

L'arbitrage relatif aux investissements Nouvelles dynamiques internationales

Journée d'études Conventions
en partenariat avec le cabinet Derains & Gharavi
Hôtel du Ministre
Ministère des Affaires étrangères et européennes
4 Mars 2011

Compte rendu

Session 1

L'arbitrage relatif aux investissements

dans l'économie mondiale : perspectives croisées

LA JURISPRUDENCE ARBITRALE :

L'existence d'une jurisprudence arbitrale ne va pas de soi, notamment en raison de l'absence de publication systématique des sentences arbitrales, d'une autorité centrale de coordination et d'unification de la jurisprudence et de la conviction de nombreux arbitres qu'ils ne sont pas tenus par des solutions antérieures d'autres tribunaux arbitraux.

Cependant, les différences avec la jurisprudence des tribunaux étatiques ne doit pas être exagérée. En effet, dans beaucoup de pays, la publication des décisions judiciaires est irrégulière et peu fiable ; les juridictions inférieures sont souvent divisées, et cela n'empêche pas de parler de jurisprudence. Par ailleurs, les sentences arbitrales font de plus en plus l'objet d'une publication, notamment sous l'égide du CIRDI, ce qui permettra, le temps aidant, de parler à terme d'une jurisprudence stable.

Certes, on note certaines incohérences de la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement, mais les décisions rendues affectent différemment celle-ci : si deux tribunaux apprécient de manière différente les mêmes faits, cela peut déconcerter les parties mais cela ne remet pas en cause la jurisprudence ; ce qui en revanche est susceptible de porter atteinte à celle-ci, c'est la diversité des définitions de la notion d'investissement et de la nationalité des sociétés dans les différents systèmes. Ainsi, sur la base du même traité, on peut se retrouver confronté à deux définitions différentes de la notion d'investissement, selon l'instance arbitrale choisie par l'investisseur parmi celles que propose le traité...

Afin de remédier à cela, un effort d'approfondissement doctrinal est possible, et nécessaire. Il ne suffit pas de constater ou de rapporter sans émettre des critiques sérieuses sur le fond des décisions arbitrales. Les arbitres ne procèdent pas assez à un véritable jugement de valeur quant aux sentences antérieures qu'ils sont libres de rejeter ou d'accepter. Or de tels jugements sont indispensables à la cohérence d'une jurisprudence arbitrale en matière d'investissement.

L'IMPORTANCE DES TRAITES BILATERAUX D'INVESTISSEMENT :

L'entreprise a toujours nourri une certaine aversion vis-à-vis des procès, et donc a fortiori de l'arbitrage, que ce soit en raison de sa longueur, de son coût, ou encore de son imprévisibilité. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne l'arbitrage en matière d'investissement dont le degré d'étrangeté semble plus grand encore... lorsque l'entreprise se résout à s'engager dans cette voie, c'est donc avec une certaine réticence, qui conduit parfois à ne pas le faire avec la détermination, et donc les moyens, qui s'imposent.

Cependant les entreprises n'ont souvent d'autre choix que d'agir, ne serait-ce que pour protéger les transactions futures. Ceci est particulièrement vrai lorsqu'un Etat procède à l'encontre d'un investisseur à différentes confiscations ou mesures de rétorsion... Car le droit

contractuel du commerce international, malgré son haut degré de sophistication et d'efficacité, laisse trois questions sans réponse : d'une part, l'investisseur est désarmé lorsqu'il n'est pas dans une relation contractuelle avec l'Etat hôte. D'autre part, s'il existe un contrat et une clause compromissoire, la solution arbitrale à laquelle le droit du commerce international permettra de parvenir ne sera – au mieux – qu'une reconnaissance ex post sujette à des problèmes quasi insolubles d'exécution. Enfin, c'est très en amont de la sentence qu'un Etat mal disposé à l'encontre d'un investisseur peut agir.

En principe, l'Etat ne peut invoquer ses prérogatives de souveraineté ou ses contraintes de droit interne pour se dérober à ses obligations contractuelles ou déroger aux clauses d'arbitrage. Cependant depuis cinquante ans, les Etats sont toujours plus nombreux à ne pas suivre ce principe : récemment un Etat a fait annuler par son Conseil d'Etat la clause d'arbitrage du contrat commercial d'investissement avant que l'arbitrage ait pu se mettre en route. Seule l'existence d'un traité bilatéral d'investissement imposant un arbitrage pour traiter des cas de spoliation a pu effectivement contraindre l'Etat à participer à un arbitrage.

On réalise alors à quel point l'existence de traités d'investissement appropriés est cruciale, en rétablissant l'équilibre (en cas de contrat) ou la distance (en l'absence de relation contractuelle) entre l'investisseur et l'Etat hôte. Ces traités, en réinjectant dans la relation commerciale une part de politique, demeureront nécessaires tant que le respect par les Etats de leurs engagements vis-à-vis des investisseurs ne sera pas passé du droit dans les faits. Aussi, peut-être, ces traités pourraient-ils, en attendant, préfigurer une Conventions transnationale des Droits de l'investisseur.

L'INVESTISSEMENT, UN ENJEU POLITIQUE :

Dans une certaine mesure, la politique internationale en matière d'investissement a longtemps été marquée par des divergences de vues entre les pays importateurs et les pays exportateurs d'investissement. Cette asymétrie fut particulièrement visible durant les années 1960-1970 dans les débats des Assemblées générales des Nations Unies qui suivirent la décolonisation.

C'est dans ce contexte, en l'absence d'accord sur le contenu du droit international des investissements, que fut créé le CIRDI en 1965. Cette intermédiation juridique présentait notamment l'intérêt de dépolitiser les différends liés à l'investissement, l'investisseur ne devant plus impliquer son gouvernement en cas de litige avec l'Etat d'accueil.

Cependant, l'absence d'accord politique sur l'étendue des droits des investisseurs et des contours de la souveraineté étatique n'a pu être comblée entièrement par la voie procédurale et la tension politique sous-jacente aux différends liés à l'investissement a tendance à resurgir de plusieurs manières. En effet, de plus en plus d'Etats signataires d'accords d'investissement n'hésitent plus à remettre en question les interprétations faites par les tribunaux arbitraux des dispositions contenues dans ces accords. Certains Etats en viennent ainsi à refuser l'exécution de sentences arbitrales, à vouloir dénoncer les accords d'investissement ou à se retirer des mécanismes d'arbitrage tels que ceux du CIRDI.

D'autre part, des Etats traditionnellement exportateurs d'investissements se sont également retrouvés en position de défendeur dans des arbitrages d'investissement suite à la mise en

œuvre, sur leur territoire, de mesures adoptées à des fins d'intérêt général. Les autorités politiques acceptent difficilement que soient remis en questions leurs actes juridiques devant un tribunal arbitral composé de trois arbitres. S'ensuit alors parfois une repolitisation du sujet au niveau national, surtout si les médias locaux s'emparent d'affaires emblématiques.

Enfin, les incidences potentielles du régime de l'investissement international sur les politiques sociales et environnementales, de santé ou en matière culturelle qui sont mises en avant par la société civile rend de plus en plus difficile une approche purement technique du sujet. Dans ce contexte, et afin de garantir la pérennité du système, les pouvoirs publics ne sauront faire l'économie d'une certaine réappropriation politique du sujet.

OPPORTUNITES ET DEFIS :

L'avantage du caractère jeune de la jurisprudence arbitrale en matière d'investissement consiste en ce que les notions vastes et floues en matière de protection offrent un large éventail de possibilités pour le conseil de plaider la juste cause, en privilégiant avant tout les faits pour sensibiliser et convaincre l'arbitre que l'investisseur a été victime d'une injustice que l'on pourra qualifier de violation du droit international prévue par le traité ou la loi. Ces circonstances permettent au conseil de défendre des causes qui seraient autrement difficilement gagnables, et de jouer ainsi un rôle actif et créatif dans le développement du droit.

Des réformes permettraient néanmoins de limiter certaines des conséquences plus problématiques de ce flou : la première voie concerne la meilleure maîtrise du champ d'application des traités, la seconde des aménagements aux règlements d'arbitrage.

Un risque existe pour le conseil de se retrouver avec un document falsifié communiqué par un investisseur peu scrupuleux souhaitant se servir de ce faux pour tomber sous le champ d'application d'un traité bilatéral. Les plus grandes difficultés viennent cependant des Etats. Le conseil peut en effet être intimidé ou menacé par l'Etat contre lequel l'arbitrage a été engagé. D'autre part, beaucoup d'Etats n'ont pas conscience de la portée des engagements qu'ils ont contracté, comme le montre leurs réactions dans les premiers arbitrages CIRDI engagés contre eux. Un travail de pédagogie s'impose, pour bien faire comprendre la nature et l'étendue des engagements souscrits dans les traités. Enfin, certains Etats souhaitent se retirer de la convention de Washington suite à des procédures abusives, dont certaines sur la base de faux. Pourtant, ce n'est pas tant le CIRDI qui est en cause, que les traités d'investissement conclus par les Etats. Ces derniers devraient être renégociés plutôt que dénoncés afin de retenir une définition moins large de l'investissement. On peut aussi imaginer de développer la pratique du certificat d'investissement.

Des aménagements aux règlements d'arbitrage sont également nécessaires, notamment en exigeant au moment de l'enregistrement de la requête CIRDI davantage de preuves, y compris une copie du titre de créance ou preuve de l'investissement du demandeur, pièces qui ne sont pas aujourd'hui exigées mais qui seraient pourtant nécessaires pour dissuader les arbitrages abusifs, filtrer les requêtes ou permettre aux Etats de déposer leur déclinatoire de compétence le plus rapidement possible.

Session 2

L'arbitrage relatif aux investissements

face à ses contradictions

L'arbitrage d'investissement donne à voir les contradictions et les promesses de la mondialisation : incertitudes sur les standards d'interprétation d'une part, mais aussi des perspectives de justice pour une variété d'acteurs et de situations, avec la montée des exigences en matière de transparence par exemple.

LA COHERENCE DES SENTENCES

Pour trouver la cohérence de la jurisprudence arbitrale, il faut l'appréhender dans une perspective évolutive, historique et dynamique, et regarder les résultats des sentences et non les positions des parties. Il s'agit d'une jurisprudence en construction.

Il est également important de distinguer le droit de l'investissement et sa jurisprudence, du droit spécial des traités d'investissement. Différentes négociations conduisent à la signature de traités distincts, avec des contenus variables : or il est admis d'opérer des lectures différentes de textes différents.

Il est possible d'effectuer une hiérarchisation de la cohérence des sentences arbitrales selon les matières. On observe alors qu'une partie de la jurisprudence est véritablement cohérente, qu'une autre l'est un peu moins, et qu'il reste encore des zones d'incohérence.

La cohérence est indéniable, par exemple, dans la jurisprudence relative à l'Argentine : bien que les motivations de ses condamnations systématiques soient différentes, le problème fondamental reste que l'Argentine n'a pas respecté et a même renié ses engagements. On peut également citer d'autres concepts et outils désormais incontestés, du moins dans leur définition. C'est notamment le cas de l'inclusion des grands contrats dans la notion d'investissement ; du droit direct pour un investisseur minoritaire à demander la protection de son investissement ; de la notion d'expropriation qui, bien que considérée comme une notion cadre appliquée différemment selon les affaires, a trouvé une définition fixe et constante, comme d'ailleurs celle du standard du « traitement juste et équitable ».

D'autres domaines présentent actuellement quelques incohérences, qui, en réalité et après analyse des sentences, relèvent davantage d'un problème de droit spécial que de cohérence. C'est notamment le cas de la clause de respect des engagements, comme le montre les affaires SGS : les divergences ici sont fonction du droit spécial. En effet, les tribunaux ont rendu des sentences différentes sur une même affaire du fait de la rédaction de la clause. Citons également la clause de la nation la plus favorisée : le flottement jurisprudentiel sur le point de savoir si l'on peut recourir ou non à l'arbitrage sur le fondement de cette clause, relève ici encore du droit spécial. Face à ces hésitations, la solution serait d'appliquer la Convention de Vienne sur le droit des traités. Egalement, il faudrait être attentifs à rédiger les traités en fonction de ce que l'on veut dire.

D'autres champs de l'arbitrage relatif aux investissements sont marqués par un degré d'incohérence relativement élevé. L'exemple de la notion d'investissement est le plus notoire : même avec le recul du temps, il se dégage quatre ou cinq positions jurisprudentielles divergentes. Dans les traités d'investissement, les Etats peuvent décider d'inclure tous les investissements ou d'employer le concept de licéité pour définir la notion. Ces alternatives constituent un choix politique, et cette question relève bien du fond, et non de la compétence.

Les Etats, lors de la négociation et de la rédaction des traités bilatéraux, prennent-ils suffisamment en compte la jurisprudence ? Car les incertitudes sur la notion d'investissement persistent, et constituent un poids pour les dirigeants d'entreprises : pour eux, le moment essentiel est celui où l'on décide de faire ou de ne pas faire un investissement déterminé. Au moment où un investissement doit être décidé, il faut qu'il y ait une certitude sur la notion d'investissement.

LA COMPETENCE SUR LES TRAITES

En marge de la question de la cohérence, doivent être soulevées les problématiques européennes relatives aux transferts de compétences imposées par le traité de Lisbonne. Ces difficultés concernent, en particulier, l'articulation entre les traités d'investissement et le droit communautaire qui distingue les traités intracommunautaires et les traités conclus avec des Etats tiers.

En matière de traités intracommunautaires, il existe encore des divergences entre l'Union européenne et les Etats membres sur le sens et la portée exacts de ce « transfert de compétence ».

Concernant les traités avec les Etats tiers, des renégociations et dénonciations de traités sont en cours, car certains pays comme l'Afrique du Sud souhaitent changer de politique d'investissement. L'entrée en vigueur du règlement autorisant les Etats à négocier les traités de protection des investissements a également pris du retard. C'est la procédure législative « ordinaire » qui a été retenue : il y a donc plusieurs allers-retours entre le Parlement et le Conseil européen. La France espère que le règlement entrera en vigueur en 2011.

LA TRANSPARENCE

On parle souvent de crise de légitimité de l'arbitrage relatif aux investissements. Les débats autour des questions de transparence en sont un symptôme concret.

Dans le cadre du projet de modernisation du règlement de la CNUDCI de 1976, de plus en plus utilisé dans les arbitrages relatifs aux investissements, un groupe chargé de réfléchir sur la transparence a été formé, dont le mandat est d'« élaborer une norme juridique sur la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et Etats fondée sur les traités ». Les problèmes juridiques que rencontre ce groupe donnent un bon éclairage sur la nature et la difficulté de certains de ces débats.

Par exemple, les ONG désirent que la nouvelle norme s'applique tant lorsque l'arbitrage a été commencé sous un traité incorporant cette nouvelle norme que lorsqu'il s'agit d'un traité ancien se référant au règlement de la CNUDCI de 1976. Ce deuxième cas de figure soulève des problèmes de rétroactivité et des solutions créatives sont à l'étude sur ce point. De même, pour les partisans de la transparence, il faudrait exiger, lorsqu'un nouveau traité incorpore la norme de transparence, que l'investisseur et l'Etat défendeur n'aient pas le droit une fois un litige né, de déroger à cette norme. Cela pose ici des problèmes par rapport au principe de l'autonomie des parties applicable en matière d'arbitrage commercial. Si une distinction doit être opérée en matière d'arbitrage d'investissement, quels en sont les fondements ?

Sur plusieurs points, les discussions avancent.

- Au plan formel, la question de savoir s'il fallait adopter la norme sous forme de *guidelines* ou bien de règlement a été vraisemblablement tranchée en faveur de la seconde solution.
- Sur l'applicabilité de cette nouvelle norme, le débat entre *opt-in* (incorporer la norme directement dans le traité) et *opt-out* (incorporer par simple référence) reste entier. Cette question est liée à celle du champ d'application de la nouvelle norme : doit-on la limiter aux arbitrages CNUDCI ou élargir son champ d'application ? Dans un cas on laisse le choix à l'investisseur de ne pas avoir un arbitrage transparent (à travers le choix d'une option d'arbitrage, autre que l'arbitrage CNUDCI), ce qui risque d'affaiblir l'utilité de la norme. Au contraire, le choix de faire une norme applicable à toutes les options d'arbitrage empêche le détournement de la norme de transparence. Mais on coupe alors la possibilité d'application de la norme à des traités déjà existants. De plus, il faut ensuite réfléchir au fondement juridique justifiant d'empêcher les parties de déroger à la norme de transparence. Ces questions ne sont pas simples et les Etats ont des vues très divergentes quant aux solutions à adopter.
- Sur le fond, le groupe de travail a examiné l'éventuel contenu substantif de la nouvelle norme.
- Sur la question de la publicité de l'ouverture des procédures arbitrales, le groupe envisage a priori, une solution de type CIRDI, c'est à dire la divulgation de l'existence du litige avec mention des parties et du secteur d'activité. Sur la possibilité de publier des documents en cours d'audience, les débats sont encore très vifs.

Un consensus a été trouvé sur les questions suivantes : la publication des sentences arbitrales, la possibilité pour les tiers de présenter des conclusions en tant *qu'amicus curiae*, la publicité des audiences et leur transcription.

Il a fallu ensuite déterminer les limites applicables au principe de transparence, en particulier celles liées à la protection des informations confidentielles aux parties et à la protection de l'intégrité de la procédure.

Le tout est ici d'assurer l'équilibre entre les deux intérêts publics en présence : d'un côté l'intérêt public pour la transparence, de l'autre celui de l'efficacité de la procédure.

Les entreprises sont, pour la plupart, relativement réticentes à l'intrusion du principe de transparence dans la procédure d'arbitrage, car l'important pour elles, lorsqu'elles ont recours à l'arbitrage international (CIRDI / CNUDCI), c'est de savoir qu'en cas de sentence, celle-ci va être valable et efficace. Or, les Etats utilisent régulièrement l'argument de la transparence

pour entamer des recours à l'encontre d'une sentence adoptée en soutenant que le principe de transparence auquel ils se disent obligés n'a pas été respecté. Or le vrai gros problème d'un point de vue macro-économique est que les Etats ne sont pas contraints, en pratique, d'exécuter les sentences car ils ont leurs immunités. S'il n'y a pas d'immunité en matière commerciale, tous les Etats mettent leurs activités commerciales dans des personnalités juridiques distinctes. De la sorte, on assiste à un déni de justice : la question de l'exécution est le grand problème de ce début du XXIème siècle.

Trois perspectives viendraient utilement compléter les discussions de ce groupe de travail avant qu'il puisse rendre ses conclusions en octobre 2011:

- la perspective réelle des investisseurs sur ces questions.
- le point de vue et l'analyse de spécialistes du droit international public sur les questions juridiques que soulève le principe de transparence.
- une position commune de l'Union européenne.

L'EQUILIBRE ENTRE LA PROTECTION DES INVESTISSEURS ET LE POUVOIR NORMATIF DE L'ETAT.

Ici encore des intérêts sont en conflit. L'investisseur souhaite que son investissement soit protégé et qu'il en tire un profit maximal avec des règles claires et stables. C'est aussi l'intérêt de l'Etat qui désire attirer les investissements et protéger ses investisseurs. Cependant, ce dernier entend également conserver une certaine marge de manœuvre afin de pouvoir agir dans d'autres domaines.

En principe les traités multilatéraux ou bilatéraux d'investissement ne remettent pas en cause le pouvoir normatif de l'Etat. La seule chose demandée à l'Etat sur ce plan est la réparation des conséquences dommageables de décisions prises en cas de méconnaissance des garanties offertes par les traités, et notamment en cas d'expropriation.

Mais aujourd'hui de nouvelles données amènent les Etats à constater que les traités de protection des investissements leur sont parfois dommageables et limitent leur liberté d'action. On assiste, d'une part, à une multiplication des traités en matière d'investissement. D'autre part, le dialogue n'est plus un dialogue Nord / Sud car certains pays du Sud ont une capacité d'investissement et des pays du Nord reçoivent des investissements. De plus, un certain nombre de crises graves amènent à s'interroger sur les garanties antérieurement attribuées. Enfin, les Etats ont aujourd'hui des préoccupations nouvelles dans des matières telles que l'environnement ou la protection des travailleurs. Cela a conduit un certain nombre d'Etats à dénoncer des traités ou à revoir leur politique d'investissement et leurs modèles de traités.

Pour comprendre l'état actuel de l'équilibre entre protection des investisseurs et pouvoir normatif des Etats, il faut d'abord connaître la jurisprudence arbitrale en la matière.

Le droit international général reconnaît aux Etats le droit d'exercer leur pouvoir normatif sur leur territoire. En matière d'investissement, le problème qui se pose est donc celui de l'indemnisation des investisseurs touchés par des mesures étatiques tenant aux

préoccupations de santé publique, de protection des travailleurs, d'environnement, de droits de l'homme, de maintien de l'ordre et de la sécurité publique... Selon le droit international, ces mesures, si elles sont prises de bonne foi, ne permettent pas d'obtenir réparation de la part de l'Etat. La question est de savoir si ce principe est applicable en matière d'investissement eût égard à la rédaction des accords de protection des investissements.

La difficulté est de distinguer entre mesures réglementaires d'intérêt général, qui ne donnent pas droit à indemnisation ; et mesures constituant une expropriation, justifiant une indemnisation.

En matière d'expropriation indirecte, deux courants jurisprudentiels se sont dessinés sur cette question : certains tribunaux arbitraux ont regardé si les mesures prises par les Etats avaient pour effet de déposséder l'investisseur, sans s'interroger sur les motifs de la mesure. A l'inverse, d'autres sentences arbitrales ont précisé que la protection des investisseurs ne pouvait pas occulter l'exercice par les Etats de leur pouvoir normatif mené de bonne foi. Ici, le tribunal arbitral ne se concentre plus sur les effets de la mesure mais regarde le contexte, les motifs, et la bonne foi de la mesure. Il existe une jurisprudence intermédiaire où le tribunal procède en deux temps : il examine d'abord la mesure en fonction de ses effets pour voir si oui ou non il y a dépossession ; puis dans un deuxième temps, il regarde l'objectif pour voir si la mesure prise était proportionnelle à l'effet recherché.

Ces aléas jurisprudentiels ont motivé les Etats à insérer des clauses nouvelles dans les traités afin d'arriver à des solutions plus stables. La première tendance des Etats consiste à préciser le contenu des normes de protection afin de renforcer la prévisibilité. L'autre tendance, plus délicate, consiste à incorporer dans les accords des dispositions touchant au pouvoir de réglementation de l'Etat, par exemple en matière de protection de l'environnement ou du travail. Ici, plusieurs options sont envisageables : se référer dans le préambule à ces protections en étant conscient que les préambules ne fixent que les objectifs des Conventions sans déterminer les clauses immédiatement applicables. Il est également possible de prévoir de manière expresse le droit pour l'Etat de réglementer l'admission de nouveaux investisseurs en n'accordant la protection qu'aux investisseurs qui auront été agréés au moment de l'investissement.

La dernière solution consiste à insérer dans les traités des clauses d'exclusion prévoyant que certaines normes de protection de l'investisseur étranger ne s'appliqueront pas lorsque la mesure réglementaire prise par l'Etat aura pour objet de préserver certains intérêts. Ces clauses au départ limitées à des domaines spécifiques se sont par la suite généralisées pour devenir des clauses d'exception générale, sous l'influence des clauses d'exception du GATT. On s'est alors interrogé sur leur portée. Pour qu'elles ne soient pas uniquement déclaratoires, il faut inclure l'idée selon laquelle l'Etat pourra agir et qu'il n'y aura pas de droit à indemnisation. Ces clauses sont intéressantes, mais aussi redondantes : elles permettent l'action de l'Etat dans des domaines variés sous réserve que ce ne soit pas arbitraire, discriminatoire... ce qui revient en fait à la clause du traitement équitable.

L'émergence de nouvelles priorités internationales a eu pour conséquence d'augmenter l'utilisation de l'argument de la défense de l'intérêt général dans les arbitrages d'investissement. Si l'on ne peut en rester aux formules adoptées il y a trente ou quarante ans,

les hésitations de la jurisprudence et les formules proposées dans les nouveaux accords bilatéraux laissent encore de trop nombreuses incertitudes.

Ce flottement s'explique par le fait que les Etats sont eux-mêmes hésitants : ils ont leurs intérêts en tant qu'Etat investisseur ou recevant des investissements, mais ils ont aussi des intérêts en tant qu'Etat souverain, à pouvoir adopter un certain nombre de normes conformes à leur désir. La conciliation des deux implique des choix qu'ils ne sont pas toujours capables de faire.

Du coup, la solution se reporte sur les arbitres, ce qui n'est pas souhaitable : il ne faut pas qu'il y ait un gouvernement des arbitres ! Une réflexion devrait sans doute être engagée, qui rapproche le droit des investissements du droit de la responsabilité. Dans le système actuel c'est un peu du tout au rien : il y a eu expropriation ou non. Ne serait-il pas plus raisonnable d'essayer de poser les intérêts en présences ? D'évaluer, de manière graduée, les erreurs ou fautes commises par les uns et les autres ?

L'ANNULATION DES SENTENCES AU CIRDI

Au sein du tribunal arbitral, l'arbitre est souverain dans son appréciation des faits soumis par les parties. Son appréhension des faits, conduisant à la sentence, ne peut pas faire l'objet d'un appel, contrairement à ce qui se passe dans les tribunaux nationaux.

On peut revenir sur trois points : le contexte juridique des procédures d'annulation dans le cadre de la Convention CIRDI, l'évolution de ce contexte au cours des vingt dernières années, et la contradiction entre les exigences de la Convention et l'exécution concrète des sentences.

- La sentence CIRDI ne peut pas faire l'objet d'un appel (article 53 de la Convention). Reste donc la possibilité d'une annulation de la sentence, dont les conditions sont soumises à l'article 52 de la Convention CIRDI. Cinq motifs différents permettent de demander l'annulation d'une sentence : vice dans la constitution du Tribunal ; excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; corruption d'un membre du Tribunal ; manquement grave à une règle fondamentale de procédure et défaut de motifs. Sauf annulation, la sentence CIRDI a donc force de chose jugée et son exécution est obligatoire pour les parties (elle ne nécessite pas d'être examinée par un juge de l'exaequatur en interne).

- Il y a eu trois étapes successives dans l'évolution des décisions d'annulation: la première était très critiquée car les motifs d'annulation étaient examinés dans un sens large et cette méthode était perçue comme une entrave au principe instauré par la Convention CIRDI, à savoir que les sentences arbitrales ont un caractère définitif. La seconde étape a donc été de recadrer ce que constituent les motifs d'annulation et plus particulièrement le défaut de motifs. De fait, il ne suffit pas que les parties considèrent les motifs du tribunal comme étant insuffisants, mais il faut qu'on ne puisse pas suivre le raisonnement du tribunal d'un point à un autre. En d'autres termes, il faudrait que le raisonnement des arbitres soit incohérent pour demander l'annulation de la sentence. En ce qui concerne l'excès de pouvoir, il a été précisé qu'il y a une différence entre la situation où les parties estiment que l'arbitre n'a pas appliqué

la loi adéquate et celle où l'arbitre a fait une application de la loi que les parties considèrent comme erronée.

- Dans les sept dernières années, les Comités rendant les décisions d'annulation se sont fondés sur des critères plus clairs et plus cohérents, ce qui renforce considérablement le caractère de prévisibilité, cher aux parties. De plus, les Comités examinant les demandes en annulation sont désignés par un panel d'arbitres du Centre ainsi que le Comité ad hoc chargé de l'application de ces annulations. Le Centre a également fourni de multiples efforts pour rendre plus cohérent la méthode de désignation des arbitres siégeant au Comité d'annulation des sentences.

Cependant, une quatrième étape dans l'évolution des critères d'annulation devra certainement être élaborée pour faire face à la croissance constante du nombre de sentences rendues par les tribunaux arbitraux CIRDI.

Session 3 :

Les procédures d'arbitrage, une synthèse à parfaire?

L'arbitrage en matière d'investissement répond-il aux espoirs placés en lui? A l'origine, face aux défauts ou insuffisance des règles de fond, on a développé une procédure d'arbitrage permettant de rassurer les investisseurs, en créant un climat d'apaisement, de confiance et de sécurité juridique. Aujourd'hui la question qui se pose est de savoir si finalement, la procédure n'a pas « mangé » le fond : l'objectif initial de ces procédures d'arbitrage est de régler des litiges de fond entre des Etats et des investisseurs. Or, un temps considérable est utilisé, par exemple pour appréhender les questions de compétence... La comparaison avec l'organe de règlement des différends à l'OMC est à ce titre éclairante : ce mécanisme, comme celui de l'arbitrage d'investissement, vise à résoudre les difficultés nées de mesures prises par les Etats qui gênent les opérateurs économiques. Or l'OMC a mis en place un système efficace dans lequel la question de la compétence est évacuée et où l'on passe directement aux questions de fond.

UNE CULTURE HYBRIDE

L'arbitrage international relatif aux investissements prend racine dans l'arbitrage commercial. Mais dans quelle mesure peut-on parler aujourd'hui d'une « culture » de l'arbitrage ?

La procédure d'arbitrage est à la fois écrite et non écrite. La tradition orale fonctionne en ce que les mêmes personnes se fréquentent à répétition pendant de longues périodes et développent ainsi une pratique collective. De ces contacts intensifs entre juristes d'origine diverses, civilistes continentaux, *barristers* de la city et avocats américains, et de la confrontation de leurs styles, de leurs habitudes et de leurs mœurs, est effectivement née une culture hybride.

Concernant d'abord la procédure en soi. En matière d'arbitrage international, celle-ci se déroule en deux temps : une phase écrite suivie d'une phase orale. Chaque système juridique y apporte ses points forts : le civiliste dans son perfectionnement, dans sa rigueur et dans l'économie des échanges de mémoires ; le *common lawyer* dans sa concrétisation de la mise à l'épreuve orale.

Concernant ensuite l'organisation des preuves : la « discovery » est peu tolérée dans la pratique arbitrale internationale. Dans les faits, il existe néanmoins une obligation pour les parties de divulguer les pièces pertinentes. Elles n'ont donc pas le droit qui existe dans la tradition civiliste de ne présenter que les documents strictement nécessaires à la démonstration de leur cause, en choisissant ceux qui leur sont favorables. Le tribunal arbitral est maître, mais les pièces demandées doivent satisfaire des critères étroits de pertinence.

Concernant les préparations des témoins : on remarque la même tendance à la synthèse pragmatique. Au Royaume-Uni, préparer un témoin constitue une faute professionnelle ; aux Etats-Unis, la non préparation du témoin serait susceptible d'engager la responsabilité de l'avocat vis à vis de son client. Le juriste continental se situe entre ces deux tendances : il ne

prépare pas le témoin, mais le confronte et le bouscule. En arbitrage international, la préparation des témoins est acceptée et légitimée par la pratique courante.

Concernant, enfin, la conduite des interrogatoires, la déclaration écrite du témoin est une invention à l'origine anglaise qui cadre le contenu essentiel du témoignage à l'avance et rend possible la détermination des questions que l'on souhaite lui poser en séance. Ces documents, acceptés par la pratique arbitrale, sont devenus le nerf de la guerre des praticiens. La « Cross examination », elle, est d'origine anglo-américaine. Son style est sévèrement encadré par les arbitres internationaux.

En droit anglais et américain, la reproduction systématique et mécanique à l'oral par les témoignages de la preuve écrite est obligatoire devant les tribunaux de *common law*, en ce que la preuve doit nécessairement être introduite « *on the record* » (transcrite dans le compte rendu de l'audience). Or, cette pratique est strictement interdite en matière d'arbitrage international. Ici, c'est donc le civiliste continental qui a eu gain de cause.

En ce qui concerne la doctrine, des notions originaires des deux traditions juridiques sont utilisées en matière d'arbitrage d'investissement. Prenons d'abord l'exemple de l'abus de droit. Cette idée d'abus en soi n'existe pas en *common law*. Mais les investisseurs ou les Etats l'invoquent régulièrement pour délimiter le domaine de la souveraineté des Etats d'une part, et celui de l'exercice des lois de protection des investisseurs d'autre part.

Le second exemple est celui du « *estoppel* » : une partie ne peut pas invoquer un principe de droit en sa faveur qui serait contredit par son propre comportement. Cette notion anglo-saxonne est régulièrement plaidée devant les tribunaux d'arbitrage d'investissement.

Pour ce qui est du corps arbitral, celui-ci est composé généralement de professionnels. On trouvera plus rarement des civils, triés sur des critères stricts et peu connus. Le fait est que le processus de recrutement se fait toujours par cooptation. Du coup, la vraie rupture ne serait pas en fait entre les juristes de *common law* et les juristes civilistes mais entre les juristes du Nord et ceux du Sud.

On peut regretter que le processus de recrutement s'opère par un réseau subtil, (un club fermé dont les membres ont tendance à coopter ceux qui leur ressemblent) favorisant ainsi le bon ordre aux dépens de l'innovation. La surcharge de travail assumée par quelques individus au détriment des parties est néfaste. La réaction de la CCI a été de modifier la déclaration d'indépendance de l'arbitre pour inclure des éléments tendant à démontrer également sa disponibilité. On peut regretter que ce même principe n'ait pas été formalisé par le secrétariat du CIRDI.

PREVENIR LES CONFLITS D'INTERET

L'idée est assez largement répandue qu'il existe des arbitres plus favorables aux investisseurs, et d'autres aux Etats. Sur ce point, comme sur la nécessité de prévenir les conflits d'intérêt au moment du choix de l'arbitre, il faut pourtant essayer de démêler les faits de la représentation parfois exagérée qu'on en a.

Le problème des « *issue conflicts* » a été abordé pour la première fois dans l'affaire Telekom Malaysia Berhad contre Gouvernement du Ghana (arbitre et conseil en même temps) et dans

l'affaire Vivendi contre Argentine (utilisation d'une décision par un cabinet d'avocats dans une autre affaire de même nature). La question de fond qui se pose est de savoir si l'on peut être tour à tour avocat et arbitre dans une affaire très semblable : mais peut-on mettre en doute qu'une même personne puisse « habiter » ces fonctions bien distinctes de manière différente ? En effet, l'avocat est chargé de défendre son client, tandis que l'arbitre rend une décision....

La définition de l'*issue conflict* va au-delà des deux affaires précédemment mentionnées. La difficulté est qu'on y place l'importance dans l'apparence. Si un arbitre « apparaît » incapable de décider d'une manière impartiale, alors, il peut y avoir un *issue conflict*, et il est possible de récuser cet arbitre. On voit combien la mise en cause de l'impartialité d'un arbitre n'est souvent elle-même pas complètement neutre, mais peut avoir pour but d'écartier un arbitre jugé indésirable.

Ainsi, on opère parfois une distinction insuffisante entre ce qui pourrait relever du « vrai » conflit d'intérêt, et du dogmatisme de l'apparence. Quatre critiques peuvent être faites de ce dogmatisme de l'apparence :

- On a donné une place considérable à cette question en matière d'arbitrage international, avec trop peu de support « sociologique » : très peu d'affaires ont soulevé cette question de l'*issue conflict*.

- On souhaite un arbitrage d'investissement plus transparent pour lutter contre les conflits d'intérêts, mais cela peut avoir un effet pervers au regard de la confidentialité des affaires.

- Derrière les différentes hypothèses d'*issue conflict*, se profile une présomption de mauvaise foi. Or, il n'est pas courant de voir une personne agir en tant qu'arbitre et rédiger une décision qu'elle réutilisera ensuite en tant que conseil dans une autre affaire. De telles pratiques sont de fait limitées par l'éthique du milieu arbitral.

- De la coïncidence d'une même personne arbitre puis avocat sur la même question dans deux affaires, on a progressivement étendu la préoccupation du conflit d'intérêt à une variété d'autres situations, et notamment à la situation « arbitre / arbitre » et « arbitre / professeur »... Il faut pourtant se garder de positions trop radicales : faudrait-il récuser les arbitres chaque fois qu'ils ont déjà statué sur une affaire de même nature, ou les arbitres qui, dans leurs fonctions universitaires par exemple, ont publié des articles qui pourraient aider la partie opposée ? A trop pousser le raisonnement, on risque de fragiliser le système.

Une décision récente semble revenir à un certain pragmatisme. C'est l'affaire CIRDI Urbaser S.A c/ Argentine où un professeur arbitre critiquait dans son livre deux décisions qui étaient justement la base d'argumentation de l'investisseur dans cette affaire. L'investisseur a demandé la récusation, qui fut rejetée.

On ne peut néanmoins se contenter de balayer d'un revers de la main ces préoccupations. Il y a des situations où le problème de *issue conflict* se pose clairement. Tel est le cas par exemple d'un conseil qui plaide l'effet suspensif (sans contre-partie) du recours en annulation devant un comité ad-hoc CIRDI pour le compte d'un Etat X alors qu'il agit comme membre d'un autre comité ad-hoc CIRDI invité à trancher la même question impliquant un autre Etat ayant le même bilan d'exécution que l'Etat X.

UN SYSTEME ASYMETRIQUE ?

A travers la doctrine Calvo et les sentences relatives aux nationalisations et expropriations pétrolières des années 1950-1960, s'est posée la question du monopole de l'arbitrage, qui serait plus favorable aux pays exportateurs de capitaux, aux investisseurs. Cette jurisprudence est à la base d'un débat doctrinal sur l'internationalisation des contrats d'Etat : le droit international peut-il gouverner les rapports entre les parties privées et les Etats ? De nombreux auteurs ont été très créatifs en ayant recours à la théorie du quasi contrat, à la théorie du contrat sans loi ou à celle de l'internationalisation des contrats, mais le débat n'a jamais été tranché. Ainsi, le rôle du droit international public est resté en suspens, jusqu'à l'arrivée des traités bilatéraux d'investissement.

D'autres facteurs ont alimenté le débat relatif au monopole de l'arbitrage par les pays développés. Ainsi, les années 1970-1980 sont marquées par un monopole des institutions (très peu d'institutions arbitrales), des arbitres (très peu d'arbitres issus des pays en voie de développement), des conseils (très peu de cabinets d'avocats spécialisés en arbitrage), et des moyens au Nord, face à une sous représentation des pays en développement. Du coup, l'idée selon laquelle l'arbitrage est réservé à un groupe d'élite s'est progressivement ancrée dans les esprits. Aujourd'hui, on constate néanmoins une démocratisation de la pratique de l'arbitrage international des investissements.

Progressivement, les Etats ont signé des traités bilatéraux d'investissements (TBI) dans lesquels ils renoncent à une part de leur souveraineté pour attirer les investissements et s'engagent à protéger les agents opérant dans les pays en développement. De l'autre côté, les pays exportateurs de capitaux ont signé ces traités pour fournir un minimum de protection à leurs ressortissants ou entreprises multinationales qui allaient investir dans les pays émergents. Pourtant, les débuts du CIRDI n'ont pas été véritablement satisfaisants et ont vu naître des interprétations trop larges ou libérales qui ont engendré des craintes chez les pays importateurs de capitaux en ce qui concerne la légitimité du système (cf. notion d'investissement, double nationalité, expropriation, traitement juste et équitable). Ainsi, le Brésil n'a jamais ratifié de TBI et la Turquie a cherché à se retirer du système CIRDI.

Aujourd'hui, la question est de savoir s'il existe toujours un déséquilibre.

Statistiquement, les TBI sont signés à 54% entre des pays du Nord ou exportateurs de capitaux et des pays du Sud ou importateurs de capitaux ; à environ 37 % entre des pays du Sud et à 9% entre des pays du Nord. Ainsi, la probabilité qu'il y ait d'avantage d'Etats en voie de développement défendeurs dans ces litiges est plus grande.

Une grande majorité des TBI est calquée sur les modèles américain, canadien ou des pays de l'Union européenne, ce qui est susceptible de renforcer l'idée d'un consensus du Nord. Mais plus récemment, la rédaction de ces traités a évolué car certaines préoccupations des Etats n'étaient pas prises en compte : récemment, les Etats-Unis et le Canada se sont retrouvés défendeurs dans ces contentieux, et ont voulu resserrer les protections octroyées. Ils ont ainsi ajouté des dispositions relatives à la protection de l'environnement ou à la santé. De même, l'Inde et Singapour ont inséré des dispositions sur le développement durable... Aujourd'hui, le droit international peut donc être favorable aux pays en voie de développement et de nombreuses conventions internationales pour la protection de l'environnement ou celle de la protection du patrimoine culturel sont de plus en plus prises en compte par les arbitres dans la

résolution des litiges. Ainsi, la méfiance des années 1950 / 1960 contre le droit international dans les arbitrages d'investissement s'est renversée, et les Etats y voient en fait une opportunité pour préserver leur souveraineté et protéger des domaines sensibles.

Aujourd'hui, on constate une harmonisation de la jurisprudence, et un certain consensus apparaît notamment sur les notions d'investissement, de traitement équitable... Cela améliore la confiance des Etats et des parties non occidentales. Les mesures en faveur de la transparence et la publicité des sentences renforcent également la confiance dans le mécanisme d'arbitrage. Mais des allégations de corruption continuent néanmoins de peser sur le système.

Enfin, il faut noter que les investisseurs ne gagnent pas toujours, et qu'ils gagnent peu : au CIRDI, l'investisseur gagne à 45%, et si 340 millions de dollars en moyenne sont réclamés sur la question des préjudices, seulement 10 millions de dollars sont octroyés.

Aujourd'hui, enfin, le rééquilibrage se fait également au niveau des acteurs: les demandeurs ne sont plus seulement des entreprises de pays développés. De plus, bien que des progrès conséquents restent à faire, la CCI a beaucoup misé sur l'augmentation des arbitres issus des pays en développement. Pourtant, se pose encore le problème de compétence des arbitres du Nord par rapport à ceux du Sud. Concernant le rôle des institutions dans la nomination des arbitres, la méfiance à leur égard n'est plus vraiment justifiée, et créer des centres régionaux n'est pas forcément une solution. Il faut avoir le courage de diversifier le choix des arbitres et des conseils tout en assurant un meilleur transfert de compétences et de connaissances. Les conseils doivent pour cela impliquer les avocats issus de pays moins favorisés. Il faut également que les institutions internationales comme la CCI ou le CIRDI publient dans les langues de ces pays là pour améliorer leur accès aux sentences et à la doctrine.

POSITIONS FRANCAISES SUR LES QUESTIONS DE TRANSPARENCE

- Quelles sont les positions françaises vis-à-vis de la transparence ?
- Comment la question est elle abordée au sein de la CNUDCI ?
- Dans quels sens les débats s'orientent-ils ?

La position de la France, qu'elle fait valoir au sein de la CNUDCI, est d'aller vers plus de transparence. Elle considère que les axes de travail à développer sont en particulier :

- informer le public de la naissance d'un litige porté devant un tribunal arbitral, publier les documents relatifs aux litiges mais toujours dans la limite du secret des affaires et sans alourdir la procédure.
- éviter une trop grande juridicisation de la procédure ;
- permettre l'intervention des *amicus curiae* ; des droits plus étendus seraient alors accordés à ces parties tiers, notamment dans l'accès au dossier. Il faut définir un cadre pour accueillir dans l'arbitrage ce concept, nouveau dans la conception civiliste. Il faut que l'accent soit mis sur l'exigence d'intérêts publics par les « amis de la cour ». Lorsque cela sera une ONG, la France souhaite que celle-ci offre un certain nombre de garanties, notamment en termes de représentativité, d'expertise et d'indépendance.

- ouvrir les audiences au public sur décision du tribunal

Au regard de ces axes, la France retient une position médiane tant sur le fond que sur la forme. Elle prône la formule d'une annexe au règlement d'arbitrage dont la diffusion large serait favorisée par la notoriété du règlement de la CNUDCI.

Au delà de toutes les propositions faites, la vraie solution serait une convention internationale sur la transparence.