

L'inclusion de l'arbitrage d'investissement
dans les traités de libre échange :
Bilan et perspectives

Matinée d'étude
Centre de conférences ministériel
Ministère des Affaires étrangères et du développement international
5 mai 2015

Compte rendu

Ouverture

Les questions d'investissements intéressent naturellement le ministère des Affaires étrangères : l'investissement représente pour la France un enjeu d'attractivité et de compétitivité qu'il s'agit de préserver et de développer, et à ce titre, il fait partie intégrante de la diplomatie économique.

Comme pour un grand nombre de pays, la conclusion d'accords bilatéraux de protection et d'encouragement des investissements constitue pour la France un instrument privilégié pour sécuriser ses investissements à l'étranger. La quasi totalité de ces accords comporte une clause compromissoire qui accorde des garanties aux investisseurs et leur assure une sécurité économique et juridique.

L'arbitrage d'investissement est donc une question d'intérêt suivi pour le ministère et ses partenaires. C'est ainsi que dans le cadre du programme Conventions sur le droit et la régulation des affaires économiques internationales, le ministère a déjà eu l'occasion d'accueillir deux journées d'études sur l'évolution de l'arbitrage d'investissement et sa possible réforme, en s'efforçant de réunir autour de la table les différentes parties prenantes de ce système – représentants des pouvoirs publics, conseils et arbitres, entreprises, experts, et universitaires.

La question de la réforme de l'arbitrage d'investissement prend aujourd'hui une importance particulière, alors que l'Union européenne est engagée dans d'importantes négociations sur des traités de libre échange avec le Canada d'une part, et les États-Unis de l'autre. Depuis le traité de Lisbonne, la compétence en matière de protection des investissements a été transférée à la Commission, au titre de la politique commerciale, et l'application la plus visible de cette nouvelle compétence est la conclusion récente de la négociation du CETA.

Dans le même temps, et en raison de l'importance de ces nouveaux accords méga-régionaux, le débat d'experts est devenu un débat public, notamment dans le contexte des négociations sur le TTIP entre l'Union européenne et les États-Unis. Certaines affaires récentes ont en effet suscité la crainte d'un contournement des institutions et des choix démocratiques des États par les investisseurs. Dans ce contexte, il semble donc opportun de réinterroger le fonctionnement de l'arbitrage d'investissement pour se demander s'il est toujours pertinent et s'il est adapté aux accords transatlantiques?

En réponse à la vivacité du débat public autour de ces questions, la Commission européenne a lancé au printemps dernier une consultation publique, dont les premiers résultats sont à présent connus. Comme l'explique le ministre chargé du commerce extérieur, quatre pistes de réflexion et de réforme demandent un examen particulier : la protection du droit à réguler des États ; l'établissement et le fonctionnement des juridictions arbitrales ; les relations entre les juridictions nationales et l'arbitrage ; et les possibilités de révision ou d'appel des sentences arbitrales.

En complément de ces quatre thèmes, d'autres pistes de réflexion se dégagent : faut-il renforcer la médiation, ou encourager l'arbitrage entre États ? Faut-il donner la possibilité aux États de se retourner contre des investisseurs en cas de recours abusif ? Faut-il créer une cour permanente d'arbitrage qui serait le pendant de l'ORD à l'OMC ? Faut-il conserver une approche bilatérale ou plutôt multilatéraliser l'arbitrage ?

Première table ronde :

L'arbitrage d'investissement est-il adapté aux accords de libre échange ?

Rappelons d'abord que l'arbitrage d'investissement est relativement jeune puisqu'il s'est développé depuis seulement une quinzaine d'années. Le droit de l'arbitrage d'investissement, et les débats sur celui-ci, se sont construits au fur et à mesure de la constitution d'un corpus de sentences arbitrales : les discussions ont porté d'abord sur la compétence, puis sur la procédure, et aujourd'hui sur l'annulation...

À l'origine, le CIRDI a été pensé comme un instrument pour rassurer les investisseurs et leur assurer un traitement neutre, efficace et rapide. L'optique était donc la protection des investissements des pays riches dans des États en voie de développement. Or aujourd'hui, nous arrivons à une sorte de fin de cycle, où les flux d'investissements se sont beaucoup diversifiés, et où la question de la nature et de la finalité du système se pose.

Le moment est donc venu de faire un bilan de l'arbitrage d'investissement avant d'attaquer un nouvel âge et de poser notamment la question de son utilisation dans le cadre des relations entre pays développés : cela peut-il fonctionner ? Faut-il l'adapter ou l'écarter ? La question n'est pas totalement nouvelle puisqu'elle s'est déjà posée aux États-Unis au début des années 2000 avec l'affaire Methanex Corp. c. United States of America. Plus récemment, ce sont les affaires Philip Morris c. l'Australie ou Vattenfall c. l'Allemagne qui ont engendré des réactions passionnées, presque passionnelles, et fait de l'inclusion de l'arbitrage d'investissement dans les accords de libre-échange un débat de société.

Aujourd'hui, les critiques faites à l'arbitrage d'investissement pourraient être résumées en quatre points : utilité, légitimité, opacité et imprévisibilité. En d'autres termes, est-il utile entre pays développés ? Est-il légitime de pouvoir échapper aux juges locaux et nationaux ? Comment rendre cette justice plus transparente et plus accessible ? Peut-on tolérer des effets secondaires du système tels que le manque de cohérence, ou encore le « chilling effect », par lequel des États pourraient être dissuadés de réguler dans la crainte d'un contentieux ?

Un système expansionniste

On peut considérer que le système de règlement des différends imaginé dans le cadre de l'ALENA puis dans celui du CETA équivaut à une sorte de constitution économique internationale, dans la mesure où ces traités

disposent tous deux d'une légitimité juridique, qu'ils renferment des normes performantes, qu'ils disposent d'institutions stables et qu'ils sont très difficiles à changer.

Concernant l'ALENA, il faut rappeler que les ambitions relatives à l'ISDS étaient très différentes entre les trois pays parties : si le Mexique préférait intégrer ce système pour attirer les investissements directs étrangers (IDE), le Canada, lui, souhaitait déplacer le contentieux des investissements et le soustraire à son système judiciaire trop rigide. Chaque État en a ainsi tiré des conséquences différentes : le Mexique a reçu de nombreux IDE mais a également créé des discriminations sectorielles non négligeables entre ses diverses régions. Le Canada a fait l'objet d'un grand nombre de poursuites mais a conservé une position ambiguë sur le système, du fait de ses importants investissements dans le secteur minier en Amérique du Sud. Les États-Unis, quant à eux, n'ont jamais perdu un seul cas.

Concernant le CETA, on remarque que le chapitre relatif aux investissements est plus large que celui de l'ALENA puisqu'il recouvre notamment les pré-investissements. Ainsi, il est possible de faire jouer l'ISDS à partir du moment où l'investisseur a la volonté d'investir, sans attendre un véritable établissement de sa part dans le pays hôte. Cependant, le CETA est aussi plus restreint que l'ALENA puisqu'il comporte une limitation matérielle avec l'impossibilité de remettre en cause des législations d'ordre social. Notons encore que sur certains points le texte en reste à de simples déclarations d'intention, en mentionnant par exemple une Cour d'appel alors même qu'aucune institutionnalisation n'a été prévue à ce stade.

En ce qui concerne le TTIP, on peut s'interroger sur la nécessité d'insérer une clause ISDS dans ce traité dans la mesure où grâce au chapitre sur les investissements inclus dans le CETA, des investisseurs américains peuvent utiliser cet accord et attaquer une réglementation européenne en créant une filiale au Canada.

Le nouveau système de règlement des différends en matière d'investissement, tel que présenté dans le CETA ou dans le TTIP, est décrit comme un mécanisme assurant plus de certitudes et plus de légalité. Cependant, cette vision peut-être largement nuancée si l'on prend en considération le fait que les sentences sont parfois contradictoires, mais aussi que le contexte actuel est instable, puisque plusieurs pays dénoncent actuellement leurs traités d'investissement ou choisissent de ne pas les renouveler.

Des craintes exagérées?

L'arbitrage État-investisseur peut également être défendu, en commençant par clarifier certaines confusions ou idées reçues. Ce qui n'empêche pas de constater par ailleurs que ce système est perfectible, et d'analyser les pistes de réformes.

D'abord, il faut reconnaître que le système fonctionne bien pour les investisseurs mais aussi pour les États. Plusieurs sentences illustrent cela : dans les cas *Desert Line Projects LLC c. Yemen*, ou *Rumeli Telekom c. Kazakstan* par exemple, on voit qu'aucune alternative n'est possible à part le recours à l'arbitrage. Qu'il s'agisse du Yemen ou du Kazakhstan, il était de toute évidence impossible pour l'investisseur spolié de recourir aux institutions judiciaires du pays qui l'avait spolié, justement, ou qui sont totalement corrompues.

Bien sûr, la question se pose pour les pays développés dotés d'un système judiciaire efficace et indépendant. Devrions-nous alors limiter l'arbitrage aux cas où les systèmes judiciaires sont déficients ? Encore faut-il s'entendre sur les termes. L'Europe n'est pas composée simplement de la France et de l'Allemagne, et lorsqu'on reprend la liste des affaires présentées devant le CIRDI aujourd'hui, force est de constater que de nombreux arbitrages sont intentés contre des pays de l'Union européenne qui sont encore très bas dans les classements des institutions internationales en matière de lutte contre corruption, par exemple.

On peut choisir de recourir à l'arbitrage même entre pays développés également sur des arguments plus positifs, fondés sur ses avantages : un règlement neutre des litiges ; et un règlement efficace puisqu'il s'agit de cas complexes, techniques, qui nécessitent une bonne connaissance du droit international public et qui ne peuvent se régler convenablement par une plaidoirie d'une heure devant une juridiction de droit commun surchargée de dossiers. En accordant un temps d'investigation et la possibilité d'entendre des témoins, notamment, l'arbitrage permet d'aller au fond des choses et peut, dès lors, constituer le meilleur moyen pour trancher les différends.

Du point de vue des États, le système fonctionne bien également. En matière de compétence, on remarque que dans les cas où des arbitrages ont été intentés de façon abusive, l'État a toujours gagné en fin de compte (*affaire Phoenix Action c. République tchèque* ; affaires turques...). Et sur le fond, c'est la même chose. Les changements législatifs et de politiques d'investissement ne sont pas systématiquement condamnés. Les affaires albanaises l'illustrent très bien : l'Albanie a légiféré ces dernières années dans de nombreux secteurs d'ordre public (les jeux de hasard, les casinos, la fermeture de sites industriels dans les zones côtières...), mais elle l'a fait dans les règles de l'art et sous l'égide de la Banque mondiale. Ici, l'État n'a pas été condamné dans la mesure où les changements n'ont pas été abrupts ni arbitraires, mais bien préparés et communiqués.

En appui aux arguments contre l'arbitrage d'investissement, sont souvent pris les exemples de la Bolivie ou du Venezuela, qui dénoncent actuellement les traités bilatéraux d'investissement. Or, il faut au contraire souligner qu'il s'agit là de comportements condamnables, que ces pays se placent régulièrement en marge du droit international, et qu'ils essaient de spolier les investisseurs en évitant d'être sanctionnés.

Le système de l'arbitrage d'investissement est également souvent critiqué pour son manque d'harmonisation. Là encore, certaines clarifications s'imposent car cet apparent manque de cohérence est lié au fait qu'il existe des milliers de traités d'investissement. Les cas soumis aux tribunaux arbitraux sont en réalité très différents les uns des autres et imposent des décisions sur mesure.

Est également critiqué l'aspect onéreux de l'arbitrage d'investissement. Mais l'idée selon laquelle un investisseur peut gagner beaucoup d'argent avec très peu de moyens est fautive. L'arbitrage implique nécessairement un important investissement numéraire et engendre rarement un enrichissement pour l'investisseur. De fait, les montants des sanctions arbitrales sont faibles en comparaison de ce que l'investisseur spolié a perdu et a dû engager pour voir reconnaître ses droits. En réalité, la plupart des sentences arbitrales ne font que restituer le montant de l'investissement.

Derniers développements

Il n'est pas évident pour tous que le CETA représente une évolution positive du système. On peut en effet émettre des critiques concernant certaines de ses innovations normatives. D'abord autour de la nouvelle définition de la notion d'expropriation tacite. Au regard de la jurisprudence, aucune sentence arbitrale n'a appliqué cette notion de façon excessive et il aurait été préférable de conserver à cette notion sa souplesse. Également, les critères introduits dans le CETA pour caractériser l'expropriation induisent plus d'incertitude que de clarification en pratique. Le texte ne précise pas en effet si ces critères sont facultatifs ou obligatoires, s'il est possible d'en ajouter ou bien si la liste est limitative. Ainsi, le risque de sentences contradictoires est en réalité accru avec cette nouvelle liste.

L'autre difficulté est que le CETA a introduit un élément intentionnel pour qualifier l'expropriation tacite. Il faudra désormais prouver que l'État a *voulu* exproprier indirectement l'investisseur. Mais en pratique, c'est quasiment impossible de démontrer l'intention quand les manœuvres visant l'investisseur sont subtiles et variées (retards administratifs, pression fiscale, etc), et cela revient à vider la notion même d'expropriation tacite. Enfin, le CETA ajoute également que pour être sanctionné, le comportement de l'État doit être « manifestement arbitraire ». Ici encore, la formulation est malheureuse car le standard était déjà élevé. Avec cette nouvelle formule, des États au comportement arbitraire risquent d'échapper à des condamnations en arguant le fait que leur décision n'était pas « manifestement » arbitraire.

Eut égard à ces considérations, quelles sont les pistes de réformes à explorer ? Il est préférable de partir des mécanismes actuels et de proposer des réformes internes. Par exemple, la notion d'investissement est parfois floue et des mécanismes existent pour corriger cela. Certains pays asiatiques ont par exemple prévu que pour pouvoir bénéficier de la protection du traité, un investissement devait avoir été préalablement agréé par l'État hôte. Également, certains traités devraient sans doute

être renégociés afin de mieux encadrer les recours et de limiter la protection aux investisseurs qui ont une véritable activité économique sur le territoire de l'État. Certains États ont ainsi inclus dans leur traité des clauses de *benefit denial* afin d'exclure les sociétés fictives et de lutter contre le *treaty shopping*.

Des accords de nouvelle génération

S'il est bien sûr possible de formuler des critiques à l'égard du CETA, on peut également faire de ce traité une lecture plus favorable, et montrer en quoi il permet une régulation plus équilibrée des rapports entre État hôte et investisseurs étrangers. Le CETA appartient en effet à une toute nouvelle génération d'instruments de promotion et de protection de l'investissement, qui se distinguent des accords précédemment conclus par les États membres de l'UE.

À l'origine, les accords de promotion et de protection de l'investissement étaient très concis et surtout extrêmement déséquilibrés, en faveur des investisseurs étrangers au détriment des États hôtes. Plusieurs phases de réformation du droit des investissements ont ensuite visé à corriger ce déséquilibre et à réhabiliter le droit de l'État de réglementer, jusqu'à cette toute dernière génération d'accords dont le CETA peut être considéré comme l'archétype.

Le traité propose ainsi une redéfinition des standards de traitement et de protection en fonction des leçons du passé et de la jurisprudence. Sur le plan procédural, il introduit des mécanismes de rationalisation des procédures arbitrales et des recours, notamment pour éviter les procès parallèles ou les plaintes abusives. De manière plus générale, on peut dire que le droit des investissements est appréhendé dans une vision plus globale de la politique commerciale des États : il en devient un chapitre parmi d'autres.

Les critiques adressées aujourd'hui aux instruments de protection de l'investissement s'appuient souvent sur des exemples de sentences adoptées sur la base d'accords anciens et rudimentaires. En contrepoint, on peut considérer que les nouvelles dispositions incluses dans le CETA, mais aussi sans doute dans le futur TTIP, ont pris en considération les anciennes dérives et comportent de réelles avancées.

Nouveaux standards de traitement et de protection

Sur le plan substantiel d'abord, le CETA vise à réhabiliter le droit pour l'État de réglementer : par la limitation du champ d'application de l'accord d'abord, et par le resserrement des standards de traitement et de protection ensuite.

Le CETA prévoit ainsi l'exclusion des mesures fiscales et prudentielles, et met en place un régime spécifique pour les droits de propriété intellectuelle.

Pour ce qui est de la redéfinition des standards de traitement et de protection, deux exemples sont particulièrement significatifs.

D'abord, on assiste à une interprétation plus stricte de la notion de traitement juste et équitable. Le CETA prévoit en effet une liste des comportements susceptibles de constituer un traitement injuste et inéquitable et consacre ainsi les apports des diverses jurisprudences en la matière. Si le CETA n'exclut pas la possibilité d'invoquer la frustration des « attentes légitimes » d'affaires, il pose des critères d'identification relativement stricts de cette clause, et encadre étroitement son opposabilité.

De même, la notion d'expropriation indirecte – également litigieuse car elle n'exclut pas totalement la possibilité de qualifier d'expropriation une mesure de réglementation légitime - a été adaptée en prenant en compte les réactions à la jurisprudence des années 2004 et suivantes. Désormais, le faisceau d'indices pour qualifier cette notion est inscrit dans l'accord et le test de proportionnalité est inclus de façon implicite.

Les limitations substantielles pourraient aller plus loin – en faisant par exemple l'impasse sur certaines clauses comme le traitement juste et équitable ou la clause de la nation la plus favorisée et éventuellement en insérant des obligations des investisseurs eux-mêmes – mais il faut reconnaître que le CETA marque un véritable effort en terme de prévisibilité en guidant davantage le travail interprétatif des arbitres. Sur ce dernier point, d'ailleurs, le traité prévoit la possibilité pour le « Comité des échanges commerciaux » d'adopter une interprétation qui lie les tribunaux arbitraux. Cette clause viserait à limiter les dérives interprétatives et les risques que les États s'engagent sur le recours à un instrument dont ils ne maîtrisent pas toutes les implications.

Évolutions de la procédure

Sur le plan procédural, plusieurs améliorations illustrent l'étendue de l'offre d'arbitrage offerte par le traité ainsi qu'une certaine rationalisation des recours. On observe ainsi une consolidation des alternatives à l'arbitrage ; une protection accrue du consentement de l'État à recourir à l'arbitrage ; une meilleure articulation des recours parallèles ou concurrents à l'arbitrage ainsi que des garanties quant à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres.

Concernant les voies alternatives à l'arbitrage, le CETA organise une phase de consultation qui n'est pas sans rappeler la procédure mise en place dans le cadre de l'ORD à l'OMC. Le but ici est de parvenir à une solution mutuellement acceptable et d'éviter un recours à l'arbitrage qui aboutirait à une rupture définitive des relations entre l'État et l'investisseur.

Concrètement, les procédures ont été enserrées dans des délais stricts. Par ailleurs, la phase de consultation est désormais obligatoire bien que les parties n'aient aucune obligation de la faire aboutir, et les demandes

formulées durant cette phase devront être les mêmes au moment de la phase contentieuse.

Concernant la phase contentieuse justement, le CETA a entendu protéger le consentement de l'État en rendant non applicable la clause de la nation la plus favorisée ; en restreignant la compétence des tribunaux arbitraux et en excluant toute procédure arbitrale en cas de fraude, dol, abus de droit ou corruption de la part de l'investisseur.

En outre, pour éviter la multiplication des procédures et donner de la cohérence entre les recours parallèles, il exige un désistement lorsque l'investisseur a déposé ou pourrait déposer une plainte devant une autre instance nationale ou internationale pour la même affaire. Enfin, en cas de connexité et de chevauchements d'instances engagées en vertu de divers accords internationaux, le tribunal arbitral devra surseoir à statuer ou prendre dûment en compte l'instance parallèle, en vue notamment d'éviter les doubles indemnisations.

Enfin, des garanties liées à l'indépendance et l'impartialité des arbitres ont été introduites, notamment concernant la nomination des arbitres ainsi que leur récusation.

Il est évident que d'autres générations d'accord succéderont au CETA et au TTIP si celui-ci voit le jour. Sans doute faut-il laisser le temps à ces nouvelles dispositions de révéler toutes leurs virtualités. En tout état de cause, il apparaît difficile d'un point de vue juridique de se passer d'un mode de règlement des différends propres aux investissements, même si politiquement les négociations semblent plus délicates.

Débat

Faut-il protéger les investisseurs ?

En repartant de l'histoire et de la généalogie de l'arbitrage, et à la lumière de l'intensité des réactions de la société civile à son inclusion dans des nouveaux accords méga-régionaux tels que CETA ou le TTIP, on peut s'interroger sur le fondement et la philosophie même de ce système. En effet, le cadre originaire de l'aide au développement dans lequel s'inscrivait le recours à l'arbitrage d'investissement est aujourd'hui dépassé et l'on peut se poser à nouveau la question du pourquoi. Pourquoi, en regard du droit de l'État à régler, faudrait-il protéger les investisseurs ?

Le système de l'arbitrage a été mis en place au départ entre firmes transnationales pour protéger les secrets des acteurs industriels et économiques, puis le système a été étendu par la Banque Mondiale notamment, après la Seconde guerre mondiale, aux litiges entre investisseurs et États, et ce en vue de palier certaines procédures arbitraires qui perduraient. L'intention était également de favoriser les investissements étrangers dans les pays du Tiers monde.

Le problème désormais est que si tout État possède de tels accords avec tout le monde, l'avantage comparatif est perdu. Par ailleurs, avec le recul, on peut se demander si ces accords ont véritablement atteint leur but et favorisé les investissements ? Il faut analyser les données en la matière et réfléchir, par exemple, si le mécanisme de règlement des différends n'empêche pas en fait les pays en voie de développement d'améliorer et de réformer leur système judiciaire de droit commun.

Il est délicat néanmoins de déterminer à partir de quand un pays possède un système judiciaire fiable. Et on voit difficilement comment un État pourrait accepter de se laisser enfermer dans une telle catégorie de pays suspects et signer des traités bilatéraux d'investissement pour cette raison... L'un des arguments en faveur de l'inclusion du mécanisme dans les traités actuels est l'installation d'un standard qui s'appliquera naturellement aux pays émergents avec qui d'autres accords suivront.

La protection des investissements, dans le cadre des traités bilatéraux, visait à donner aux investisseurs un moyen neutre et efficace de régler un litige. Il ne s'agit pas de les protéger au détriment de l'État mais d'obliger l'État à respecter lui même une norme de droit international. Le droit de l'État de légiférer n'est pas ici amputé mais il doit se faire dans un cadre donné.

Les dérives du système

À la lumière des questions que la société civile pose actuellement sur le système de règlement des différends des investissements, la notion centrale semble être celle de l'abus. Est-on à un point de développement du système qui aboutit à des abus ? Ou doit-on considérer que le système tel qu'il a été construit dès l'origine laisse possible des abus ?

La question de l'économie générale du mécanisme est à cet égard centrale. La protection constitue un moyen en vue d'une fin, qui était le développement des États d'accueil. Il n'est en principe pas possible de prendre le moyen sans poursuivre la fin. Or, actuellement, avec ces nouveaux accords d'investissement, il semble qu'on utilise les droits de recours sans poursuivre l'objectif de développement. L'exploitation du système a contribué à son détournement et la difficulté paraît désormais systémique.

Sur ce point, le CETA est intéressant car il définit pour la première fois, et de façon claire, la notion d'investissement, en posant des critères précis. On aurait pu imaginer que la contribution à l'État d'accueil comme but de l'investissement constitue l'un de ces critères.

Le système actuel accorde également de larges pouvoirs aux arbitres, que ces derniers revendiquent. Par exemple, il est certain qu'aucun État, à l'origine, n'avait anticipé le développement et l'interprétation qui seraient faits de la clause du « traitement juste et équitable » de l'investisseur. Ce sont les arbitres qui ont construit le contenu de cette clause, et cette notion floue leur donne un pouvoir considérable. Ce pouvoir peut être positif, à condition que le tribunal soit composé des bonnes personnes :

chaque affaire est différente, les faits sont centraux et il faut adopter un cadre large pour pouvoir trancher en équité.

Les nouveaux traités tendent au contraire à rationaliser ces pouvoirs et les standards jusque là laissés à l'interprétation des tribunaux. En témoigne la clause relative aux attentes légitimes d'affaires qui sont considérées non plus comme des intérêts juridiquement protégés mais comme des éléments à prendre éventuellement en compte pour le règlement du litige et l'application du droit.

Il serait utile de réfléchir à cette rationalisation des techniques jusque là mises en œuvre qui, en elles-mêmes, peuvent comporter des possibilités de détournements.

Un autre problème actuel est le *forum shopping* qui contribue à l'instabilité du système et à son détournement, par exemple lorsqu'une entreprise utilise une filiale dans l'unique but de remettre en cause des législations d'État. Des affaires de ce type existent notamment en matière environnementale.

Cependant, la pratique semble démontrer que les abus n'ont pas été nombreux et que les investisseurs qui ont tenté de détourner la procédure et le système ont été déboutés. Il peut être utile de laisser les concepts ouverts et adaptables aux faits car les cas d'expropriation sont de plus en plus complexes et « indirects ». Ils résident dans des faisceaux d'indices et d'accumulation de manœuvres apparemment neutres de certains États (multiplication des procédures pénales, pression fiscale, non renouvellement de licence, changement abrupt de législation...).

Stabiliser un corpus de règles

Sans doute une autre difficulté de l'arbitrage d'investissement réside-t-elle dans le caractère flou et opaque du droit des investissements sur le plan procédural et sur celui du droit applicable. Ne faudrait-il pas développer un corpus de règles fondamentales en la matière ?

Sur ce point, il faut nuancer et rappeler que le CIRDI a été créé spécifiquement pour connaître de ces différends qui restent particuliers puisqu'ils opposent deux entités différentes et asymétriques, un investisseur et un État. Si traditionnellement, l'arbitrage d'investissement est un droit hybride avec un mélange d'arbitrage commercial, de contentieux de droit international et autre, il comporte une forte spécificité qui réside dans son adaptabilité aux faits de l'espèce, mais également dans sa capacité de mutation et sa souplesse. Ce caractère évolutif est bien illustré par le passage récent de la confidentialité des audiences à un principe de publicité et de transparence.

Il ressort des débats actuels que c'est moins la question de la procédure de l'arbitrage d'investissement ou de la compétence des arbitres qui pose problème, que celle du contenu et du fond des traités, qui ne prennent pas suffisamment en compte l'intérêt général et n'offrent pas

suffisamment de garanties aux parties prenantes. Cette question de la symétrie entre les garanties, obligations et droits des investisseurs, face à ceux des États, est devenue un débat de société sur la légitimité du système, qu'il y a lieu de prendre au sérieux. Répondre en termes de technique et de procédure ne résoudrait pas les débats publics soulevés dans le cadre des négociations commerciales actuellement en cours.

Spécificités transatlantiques

Finalement, la société civile pose la question fondamentale de savoir si le système tel qu'il est existe à l'heure actuelle – même s'il est efficace et produit une justice de qualité – est adapté dans les relations transatlantiques. Comment faire évoluer le modèle dans ce nouveau contexte ?

Les spécialistes de l'arbitrage répondent positivement à cette interrogation. Ils constatent qu'il existe encore du point de vue américain ou canadien un certain nombre de pays au sein de l'Union européenne dont le système politique et judiciaire reste peu fiable, et que du point de vue des investisseurs européens, la justice américaine peut être très contraignante tant en termes de poursuites que de sanctions. Ainsi, le système de l'arbitrage est peut-être le plus efficace. Par ailleurs, du fait de la non-unification du système judiciaire européen, mais aussi du fédéralisme américain, les investisseurs préfèrent avoir recours à l'arbitrage d'investissement plutôt que devoir affronter les multiples États et leurs divers systèmes. Cette question du fédéralisme a un impact important dans les termes des négociations actuelles, car il n'est pas certain qu'un juge d'un État fédéré, compétent dans certaines matières, puisse interpréter à son niveau des traités internationaux.

L'arbitrage continue donc d'être indispensable, mais la société civile réagit à ce qu'elle perçoit comme la cannibalisation du système par les arbitres eux-mêmes, qui sont omnipotents sur leur profession. C'est donc le statut de l'arbitre qu'il s'agirait de réformer, en plus de réfléchir à la mise en place d'organes de contrôle et de régulation de l'arbitrage.

Une autre question plus politique peut se poser. Pourquoi les critiques du système arrivent-elles aujourd'hui dans le contexte des négociations avec les États-Unis alors que ce débat a déjà eu lieu dans les années 1990 dans le cadre de l'OCDE ? Pourquoi ce débat revient-il maintenant alors qu'aucune critique n'a été soulevée lors des négociations de multiples traités bilatéraux ? Il faut sans doute rappeler que le débat n'est pas né aux États-Unis mais en Allemagne avec les dernières élections. Sans doute l'expérience nord américaine joue-t-elle un rôle mais c'est peut être aussi parce qu'il n'existe pas de « regulatory chill » en Europe.

Seconde table ronde - Quelles alternatives pour le règlement des différends entre Etats et investisseurs ?

La question qui se pose aujourd'hui, dans le cadre de négociation du TTIP, est de savoir s'il faudrait développer une offre publique d'arbitrage, équivalant dans son principe à ce qui est prévu dans les traités bilatéraux d'investissement. L'inclusion de mécanismes d'ISDS dans le projet de traité a en effet engendré de très vives réactions, d'où l'intérêt d'examiner de possibles alternatives au système, telles que la médiation, le recours aux juridictions nationales, la mise en place d'un système interétatique ou d'une Cour permanente ou encore des modifications plus ou moins substantielles du système existant en vue de l'adapter aux accords de libre échange (avec, par exemple, l'inclusion de demandes reconventionnelles ou une plus grande stabilité de la jurisprudence).

Deux revendications et deux solutions peuvent être présentées en premier lieu pour répondre aux débats actuels sur l'arbitrage d'investissement. La première consiste à lutter contre le renforcement de l'insécurité juridique que l'on observe dans les difficultés d'articulations entre les différentes sentences et le développement de sentences contradictoires. La seconde tient au retour de l'État dans le contentieux de l'investissement.

Le débat n'est pas nouveau puisque dès les années 2000, ces deux problématiques ont été soulevées notamment avec des affaires telles que *Metalclad Corporation c. Mexique* ou les sentences sur l'Argentine. Il s'agit donc d'une réactivation de débats qui ont évolué entre temps, sous l'effet de sentences récentes, et des négociations transatlantiques. Pourtant, la pratique arbitrale a beaucoup changé depuis ces affaires, par petites touches, sous l'impulsion des arbitres, des conseils, des États, des instances institutionnelles telles que la CNUCI et le CIRDI, mais également à l'intérieur même des traités bilatéraux d'investissement.

Apporter des solutions aux deux revendications susmentionnées reviendrait à se rapprocher du modèle de l'ORD à l'OMC et constituerait une façon de re-juridictionnaliser et de ré-étatiser l'arbitrage d'investissement.

La cohérence des sentences arbitrales

S'agissant d'abord du renforcement de la sécurité juridique, le constat est souvent fait de la fragmentation normative et institutionnelle du régime des investissements internationaux qui conduit à des décisions parfois incohérentes. Ceci est lié à la diversité des accords et au fait que les arbitres ne se conçoivent pas comme chargés de dire le droit mais plutôt chargés de régler un différend particulier ; c'est aussi lié au fait qu'il n'existe pas de mécanisme d'appel – le contentieux de l'annulation n'étant pas centralisé et extrêmement restreint dans ses critères.

L'idée d'un mécanisme d'appel est donc naturellement réactivée dans les négociations actuelles même s'il est simplement envisagé dans la version finale du CETA. L'écart est encore grand avant la mise en place effective

du mécanisme, et la réflexion est toujours en évolution sur ce nouveau dispositif : en effet, la possibilité d'instaurer un appel est critiquée dans la mesure où elle risquerait d'allonger les délais du traitement des affaires et donc de faire perdre de l'efficacité au système. Cependant, cette critique peut être nuancée car les délais dans les arbitrages CIRDI s'allongent déjà depuis la procéduralisation importante des contentieux (contestation des arbitres, demandes d'annulation, bifurcations...). La seconde critique tient au fait que la mise en place d'un appel dans un système fragmenté par nature ne parviendrait à une unification du contentieux. Il n'est donc pas certain que l'appel apporte à lui tout seul une véritable solution à la question de la cohérence du droit des investissements.

Ce débat sur la cohérence des solutions arbitrales n'est pas nouveau et l'on observe deux grandes tendances des arbitres dans les sentences : certains considèrent qu'ils ont un devoir de contribuer au développement harmonieux du droit international et s'efforcent de mettre en place une sorte de jurisprudence ; d'autres, au contraire, estiment qu'il y a là un grand danger et que chaque cas demande une réponse différente pour apporter des solutions appropriées. La volonté de mettre en place des mécanismes assurant l'uniformisation du contentieux n'est donc pas encore unanime.

Cet appel peut être par ailleurs mis en lien avec une amélioration du choix des arbitres et les listes mises en place pour assurer une certaine permanence des arbitres. On assiste là à un mouvement de judiciarisation de l'arbitrage d'investissement qui peut être revendiqué, mais il faut être conscient que cela ne supprimerait pas toutes les critiques faites au droit de l'investissement.

Un retour de l'État ?

Le second mouvement envisagé, le retour de l'État dans le contentieux des investissements, est intéressant car le monopole de l'État dans le contentieux international a longtemps été critiqué et on assiste désormais à une volonté de le rétablir.

Ce retour peut se faire de deux manières :

- D'abord par davantage d'intervention de l'État dans les contentieux entre investisseurs et États. Le CETA prévoit ainsi des dispositions qui restreignent la volonté des arbitres ; la possibilité pour l'État non partie au litige d'intervenir à la procédure en tant que tiers intervenant et, enfin, la possibilité pour les États de rendre des interprétations contraignantes du traité. Ce dernier instrument semble légitime dans la mesure où il serait naturel que le législateur puisse reprendre la main lorsque les interprétations des arbitres conduisent à trahir sa volonté initiale. Ceci étant, il est évident que l'État ne doit pas intervenir dans des procédures en cours et que ses interprétations ne doivent valoir que pour l'avenir, sous peine de politiser à l'excès le contentieux.

- Ensuite, de façon plus poussée, le retour de l'État peut être envisagé par la mise en place d'un mécanisme interétatique, d'ailleurs prévu dans

la plupart des traités d'investissement, parallèlement au mécanisme d'arbitrage. Il est en principe restreint aux questions d'interprétation des traités et est parfois utilisé pour peser dans des procédures parallèles investisseurs / État en cours. Cependant, sur le plan de l'indemnisation et de la réparation, ce type de contentieux n'est pas le plus satisfaisant et peut difficilement substituer de manière efficace le contentieux investisseur / État.

On le voit, des mouvements sont possibles pour réformer l'arbitrage d'investissement et c'est sans doute ce que cherche à faire l'Union européenne dans le cadre des négociations transatlantiques. Mais cette volonté de faire entendre la voix européenne ne semble pas trouver d'écho dans la société civile qui attend davantage de réformes.

Intérêts et limites de la médiation

Trois alternatives peuvent être envisagées au système de l'arbitrage d'investissement sans pour autant devoir le substituer : la médiation, les demandes reconventionnelles et la mise en place d'une Cour permanente d'arbitrage d'investissement.

Concernant la médiation, la principale différence avec l'arbitrage est qu'il n'y a pas de décision obligatoire. Le médiateur va accompagner les parties dans leurs négociations, ou, dans le cadre du CIRDI, la commission de conciliation va émettre un avis sous forme de rapport, mais aucun document véritablement contraignant à l'égard des parties ne sera émis.

Malgré ces considérations, la médiation prend une place de plus en plus importante. En témoigne le règlement sur la médiation État/Investisseur adopté en 2012 par l'International Bar Association, qui offre aux parties un cadre et une procédure pour leur médiation. La médiation est également prévue dans le CETA, et ce, à tout moment de la procédure contentieuse.

Au demeurant, la médiation ne peut pas être obligatoire ou constituer le seul moyen pour parvenir à une solution, dans la mesure où le fait d'entamer une procédure d'arbitrage veut dire que le conflit est déjà très engagé et qu'il est sans doute trop tard pour aboutir à une solution négociée. En outre, le recours à la médiation n'est pas automatique et dépend du contexte du pays. Certains pays, comme le Pérou, la Colombie, ont une culture de la négociation mais pour d'autres, comme la Bolivie, la République Tchèque, le fait de participer à une négociation avant la phase contentieuse est mal considéré et peut être interprété comme un signe de corruption ou entraîner des problèmes en termes de responsabilité politique.

En effet, l'une des difficultés de la médiation est qu'un État est composé de différents ministères et administrations : en pratique, il est souvent difficile d'obtenir un accord uniforme des différents démembrés de l'État pour recourir à la médiation. Également, la réussite de la médiation va dépendre de la personne du médiateur : d'où vient-il, quelles sont ses

compétences, comment va-t-il comprendre et réagir au litige, quelles sont ses techniques de médiation ?

En conclusion, la médiation fonctionne bien en complément de l'arbitrage. Légiférer n'apparaît pas très utile car si la volonté des parties est de trouver un accord, elles y parviendront, peu importe le cadre légal du pays en question.

Autres pistes de réformes

Concernant les demandes reconventionnelles des États au cours d'un litige, la solution est positive puisqu'elle permet d'éviter les procédures parallèles, notamment en droit interne. Cependant, il est nécessaire que cela soit clairement prévu par le traité bilatéral. A cet égard, la rédaction de ces clauses est importante car il faut veiller à ce que le contentieux soit vidé afin que l'État ne puisse pas soulever par ailleurs d'autres revendications et attirer l'investisseur devant ses juridictions internes.

Concernant, enfin, la mise en place d'une Cour permanente d'arbitrage d'investissement, les avantages sont certains mais des difficultés subsistent, qui recoupent ce qui était mentionné plus haut sur la mise en place d'un mécanisme d'appel qui ne permettrait pas automatiquement une harmonisation du contentieux. Sur le plan procédural, il y aurait également des questions concernant par exemple la nomination des arbitres : qui seraient ces juges ? Comment seraient-ils nommés ? Comment éviter les conflits d'intérêt ? Il faut réfléchir à la structure du mécanisme et prendre soin de ne pas perdre l'un des aspects fondamentaux de l'arbitrage, à savoir, le libre choix des arbitres par les parties.

La construction d'un ordre public économique international

Nous sommes actuellement dans une phase de transition où l'on passe d'une ancienne génération de traités de protection des investissements à un nouveau cadre avec l'inclusion d'un tel système dans des traités de libre échange. Au regard de ce contexte de mutation, pourquoi ne pas imaginer un nouveau dispositif en gardant l'acquis intéressant que l'on a construit jusqu'à maintenant ?

Pour cela, il faut repartir des fondamentaux : quelles sont les fonctions que doit remplir un mécanisme efficace de règlement des différends entre État et investisseurs ? Deux objectifs doivent être pris en compte : il s'agit de régler rapidement, efficacement et de façon impartiale un litige casuistique, particulier, de dimension privée. Par ailleurs, il s'agit aussi de dire le droit et de produire une norme qui doit devenir un standard afin d'assurer une certaine sécurité juridique aux opérateurs lors de futurs contentieux. Cette fonction a pris une importance considérable ces dernières années. Il s'agit en réalité de construire un ordre public économique international qui articule les règles du marché avec les éléments d'intérêt public que la régulation des États doit faire prévaloir pour discipliner le pouvoir économique des différents acteurs.

Dès lors, un décalage s'est créé entre la conception du système tel qu'il découle des premiers traités bilatéraux des années 1960 et sa mise en œuvre actuelle. Deux voies sont possibles pour rétablir cet équilibre : réformer le système de l'intérieur et le « publiciser », ou changer le mécanisme de l'extérieur.

Afin de publiciser le mécanisme arbitral pour l'amener à contribuer à l'ordre public économique international, plusieurs possibilités sont envisageables. Pour éviter d'imposer l'épuisement des voies de recours internes avant de recourir à l'arbitrage – ce qui allongerait considérablement les délais et neutraliserait l'intérêt même de l'arbitrage – une voie intermédiaire consisterait à exiger de l'investisseur une tentative de recours par la voie interne et qu'il prouve que cela n'a pas été satisfaisant, en raison des délais ou en raison d'une décision rendue contraire au traité bilatéral par exemple.

Concernant la compétence des arbitres, on pourrait imaginer un recours devant une structure interétatique qui serait à même de statuer sur la compétence des arbitres.

Également, afin de sortir du règne du secret, propre à l'arbitrage d'investissement, il serait peut être souhaitable de faire de la publicité des débats le principe et du secret l'exception. Cela permettrait de faire entrer plus d'*amicus curiae* dans les débats.

Enfin, sur la composition des tribunaux, on pourrait envisager – toujours dans l'optique de publiciser le système – de rendre obligatoire le fait qu'au moins l'un des arbitres soit un juge national, inscrit préalablement sur une liste.

À cette liste de réformes pourraient être ajoutées l'inclusion des demandes reconventionnelles dans les contentieux et la mise en place d'un mécanisme d'appel évoquées plus haut.

Ces différentes options permettraient de garder le meilleur de l'efficacité de la justice arbitrale tout en re-légitimant le système et obtenir ainsi un rééquilibrage en faveur de l'intérêt général.

Réformer le système de l'extérieur et avoir recours à de véritables juridictions économiques de plein exercice constitue une autre option, qui s'intégrerait dans un processus de juridictionnalisation du droit international, déjà entamé.

La première étape serait, dans le cadre de l'Union européenne, de désigner une juridiction territoriale spécialisée pour trancher les litiges entre investisseurs et États. Cette juridiction européenne s'intégrerait dans l'ordre juridictionnel européen et puiserait sa compétence dans la politique commerciale commune de l'Union européenne qui inclus désormais la question des investissements. Cela éviterait de faire dépendre le contentieux de systèmes judiciaires de pays membres, parfois peu fiables. Il serait également possible de déconcentrer cette compétence dans les différents États membres et de créer la possibilité

d'un appel, par exemple devant la Cour de justice de l'Union européenne. Du côté des États-Unis, on pourrait imaginer de donner une compétence spéciale à l'un des circuits qui serait en charge de traiter le contentieux des investisseurs européens.

La seconde option serait de constituer par un accord international – par exemple par le traité de libre échange – une juridiction interétatique *ad hoc* entre les États-Unis et l'Europe. Cette voie pourrait par exemple se calquer sur la nouvelle Cour européenne des brevets unifiée, mise en place par l'accord de 2013. Il s'agirait alors d'une véritable juridiction internationale contenant son propre mécanisme de nomination de juges, d'experts et de techniciens, incluant un niveau d'appel unique et un règlement de procédure spécifique. Éventuellement, des règles matérielles pourraient être élaborées.

L'ensemble de ces solutions et alternatives peuvent être envisagées de façon successive en commençant par réformer le système de l'intérieur, tout en préparant la mise en place de juridictions économiques internationales à plus long terme. L'intérêt serait double car, dans l'optique de réguler la mondialisation, cela participerait à la création d'un droit économique global passant par la figure d'un juge économique mondial. Ce serait aussi l'occasion pour l'Europe, sur le plan politique, de prendre l'initiative de proposer un nouveau modèle et d'influencer la mise en œuvre de cet ordre public économique international en impulsant ses standards et modèles.

Débat

Quelle articulation des ordres juridiques?

Une première question d'ordre général repose sur l'articulation des ordres juridiques, en particulier celui de l'Union européenne. La CJUE a plusieurs fois été amenée à prendre des décisions fortes pour sauvegarder – voire étendre – sa compétence et préserver l'ordre juridique propre de l'Union européenne.

Parallèlement, les arbitres, dans les contentieux d'investissement, défendent un ordre juridique propre à l'arbitrage international et des conflits peuvent apparaître entre les deux ordres. On peut, dès lors, se demander si le frein à ces juridictions arbitrales ne sera pas mis par la CJUE elle-même, notamment par le biais d'avis ou de décisions rendues sur questions préjudicielles.

C'est notamment l'exemple de la sentence *Viorel Micula et autres c. Roumanie*, qui a abouti à la condamnation de l'État roumain pour avoir révoqué un programme d'encouragements aux investissements dans la filière alimentaire et de boissons, alors que le gouvernement avait estimé qu'il était contraire au droit européen.

Dans cette affaire, le tribunal arbitral a condamné l'État roumain contre l'avis même de la Commission européenne qui défendait la position selon laquelle les traités bilatéraux intracommunautaires devaient être

interprétés à la lumière du droit communautaire. Une question préjudicielle n'est pas ici exclue, la CJUE pourrait alors être amenée à se prononcer sur ce point et le cas échéant à freiner la jurisprudence arbitrale. Mais le conflit n'est pas forcément évident ici car les tribunaux arbitraux ne préjugent pas du fond du retrait du programme mais de la façon dont l'État s'y prend. Les institutions européennes pourraient donc avoir une approche plus conciliante.

Il faut bien avoir à l'esprit l'évolution de la pratique de l'arbitrage d'investissement. En schématisant, nous avons auparavant des tribunaux arbitraux qui se limitaient à traiter un litige casuistique en appliquant un traité d'investissement, sans penser à s'inscrire dans une jurisprudence. Aujourd'hui, le cadre a changé dans la mesure où les relations économiques entre les différents acteurs (publics et privés) sont régies par un corpus large et varié de normes et de traités, qu'il s'agit de prendre en compte et d'articuler. Il faut donc trouver une figure de juge capable de gérer ce « mille feuille » juridique et d'opérer une balance.

C'est au regard de ces nouvelles exigences que la légitimité du système actuel de l'arbitrage d'investissement peut sembler limitée. Les conflits entre normes qui pourraient apparaître dans ces contentieux doivent engendrer un dialogue des juges apte à les résoudre. Or, il n'est pas certain que les tribunaux arbitraux tels qu'ils existent actuellement puissent remplir cette mission face aux grandes cours judiciaires internationales. Ceci milite en faveur de l'institution de juridictions économiques internationales ou régionales.

Vers une repolitisation des conflits d'investissement?

En somme, il s'agit de réfléchir aux alternatives que l'on souhaite véritablement mettre en place. S'agit-il d'éviter les abus actuels du système ? Ou s'agit-il de changer radicalement de philosophie du mécanisme et de supprimer les privilèges juridiques dont bénéficient les investisseurs étrangers ? La question mérite d'être posée dans la mesure où les solutions radicales proposées jusqu'ici comportent un risque de repolitisation du contentieux. Elles proposent en effet une résurgence du rôle de l'État dans le contentieux et un nouvel équilibre en sa faveur. En illustre le système des listes d'arbitres qui seraient nommés par les seuls États, excluant ainsi tout choix des investisseurs. La repolitisation est donc déjà en cours et l'on voit que ce qui interpelle l'opinion publique et les parlements est l'utilisation des principes de l'arbitrage commercial pour les questions liées à l'intérêt général et au droit public.

En contrepoint, la vision des acteurs et experts de l'arbitrage d'investissement consiste à garder l'arbitrage, à l'améliorer pour gagner en légitimité et à éviter toute repolitisation. Les propositions de juridictionnalisation risquent ainsi de multiplier les stades procéduraux et de ralentir considérablement le traitement des affaires. Cela créerait un millefeuille procédural qui ferait perdre l'intérêt de l'arbitrage. Pour eux, c'est en interne qu'il s'agit de réformer le système. En même temps, si on « processualise » l'arbitrage, notamment en faisant peser sur les

arbitres des obligations juridictionnelles, pourquoi alors ne pas passer à un juge ? Que reste-t-il de l'intérêt de l'arbitrage dans ce cas ?

Un élément qui peut être inquiétant à l'heure actuelle est la concentration du pouvoir d'interprétation des traités entre les mains de quelques arbitres seulement, là où la fragmentation du paysage arbitral entraîne une dispersion du pouvoir d'interprétation et une concurrence entre des précédents arbitraux.

Une question de légitimité

La juridictionnalisation peut être conçue justement comme un remède à la politisation. À l'heure actuelle, certaines des décisions en matière d'arbitrage d'investissement sont considérées comme politiquement peu légitimes par la société civile, par les États... Dans ces conditions, la meilleure manière de créer un véritable État de droit au niveau international, et donc de soumettre les États au droit, ne serait-elle pas d'imposer la figure d'un juge, c'est à dire d'un tiers impartial international ? Ceci n'empêche pas de conserver un mécanisme de choix pour préserver le système de l'arbitrage. Mais peut-être faut-il repenser le principe de l'autonomie des parties ?

La question de la légitimité des arbitres, on le voit, est au centre de la question des réformes et des alternatives à l'arbitrage d'investissement. Est-il légitime qu'un arbitre puisse être conseil dans d'autres affaires connexes ? Certaines institutions l'interdisent déjà. Il y aurait également lieu de diversifier le corps arbitral en envisageant par exemple qu'un arbitre ne puisse être nommé plusieurs fois par la même partie ou qu'il ne siège que dans un nombre limité d'affaires. Ces propositions facilement applicables renforceraient déjà considérablement la légitimité du système, tant aux yeux du public que du milieu arbitral lui-même.

Une autre proposition concrète consisterait à s'inspirer du chapitre 19 de l'ALENA pour aider les pays qui ne sont pas dotés de systèmes juridiques fiables à les renforcer. Il conviendrait de développer des standards minimaux que chaque pays devrait respecter et qui seraient des conditions nécessaires aux investissements.

Cependant, il semble qu'aborder la question de la réforme du mécanisme seulement d'un point de vue technique n'est pas à la hauteur des attentes de la société civile et des parlements nationaux, notamment. Pour eux, les traités sont à l'heure actuelle déséquilibrés et changer uniquement les mécanismes d'interprétation ne répond pas aux enjeux soulevés. Si l'on souhaite influencer sur les résultats des arbitrages, il s'agit de réfléchir à la rédaction des textes sur lesquels se fonde le mécanisme. Ils ne correspondent plus aux demandes de la société en termes de justice et de respect des droits fondamentaux. C'est en réformant le fond des traités et des garanties que ceux-ci et le mécanisme d'arbitrage gagneront en légitimité.

Cependant, cela n'exclut pas que la modification du mode de règlement des différends entraîne des changements dans la façon de trancher les

litiges et amènent les personnes chargées de les traiter, à intégrer dans leur corpus de référence davantage de garanties et une meilleure prise en compte des droits fondamentaux.

En tout état de cause, il est important de garder à l'esprit que les décisions et les négociations actuellement en cours entre l'UE et les États-Unis auront une influence sur les futurs traités. C'est pourquoi il est primordial d'avoir une vue d'ensemble des problématiques et des équilibres à trouver. Chaque décision prise peut avoir des répercussions pour chacune des parties, sur d'autres négociations en cours ou à venir, et avec d'autres partenaires.

Si nous réfléchissons aujourd'hui à la question des alternatives dans le contexte du TTIP, c'est parce que nous sommes entrés dans un autre âge du différend des investissements et que la peur vient désormais de l'entreprise privée américaine qui pourrait venir remettre en cause des législations et l'intérêt général européens. C'est en tout cas l'état de la représentation de l'opinion alors même que cette position est un peu caricaturale. En effet, il faut rappeler que États européens, et notamment la France, ont des intérêts économiques à défendre au États-Unis. Il serait opportun de trouver un rééquilibrage des représentations dans le consensus qui existe entre ces puissances.