2.3).

⁸² Abaclar, *supra* note 79, paragr. 496 (traduction non officielle).

⁸³ *Hochtief*, *supra* note 3, paragr. 96 (traduction non officielle).

⁸⁴ *Maffezini*, *supra* note 69 ; *Siemens*, *supra* note 3 ; *Wintershall*, *supra* note 5, paragr. 127 ; *Impregilo S.p.A c. République argentine*, Affaire CIRDI n° 07/17, Sentence, paragr. 90, 94 (21 juin 2011), extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0418.pdf> ; *Daimler Financial Services AG c. La République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/05/1, Sentence, paragr. 193, (22 oct. 2012), extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf>. *ICS Inspection and Control Services Limited c. République argentine, P.C.A.* Affaire n° 2010–9, Sentence sur la compétence, paragr. 262, 326–327 (10 fév. 2012), extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0416.pdf>.

⁸⁵ *Wintershall*, *supra* note 5, paragr. 125, 145.

⁸⁶ *Ömer Dede et Serdar Elhüseyini c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/10/22, Sentence, paragr. 186, 262 (5 sept. 2013), extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw5010.pdf>.

⁸⁷ Accord conclu entre le gouvernement de la Roumanie et le gouvernement de la République de Turquie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, Rom.–Turk., (24 janv. 1991), Art. 6, paragr. 4, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2986>.

⁸⁸ *Daimler*, *supra* note 84, paragr. 193 (traduction non officielle).

⁸⁹ *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkménistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/1, Sentence, paragr. 6.2.9 (2 juillet 2013), extrait de http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf (traduction non officielle); Accord entre la République de Turquie et le Turkménistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, Turk.–Turkm., (2 mai 1991), Art. VII, paragr. 2, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4785>



3.2.3 Jurisprudence sur le contournement de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes

A. Exceptions fondées sur la disponibilité, la futilité, l'inefficacité et autres exceptions du droit international coutumier à la règle de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes

Dans l'affaire *Loewen c. États-Unis*, le tribunal, dans le contexte d'une plainte pour déni de justice, a examiné s'il a été dispensé de la règle EVRI du fait qu'il n'y avait pas de recours interne ouvert et adéquat. Selon le tribunal ALENA, la notion de disponibilité raisonnable doit être évaluée « à la lumière de la situation de [l'investisseur], y compris sa situation financière et économique »⁹⁰. Faisant remarquer que Loewen n'était pas parvenu à justifier pourquoi il avait conclu un accord de règlement au lieu d'avoir interjeté appel, le tribunal ne fut pas convaincu que l'accord de règlement fût la seule voie raisonnablement disponible, et a estimé que Loewen n'était pas parvenu à épuiser les recours internes.

Le tribunal dans l'affaire *Abaclat c. Argentine* a analysé les conséquences de la non-conformité à une obligation interne et limitée dans le temps en matière de différends à la lumière des notions d'équité et d'efficacité, à travers la pondération des intérêts de l'État d'accueil et de l'investisseur. Il a considéré que l'insistance sur une obligation interne et limitée dans le temps en matière de différends ne nuirait pas à l'Argentine, mais priverait l'investisseur de l'accès à l'arbitrage. En outre, il a conclu qu'aucun des recours internes ouverts n'aurait pu régler efficacement le différend en 18 mois, et que ces recours auraient été fastidieux et auraient entraîné des retards. En conséquence, il a estimé que la non-conformité de Abaclat à l'obligation n'empêchait pas d'avoir recours à l'arbitrage. De même le tribunal dans l'affaire *Urbaser c. Argentine* a examiné les diverses voies possibles de procédures judiciaires internes et a conclu qu'aucune ne convenait aux fins de parvenir à « une décision sur le fond » dans la limite temporelle fixée. Il a estimé « qu'une procédure judiciaire dont on ne peut raisonnablement s'attendre qu'elle atteigne son objectif est inutile et inéquitable pour l'investisseur. »⁹¹

Invoquant *Abaclat*, le requérant dans l'affaire *CNUDCI ICS c. Argentine* comptait également sur l'exception de futilité appliquée à l'EVRI. Estimant que l'exception pouvait être implicite, le tribunal a paru indiquer un seuil plus élevé de « futilité manifeste, lorsqu'à l'évidence le recours recherché n'est pas ouvert ». Il n'a pas pu conclure que les recours internes auraient été complètement inefficaces, et n'a pas trouvé de raison incontournable de dispenser ICS de se conformer à l'obligation.⁹²

Dans l'affaire *Ambiente Ufficio c. Argentine*, le tribunal a confirmé que l'exception de futilité s'applique à la fois aux obligations d'exercer et d'épuiser les recours internes. Il a confirmé la « réaffirmation bien argumentée et bien équilibrée du seuil applicable à l'exception de futilité » dans le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique, et a estimé que le seuil était vraisemblablement inférieur dans l'exercice limité dans le temps par rapport à l'épuisement complet des recours. Il a confirmé l'exception, concluant que les requérants n'avaient pas de « possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace des tribunaux locaux ». ⁹³ Avalisant *Ambiente Ufficio* et le seuil de la CDI, le tribunal dans l'affaire *Giovanni Alemanni c. Argentine* a également confirmé l'exception.⁹⁴

Le tribunal dans l'affaire *İçkale c. Turkménistan* a également été confronté à une allégation de futilité, au motif invoqué d'iniquité des procédures et d'absence d'indépendance des tribunaux du Turkménistan. La majorité du tribunal n'a pas accepté les arguments, et a convenu avec le Turkménistan que l'obligation de procédures judiciaires internes figurant dans le TBI Turquie–Turkménistan ne prévoyait pas d'exception de futilité.⁹⁵ L'arbitre Carolyn Lamm s'est écartée de la décision prise, indiquant que, malgré l'absence de formulation explicite à cet égard dans le traité, l'exception de futilité pouvait être invoquée en droit international coutumier.⁹⁶

⁹⁰ The Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique, Affaire CIRDI n° ARB(AF) 98/3, Sentence, paragr. 169, (jeudi 26 juin 2003). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf>.

⁹¹ Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République argentine, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, Décision sur la compétence, paragr. 194, 202–203 (19 déc. 2012). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1324.pdf> (traduction non officielle).

⁹² ICS Inspection, *supra* note 84, paragr. 265, 269, 273 (traduction non officielle).

⁹³ Ambiente Ufficio, *supra* note 4, paragr. 597, 601–611, 615–621 (traduction non officielle).

⁹⁴ Giovanni Alemanni et Autres c. République Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/07/8, Décision sur la compétence et la recevabilité, paragr. 306, 317 (17 nov. 2014). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4061.pdf>.

⁹⁵ İçkale İnşaat Limited Şirketi c. Turkménistan, Affaire CIRDI n° ARB/10/24, Sentence, paragr. 260 (8 mars 2016). Extrait de http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7163_1.pdf.

⁹⁶ *Id.*, Opinion partiellement divergente, paragr. 13



B. Application flexible de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes pour des raisons d'économie procédurale

Le requérant dans l'affaire *TSA c. Argentine* avait exercé les recours internes pendant 15 mois lorsque la décision en appel lui a été notifiée, et il a ultérieurement décidé d'engager des procédures CIRDI, à seulement trois mois de se conformer à l'obligation de procédure judiciaire interne de 18 mois dans le cadre du TBI Argentine–Pays-Bas. Le tribunal a estimé que, pour le moment, il était « fort peu probable » qu'une décision pouvait avoir été obtenue, donnant au requérant « une bonne chance d'obtenir satisfaction au niveau national », avant l'expiration de la période de 18 mois. En conséquence, bien que reconnaissant que les procédures CIRDI aient été prématurément engagées, le tribunal a estimé qu'il serait « très formaliste » de rejeter la compétence en se fondant sur l'échec à observer la période de 18 mois, et a affirmé qu'un tel rejet n'empêcherait pas l'ouverture de nouvelles procédures CIRDI.⁹⁷

Le tribunal dans l'affaire *Teinver c. Argentine* a estimé que les requérants n'avaient pas satisfait à l'obligation de recourir à des procédures judiciaires internes dans le cadre du TBI Argentine–Espagne au moment de l'ouverture de l'arbitrage, mais que la procédure judiciaire nationale continuerait par la suite et que 18 mois avaient passé dans le cours de l'arbitrage. Dans ces circonstances, le tribunal a estimé que les requérants avaient satisfait à l'obligation, car obliger les requérants à « tout recommencer et soumettre à nouveau cette affaire à l'arbitrage maintenant que les 18 mois avaient passé serait une perte de temps et de ressources ».⁹⁸

Dans l'affaire *İçkale c. Turkménistan*, bien que la majorité ait rejeté la tentative du requérant d'invoquer la futilité, elle a considéré que les aspects essentiels du différend avaient fait l'objet de procédures judiciaires internes entre les États contractants, ce qui s'est traduit par la résiliation de plusieurs contrats en question. La majorité a conclu qu'il ne serait pas approprié de faire obligation au requérant d'utiliser également les recours internes, et a estimé les réclamations recevables.⁹⁹

C. L'importation de dispositions de règlement des différends provenant de traités qui ne nécessitent pas l'épuisement de voies de recours internes à travers la clause de la nation la plus favorisée (NPF).

Le tribunal dans l'affaire *Maffezini c. Argentine* a conclu que le requérant n'était pas parvenu à soumettre l'affaire aux tribunaux espagnols pendant une durée minimale de 18 mois comme cela est exigé par le TBI Argentine–Espagne, et a fait valoir que, si cela avait été le seul argument de Maffezini, il aurait nécessaire au tribunal de se déclarer incompétent.¹⁰⁰

Toutefois, Maffezini avait également fait valoir que, par l'application de la clause NPF incluse dans le TBI Argentine–Espagne, il avait droit au traitement le plus favorable accordé par l'Espagne aux investisseurs chiliens dans le cadre du TBI Chili–Espagne,¹⁰¹ lequel n'inclut pas d'obligation d'une procédure judiciaire interne de 18 mois. Après examen de la doctrine juridique, la jurisprudence et la pratique des traités de l'Espagne, le tribunal était disposé à appliquer la clause NPF du TBI Argentine–Espagne aux dispositions de règlement du différend. Il a estimé que « l'obligation d'un recours préalable aux tribunaux nationaux énoncée dans le TBI Argentine–Espagne ne correspond pas à une question fondamentale de politique publique », et s'est déclaré compétent.¹⁰²

L'affaire *Maffezini* était la première d'une série dans laquelle les tribunaux se sont prononcés en faveur de permettre à un investisseur de contourner une obligation de procédure judiciaire interne prévue dans un TBI à travers l'adoption, par l'application de la clause NPF figurant dans le même TBI, de dispositions de règlement

⁹⁷ TSA Spectrum de Argentina S.A. c. République argentine, Affaire CIRDI n° ARB/05/5, Sentence, paragr. 108-112 (19 déc. 2008). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0874.pdf> (traduction non officielle).

⁹⁸ Teinver, *supra* note 81, paragr. 135–136 (traduction non officielle) ; voir également Philip Morris, *supra* note 81 (Le tribunal dans l'Affaire Philip Morris « n'a pas estimé qu'il était nécessaire de caractériser l'obligation concernant le différend interne de 18 mois comme relevant de la compétence ou de la recevabilité » [paragr. 142 ; traduction non officielle] et, indépendamment de cette caractérisation, a confirmé la décision du tribunal de l'affaire *Teinver*).

⁹⁹ İçkale, *supra* note 95, paragr. 262-263.

¹⁰⁰ Maffezini, *supra* note 69, paragr. 36-37.

¹⁰¹ Acuerdo entre la República de Chile y el Reino de España para la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones, (Accord entre la République du Chili et le Royaume d'Espagne pour la protection et la promotion réciproque des investissements), Chili–Espagne, (2 oct. 1991), Art. 10, paragr. 2. Extrait de http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbycountry/BITS/CHI_Spain_s.pdf.

¹⁰² Maffezini, *supra* note 69, paragr. 40, 64 (traduction non officielle).



des différends figurant dans d'autres TBI qui ne contiennent pas d'obligation limitée dans le temps d'exercer des recours internes avant de recourir à l'arbitrage.¹⁰³ Toutefois, plusieurs autres tribunaux ont estimé que les investisseurs ne pouvaient pas se fonder sur la clause NPF du TBI pour contourner l'obligation.¹⁰⁴

D. Synthèse des questions essentielles

Lorsque l'obligation EVRI est explicitement incluse dans les traités d'investissement, les tribunaux d'investissement ont en règle générale uniformément interprété qu'un investisseur ne doit épuiser que des recours internes qui sont « raisonnablement ouverts » en fonction de la situation de l'investisseur et qui offrent « une réelle occasion en pratique » ou une « possibilité raisonnable » d'obtenir une réparation effective ou de régler adéquatement et efficacement le différend en parvenant à une décision sur le fond. Les tribunaux ont écarté l'obligation EVRI lorsque les investisseurs ont réussi à démontrer que l'exercice des recours internes était sans objet sur le fond, imposait une charge importante à l'investisseur et aux tribunaux et entraînait des retards substantiels.

La plupart des tribunaux ont estimé que l'exception de futilité invoquée pour la règle EVRI, reconnue par le droit international coutumier, pouvait être également invoquée en droit de l'investissement international, même si cette exception n'est pas explicitement prévue dans le traité applicable. Certains tribunaux ont appliqué — qu'ils y fassent ou non explicitement référence — le seuil pour l'exception de futilité établi dans le Projet d'articles de la CDI, alors qu'un tribunal a maintenu un seuil plus élevé de « futilité manifeste » ou d'« indisponibilité patente » pour écarter l'obligation EVRI. Un tribunal a également indiqué que le seuil pouvait être inférieur dans l'exercice limité dans le temps des recours internes, par rapport à l'épuisement complet des recours.

Certains tribunaux ont également dispensé de la règle EVRI pour des raisons d'économie procédurale. Même en reconnaissant qu'une procédure a été engagée prématurément, avant de satisfaire à une obligation EVRI, les tribunaux ont indiqué que le fait d'exiger que les investisseurs réengagent cette procédure une fois que l'obligation a été satisfaite serait « très formaliste » ou « une perte de temps et de ressources ». Un tribunal a estimé qu'il n'était pas nécessaire que l'investisseur épuise les recours internes, considérant que l'État d'origine et l'État d'accueil avaient déjà porté le différend, dans ses aspects essentiels, devant les tribunaux de l'État d'accueil.

Finalement, dans plusieurs affaires suivant l'affaire *Maffezini*, les tribunaux ont permis aux investisseurs de contourner une obligation EVRI en adoptant, par le biais de la clause NPF du même traité, des dispositions de règlement des différends provenant d'autres traités n'exigeant pas l'EVRI. Toutefois, d'autres tribunaux ont rejeté la possibilité d'une telle adoption.

3.2.4 La jurisprudence sur l'épuisement des recours internes comme norme de fond

A. L'épuisement des voies recours internes comme norme de fond dans les réclamations pour déni de justice

L'EVRI a été interprété comme une obligation dont un requérant doit s'acquitter pour obtenir gain de cause dans une réclamation pour déni de justice. Bien qu'elle ne soit pas exigée par les accords d'investissement, l'obligation EVRI « paraît maintenant avoir été reprise spécifiquement dans le cadre des réclamations pour déni de justice »,¹⁰⁵ comme indiqué dans la présentation générale suivante de la jurisprudence pertinente.

¹⁰³ Voir également Siemens, *supra* note 3 ; Camuzzi International S.A. c. République argentine, Affaire CIRDI n° ARB/03/7, Décision sur la compétence (10 juin 2005), extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0110.pdf> ; Gas Natural SDG, S.A. c. République argentine, Affaire CIRDI n° ARB/03/10, Décision sur les exceptions d'incompétence (17 juin 2005), extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0108.pdf> ; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. République argentine, Affaire CIRDI n° ARB/03/17, Décision sur la compétence (16 mai 2006), extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0807.pdf> ; Telefónica S.A. c. République argentine, Affaire CIRDI n° ARB/03/20, Décision du Tribunal sur les exceptions d'incompétence (25 mai 2006), extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0856.pdf> ; National Grid plc c. République argentine, CNUDCI, Décision sur la compétence (20 juin 2006), extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0553.pdf> ; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal S.A. c. La République argentine/ AWG Group Ltd. C. La République argentine, Affaire CIRDI n° ARB/03/19, Décision sur la compétence (3 août 2006), extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0049.pdf> ; Impregilo, *supra* note 84 ; Hochtief, *supra* note 3 ; Teinver, *supra* note 81.

¹⁰⁴ Wintershall, *supra* note 5, paragr. 197 ; ICS Inspection, *supra* note 84 ; Kiliç, *supra* note 89.

¹⁰⁵ ATA Construction, Industrial and Trading Company c. le Royaume Hashémite de Jordanie, Affaire CIRDI n° ARB/08/2, Sentence, paragr. 107, (mardi 18 mai 2010). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0043.pdf> (traduction non officielle).



Dans le contexte de l'ALENA, le tribunal dans *Mondev c. États-Unis* a été le premier à examiner la relation entre l'EVRI et le déni de justice. Le tribunal a reconnu la prérogative de l'investisseur dans le cadre du Chapitre 11 de l'ALENA, où l'investisseur peut choisir entre l'exercice des recours internes dans l'État d'accueil et, dans l'alternative, y renoncer et entamer une procédure d'arbitrage international. En conséquence, il a interprété que la norme de traitement juste et équitable dans le cadre de l'Article 1105(1) de l'ALENA — qui englobe une garantie contre le déni de justice — doit être appliquée, que l'investisseur ait ou non cherché des recours internes, et a conclu que « dans le cadre de l'ALENA il n'est pas exact que la règle du déni de justice et la règle de l'épuisement des recours internes « soient imbriquées et inséparables ».¹⁰⁶ Des juristes ont ultérieurement critiqué cette position, car elle suggère que dans le cadre de l'ALENA l'investisseur n'est pas tenu d'épuiser les recours internes avant de présenter une réclamation pour déni de justice (Dumbery, 2014, p. 251). Même si le tribunal n'a pas confirmé une obligation EVRI, nous observons que l'investisseur avait déjà présenté une réclamation devant les plus hautes juridictions nationales (Klafter, 2005, p. 424).

Contredisant le jugement rendu dans l'affaire *Mondev*, le tribunal ALENA dans l'affaire *Loewen c. États-Unis* a conclu que, pour qu'une décision d'un tribunal corresponde à un déni de justice au niveau international, une telle décision doit être finale, rendue par un tribunal de dernier ressort du système judiciaire d'un État ; les décisions rendues par des juridictions inférieures, lorsque les procédures d'appel ont été effectives et adéquates et raisonnablement disponibles, ne pouvaient pas engager la responsabilité internationale d'un État.¹⁰⁷ Le tribunal a conclu que, en ne portant pas l'affaire devant la Cour Suprême des États-Unis, Loewen n'avait pas exercé les recours internes et par conséquent que sa réclamation pour déni de justice ne pouvait pas aboutir.

Le tribunal dans *Waste Management II* a rappelé que le Chapitre 11 de l'ALENA écarte l'obligation procédurale d'épuiser les recours internes. Quand bien même, suivant la décision *Loewen*, le tribunal a souligné que, pour qu'un investisseur ait gain de cause dans une réclamation pour déni de justice, « le système [judiciaire national] doit avoir été utilisé et doit avoir échoué, et donc dans ce contexte la notion d'épuisement des recours internes est incorporée dans la norme de fond et n'est pas seulement une condition préalable procédurale à une réclamation déposée à l'échelon international ».¹⁰⁸

Dans le même ordre d'idées, mais hors du contexte de l'ALENA, les requérants dans l'affaire *Jan de Nul et Dredging International c. Égypte* ont fait valoir que la procédure judiciaire qu'ils ont engagée devant les juridictions inférieures égyptiennes a conduit à un déni de justice. Citant l'affaire *Loewen*, le tribunal a estimé que les requérants se plaignaient d'une incapacité au niveau d'une juridiction locale plutôt qu'au niveau du système judiciaire égyptien dans son ensemble, et n'a trouvé aucun fondement justifiant une réclamation pour déni de justice.¹⁰⁹

Le tribunal CNUDCI dans l'affaire *Chevron-Texaco c. Équateur* a estimé que l'Article II(7) du TBI Équateur–États-Unis, en vertu duquel les parties étatiques s'engagent à « fournir tous les moyens effectifs de déposer des réclamations et faire exécuter les droits concernant l'investissement », établit une norme autonome de « moyens effectifs » qui est indépendante du droit international coutumier sur le déni de justice. Bien qu'il ait été convaincu que l'EVRI est exigé en cas de réclamations pour déni de justice, le tribunal a établi une distinction dans cette affaire et a estimé que les réclamations ne faisaient pas l'objet de la même obligation stricte. En vertu de cette norme, il a été fait obligation aux requérants d'utiliser tous les recours disponibles qui aurait pu réparer le tort, même si la probabilité de succès n'était pas élevée. Bien que l'Équateur ait indiqué trois recours que les requérants ne sont pas parvenus à exercer, le tribunal n'était pas convaincu que l'un de ces recours aurait pu aboutir, et en conséquence, a estimé qu'il n'était pas nécessaire qu'ils soient épuisés.¹¹⁰

¹⁰⁶ *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/99/2, Sentence, paragr. 96 (11 oct. 2002). Extrait de <http://www.italaw.com/documents/Mondev-Final.pdf> (traduction non officielle).

¹⁰⁷ *Loewen*, *supra* note 90, paragr. 169.

¹⁰⁸ *Waste Management*, *supra* note 75, paragr. 97, 116 (traduction non officielle).

¹⁰⁹ *Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c. République arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI n° ARB/04/13, Sentence, paragr. 258, 260 (6 nov. 2008). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0440.pdf>.

¹¹⁰ *Chevron Corporation et Texaco Petroleum Company c. la République d'Équateur*, CNUDCI, Sentence partielle sur le fond de l'affaire, paragr. 242, 321, 326, 330–332 (30 mars 2010). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0151.pdf> (traduction non officielle).



Dans l'affaire *Pantehniki c. Albanie*, le requérant a présenté une réclamation pour déni de justice devant les tribunaux locaux albanais. Le seul arbitre dans cette affaire a indiqué qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les réclamations en profondeur, rappelant qu'un « déni de justice ne survient pas avant qu'une opportunité raisonnable de rectifier une conduite judiciaire aberrante ait été globalement donnée au système ». ¹¹¹ Il a rejeté la réclamation pour déni de justice car le requérant n'est pas parvenu à porter l'affaire devant la Cour suprême albanaise pour qu'elle examine la performance des juridictions inférieures.

B. L'épuisement des voies de recours internes comme norme de fond dans les réclamations pour expropriation

Le tribunal CIRDI, dans l'affaire *Generation Ukraine c. Ukraine*, analysant la réclamation de l'investisseur pour expropriation indirecte, a fait remarquer qu'il ne suffisait pas à un investisseur de faire valoir que l'investissement a perdu sa valeur et ensuite d'attirer l'attention sur quelque action du gouvernement ou faute administrative pour affirmer qu'une expropriation illicite sur le plan international s'est produite. Il a estimé que, dans ces cas-là, le fait que l'investisseur n'ait pas cherché à obtenir réparation devant les autorités nationales pourrait rendre irrecevable la réclamation déposée au niveau international, « non pas parce qu'il existe une obligation d'épuisement de recours internes, mais parce que la réalité même d'une conduite revenant à une expropriation est douteuse en l'absence d'un effort raisonnable — mais non nécessairement exhaustif — de la part de l'investisseur d'obtenir réparation ». ¹¹² Par cette formulation, le tribunal a suggéré que l'exercice de recours internes pourrait être une obligation de fond pour qu'une réclamation internationale pour expropriation puisse aboutir.

Le rôle des recours internes dans le contexte d'une réclamation pour expropriation a également été analysé dans l'affaire *Parkerings c. Lituanie*. Sans confirmer une obligation EVRI, le tribunal a indiqué qu'un investisseur doit d'abord chercher à obtenir une détermination préliminaire de l'existence d'un manquement aux obligations contractuelles dans le cadre de la juridiction contractuellement choisie avant de pouvoir présenter une réclamation internationale alléguant qu'un tel manquement correspondait à une expropriation indirecte. C'est seulement si l'investisseur démontre que la possibilité de chercher à obtenir des recours internes lui a été refusée en droit ou en fait, qu'un tribunal peut déterminer si effectivement il y a violation des droits internationaux. En examinant les faits, le tribunal a conclu que le requérant aurait pu présenter une réclamation à propos du manquement allégué aux obligations contractuelles devant les tribunaux lituaniens. Le fait qu'il n'ait pas agi en ce sens ou qu'il n'ait pas montré « une quelconque raison objective de remettre en question la capacité des tribunaux lituaniens à statuer sur l'affaire de manière équitable, compétente, impartiale et dans un délai raisonnable » a été décisif pour le rejet par le tribunal de la réclamation d'expropriation indirecte. ¹¹³

L'analyse du tribunal dans l'affaire *Helnan c. Égypte* s'inscrit dans ce type d'affaires. La société de gestion hôtelière Helnan a fait valoir que l'Égypte avait indirectement exproprié ses droits contractuels lorsque le ministère égyptien du Tourisme a rétrogradé l'hôtel Helnan de cinq à quatre étoiles. Bien que la société Helnan ait essayé de faire en sorte que le ministère revienne sur sa décision en lui faisant parvenir plusieurs lettres, elle n'a jamais contesté cette décision devant les tribunaux égyptiens. La sentence dans l'affaire *Generation Ukraine*, selon le tribunal statuant dans l'affaire *Helnan*, est d'une grande pertinence pour le cas d'espèce : en l'absence d'une action devant les tribunaux égyptiens, la décision de rétrogradation prise par l'Égypte ne pouvait pas être considérée comme un manquement aux obligations contractuelles ; « il en faut davantage pour qu'elle devienne une infraction internationale. » ¹¹⁴

L'affaire *Saipem c. Bangladesh* s'est écartée de la jurisprudence précitée. La société Saipem a fait valoir qu'une obligation EVRI de fond dans les réclamations pour expropriation judiciaire ne pourrait exister que si l'expropriation consistait également en un déni de justice. Ce n'était pas nécessairement le cas, selon un requérant,

¹¹¹ Pantehniki S.A. Contractors and Engineers c. la République d'Albanie, Affaire CIRDI n° ARB/07/21, Sentence, paragr. 96, (30 juillet 2009). Extrait de <http://www.italaw.com/documents/PantehnikiAward.pdf> (traduction non officielle).

¹¹² Generation Ukraine, Inc. c. Ukraine, Affaire CIRDI n° ARB/00/9, Sentence, paragr. 20.30 (16 sept. 2003). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf> (traduction non officielle).

¹¹³ Parkerings-Compagni et AS c. République de Lituanie, Affaire CIRDI n° ARB/05/8, Sentence, paragr. 448-449, 463 (11 sept. 2007). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf> (traduction non officielle).

¹¹⁴ Helnan International Hotels A/S c. République arabe d'Égypte, Affaire CIRDI n° ARB/05/19, Sentence, paragr. 148, (3 juillet 2008). Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0399.pdf> (traduction non officielle).



car un déni de justice concerne le processus (le mode de fonctionnement du système judiciaire), tandis que l'enjeu dans une expropriation est le résultat final (savoir si une saisie de propriété s'est effectivement produite). Le tribunal a suivi l'analyse de la *Saipem* et a estimé qu'il était « enclin[é] à considérer que l'épuisement des recours internes ne constituait pas une obligation de fond pour la conclusion d'une expropriation par un tribunal ». ¹¹⁵

Dans l'affaire *Arif c. la Moldavie*, le requérant s'est plaint des mesures prises par les juridictions inférieures de la Moldavie, lesquelles, d'après ses allégations, auraient exproprié ses boutiques frontalières hors taxes. La Moldavie a contesté cette affirmation en faisant valoir que la réclamation ne pouvait pas être soulevée au niveau international avant que l'investisseur ait épuisé les recours internes. De manière similaire à l'affaire *Saipem*, les arbitres dans l'affaire *Arif* ont souligné la différence entre une réclamation pour déni de justice, dans laquelle la conduite générale du système judiciaire est importante, et une réclamation pour expropriation, dans laquelle ce qui compte est l'action individuelle d'un tribunal en tant qu'organe d'État. Il est à noter qu'ils ont rejeté l'objection de la Moldavie, estimant que, « en principe, ... les décisions des tribunaux peuvent engager la responsabilité d'un État, y compris pour une expropriation illicite, sans qu'il y ait aucune obligation d'épuiser les recours internes (sauf si des réclamations pour déni de justice ont été présentées) ». ¹¹⁶ En conséquence, le tribunal dans l'affaire *Arif* a explicitement rejeté l'existence d'une obligation EVRI dans une réclamation pour expropriation judiciaire en l'absence d'une réclamation pour déni de justice.

C. Synthèse des questions essentielles

Les tribunaux ont régulièrement interprété qu'avant de présenter une réclamation pour déni de justice dans le cadre d'une procédure internationale, un investisseur devait épuiser les recours internes, en obtenant une décision finale prononcée par la plus haute juridiction de l'État d'accueil, même si ceci n'est pas explicitement exigé dans le traité applicable. La plupart des tribunaux ont rejeté les réclamations pour déni de justice en se fondant sur des décisions judiciaires prononcées par des juridictions autres que la plus haute juridiction de l'État d'accueil. En conséquence, les tribunaux ont incorporé une obligation EVRI comme norme de fond des réclamations pour déni de justice.

Certains tribunaux ont également considéré l'EVRI comme une obligation de fond des réclamations pour expropriation indirecte, suggérant que, en l'absence d'une contestation des mesures prétendument expropriantes devant des juridictions nationales de l'État d'accueil, ces mesures ne pouvaient pas être considérées comme contrevenant au traité. Dans le contexte d'une expropriation par un tribunal, toutefois, d'autres tribunaux ont indiqué que les décisions prononcées par des juridictions inférieures pouvaient correspondre à une expropriation et que, dans ces affaires, l'EVRI n'était pas une obligation de fond ; dans ce contexte, l'EVRI ne serait exigé que si la réclamation pour expropriation judiciaire est accompagnée d'une réclamation pour déni de justice.

¹¹⁵ *Saipem*, *supra* note 69, paragr. 181 (traduction non officielle).

¹¹⁶ *Arif*, *supra* note 71, paragr. 345, 347 (traduction non officielle).



4.0 Conclusion : Options de politique publique à prendre en considération

A. Exiger expressément l'épuisement des recours internes

Peu d'accords d'investissement contiennent des obligations ou des renonciations EVRI expresses. En réalité, la plupart des accords d'investissement sont muets sur la question de savoir si l'investisseur doit épuiser les recours internes dans l'État d'accueil avant d'engager une procédure d'arbitrage international contre lui.

Les tribunaux d'investissement — en vertu de la Convention CIRDI ainsi qu'à partir d'autres contextes — ont régulièrement interprété le silence des traités d'investissement sur l'applicabilité de la règle EVRI comme étant une renonciation implicite, inversant ainsi la présomption du droit international coutumier selon laquelle la règle EVRI devrait être appliquée sauf en cas de renonciation clairement énoncée. En conséquence, les États qui souhaitent que la règle EVRI s'applique au mécanisme CIRDI dans un accord d'investissement devraient l'indiquer expressément et sans équivoque, par exemple en déclarant que l'investisseur « épuisera » ou « devra épuiser » les recours internes avant d'engager une procédure d'arbitrage international. C'est le cas avec les récents modèles, tels que les modèles de la SADC et les modèles indiens, qui, en réponse aux interprétations données par les tribunaux d'investissement, incluent une obligation EVRI. Voir, par exemple, la formulation du TBI modèle SADC (SADC, 2012, Art. 28, paragr. 4(a) ; traduction non officielle) :

Un État Partie ne peut soumettre une demande d'arbitrage réclamant des dommages-intérêts en invoquant une infraction au présent Accord au nom d'un Investisseur ou d'un Investissement

(a) que si l'Investisseur ou l'Investissement, le cas échéant, a d'abord soumis une demande aux juridictions internes de l'État d'accueil aux fins d'exercer des recours internes, après l'épuisement de tous recours administratifs concernant la mesure sur laquelle repose la demande au titre de cet Accord, et que si un règlement n'a pas été trouvé dans des délais raisonnables à compter de sa soumission à une juridiction interne de l'État d'accueil.

Même si la proposition de mesures spécifiques visant à renforcer les systèmes juridiques nationaux n'entre pas dans le cadre de cette étude, nous attirons l'attention sur la nécessité pour les États qui envisagent d'adopter une politique englobant l'obligation de l'EVRI dans les accords d'investissement qu'ils négocient, d'envisager également de prendre des mesures visant à renforcer leurs systèmes juridiques nationaux. En particulier, les États devraient adopter des lois et des règlements visant à s'assurer que leurs systèmes juridiques nationaux prévoient pour les investisseurs étrangers des recours raisonnablement ouverts et pouvant constituer une réparation effective dans des délais raisonnables. Ces mesures seraient utiles en ce sens qu'elles empêcheraient les investisseurs de contourner l'obligation en invoquant l'exception de futilité à la règle EVRI (Section H ci-après).

Nous recommandons de ne pas reproduire la formulation de l'Article 26 de la Convention CIRDI ou par ailleurs de ne pas affirmer que les États « pourraient » exiger l'EVRI. Une telle formulation, affirmant simplement le droit d'exiger l'EVRI, ne peut pas être considérée comme une obligation EVRI, et son utilisation dans les accords d'investissement crée des difficultés d'interprétation. Il convient de noter qu'une telle formulation ne précise pas, par exemple, si les États peuvent effectivement exercer leur droit d'exiger l'épuisement des recours même après que l'investisseur a engagé une procédure d'arbitrage. Si elle est utilisée, cette formulation doit être accompagnée d'une clarification sur la manière dont les États peuvent exercer un tel droit ou sur le moment où ils peuvent l'exercer.

B. Exiger explicitement l'EVRI en ce qui concerne les différends relevant de certains domaines

Parmi les traités prévoyant l'EVRI, la plupart l'exigent pour tout différend investisseur-État en vertu du traité. Dans quelques cas, cependant, les traités déterminent son application sélective. Par exemple, nous avons constaté que certains traités exigent expressément l'EVRI dans les différends concernant l'expropriation ou les transferts des capitaux. Il se peut que les États contractants souhaitent envisager de soumettre les différends qui sont liés à des investissements et qui concernent certains domaines à une procédure judiciaire nationale avant de transmettre ces différends à l'échelon international.



C. Prévoir l'épuisement des voies de recours internes comme obligation de fond

Toute une jurisprudence régulièrement établie dans le domaine du droit de l'investissement international a fait valoir que, pour qu'une réclamation pour déni de justice puisse aboutir, un investisseur doit avoir épuisé les recours internes dans l'État défendeur. La logique de cette série d'affaires correspond à celle de la règle EVRI en droit international coutumier : avant que des procédures internationales puissent être engagées, l'État doit avoir eu la possibilité de rectifier sa conduite ; dans le cas d'un déni de justice allégué, cela signifie donner à la plus haute juridiction de l'État une possibilité de rectifier toutes maladroesses des juridictions inférieures. Certains tribunaux ont indiqué, sans toutefois avec autant de force, que l'EVRI peut être une obligation de fond d'une expropriation indirecte.

À la lumière de la jurisprudence, et en se rappelant nos considérations explicitées dans la Section B ci-dessus portant sur le potentiel d'obligations EVRI sélectives en fonction du domaine du différend, les États pourraient envisager de prévoir expressément comme obligation de fond pour certaines normes des traités, telles que le déni de justice et l'expropriation indirecte. Par ailleurs, une telle disposition pourrait préciser la nature juridique des recours devant être épuisés (Section D ci-après) et faire référence à de possibles exceptions à la règle EVRI (Section H ci-dessous).

D. Déterminer la nature juridique des recours devant être épuisés : administrative ou judiciaire

Dans les traités exigeant l'EVRI, nous avons identifié des mentions faites à des « recours internes » génériquement, des « recours administratifs et judiciaires internes » d'une manière détaillée, et des références spécifiques à la nécessité d'épuiser les « procédures d'examen administratif interne » ou les « recours judiciaires internes ». Au moins deux modèles de traités font obligation d'épuiser les recours administratifs mais préconisent simplement d'exercer (avec ou sans limite temporelle) les recours judiciaires. Les États négociant une obligation EVRI devraient la formuler aussi clairement et spécifiquement que possible pour éviter toute interprétation erronée concernant la nature juridique des recours devant être épuisés.

E. Clairement choisir entre obligations d'épuiser ou d'exercer les recours internes

Parmi les accords d'investissement exigeant l'EVRI, l'obligation telle qu'elle est comprise en droit international traditionnel a tendance à apparaître plus fréquemment dans les traités plus anciens. Les plus récents, en revanche, font normalement référence à l'exercice de recours internes, avec ou sans limite temporelle spécifiée, ou à l'EVRI avec une limite temporelle spécifiée. Les tribunaux ont interprété que ces références, à la différence des références EVRI sans limites temporelles, n'exigent pas une décision finale de la part de la juridiction la plus élevée de l'État. En même temps, ils ont estimé que les obligations d'exercice des recours avec limite temporelle et les obligations EVRI étaient similaires quant à leur objet et à l'applicabilité des exceptions au droit international coutumier telles que l'exception de futilité.

Les États négociant les obligations d'exercice ou d'EVRI avec des limites temporelles spécifiques rencontreront au moins un problème pratique : la détermination de la limite temporelle appropriée. Bien qu'une période courte — de trois à six mois — puisse être suffisante pour épuiser les recours administratifs, de nombreux systèmes judiciaires, sinon la plupart d'entre eux, ne pourraient pas parvenir à une décision finale sur un différend modérément complexe lié à un investissement dans la même période, ou même sur des périodes plus longues, par exemple de 12 à 18 mois. D'un autre côté, exiger l'exercice ou l'épuisement des recours internes pendant plusieurs années — par exemple dans le TBI modèle indien 2015, exige l'EVRI « pendant au moins une période de cinq ans à compter de la date à laquelle l'investisseur a d'abord eu connaissance de la mesure en question » (Gouvernement de la République de l'Inde, 2015, art. 15, paragr. 2 ; traduction non officielle) — pourrait inviter les investisseurs à tenter d'écarter l'application de la règle EVRI pour cause de futilité ou de retard excessif.

Une option qui permettrait d'éviter d'avoir à choisir une limite temporelle pourrait inclure, suivant l'exemple du TBI modèle SADC, une obligation EVRI sans mentionner de limites temporelles spécifiques mais en mentionnant une « période de temps raisonnable » (SADC, 2012).



F. Prévoir une formulation explicite sur la nature juridique de l'obligation EVRI

De nombreuses pages de sentences arbitrales internationales ont été consacrées à la question de savoir si l'obligation EVRI consiste en une condition procédurale de recevabilité d'une réclamation ou en une condition de compétence juridictionnelle du consentement de l'État défendeur à l'arbitrage international. La CIJ considère la règle EVRI comme une condition de recevabilité, une position qui semble appropriée étant donné que la compétence de la CIJ est fondée sur son Statut,¹¹⁷ tandis que l'EVRI est une règle ou un principe de droit international coutumier. D'un autre côté, la plupart des tribunaux CIRDI la considèrent comme une condition de consentement, ce qui paraît être également une interprétation appropriée, à la lumière de la formulation de l'Article 26 de la Convention CIRDI : « *Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés* » [italiques ajoutées].¹¹⁸

Sans aller aussi loin que déclarer que nous nous trouvons devant « une distinction sans une différence »,¹¹⁹ dans la plupart des cas la différence conceptuelle entre les deux interprétations n'a pas entraîné de différences dans les résultats des décisions. Qu'elle soit de nature juridictionnelle ou procédurale, la condition a été appliquée en se fondant sur les mêmes normes ou a été écartée du fait des mêmes exceptions. Quand bien même, pour l'amélioration de la clarté des textes des traités, nous recommandons que les États incluent dans les accords d'investissement qu'ils négocient une formulation explicite sur la nature juridique de l'obligation. Si elle est formulée comme une condition du consentement des États à l'arbitrage international, l'obligation EVRI peut vraisemblablement être rendue plus difficile à contourner, étant donné que, en théorie, la non-conformité à cette obligation par l'investisseur conduirait nécessairement les tribunaux d'investissement à déclarer qu'ils sont incompétents.

G. Considérer attentivement d'autres conditions ou réserves liées à l'épuisement des voies de recours internes

De nombreux traités déterminent que l'investisseur peut recourir à l'arbitrage international si le système juridique national n'a pas rendu de décision finale dans des délais précisés ou si, après qu'une décision finale a été rendue, « les parties sont encore en désaccord ». ¹²⁰ Certains traités prévoient que le recours à l'arbitrage n'est possible que si la décision du tribunal de l'État d'accueil est manifestement injuste, si elle viole le droit international (y compris les dispositions du traité lui-même), ou si elle consiste en un déni de justice.¹²¹

Une telle formulation peut être utile pour limiter la recherche des cas dans lesquels l'investisseur peut engager une procédure d'arbitrage. Ceci permettrait de mieux faire comprendre que le recours à une procédure internationale après l'épuisement des recours internes a pour objet de s'assurer de la conformité de l'État au droit international, mais pas de donner à l'investisseur le droit à interjeter appel à l'échelon international.

H. Prévoir expressément des exceptions et une application souple de l'obligation

Conformément aux exceptions à la règle EVRI reconnues dans le droit international coutumier, les tribunaux d'investissement ont estimé qu'il n'était pas nécessaire que les investisseurs étrangers satisfassent aux obligations EVRI fondées sur les traités dans plusieurs circonstances, notamment lorsqu'il n'y a pas de recours ouverts ou lorsqu'il n'y a pas en pratique de possibilité que des recours ouverts règlent efficacement le différend. Dans certains cas, les tribunaux d'investissement ont également négligé la non-conformité aux obligations d'exercice des recours internes pour des raisons d'économie procédurale.

¹¹⁷ Statut de la Cour internationale de justice, Art. 36, 26 juin 1945, 59 Stat. 1055, 33 U.N.T.S. 993. Extrait de <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&lang=fr>.

¹¹⁸ Convention CIRDI, *supra* note 49, Art. 26.

¹¹⁹ ICS Inspection, *supra* note 84, paragr. 261 (traduction non officielle).

¹²⁰ Voir, par ex., l'Accord conclu entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de la République d'Argentine pour la promotion et la protection des investissements, Arg.-R.-U., (11 déc. 1990). Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>.

¹²¹ TBI Royaume-Uni-Uruguay, *supra* note 42. Voir également le TBI Pologne-Uruguay, *supra* note 43 ; TBI BLEU-Uruguay, *supra* note 43 ; Accord sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Espagne-Urug., (7 avril 1992), Art. XI, paragr. 3(a), extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2287>.



En guise d'orientation aux tribunaux, les États qui souhaitent inclure les obligations EVRI dans leurs traités d'investissement pourraient spécifier les exceptions possibles à l'obligation. Par exemple, s'inspirant de l'Article 15 du projet CDI, le TBI modèle SADC dispense de la règle EVRI lorsque l'investisseur établit « qu'il n'existe pas de voies de recours internes raisonnablement ouvertes pouvant constituer un recours efficace pour le différend concernant la mesure sur laquelle repose la demande, ou que les voies de recours ne constituent pas une possibilité raisonnable d'un tel recours dans un délai raisonnable » (SADC, 2012, Art. 28, para. 4(b)).

I. Contourner l'obligation par l'application de la clause NPF

Le tribunal dans l'affaire *Maffezini* a été le premier à permettre à un investisseur de contourner une obligation EVRI à travers l'importation, par l'application de la clause NPF figurant dans le même traité, de dispositions de règlement des différends dans d'autres accords d'investissement ne contenant pas une telle obligation. Après l'affaire *Maffezini*, plusieurs tribunaux d'investissement ont autorisé l'utilisation de la clause NPF pour importer d'autres accords des clauses de règlement des différends prétendument « plus favorables ».

L'interprétation élargie des clauses NPF — souvent de façon que les États contractants n'envisageaient pas lorsqu'ils concluaient le traité — est devenue une question controversée en matière d'investissement international. Pour répondre à ces préoccupations, le TBI modèle SADC 2012 recommande de ne pas inclure de clause NPF (SADC, 2012, Art. 28, paragr. 4), et le TBI modèle indien 2015 n'en inclut pas (Gouvernement de la République de l'Inde, 2015, Art. 15, paragr. 2). D'autres traités récents, tout en conservant une clause NPF, incluent de plus en plus des formulations précisant que « le 'traitement' ... n'englobe pas les procédures de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États prévues dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords commerciaux ».¹²²

¹²² Accord économique et commercial global (AECG) Can.-U.E., (30 oct. 2016), Art. 8,7, paragr. 4. Voir également l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Viet Nam, U.E.-Viet Nam, (Fév. 2016), Art. 4, paragr. 6, extrait de <http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/08.aspx?lang=fra>. Voir également Partenariat transpacifique (Trans-Pacific Partnership [TPP]), (26 janvier 2016), ch. 9, Art. 9.5, paragr. 3, extrait de <http://www.tpp.mfat.govt.nz/text> ; Accord entre la Confédération suisse et la Géorgie sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Géorgie-Suisse., (3 juin 2014), Art. 4, paragr. 5, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4814> ; Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République tunisienne concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, Suisse-Tun., (16 oct. 2012), Art. 5, paragr. 5, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4912> ; Accord bilatéral pour la promotion et la protection des investissements entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République de Colombie, Col.-R.-U., (17 mars 2010), Art. III, paragr. 2, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3253> ; Accord conclu entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République populaire de Chine sur la promotion et la protection réciproque des investissements, Can.-Chine, (9 sept. 2012), Art. 5, paragr. 3, extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3476>.



5.0 References

Banque internationale pour la reconstruction et le développement. (1965, 18 mars). *Rapport des Administrateurs sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*. Extrait de https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-fra/CRR_French-final.pdf.

Cançado Trindade, A. A. (1983). *L'application de la règle de l'épuisement des recours internes en droit international : Sa logique dans la protection internationale des droits individuels*. Cambridge : Cambridge University Press.

Communauté de développement de l'Afrique australe (*Southern African Development Community [SADC]*). (2012, juillet). *Modèle de traité bilatéral d'investissement de modèle SADC avec commentaire*. Extrait de <http://www.iisd.org/itm/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>.

Communauté est-africaine (*East African Community [EAC]*). (2016, février). *Le traité d'investissement modèle de l'ÉAC*.

D'Ascoli, S., & Scherr, K. M. (2007, février). *La règle de l'épuisement préalable des recours internes dans la doctrine du droit international et son application au contexte spécifique de la protection des droits de l'homme*. EUI Working Papers Law (Documents de travail de l'Institut universitaire européen, Droit) 2007/02. Florence : Institut universitaire européen Extrait de <http://ssrn.com/abstract=964195>.

Dixon, M. (1992, 30 mai). Affaire concernant Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie). *International and Comparative Law Quarterly*, 41(4), 891–896. Extrait de <http://ssrn.com/abstract=2272282>.

Dodge, W. S. (2011). *Recours internes en vertu du Chapitre 11 de l'ALENA*. Extrait de <http://ssrn.com/abstract=2217059> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2217059>.

Dumberry, P. (2014). Denial of justice under NAFTA Article 1105: A review of 20 years of case law (Le déni de justice en vertu de l'Article 1105 de l'ALENA : un examen de 20 ans de jurisprudence) *ASA Bulletin*, 32(2), 246–264. Extrait de <http://ssrn.com/abstract=2531098>.

Foster, G. K. (2011, 19 avril). Établir un équilibre entre les protections de l'investisseur et la souveraineté nationale : la pertinence des recours internes dans l'arbitrage des traités d'investissement. *Columbia Journal of Transnational Law*, 49(2). Lewis & Clark Law School Legal Studies, Document de recherche n° 2011-15. Extrait de <http://ssrn.com/abstract=1865489>.

Gouvernement de la République de Colombie. (2008). *Modèle colombien 2008*. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2821>.

Gouvernement de la République de l'Inde. (2015, décembre). *Texte modèle pour le traité bilatéral d'investissement indien*. Extrait de <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3560>.

Gouvernement des États-Unis d'Amérique. (2012). *Traité entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de [Pays] concernant l'encouragement et la protection réciproque de l'investissement*. Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf>.

Gouvernement du Canada. (2004). *Accord entre le Canada et __ pour la promotion et la protection des investissements*. Extrait de <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.

Klafter, B. (2005). L'arbitrage commercial international en tant que recours : Chapitre 11 de l'ALENA, Épuisement des recours internes et autorité de la chose jugée. *UC Davis Journal of International Law and Policy*, 12, 409–437. Extrait de <http://jilp.law.ucdavis.edu/issues/volume-12-2/klafter5.18.pdf>.

Mann, H., von Moltke, K., Peterson, L. E., & Cosbey, A. (2006, avril). *Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable de l'IISD*. Extrait de https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf.



Newcombe, A. P. & Paradell, L. (2009). *Le droit et la pratique de l'investissement : normes de traitement*. : Austin : Kluwer Law International.

République de l'Inde (2003). *Projet d'accord entre le gouvernement de la République de l'Inde et le Gouvernement de la République de ___ pour la promotion et la protection réciproque des investissements*. Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1026.pdf>

République Fédérale de l'Allemagne (2008). *Traité entre la République fédérale de l'Allemagne et ___ concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements*. Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf>.

République française. (2006). *Projet d'accord entre le gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de ___ sur la promotion et la protection réciproque des investissements*. Extrait de <http://www.italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf>.

République italienne. (2003). *Accord entre le Gouvernement de la République italienne et le Gouvernement de ___ pour la promotion et la protection réciproque des investissements*. Extrait de <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ITALY%202003%20Model%20BIT%20.pdf>

Sornarajah, M. (2010). *Le droit international de l'investissement étranger*. Oxford University Press.

©2017 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable.

Winnipeg, Canada (siège)

111, avenue Lombard, Bureau 325
Winnipeg (Manitoba)
Canada R3B 0T4

Tel: +1 (204) 958-7700
Website: www.iisd.org
Twitter: @IISD_news



IISD.org