

ANNUAIRE FRANÇAIS
DE
RELATIONS
INTERNATIONALES

2017

Volume XVIII

**PUBLICATION COURONNÉE PAR
L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES**

(Prix de la Fondation Edouard Bonnefous, 2008)



Université Panthéon-Assas
Centre Thucydide

RÉFLEXIONS SUR LE POSITIONNEMENT DES ETATS A L'EGARD DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

DE LA DISTINCTION
ENTRE L'OPPORTUNITÉ ET L'OPPORTUNISME

PAR

ARNAUD DE NANTEUIL (*)

Rarement la signature d'un accord international, à l'exception peut-être des grands textes environnementaux comme l'Accord de Paris à l'occasion de la COP21, n'aura autant attiré l'attention des médias que celle de l'accord économique et commercial global (*Comprehensive Economic and Trade Agreement* ou CETA) entre l'Union européenne et le Canada. La très grande hostilité manifestée à l'égard de cet instrument, finalement signé le 30 octobre 2016, s'est notamment traduite par la résistance du parlement wallon, dont la signature était indispensable pour obtenir celle de la Belgique, en raison de plusieurs divergences fondamentales avec le texte de l'accord. Cet épisode tragi-comique – dont personne ne doutait véritablement de l'issue – aura attiré une grande partie de la lumière médiatique et aura surtout cristallisé l'essentiel des critiques sur le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats prévus par ce Traité. Il aura de ce point de vue contribué à alimenter très largement l'hostilité populaire à l'égard de l'arbitrage transnational – alors même que le mécanisme proposé par le CETA s'en éloigne à bien des égards. En ce sens, les critiques adressées au système proposé par le Traité semblent avoir un peu manqué leur cible puisqu'elles étaient en réalité dirigées contre un mécanisme destiné très précisément à répondre aux critiques traditionnellement formulées à l'encontre de l'arbitrage.

Pour les comprendre, il importe ici d'opérer un très bref retour en arrière. Afin de favoriser les opérations d'investissement international réputées contribuer au développement économique des Etats d'accueil, de nombreux contrats et traités ont été signés dans la seconde moitié du XX^e siècle afin d'établir un certain nombre de règles de protection des opérateurs économiques de manière à les mettre en position de développer librement leur activité. Par crainte d'une trop grande instabilité politique ou d'une partialité des juridictions nationales, l'habitude a été prise de confier le règlement des litiges qui pourraient survenir entre investisseurs

(*) Professeur à l'Université Paris-Est-Créteil-Val-de-Marne (Paris XII, France).

étrangers et Etats à des tribunaux arbitraux, lesquels devaient appliquer le droit international, auquel il était prêté une plus grande neutralité par rapport au droit national de l'Etat d'accueil (1). Cela étant dit, le développement de l'arbitrage transnational – ainsi qualifié car il met en relation une personne privée avec un Etat – ne s'est pas fait de manière pensée et anticipée mais aura plutôt été le résultat d'une série d'accidents historiques, de sorte qu'un mécanisme au départ pensé pour les litiges entre personnes privées, l'arbitrage commercial, s'est trouvé en position d'évaluer la licéité internationale des mesures adoptées par l'Etat, sans nécessairement tenir compte de l'intérêt général qu'il incarne (2). Ce contexte particulier et l'absence de prise en considération de la singularité de ce justiciable si spécifique qu'est l'Etat a pu entraîner certaines dérives, même si leur description est souvent très exagérée, et suscite en tout état de cause de multiples interrogations. D'une manière générale, il faut d'ailleurs constater que le système de l'arbitrage transnational, qui s'est véritablement développé depuis le milieu des années 1990, fait l'objet aujourd'hui d'une remise en cause inédite. Les réactions du parlement wallon en octobre 2016 ne sont en ce sens que le reflet d'un mouvement bien plus vaste, qui pourrait à terme conduire à redessiner totalement la physionomie de cette justice particulière.

Il importe ici de préciser que le contentieux investisseur-Etat représente aujourd'hui un enjeu majeur des relations internationales. Depuis la fin des années 1980, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a recensé plus de 600 cas de litiges portés par des entreprises contre des Etats. Depuis quelques années, un rythme de croisière semble avoir été atteint avec une grosse quarantaine de nouvelles affaires chaque année et au moins autant de cas réglés (3). Les entreprises demanderessees sont souvent, quoique pas systématiquement, des acteurs majeurs de l'économie mondiale, qu'ils soient français (Suez, Total, Veolia, EDF) ou non (Saipem, Shell, BP par exemple). On imagine aisément l'enjeu financier considérable qui peut être soulevé par de tels litiges, généralement provoqués par des mesures de l'Etat que l'entreprise estime constituer une violation des droits qui lui sont reconnus soit par un contrat soit par le droit international. Jamais en droit international un tel rythme juridictionnel n'avait-il été enregistré et jamais le droit international public n'avait-il

(1) Sur cette évolution à partir des contrats, cf. C. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. CCCII, 2003, pp. 197-386.

(2) Pour une présentation de la naissance de l'arbitrage transnational, cf. C. LEBEN, « Droit international des investissements : un survol historique », in C. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pedone, Paris, 2015, pp. 1-79 ; A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, Paris, 2014, pp. 11-51.

(3) Ces chiffres sont issus du rapport de la CNUCED, *Recent trends in IIAs and ISDS*, IIA Issue Notes, UN publications, n°2015/1, pp. 5 et suiv.

bénéficié d'un développement jurisprudentiel aussi formidable (4). Certaines affaires ont soulevé en outre de très importantes questions géopolitiques par la sensibilité du contexte dans lequel elles se sont développées. Le contentieux qui a opposé les actionnaires du groupe Youkos à la Russie fut à cet égard bien plus qu'un simple contentieux d'investissement : c'est la politique énergétique en même temps que la politique russe tout court qui était à l'épreuve et les difficultés liées à l'exécution de la sentence, notamment dans des pays d'Europe occidentale, soulèvent des questions qui vont bien au-delà du droit (5).

En ce sens, le déploiement de l'arbitrage transnational constitue un phénomène inédit, d'une importance considérable sur le plan juridique mais aussi sur le plan économique et, dès lors, sur le plan politique. De ce fait, la contestation dont il est aujourd'hui l'objet incite à la plus grande prudence : l'arbitrage transnational est un ennemi facile car sa bonne compréhension suppose un certain niveau de connaissance juridique et qu'il est aisé de le présenter de façon caricaturale comme une forme de justice déséquilibrée au profit des personnes privées contre les Etats. Sans nier certaines faiblesses qui mériteraient assurément d'être corrigées, sa critique peut aussi relever d'une forme d'opportunisme politique destinée à donner des gages à une opinion publique relativement facile à tromper sur ce sujet. Cela étant dit, il convient de ne pas verser dans la caricature inverse : lorsqu'elles sont répétées et renouvelées et surtout lorsqu'elles sont suivies d'effets, ces critiques doivent être prises au sérieux. Car les Etats ne se contentent plus aujourd'hui d'une posture de principe à l'endroit de l'arbitrage transnational. Nombre d'entre eux ont adapté leurs actes à leurs discours et ont tenté de modifier le système existant. La contestation peut, de ce point de vue, se mesurer par degrés : certains Etats ont opté pour le rejet pur et simple, d'autres pour des formes alternatives de justice internationale, d'autres enfin pour une simple amélioration des mécanismes arbitraux existants. Ces trois types d'attitude transcendent très largement les divisions politiques, économiques et idéologiques du monde, si bien qu'elles sont empreintes d'une forme d'universalité et pourraient bien sonner le glas de l'arbitrage transnational, au moins sous sa forme contemporaine. Tout est ici question de mesure et si on peut saluer certaines de ces évolutions, car le système doit assurément être amélioré, on peut s'interroger sur la pertinence de certaines autres. Opportunité d'améliorer un mécanisme indispensable aux relations internationales contemporaines ou opportunisme du pouvoir politique de plus en plus

(4) Sur l'apport de l'arbitrage transnational au droit international public, cf. la chronique annuelle de F. LATTY (depuis 2008), accompagné de P. JACOB (depuis 2011) et A. DE NANTEUIL (depuis 2013), « Arbitrage transnational et droit international général », *Annuaire français de droit international*.

(5) Cf. les trois sentences : CPA (CNUDCI), *Hulley Enterprises Limited (Chypre) c. Russie*, n°AA226, 18 juil. 2014 ; CPA (CNUDCI), *Yukos Universal Limited (Ile de Man) c. Russie*, n°AA227, 18 juil. 2014 ; CPA (CNUDCI), *Veteran Petroleum Limited (Chypre) c. Russie*, n°AA228, 18 juil. 2014. Le 20 avril 2016, la Cour de district de La Haye a annulé ces sentences, mais cela n'empêche pas *a priori* la poursuite de l'exécution qui avait été entamée dans d'autres juridictions.

malmené jusque dans les plus grandes démocraties – les dernières élections présidentielles aux Etats-Unis en sont le reflet le plus évident –, c'est à cette vaste interrogation qu'on peut ici tenter de répondre.

CONSTAT : LA NÉCESSITÉ DE FAIRE EVOLUER LE SYSTÈME

Il est évident que l'arbitrage transnational tel qu'il existe de nos jours est sans doute trop critiqué et critiquable pour être maintenu en l'état. Nous ne pouvons ici revenir sur l'ensemble des critiques qui lui sont adressées, mais certains traits saillants peuvent être mis en avant. En premier lieu, il faut signaler que le recours à l'arbitrage est aujourd'hui ouvert uniquement aux investisseurs étrangers et non aux investisseurs nationaux (6). Si on rappelle par ailleurs qu'un actionnaire peut aujourd'hui être qualifié d'investisseur, cela conduit à envisager que, si une entreprise ayant la nationalité d'un Etat se trouve affectée par une mesure adoptée par cet Etat, ses actionnaires étrangers pourraient saisir un tribunal arbitral, à la différence des actionnaires ressortissants de l'Etat en question : c'est là une différence de traitement difficile à justifier. En outre, le coût parfois exorbitant des frais d'arbitrage conduit à s'interroger sur l'accessibilité de cette forme de justice, qui semble réservée de ce point de vue à une élite économique (7). Le fait que certaines affaires mettent en cause des mesures de politique générale semblant relever de la haute politique de l'Etat fait également débat, singulièrement autour des affaires *Vattenfall* et *Philipp Morris*, dans lesquelles les investisseurs ont respectivement attaqué la décision de l'Allemagne d'abandonner l'énergie nucléaire et celle de plusieurs pays d'adopter une législation sur le paquet de cigarettes « neutre ». Des décisions rendues jusque-là toutefois, aucune ne donne raison à l'investisseur (8). Cela ne suffit certes pas à répondre à la préoccupation exprimée, mais lorsqu'on sait par ailleurs que, d'après la CNUCED, 37% des affaires ont été conclues au profit de l'Etat contre 27% au profit de l'investisseur, le reste ayant donné lieu à un abandon de poursuites ou à un accord de transaction, cela conduit tout de même à relativiser assez considérablement cette crainte (9).

D'une manière générale, il faut reconnaître néanmoins que les apparences sont globalement contre le système. Pour ne prendre que quelques chiffres, une organisation non gouvernementale avait ainsi calculé qu'au seul titre de l'année 2011, seuls trois cabinets d'avocats s'étaient partagés 130 dossiers et que, depuis 1990, une quinzaine d'arbitres avaient traité 55%

(6) Dans le cas du Centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements, cf. l'article 25, 2° de la Convention de Washington de 1965.

(7) L'un des exemples des frais les plus élevés a été donné par l'affaire *Libananco Holdings Co. Ltd c. Turquie*, aff. n°ARB/06/8, sentence du 2 septembre 2008, dans laquelle les frais de représentation (conseils et avocats) se sont élevés à 35 millions d'euros pour les deux parties (cf. les §§557-569).

(8) *Philipp Morris c. Uruguay*, aff. n°ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016 ; *Philipp Morris c. Australie*, aff. CPA-CNUDCI n°2012-12, sentence du 17 décembre 2015.

(9) Cf. le graphique proposé sur le site de la CNUCED, investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS.

du contentieux (10). On peut comprendre – telle est aussi la finalité de l'arbitrage – que les meilleurs spécialistes concentrent l'essentiel de l'activité, car le choix des conseils et des arbitres s'oriente naturellement vers les plus compétents. Toutefois, un tel degré de concentration incite tout de même à la circonspection et ne peut que renforcer l'impression du « grand public » d'avoir affaire à une justice rendue par et pour une minorité privilégiée – même s'il ne s'agit pas de prétendre ici que ces craintes sont forcément justifiées. Dans le même ordre d'idées, le manque de transparence des procédures est régulièrement souligné, dans la mesure où les sentences ne sont pas toujours publiées ni les audiences toujours publiques. On ne peut par ailleurs manquer de relever l'absence de cohérence dans la jurisprudence et de rappeler certaines contradictions d'une décision à l'autre, ce qui ne fait qu'accroître l'insécurité juridique d'ensemble et entretenir la méfiance vis-à-vis de l'arbitrage par rapport à un système institutionnalisé qui constitue en principe la garantie d'un développement plus harmonieux (11). De plus, l'allongement considérable des procédures conduit régulièrement certaines affaires à se prolonger sur une durée de cinq à dix ans, ce qui n'est certes pas propre à l'arbitrage mais constitue une dérive regrettable dans un système dont la célérité est souvent présentée comme une vertu (12). Il n'est pas question ici de détailler ni même de tenter de répondre à ces critiques, mais simplement de voir qu'elles sont aujourd'hui sans doute trop nombreuses et convergentes pour ne pas être prises au sérieux. C'est en ce sens que certaines pistes d'amélioration doivent être examinées et que les politiques défendues par certains Etats sont de ce point de vue bienvenues.

OPPORTUNITÉ : AMÉLIORER L'EXISTANT

Vingt-cinq ans après la sentence *APPL c. Sri Lanka* qui marque symboliquement le point de départ du développement de l'arbitrage transnational dans sa physionomie actuelle, le moment est sans doute venu d'envisager une évolution. Dans l'ensemble, nous venons de voir que les critiques qui lui sont adressées s'articulent autour d'un axe principal : ce mode de règlement des litiges ayant été pensé au départ pour les différends entre personnes privées, il n'est pas totalement adapté à un

(10) Corporate European Observatory, *Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an arbitration boom*, Bruxelles, 2012, p. 8.

(11) Pour nuancer ce point, on indiquera simplement que certains tribunaux rappellent parfois que, sans être liés par les décisions de leurs prédécesseurs, ils sont tenus par un « devoir » de tenir compte des décisions passées pour des raisons liées précisément à la sécurité juridique. Cf. CIRDI, *Churchill Mining PLC et Planet Mining Pty Ltd c. Indonésie*, aff. n°ARB/12/14 et 12/40, décision sur la compétence, 24 fév. 2014, §85 ; CIRDI, *Renée Rose Levy de Lévi c. Pérou*, aff. n°ARB/10/17, 26 fév. 2014, §3. Même si cela ne suffit sans doute pas à établir une cohérence dans la jurisprudence, c'est là une évolution récente qu'il faut saluer.

(12) Cf. par exemple la brochure publiée par le Conseil national des barreaux, qui vante les principaux mérites de l'arbitrage, parmi lesquels la possibilité de « réduire la durée globale du litige » (le document est accessible sur le site Internet cnb.avocat.fr/file/180705/). Dans l'arbitrage d'investissement, rien n'est moins sûr.

contentieux impliquant un Etat, qui est dépositaire et gardien de l'intérêt général sur son territoire. Il y aurait donc une forme d'incompatibilité conceptuelle entre l'Etat et l'arbitrage en raison de la philosophie profonde de ce dernier. Cela n'est sans doute pas tout à fait exact toutefois car, en admettant que toute justice soit imparfaite, des pistes d'amélioration se dessinent. Le moment est probablement venu de les emprunter, ce que certains Etats n'ont pas manqué de faire.

Protéger les mesures d'intérêt général adoptées par l'Etat

Certains pays d'Amérique latine ont montré la voie, là où d'autres se sont illustrés par une opposition et un rejet total (*cf. infra*). Singulièrement, les Etats membres du Mercosur et de la Communauté andine des Nations ont décidé, par un traité entré en vigueur en mai 2011, de fusionner les unions douanières portées par ces deux organisations afin de créer l'UNASUR, Union des nations d'Amérique du Sud, vaste marché commun englobant l'ensemble des Etats du continent (13). Dans ce cadre et compte tenu de la vocation essentiellement économique de cette nouvelle entité, la question de la protection des investissements étrangers et du règlement des différends à leur sujet s'est très naturellement posée. C'est à l'initiative de l'Equateur qu'un mécanisme particulier fut proposé, présentant certaines singularités notables (14). En particulier, il faut relever que l'objectif poursuivi par les Etats à l'origine de ce projet n'est aucunement de se défaire totalement de l'arbitrage transnational. Le système conserve à cet égard plusieurs traits caractéristiques de ce dernier, à commencer par la liberté de choix des arbitres laissés aux parties et le caractère unilatéral des requêtes, qui ne peuvent donc être présentées que par un investisseur contre un Etat. Cependant, sur d'autres points, des évolutions sensibles sont à souligner. Ainsi, un certain nombre de matières sont purement et simplement exclues du contentieux, ce qui signifie que toute mesure de l'Etat intervenant dans ce secteur bénéficiera d'une forme d'immunité puisqu'elle ne pourra être attaquée devant le tribunal. Il s'agit de l'ensemble des mesures adoptées en matière environnementale, de santé publique, d'éducation ou en matière fiscale. La compétence se trouve également écartée s'agissant des effets économiques d'une mesure générale. Cette réduction assez considérable du champ de compétence du tribunal n'est évidemment pas due au hasard : il s'agit assurément de répondre à la critique récurrente et ici évoquée suivant laquelle les tribunaux arbitraux tendraient à remettre en cause la capacité des Etats à réglementer dans le sens de l'intérêt général sur leur territoire. Protéger la capacité d'action de l'Etat à cet égard est sans aucun doute une nécessité absolue et on peut se féliciter des avancées effectuées en ce sens, mais on ne peut d'un autre côté taire certaines interrogations.

(13) *Cf.* le traité constitutif, disponible sur le site Internet www.nodo50.org/ceprid/spip.php?article162/.

(14) Pour une présentation détaillée, *cf.* S. K. FIEZZONI, « The challenge of UNASUR member countries to replace ICSID arbitration », *Beijing Law Review*, vol. II, 2011, pp. 134-144, en particulier pp. 139 et suiv.

D'une part, il n'a jamais été prouvé que le risque de condamnation suite à une plainte éventuelle d'un investisseur étranger ait jamais dissuadé un Etat de renoncer à une réglementation d'intérêt général. Tout au plus peut-on déplorer le fait qu'en cas de condamnation pour atteinte aux droits de l'entreprise étrangère, ce sont les finances publiques de cet Etat qui se trouveraient affectées et que la somme ainsi versée au titre de l'indemnisation serait perdue pour les services publics, lesquels pourraient en avoir davantage besoin. D'autre part, il faut préciser qu'une condamnation de cette nature, fort rare en pratique, suppose de démontrer que la mesure a affecté un droit de l'entreprise et non un simple intérêt : il est évident – et les responsables politiques feraient bien de l'apprendre avant de tenir des discours aussi définitifs sur le sujet – que la seule atteinte aux « intérêts » de l'entreprise ou la diminution de son profit ne sont pas des causes de nature à engager la responsabilité de l'Etat. Ce dernier dispose en effet toujours du pouvoir de réglementer l'usage de la propriété sur son territoire sans engager sa responsabilité : « *[r]egulatory measures are common in all types of legal and economic systems in order to avoid use of private property contrary to the general welfare of the (host) State* » (15).

Enfin, il faut préciser que la dimension environnementale, sociale ou fiscale d'une mesure n'est pas, dans l'absolu, un gage de vertu. S'il est évidemment choquant qu'une mesure légitime soit condamnée, il faut aussi préciser qu'un acte poursuivant en apparence un objectif environnemental peut parfaitement dissimuler une politique discriminatoire ou arbitraire. Ce qui compte n'est donc pas tant l'objectif de la mesure étatique que la réalité de cet objectif et l'adaptation de la mesure à la réalisation de ce dernier. En ce sens, la proposition de l'UNASUR ne semble pas prendre le problème dans le bon sens. Une mesure estampillée « environnementale » doit pouvoir être poursuivie pour établir qu'elle poursuit effectivement une finalité de cet ordre et qu'elle y est proportionnée : si c'est le cas, indifféremment à l'atteinte portée à l'investissement, elle ne doit pas être condamnée. Elle doit l'être en revanche si elle poursuit un but autre ou qu'elle n'a pas été adoptée au terme d'un processus transparent répondant aux exigences de l'Etat de droit. Ce n'est donc pas tant le champ disciplinaire d'intervention de la mesure qui importe que la manière dont elle est adoptée. Il n'est donc pas certain que l'exclusion de certaines disciplines de la compétence des tribunaux arbitraux constitue le gage d'un mécanisme plus équilibré.

Cela étant, il est évident qu'une telle réforme contribue grandement à garantir la liberté des Etats pour agir dans le sens qu'ils entendent sur le plan environnemental, social ou fiscal. De ce point de vue, une telle évolution doit être saluée. Surtout, elle permet de répondre pleinement à l'une des critiques les plus virulentes adressées à l'arbitrage transnational,

(15) *CME Czech Republic B.V. c. République tchèque*, sentence intérimaire du 13 septembre 2001, *ICSID Reports*, vol. IX, pp. 121 et suiv., §603.

qui est en même temps la plus médiatique tant elle paraît choquante lorsqu'elle est formulée en des termes réducteurs. A tout le moins, le choix du paquet de cigarettes neutre ou l'abandon du nucléaire pour des raisons écologiques constitueraient des mesures à l'abri de toute contestation devant un tribunal arbitral : en pareille perspective, le progrès est indiscutable.

Envisager un mécanisme d'appel

D'autres problèmes se posent cependant. Pour tenter de pallier l'incertitude liée à la dispersion des décisions et le risque d'incohérence qui en résulte, plusieurs projets de mécanismes d'appel ont récemment vu le jour. Il faut en effet rappeler que l'une des caractéristiques de l'arbitrage tient à la possibilité offerte aux parties de nommer les arbitres auxquels l'affaire doit être confiée, ainsi qu'au caractère en principe définitif de la sentence rendue. Lorsque l'arbitrage est institutionnalisé, dans le cadre d'un organisme international comme le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ou la Cour permanente d'arbitrage (CPA), ce choix est généralement encadré, les parties ne pouvant jeter leur dévolu que sur les personnes figurant dans une liste tenue à jour par l'institution. Cela étant dit, une telle liberté conduit nécessairement à un fonctionnement très insulaire des tribunaux arbitraux, puisque leur composition ne sera jamais – ou très rarement – la même d'une affaire à l'autre. Cela explique aussi en partie certaines incohérences de la jurisprudence et justifie pleinement la raison d'être d'un organisme d'appel : centralisé et unifié, celui-ci pourrait connaître de recours contre les sentences et jouer ainsi pour le droit international de l'investissement le rôle que jouent les juridictions suprêmes dans les droits nationaux ou la Cour de justice dans l'Union européenne, *i.e.* un rôle d'harmonisation et d'unification du droit.

Un tel mécanisme d'appel est prévu, en particulier dans le système de l'UNASUR, mais aussi dans le cadre des traités actuellement en négociations entre l'Union européenne et certains de ses principaux partenaires commerciaux. En particulier, le chapitre du CETA consacré à la protection des investissements entend innover à cet égard en proposant un mécanisme permanent impliquant notamment un système d'appel. Ce n'est pas ici le lieu pour entrer dans le détail des dispositifs, ni sur leur faisabilité sur le plan juridique, même s'il faut signaler que les projets de l'Union européenne semblent se heurter à d'importantes difficultés de ce point de vue, liées au fait que les projets européens s'appuient sur les mécanismes existants (CIRDI, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ou CNUDCI, notamment) alors que l'UNASUR

entend proposer un système alternatif totalement nouveau (16). Il est intéressant de relever que l'Amérique latine et l'Europe, qui ne partagent pourtant ni la même histoire, ni la même tradition idéologique, ni même, plus largement, le même rapport à la mondialisation, se rejoignent ici sur la nécessité d'envisager un second degré de juridiction afin de progresser sur le chemin de l'harmonisation du droit. C'est sans doute le signe que cette réforme, qui encore une fois n'est sans doute pas suffisamment mûre sur le plan juridique dans le cadre des traités en cours de discussion par l'Union européenne, constitue l'horizon inéluctable du règlement des différends entre investisseurs et Etats.

Se fier au règlement interétatique des litiges

Il convient ici de signaler une autre tendance, qui est celle initiée par le Brésil, dont le positionnement au regard du droit international économique a toujours été particulier. Le pays n'est en effet partie à aucun traité bilatéral de protection des investissements (TBI), a toujours refusé de ratifier la Convention de Washington instituant le CIRDI et n'a jamais, de fait, été partie à un arbitrage dans une affaire d'investissement. Pour autant, cet isolement volontaire sur le plan juridique ne se traduit pas au plan économique, le Brésil se situant plutôt en pointe du continent latino-américain en termes de croissance (17). Fort de ce positionnement encourageant, le gouvernement brésilien a entamé en 2015 une série de signature de nouveaux traités, qui, baptisés « Accords de coopération et de facilitation de l'investissement », ont vocation à remplacer les TBI servant pour l'essentiel de support à l'arbitrage transnational (18). Ces traités présentent plusieurs caractéristiques qui les distinguent des TBI traditionnels, parmi lesquels un accent fortement placé sur les mécanismes de prévention des litiges, par la mise en place de comités joints composés de représentants des entreprises et de l'Etat. Dès l'émergence de difficultés, ces comités se trouvent en position d'entamer des négociations et permettent ainsi de purger une bonne partie des désaccords, qui ne donneront lieu à un litige qu'en cas d'extrême nécessité. C'est là un progrès notable par rapport à l'arbitrage, lequel, dans sa physionomie actuelle, laisse très peu de place au dialogue préalable, notamment parce qu'un Etat peut aujourd'hui être poursuivi par un investisseur avec lequel il n'est pas engagé dans un contrat : il se peut donc que le premier contact

(16) Sur les difficultés liées à ce mécanisme, cf. le rapport d'information déposé par la Commission des Affaires européennes de l'Assemblée nationale sur le règlement des différends investisseurs-Etat dans les accords internationaux et présenté par Mme Seybah Dagoma, 2 fév. 2016, disponible sur le site Internet www.assemblee-nationale.fr/14/europe/rap-info/i3467.asp.

(17) Il relève pour cette raison de la catégorie des pays émergents, suivant les critères appliqués par la CNUCED. Cf. CNUCED, *World Investment Report*, 2015, p. 6.

(18) Au 30 novembre 2016, le Brésil avait signé des traités de ce type avec l'Angola, le Mozambique, le Malawi, le Mexique, la Colombie et le Chili entre mars et novembre 2015. Ces traités sont accessibles sur le site Internet de la CNUCED, investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27#iiaInnerMenu.

entre l'opérateur économique et l'Etat soit un contact contentieux et que toute possibilité de dialogue se trouve donc fort compromise.

En ce sens, l'initiative brésilienne est à rapprocher de la réforme adoptée par le Pérou dans sa loi n°28 933 mettant en place le Système de coordination et de réponse de l'Etat dans les litiges internationaux d'investissement (*Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión*), adoptée en 2006 (19). La principale innovation de ce système tient à la mise en place d'un coordinateur et d'une commission spéciale destinés à entretenir un dialogue permanent avec les investisseurs étrangers situés sur le territoire péruvien, dans le but de prévenir les litiges et de les administrer en cas de soumission à une juridiction. C'est aussi une manière de s'assurer que, en cas de recours à l'arbitrage, qui n'est nullement exclu, le gouvernement puisse disposer de l'ensemble des éléments de fait et de droit concernant le litige et puisse donc assurer efficacement sa défense. De ce point de vue, il s'agit bien d'améliorer le système et non de le renverser.

A cet égard et c'est là un changement majeur, les traités brésiliens prévoient qu'en cas d'échec des négociations, le litige pourra être réglé par voie d'arbitrage, ce dernier ne pouvant se tenir qu'entre les deux Etats parties. Il s'agit donc d'un retour à une justice interétatique, dont la personne privée – l'investisseur – se trouve totalement écartée. En pareille hypothèse, il faut alors imaginer que l'Etat demandeur prenne fait et cause pour l'investisseur dont il est ressortissant, afin de réclamer une réparation de la violation des droits que ce dernier tire du traité. Le mécanisme tend alors à se rapprocher de la vénérable institution de la protection diplomatique, qui demeure certes importante dans le droit international contemporain mais ne manque pas de faiblesse lorsqu'elle est appliquée au contentieux économique (20). Il n'est donc pas certain qu'il s'agisse d'un progrès de ce point de vue, même si là encore une telle réforme aura pour conséquence de neutraliser un certain nombre de critiques, en particulier celles reposant sur le caractère unilatéral de l'arbitrage – qui ne peut être déclenché que par l'investisseur contre l'Etat. En outre, il est certain qu'un Etat demandeur est davantage conscient qu'un opérateur privé de l'enjeu que peut représenter un tel contentieux pour les intérêts souverains de l'Etat défendeur. Confier le litige aux Etats permettrait donc sans doute d'en tenir davantage compte, même si sur le plan économique un tel contentieux n'est sans doute guère opportun et que le risque d'une sous-évaluation du préjudice est réel du point de vue de l'opérateur économique.

Cela étant précisé, ce positionnement est propre au Brésil – et par définition aux six Etats qui ont signé avec lui ces traités –, qui n'a jamais adhéré au « système » de la protection des investissements, qu'il s'agisse

(19) Sur cette réforme, cf. R. Polanco LAZO, « Systems of legal defence used by Latin American countries in investment disputes », *Journal of World Investment and Trade*, vol. XVII, 2016, p. 562.

(20) Sur cette question, cf. C. LEBEN, « La théorie du contrat d'Etat... », *op. cit.*, pp. 216 et suiv.

des traités de protection ou des mécanismes d'arbitrage. En ce sens, la signature de ces traités doit sans doute s'interpréter comme une main tendue plus que comme un signe d'hostilité et elle ne peut en tout cas être analysée comme un « retour en arrière ». On peut y voir une volonté de montrer que le gouvernement brésilien est conscient de la nécessité de règles relatives à l'investissement international et de mécanismes de règlement des différends dans ce domaine au sein desquels l'arbitrage, fût-il interétatique, apparaît comme un mode privilégié.

Canaliser les arbitres : la précision des règles de fond

L'une des critiques régulièrement adressées à l'arbitrage transnational, qui rejoint certaines autres, tient au fait que les tribunaux disposeraient d'une marge de manœuvre considérable en raison du très grand flou qui entoure les principaux concepts de protection des investissements étrangers. Il est vrai que les notions de « traitement juste et équitable », d'« expropriation indirecte » ou même d'« attentes légitimes » dépendent sans doute plus de l'appréciation subjective des individus composant le panel arbitral que de la stricte rigueur juridique. Certains négociateurs ont donc bien compris, il faut s'en féliciter, que le problème ne venait peut-être pas tant de l'arbitrage lui-même que de l'incertitude entourant les règles qu'il était demandé aux tribunaux d'appliquer. Apporter des précisions dans les traités pouvait donc permettre, tout en conservant le mécanisme arbitral, de faire évoluer ce dernier dans le sens d'une plus grande prévisibilité et d'une meilleure prise en compte des intérêts souverains des Etats. Sans entrer ici dans le détail, ce qui nécessiterait une analyse à part, on doit signaler que plusieurs Etats ont entamé une politique de révision de leurs TBI destinée précisément à apporter des précisions au sujet de ces notions et concepts.

La tendance générale qui se dessine est alors tout simplement de venir préciser la teneur des obligations de l'Etat au titre de ces notions générales plutôt que de laisser ce soin aux tribunaux. Le gouvernement indien a ainsi publié en 2015 un nouveau modèle de traité bilatéral qui comporte des précisions fort bienvenues au sujet de l'expropriation (21). De même, le CETA propose, de ce point de vue, des avancées importantes en listant de manière exhaustive toutes les composantes du traitement juste et équitable, qui ne peut donc plus être employé à loisir par les tribunaux comme un standard au contenu potentiellement infini (22). Ce sont là des réformes simples, mais dont on mesure mal l'ampleur d'un point de vue extérieur. Pour tout observateur attentif du droit applicable à l'investissement international, ces changements sont considérables et constituent des progrès indiscutables. D'aucuns les regretteront cependant, arguant que la technique du standard permet justement de s'adapter aux évolutions

(21) Le texte est accessible sur le site Internet du gouvernement indien, à l'adresse mygov.in/group-issue/draft-indian-model-bilateral-investment-treaty-text/.

(22) Cf. l'article 8.10 du texte adopté le 30 octobre 2016.

de la conjoncture et qu'une telle souplesse est indispensable en matière économique. Toutefois, outre que les précisions apportées ne brident pas totalement la liberté des arbitres, c'est ici une question de crédibilité et de sécurité juridique qui se trouvait posée et à laquelle les réformes portées par l'Inde mais aussi par l'Union européenne et le Canada viennent assez largement répondre.

OPPORTUNISME ? LA POSTURE DE LA TABLE RASE

L'ensemble des réactions évoquées jusque-là sont marquées, à des degrés divers, par la volonté de ne pas remettre en cause les institutions et textes existants ou à tout le moins de ne pas affecter les principes fondamentaux sur lesquels ils reposent. Cela étant, certains gouvernements ont au contraire mené une politique bien plus agressive, fondée sur un rejet pur et simple du système. Néanmoins, compte tenu de l'effet juridique somme toute assez limité de ces actions d'éclat, on est en droit de s'interroger sur leur motif profond. Tout porterait à croire qu'il s'agit de postures de principe, alimentées par un climat global de défiance vis-à-vis de l'arbitrage investisseur-Etat.

C'est ici, essentiellement, à la dénonciation de la Convention de Washington par plusieurs Etats latino-américains qu'on voudrait faire référence. Signé en 1965, ce texte met en place le Centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements (CIRDI), qui concentre encore aujourd'hui une assez large majorité du contentieux entre investisseurs et Etats. A la suite de nombreuses plaintes et, faut-il reconnaître, de nombreuses condamnations, plusieurs Etats ont fait du CIRDI un ennemi à abattre, jugeant qu'il n'était rien d'autre qu'un cheval de Troie du capitalisme libéral, les empêchant de conduire librement leur politique. La Bolivie a engagé le mouvement en 2007, suivie par l'Equateur en 2009 et le Venezuela en 2012. Aujourd'hui, l'hémorragie semble jugulée, mais ces trois départs marquent tout de même une volonté très nette de rupture avec le système de Washington, quoique, sur le plan du droit, les effets d'un tel départ ne soient pas si évidents à identifier (23).

On peut en effet mentionner deux aspects importants, qui n'ont certainement pas échappé aux Etats dénonciateurs. D'une part, l'article 72 de la Convention prévoit que la dénonciation de cette dernière ne peut porter atteinte au consentement qui aurait été exprimé antérieurement à la compétence du CIRDI. Or un tel consentement a été exprimé dans un grand nombre de traités liant ces trois Etats, si bien qu'il devrait pouvoir

(23) Sur cette question, cf. J. CAZALA, « La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI », *Annuaire français de droit international*, 2012, pp. 551-565 ; S. MANCIAUX, « De la dénonciation de la Convention de Washington et ses effets », *Journal du Droit international*, 2011, pp. 570-573 ; W. BEN HAMIDA, « La dénonciation de la Convention de Washington : un adieu ou un simple au revoir », in F. HORCHANI (dir.), *Le CIRDI : 45 ans après, bilan d'un système*, Actes du colloque organisé à Tunis les 11, 12 et 13 mars 2010, Pedone, Paris, 2011, pp. 109-138.

leur être toujours opposable. Même si une incertitude juridique entoure la notion de consentement dans ce contexte et qu'il n'est pas certain que la seule mention du CIRDI dans un traité soit suffisante pour qu'il soit réputé constitué, il reste sur ce point une forte nuance apportée à l'effet d'une telle dénonciation. D'autre part, il convient de souligner que le mécanisme du CIRDI est assorti d'un dispositif particulier, appelé « mécanisme supplémentaire », précisément destiné aux Etats qui ne seraient pas membres de la Convention de Washington, sous réserve de leur consentement. Il a notamment été régulièrement employé par le Canada, qui n'a adhéré que tardivement à ce texte. Il demeure donc pleinement possible d'envisager que ces Etats soient parties à un contentieux devant le CIRDI, même si les possibilités se sont nécessairement restreintes avec la dénonciation et que la portée du mécanisme supplémentaire ne doit pas être exagérée, le consentement de l'Etat demeurant un préalable indispensable.

Quoi qu'il en soit, les conséquences juridiques, finalement relatives, de la dénonciation incitent à s'interroger sur le motif réel de cette dernière. Les motifs officiels avancés par les trois gouvernements se rapprochent des critiques qui ont été rappelées ci-dessus (manque de transparence et de prévisibilité, partialité supposée des arbitres, discrimination à l'encontre des investisseurs nationaux), mais ils ne trompent guère. Il est évident que la motivation des gouvernements est en premier lieu idéologique et que cette dénonciation traduit avant tout un rejet de l'économie néolibérale que le CIRDI, en tant qu'organe de la Banque mondiale, incarne au premier plan. Cette position est parfaitement défendable et c'est là un choix souverain de l'Etat qu'il n'est pas question de contester. Toutefois, on est tout de même en droit de penser que cette dénonciation constitue aussi un geste médiatique, qui ne traduit pas un changement d'orientation aussi radical que ce qu'il pourrait laisser penser. Certes, la Bolivie, l'Equateur et le Venezuela ne se sont pas privés, ces dernières années, de nationaliser et d'exproprier des entreprises étrangères, mais, dans bien des cas, ces expropriations visaient, de manière absolument légitime, à recouvrer la souveraineté nationale sur l'exploitation des ressources naturelles et se sont traduites par un rachat d'actions destiné à assurer la présence majoritaire de l'Etat au capital des entreprises (24). En outre, elles se sont faites pour la plupart dans le plus strict respect des conditions de légalité posées par le droit international, notamment par les TBI, à commencer par l'exigence d'une indemnisation adéquate... Ce n'est donc pas exactement la révolution annoncée qui s'est produite, puisque les firmes multinationales sont toujours présentes sur le territoire de ces pays, dont l'économie demeure en grande partie influencée par les préceptes libéraux, même si une plus grande présence de l'Etat est indiscutable.

(24) Cf. par exemple « Bolivie : Evo Morales se félicite des nationalisations », *Le Monde*, 10 oct. 2014.

Ce n'est pas ici le lieu pour se féliciter ou déplorer une telle situation : ces choix économiques de l'Etat n'appartiennent qu'à lui, en fonction de ce qu'il estime le plus profitable à sa population. Il n'en reste pas moins remarquable que, en dehors de la dénonciation de la convention CIRDI, les Etats considérés n'ont pas accompli de révolution copernicienne et que l'Equateur (25), la Bolivie (26) et le Venezuela dans une moindre mesure (27) continuent de bénéficier d'une aide financière de la part de la Banque mondiale. La dénonciation dans ce contexte, ajoutée aux effets limités qu'elle produit, pourrait donc être analysée comme un coup d'éclat plus que comme le reflet d'un changement structurel.

* *

*

Les diverses politiques conduites par les Etats en matière d'arbitrage transnational, ici brossées à très gros traits, témoignent d'une grande diversité d'approche mais révèlent dans le même temps la nécessité absolue d'une évolution. Les degrés de remise en cause ne sont pas les mêmes et les moyens déployés au service du changement sont variés. Certains Etats semblent en outre avoir profité de ce vaste moment de contestation pour adopter des attitudes extrêmes, qui ne se traduisent pas totalement dans leur pratique subséquente, là où d'autres y ont vu l'opportunité pour faire évoluer un système qui en a besoin. Il n'est bien entendu pas possible de dire quelle sera la physionomie du règlement des différends entre investisseurs et Etats à moyen ou à long termes. Il se pourrait néanmoins que, si la remise en cause était trop forte, on revienne à l'instrument juridique initial qu'était le contrat, au sein duquel les parties peuvent décider ce qu'elles entendent. Cela introduirait une grande dose de souplesse, mais ce ne serait pas sans risque : une négociation contractuelle suppose des moyens, des soutiens et une certaine robustesse. Il serait donc à craindre que, face à des Etats faibles du point de vue économique ou administratif, les entreprises multinationales toutes puissantes parviennent à obtenir des concessions iniques. C'est en ce sens que la préservation d'un système multilatéral apparaît très largement souhaitable, même si la forme exacte qu'il pourrait prendre n'a pas encore été parfaitement identifiée.

(25) Cf. le site Internet donnees.banquemondiale.org/pays/equateur.

(26) Cf. le site Internet donnees.banquemondiale.org/pays/bolivie.

(27) Cf. le site Internet donnees.banquemondiale.org/pays/venezuela.