

CHAPITRE 5

APPLICATION *RATIONE TEMPORIS* DE LA PROTECTION  
DES INVESTISSEMENTS ET DES INVESTISSEURS

MAJA MÉNARD\*

L'application *ratione temporis* de la protection a deux aspects principaux : d'une part, les règles de protection contiennent un ensemble d'obligations de fond pour l'Etat hôte de l'investissement, afin de garantir un environnement protégé à l'investisseur et à son investissement, et d'autre part, elles mettent en place un système de protection procédurale, pourvoyant un certain nombre de voies de recours disponibles à l'investisseur contre l'Etat hôte. Ainsi, l'application de la protection dans le temps est définie à la fois par l'application dans le temps des obligations de fond de l'Etat, et par l'application dans le temps de la protection procédurale.

Dans ce domaine, l'acte qui contient les règles de protection et l'acte qui fonde la compétence du tribunal est généralement le même, c'est-à-dire le traité bilatéral ou multilatéral de protection des investissements. Les traités de promotion et protection des investissements contiennent une clause d'applicabilité *ratione temporis* du traité, qui prévoit si le traité s'applique aussi bien aux investissements réalisés avant qu'aux investissements réalisés après l'entrée en vigueur du traité, ce qui est souvent le cas. De plus, dans certains cas, le traité limite également, de manière similaire, l'application du traité en fonction du moment de la survenance du différend. En même temps, les traités contiennent une clause juridictionnelle, qui n'est que très rarement assortie de restriction *ratione temporis*.

Il en résulte fréquemment une confusion entre l'étendue de la compétence du tribunal arbitral et le champ d'application des règles de protection. Ainsi, dans l'affaire *Société générale c. République dominicaine*, le tribunal n'a pas accepté l'argument de la demanderesse selon lequel l'application du traité aux investissements antérieurs et postérieurs à son entrée en vigueur et la compétence donnée au tribunal par le traité pour tout différend relatif à des investissements signifierait que le tribunal serait compétent également pour des violations du traité concernant les actes et événements survenus avant l'entrée en vigueur du traité<sup>1</sup>. Similairement, dans l'affaire *Jan de Nul c. Egypte*, le TBI

---

\* Dr. Maja MÉNARD, associée, Ulčar & Partners. Cet article n'engage que son auteur et ne reflète pas nécessairement la position du cabinet Ulčar & Partners.

<sup>1</sup> CNUDCI/LCIA, *Société générale (DR Energy Holding Limited et Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A.) c. République dominicaine*, aff. n° UN 7927, sentence sur les objections

PARTIE I – CHAPITRE 5

s'appliquait aux investissements antérieurs et postérieurs à son entrée en vigueur. La clause juridictionnelle prévoyait la compétence du tribunal pour tout différend portant sur tout investissement, mais le tribunal s'est néanmoins déclaré compétent uniquement pour les différends postérieurs<sup>2</sup>.

La compétence du tribunal<sup>3</sup> et le droit applicable au fond du différend<sup>4</sup> sont pourtant deux éléments distincts de la protection de l'investisseur et de son investissement, le premier étant une question de procédure et le second une question de fond<sup>5</sup>, et les deux sont souvent soumis à des règles intertemporelles différentes<sup>6</sup>. Selon le tribunal dans l'affaire *Pey Casado c. Chili*,

« En effet, pour que l'Etat chilien puisse voir sa responsabilité engagée en application des dispositions [du TBI], il faut d'une part que le Tribunal soit compétent *ratione temporis* et, d'autre part, que les dispositions de fond [du TBI] soient applicables *ratione temporis* aux violations alléguées. Le Tribunal ne pourra se déclarer compétent *ratione temporis* que si l'investissement des parties demandresses est couvert par [le TBI] au moment des faits litigieux et si le ou les différends invoqués sont eux-mêmes couverts par [le TBI]. Les dispositions de fond [du TBI] ne sont quant à elles applicables que si [le TBI] est en vigueur au moment où sont commises les violations alléguées »<sup>7</sup>.

L'application *ratione temporis* de la protection sera ainsi définie premièrement par le *champ d'application ratione temporis* des règles de protection (I.), et secondement par les *conditions d'application ratione temporis* des règles de protection (II.).

---

préliminaires à la compétence du 19 septembre 2008 (ci-après *Société Générale c. République dominicaine*), §§ 80-84.

<sup>2</sup> CIRDI, *Jan de Nul N.V., Dredging International N.V. c. République arabe d'Égypte*, aff. n° ARB/04/13, décision sur la compétence du 16 juin 2006 (ci-après *Jan de Nul c. Égypte (compétence)*), § 111. Le tribunal en l'espèce a appliqué le TBI Belgique/Luxembourg – Égypte, articles 8 (clause juridictionnelle) et 12 (champ d'application du traité).

<sup>3</sup> Pour une présentation complète de la problématique de la compétence et la recevabilité, voir, chapitre 21, la contribution d'Y. Banifatemi et E. Jacomy, pp. 773-813.

<sup>4</sup> Pour une présentation complète de la question du droit applicable, voir, chapitre 22, la contribution de L. Achtouk-Spivak, pp. 813 à 860.

<sup>5</sup> CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume de Jordanie*, aff. n° ARB/02/13, décision sur la compétence du 29 novembre 2004, *JDI* 2005, p. 182, E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*. Volume II, 2004-2008, 2010, p. 59 (ci-après *Salini c. Jordanie*), § 176 ; CIRDI, *Impregilo S.p.A. c. République islamique du Pakistan*, aff. n° ARB/03/3, décision sur la compétence du 22 avril 2005, E. GAILLARD, *La jurisprudence...*, 2010, *op. cit.*, p. 157 (ci-après *Impregilo c. Pakistan*), § 309 ; CIRDI, *Victor Pey Casado et Fondation "Presidente Allende" c. République du Chili*, aff. n° ARB/98/2, sentence du 8 mai 2008, E. GAILLARD, *La jurisprudence...*, 2010, *op. cit.*, p. 467 (ci-après *Pey Casado c. Chili*), § 423.

<sup>6</sup> Chr. SCHREUER, « Consent to Arbitration », *TDM*, November 2005, vol. 2, n° 2, p. 1, p. 33 ; Chr. SCHREUER, « Consent to Arbitration », in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, Chr. SCHREUER (eds.), 2008, p. 830, p. 859 ; R. DOLZER, Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2008, p. 39. V. également : CIRDI, *Tradex Hellas S.A. c. République d'Albanie*, aff. n° ARB/94/2, décision sur la compétence du 24 décembre 1996, *JDI* 2000, p. 151, E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI* (2004), p. 493, *ICSID rev. / FILS* 1999, vol. 14, p. 161 (ci-après *Tradex c. Albanie*), p. 191.

<sup>7</sup> *Pey Casado c. Chili*, §§ 427-429.