

L'Allemagne, le traité transatlantique et la remise en question de l'arbitrage international d'investissement

*Julian SCHEU, LL.M. (Cologne/Paris I),
doctorant à l'Université de Cologne*

Le projet d'établissement du PTCI (Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement) entre l'Union européenne et les Etats-Unis a dominé le débat de droit international public en Allemagne tant au niveau politique et médiatique qu'au niveau de la société dans son ensemble. Si les sujets économiques et juridiques sont des facettes de ce débat actuellement en cours, la culture, la démocratie et la stratégie géopolitique le sont tout autant. L'article se concentre sur les questions procédurales relatives au mécanisme ISDS (Investor-State-Dispute-Settlement), qui est un des aspects les plus controversés des négociations du PTCI. Après s'être penché sur les caractéristiques typiques du droit international de l'investissement, l'article analyse les critiques du régime actuel ISDS. Ainsi suite à la description de l'approche allemande de l'ISDS, l'article se termine par un commentaire sur la proposition de la Commission européenne d'un nouveau Tribunal arbitral international au sein du PTCI et invite à s'interroger sur l'éventualité de débats futurs au regard de la perspective européenne de règlement des litiges internationaux d'investissement.

The project of establishing a Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) between the European Union and the United States has strongly dominated the debate on public international law in German politics, media and society. The present contribution depicts the different facets of this ongoing debate, which concerns not only legal and economic issues, but extends to culture, democracy and geopolitical strategy. The article focuses on procedural questions related to the Investor-State-Dispute-Settlement (ISDS) mechanism, which is one of the most controversial aspects of the TTIP negotiations. After exploring typical characteristics of international investment law, the article analyzes the critics of the current ISDS regime. After having depicted Germany's approach to ISDS, the article concludes in commenting on the EU-Commission's proposal of a new Investment Court System for TTIP and calls for further debate regarding a European perspective on the settlement of international investment disputes.

Depuis l'été 2013, l'Union européenne et les Etats-Unis sont en négociation afin de conclure un traité portant sur le partenariat transatlantique pour le commerce

et l'investissement (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP). Le projet d'un partenariat transatlantique vise à promouvoir le commerce et le flux des capitaux transatlantiques. Pour atteindre cela, les parties au futur traité s'engageront à mettre en place une multitude de mesures relatives au libre-échange des biens et services ainsi qu'à la protection des investissements transatlantiques.

Dans le domaine du libre-échange, les mesures envisagées portent surtout sur l'alignement des normes techniques existantes, l'établissement d'une coopération réglementaire et l'abolition des obstacles tarifaires. Les partisans du projet sont convaincus que l'ensemble des mesures relancera l'économie des deux côtés de l'Atlantique et contribuera à l'augmentation des richesses grâce à des effets de synergie. Un alignement des normes dans l'industrie automobile simplifiera par exemple les exportations transatlantiques, car les produits ne devraient plus être conformes à deux normes techniques différentes. Par conséquent, l'accord TTIP permettra aux entreprises de développer leur activité internationale et mènera, selon ses partisans, à la création de centaines de milliers d'emplois. Comme ce réajustement réglementaire fera grimper le PIB sans aucune dépense publique, le traité TTIP correspond, selon les défenseurs du projet, à un plan de relance gratuit¹. Par ailleurs, les partisans du projet rappellent qu'un futur traité TTIP serait d'une importance géostratégique inestimable, car cette nouvelle alliance transatlantique concernerait plus de 45 % du PIB mondial et couvrirait une partie significative des investissements directs étrangers dans le monde². Rien que le fait que les conditions d'accès au marché transatlantique affectent indirectement les normes de production dans le reste du monde démontre l'influence permanente d'un futur traité sur la réglementation du commerce international.

Une évaluation optimiste de TTIP est aujourd'hui loin de faire l'unanimité en Europe, puisque l'opposition au projet transatlantique a connu une mobilisation inédite de la société civile et de la classe politique. Une alliance nommée « *Stop TTIP* », composé de plus de 500 organisations – parmi lesquels des associations de consommateurs, des syndicats, des églises et des partis politiques –, fait campagne contre le traité et juge les pronostics des partisans utopiques, irréalistes et trompeuses à la fois. Par conséquent, ils ne remettent pas seulement en cause les avantages économiques du projet, mais rappellent que les réformes envisagées mettront sérieusement en danger la démocratie, l'Etat de droit et la capacité des Etats membres de l'Union européenne de sauvegarder l'environnement, la qualité alimentaire, la diversité culturelle et la sécurité sociale. De plus, les critiques soupçonnent l'alliance transatlantique de conduire à l'hégémonie des entreprises multinationales et de renforcer la marginalisation des pays en voie de développement.

¹ Cf. Association Allemande des Constructeurs de machines (*Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau*, VDMA), <http://www.vdma.org/article/-/articleview/5700332>.

² Cf. Commission européenne, *Transatlantic Trade and Investment Partnership - The Economic Analysis Explained* (2013), p. 10, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/september/tradoc_151787.pdf ; OCDE, *TTIP: Why does it matter?*, p. 1, <http://www.oecd.org/trade/TTIP.pdf>.

Pour les uns, il s'agit donc d'un plan de relance gratuit qui aidera à implanter les valeurs européennes dans l'économie mondiale du 21^{ème} siècle. Pour les autres en revanche, le partenariat transatlantique correspond à un coup d'Etat organisé secrètement par des lobbyistes, qui mènera à l'enrichissement des grands groupes au détriment de la société civile européenne et américaine. Ces analyses fondamentalement opposées démontrent à quel point ce projet de traité est controversé. À cela s'ajoute la complexité de la thématique, qui est d'ordre politique, économique, culturel et juridique à la fois.

Du point de vue politique, la façon dont la coopération internationale économique est mise en œuvre au sein de l'Union européenne est vivement remise en question. Le fait que la Commission européenne mène les négociations à huis clos avec les représentants d'outre-Atlantique a, par exemple, suscité de vives critiques. Également d'ordre politique sont les craintes par rapport à la coopération réglementaire envisagée par le traité. Selon de nombreux observateurs, celle-ci instaure une influence illégitime des lobbyistes et anéantit le pouvoir législatif des représentants démocratiques.

En Allemagne, les opposants au traité sont particulièrement actifs, comme l'indiquent les résultats d'une campagne de pétition de « *Stop TTIP* » : sur les 2,7 millions de signatures collectées en Europe, environ 1,6 millions sont d'origine allemande, contrairement à environ 360.000 de provenance française³. Etant donné qu'une grande partie de l'électorat de gauche partage ces critiques, le chef du parti social-démocrate SPD, Sigmar Gabriel, qui est le ministre de l'économie chargé du projet sur le plan national, était obligé d'agir. Dans le but d'apaiser les émotions, le ministère a instauré en 2014 un comité consultatif composé de représentants de la société civile qui donnera son avis par rapport au projet transatlantique⁴.

Mais ce ne sont ni les mesures relatives au libre-échange ni la façon dont la Commission européenne mène les négociations, qui prêtent le flanc aux critiques les plus vives. Par-delà le libre-échange, le traité prévoit un chapitre dédié à la protection des investissements pour attirer des capitaux étrangers. Cette protection consiste à garantir un certain comportement des Etats vis-à-vis des investissements étrangers en introduisant un mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs étrangers et l'Etat hôte (*Investor-State Dispute Settlement, ISDS*). Etant donné que les questions procédurales ne sont normalement pas destinées à déchaîner les passions du grand public, il est d'autant plus remarquable que c'est cette partie du traité contre laquelle les critiques se focalisent et par rapport à laquelle le scepticisme de l'opinion a atteint un niveau record. Il n'y a pas si longtemps, le droit de l'arbitrage international d'investissements était une branche du droit international à laquelle seulement universitaires et avocats spécialisés s'intéressaient. Depuis, cela a fondamentalement changé et aujourd'hui ce sont des

³ Cf. Campagne Stop TTIP, Signatures selon les Etats membres, https://stop-ttip.org/fr/signatures-selon-les-etats-membres/?noredirect=fr_FR (5 novembre 2015).

⁴ Cf. Comités consultatifs auprès du ministère fédéral de l'Économie et de l'Énergie, <http://www.bmwi.de/FR/Ministere/les-comites-consultatifs,did=549332.html>.

questions concernant la fonction des arbitres, les règles de procédure ou l'exécution obligatoire des sentences arbitrales qui se trouvent au cœur d'un débat public passionné.

Les négociations actuelles relatives au TTIP ont entraîné une remise en question générale de l'arbitrage international d'investissements par l'opinion publique allemande (I). En réponse, la Commission européenne a proposé de mettre en place un système juridictionnel permanent dans le contexte du TTIP (II).

I. LA REMISE EN QUESTION DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS

Dans le but de placer la discussion actuelle dans un contexte juridique, il est utile de rappeler l'évolution et la structure du système de protection internationale des investissements étrangers (A), avant d'analyser les raisons de sa remise en question actuelle (B).

A. Les fondements du droit international des investissements

Le droit international des investissements est une branche relativement jeune du droit international économique, par lequel un Etat essaie de gagner la confiance des investisseurs étrangers, pour les inciter à investir dans son économie nationale.

Etant donné que toute opération d'investissement est, par définition, liée à des risques, l'investisseur raisonnable va, avant de placer son capital dans un marché étranger, procéder à une analyse méticuleuse des risques. Dans ce contexte il devra non seulement évaluer des risques d'ordre économique, mais également prendre en compte la situation politique ainsi que la réglementation applicable à son activité. Cela est particulièrement important dans les secteurs comme l'infrastructure publique ou l'énergie, qui nécessitent souvent des apports de capitaux élevés et dont la rentabilité est calculée en décennies.

Traditionnellement, l'investisseur peut s'adresser exclusivement aux juridictions étatiques en cas de litige avec l'administration locale. En tant qu'étranger, cela implique toujours un risque non négligeable d'une discrimination, qui parfois peut même aboutir à un déni de justice. Pendant longtemps, le seul recours en cas de déni de justice était la protection diplomatique, où l'investisseur fait appel à son gouvernement qui exerce – s'il le souhaite – de la pression politique, économique ou même militaire pour forcer l'Etat hôte à respecter les droits de ses ressortissants⁵. Il en résulte que la confiance dans l'indépendance et l'impartialité de la justice étatique dans l'Etat hôte potentiel est d'une importance primordiale pour attirer des investisseurs étrangers.

⁵ A NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009, pp. 9 et s. ; Ch. LIPSON, *Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Berkeley, University of California Press, 1985, p. 147.

D'un côté, les Etats recherchent à reconforter les investisseurs étrangers. De l'autre côté, les pays d'origine des investisseurs sont intéressés à la promotion de l'activité internationale de leurs entreprises, sans devoir exercer la protection diplomatique en cas de litige. Dans ce contexte, les Etats ont commencé à signer des traités de protection des investissements, aujourd'hui environ 3.000 dans le monde entier⁶. L'objectif de ces accords, dont la grande majorité sont des traités bilatéraux d'investissement (TBI), est d'assurer un environnement juridique stable et non-discriminatoire aux investisseurs. Par ces dispositions, les TBI fixent à l'échelle interétatique les conditions de protection minimales pour les investissements des ressortissants de l'autre Etat partie au TBI. Typiquement, un traité de protection des investissements oblige l'Etat hôte à traiter les investisseurs étrangers de façon non-discriminatoire, juste et équitable et interdit les expropriations sans réparation. C'est l'interprétation de ces dispositions type ainsi que leur interaction avec le droit interne et le droit international public général qui est au cœur du droit international des investissements.

Dans le but de mettre en pratique ses dispositions, une caractéristique clé des TBI consiste à donner accès aux investisseurs étrangers à l'arbitrage en cas de litige avec l'Etat hôte. Chaque partie au litige a le droit de choisir un arbitre. Ensuite, une tierce partie ou les deux co-arbitres désignent une troisième personne qui présidera le tribunal arbitral. Ce tribunal sera uniquement constitué afin de rendre une décision relative au litige concret qui lui est soumis par les parties. Pour que les parties à un litige ne soient pas obligées de se mettre d'accord sur tous les détails de procédure, de nombreux traités d'investissement font, dans leur clause d'arbitrage, référence à la convention de Washington du 18 mars 1965 créant le *Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements* (CIRDI). La majorité des procédures d'arbitrage sont régies par le règlement d'arbitrage du CIRDI⁷, d'autres font référence aux règlements d'arbitrages de la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (CNUDCI)⁸, la *Chambre de Commerce Internationale* (CCI)⁹ ou la *Chambre de Commerce de Stockholm* (SCC)¹⁰.

Les caractéristiques de ce mécanisme de résolution des différends entre Etats et investisseurs sont aujourd'hui au cœur du débat concernant les négociations d'un traité transatlantique.

⁶ Cf. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

⁷ <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Convention-Arbitration-rules.aspx>.

⁸ <https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-f.pdf>.

⁹ <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/>.

¹⁰ http://sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf.

B. Les critiques relatives à l'arbitrage international dans le débat actuel

Initialement, l'arbitrage en matière d'investissement a été introduit dans le système du droit international économique pour de nombreuses raisons, dont la plupart sont valables jusqu'à présent. Une raison importante de la promotion du droit international des investissements par les Etats est le fait qu'un investisseur, qui peut recourir à l'arbitrage sans devoir solliciter l'intervention diplomatique de son Etat, contribue indirectement à la stabilisation des relations diplomatiques. L'ère de la diplomatie de la canonniers, dans laquelle des litiges d'origines commerciales ont, comme les guerres de l'opium entre 1839 et 1860, régulièrement abouti à des conflits militaires, en sont la preuve *a contrario*. Si deux Etats sont parties à la Convention CIRDI et s'ils ont conclu un traité de protection des investissements, tout litige entre un investisseur et l'Etat hôte devra être résolu par une procédure d'arbitrage ou devant les juridictions nationales. La protection diplomatique ainsi que d'autres formes d'intervention d'un Etat en faveur de son ressortissant sont explicitement exclues par l'article 27 Convention-CIRDI. L'arbitrage d'investissement est donc un mécanisme qui cherche non seulement à gagner la confiance des investisseurs, mais protège également les Etats les moins puissants des interventions étrangères, qui étaient fréquentes pendant l'ère de la diplomatie de la canonniers. La mise en place d'un mécanisme d'arbitrage pour résoudre les différends en matière d'investissement s'inscrit donc dans la logique universelle du droit international, qui interdit le recours à la force et incite à une résolution juridique des conflits internationaux. Cependant, cette pratique, qui a été conçue et mise en place par les ministères compétents en coopération avec des organisations internationales comme la CNUDCI ou l'OCDE, n'a jamais fait l'objet d'une discussion politique, sans parler d'un débat public comme il est mené dans le contexte du traité transatlantique. Il n'est donc pas surprenant que de nombreux spécialistes en arbitrage des investissements soient aujourd'hui perplexes face aux critiques d'un système qui, de leur point de vue, semble fonctionner depuis des décennies. Ils rappellent que depuis sa mise en place, des centaines de tribunaux arbitraux constitués au cas par cas (*ad hoc*) ont rendu des sentences arbitrales mettant fin à des différends en matière d'investissement, qui auraient pu aboutir, pendant l'ère de la diplomatie de la canonniers, à des crises diplomatiques ou militaires.

Mais ce point de vue, qui repose essentiellement sur les origines historique de l'arbitrage d'investissement, est aujourd'hui loin de faire l'unanimité parmi les chercheurs en droit international, la classe politique européenne et l'opinion publique. La critique exprimée dans le débat publique actuel ne concerne pas seulement le manque de transparence de la procédure d'arbitrage, mais remet également en question la légitimité de l'arbitrage international en tant que mécanisme de règlement de différends en matière d'investissements.

Le scepticisme par rapport à l'arbitrage international d'investissement s'articule sur plusieurs niveaux. Les critiques reprochent un manque de transparence (1) et de neutralité (2) de la procédure arbitrale. À cela s'ajoute la remise en

question de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres (3). En outre, l'arbitrage est présumé favoriser les entreprises multinationales (4), au lieu de promouvoir la sécurité juridique dans les relations économiques internationales (5).

1) Manque de transparence des procédures arbitrales

Le manque de transparence est un argument fondamental contre ces « *tribunaux secrets* », qui sont présumés mettre en danger l'Etat de droit et décider à huis clos sur l'obligation de l'Etat hôte de verser à l'investisseur des dommages-intérêts exorbitants, au détriment des finances publiques. La confidentialité des procédures impliquant les intérêts des contribuables soulève en effet des doutes par rapport à l'Etat de droit. Prenant ce déficit en compte, le droit de l'arbitrage, dont une caractéristique principale est son adaptabilité, a entre-temps évolué et a connu des changements importants en matière de transparence. En premier lieu, les sentences du CIRDI sont maintenant systématiquement publiées et mises à disposition dans une base de données en ligne¹¹. En outre, les tribunaux arbitraux ont de plus en plus accepté des interventions écrites de tiers intéressés (« *amicus curiae* »), qui portent à l'attention du tribunal des aspects d'intérêt général que les parties au litige n'ont pas suffisamment adressés. Au-delà, des revues et sites spécialisés, comme *Investment Arbitration Reporter*¹² ou *Global Arbitration Review*¹³, fournissent des informations sur les affaires en cours. De plus, des initiatives issues du milieu universitaire comme le « *Digest of International Investment Jurisprudence* »¹⁴ publient gratuitement des analyses juridiques des sentences rendues. Mais comme la publication des sentences n'est pas automatique pour les arbitrages régis par les règlements de la CNUDCI, de la CCI ou de la SCC, cette transparence est seulement partielle. Jusqu'à présent, il n'était pas possible de savoir combien d'affaires ont été introduites ou conclues en dehors du système CIRDI et quelles mesures étatiques ont été remises en question par les investisseurs étrangers.

Le fait que le manque de transparence remet en cause la légitimité de la procédure d'arbitrage a été pris en compte par la CNUDCI et par la communauté internationale, qui a adopté en décembre 2014 la *Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités*¹⁵. Tous les Etats parties se sont engagés à soumettre leurs différends en matière d'investissements à un nouveau règlement de la CNUDCI assurant une plus grande transparence. Il est remarquable que parmi les premiers Etats signataires se trouvent non seulement la France et l'Allemagne, mais également les Etats-Unis. Il en ressort

¹¹ <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>.

¹² <https://www.iareporter.com/>.

¹³ <http://globalarbitrationreview.com/>.

¹⁴ <http://www.investment-law-digest.com/>.

¹⁵ <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-f.pdf>.

donc clairement que tous les arbitrages introduits sur la base d'un futur traité transatlantique seront soumis au règlement de la CNUDCI sur la transparence¹⁶.

2) Un mécanisme favorable uniquement aux investisseurs

Les critiques ont identifié d'autres limites de l'arbitrage d'investissement, qu'ils jugent incompatibles avec l'Etat de droit. Il est par exemple régulièrement soutenu qu'il s'agit d'un mode de règlement des différends illégitime ou favorable aux seuls investisseurs (« *investor bias* »). Cette observation repose sur le fait que les TBI règlementent l'action des gouvernements par rapport aux investisseurs, mais n'imposent pratiquement pas d'obligations aux entreprises. Le droit international de l'investissement serait donc, selon cette critique, à sens unique en ce qu'il favorise systématiquement les investisseurs. Par conséquent, les arbitres, qui veillent sur l'application de ces règles illégitimes, aideraient à mettre en place une politique dans laquelle les intérêts de l'investisseur sont plus importants que l'intérêt général.

Bien que les données statistiques sur les issues des arbitrages ne supportent pas cette critique, elle est d'une importance fondamentale¹⁷, car elle soulève la question clé du droit international des investissements : comment peut-on formuler des garanties juridiques crédibles, qui incitent les investisseurs à s'aventurer sur un marché étranger, tout en sauvegardant la marge de manœuvre politique de l'Etat hôte ? Puisque cette question relève du fond et non de la procédure, elle demande une analyse méticuleuse des garanties inscrites dans les TBI, comme la défense d'expropriation¹⁸ ou l'obligation de garantir un traitement juste et équitable¹⁹, et dépasse donc le cadre de la présente contribution, qui se concentre sur la procédure d'arbitrage.

D'un point de vue procédural, il est remarquable que les critiques semblent prendre en compte rarement la possibilité de l'Etat d'introduire une demande reconventionnelle contre l'investisseur. Cela peut être expliqué par le fait que ces demandes introduites par un Etat sont rares en pratique²⁰. Dans ce contexte il est utile de rappeler que l'Etat, en tant que souverain, n'a pas besoin de se fonder sur les

¹⁶ <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-F.pdf>.

¹⁷ Une analyse de 244 affaires conclue jusqu'en 2012 montre que l'Investisseur a remporté 31%, l'Etat 42 % des affaires. 27 % ont été réglé amicalement. Cf. UNCTAD, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (2013)*, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf (26 septembre 2015).

¹⁸ M. PERKAMS, *Internationale Investitionsschutzabkommen im Spannungsfeld zwischen effektivem Investitionsschutz und staatlichem Gemeinwohl*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

¹⁹ A. SCHERNBECK, *Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen*, Baden-Baden, Nomos, 2013 ; R. KLÄGER, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

²⁰ Cf. A. K. HOFFMANN, « Counterclaims in Investment Arbitration », *JCSID Review*, 2013, p. 438.

obligations des investisseurs issues des TBI pour régler le comportement de ceux-ci, car les investisseurs sont de toute façon soumis à sa compétence territoriale. Il ressort clairement de la doctrine ainsi que de la pratique arbitrale que les garanties inscrites dans les TBI ne sont jamais absolues, mais toujours limitées par la souveraineté de l'Etat (« *right to regulate* »)²¹.

Toutefois, l'équilibre entre la protection de l'investisseur et l'intérêt général mérite la plus grande attention dans le cadre des négociations du traité transatlantique. Une possibilité pour prendre en compte le scepticisme exprimé par l'opinion publique consiste à concrétiser les clauses de protection, afin que l'intention des Etats ressorte clairement du traité. C'est dans cette optique que la CNUCED a publié un guide de rédaction pour mieux prendre en compte le développement durable lors des négociations de traités d'investissement²². Un exemple de cette approche est le texte récemment négocié entre l'Union européenne et le Canada (*Comprehensive Economic and Trade Agreement, CIETA*)²³.

3) L'indépendance et l'impartialité des tribunaux arbitraux

La question d'ordre procédural relative à l'indépendance et l'impartialité des arbitres est un autre pilier sur lequel repose la remise en question de l'arbitrage d'investissement. Les opposants de l'arbitrage d'investissement sont convaincus que les arbitres ont un intérêt systémique de décider en faveur des investisseurs. A cause de la structure *ad hoc* du système d'arbitrage, la procédure de règlement des différends est entièrement financée par les parties au litige. Le revenu de l'arbitre ne dépend donc pas d'un salaire fixe, mais des missions qu'on lui confie. Les opposants de la procédure d'arbitrage en tirent la conséquence qu'un arbitre aura toujours l'intérêt de se prononcer en faveur des investisseurs, car ce sont les investisseurs qui soumettent un litige à l'arbitrage et qu'une décision dans ce sens ouvre la voie à plus de contentieux, et donc à plus de revenus pour les arbitres. A cela s'ajoute que beaucoup d'arbitres interviennent simultanément en tant que conseils ou avocats dans d'autres affaires d'investissement. Le risque qu'un arbitre soit indirectement influencé par son activité de conseil est indéniable²⁴.

Par conséquent, cette argumentation remettant en question l'indépendance et l'impartialité des arbitres mérite considération. Il est exact qu'un arbitre rend une prestation juridique pour laquelle il est rémunéré et il est donc possible d'en déduire qu'il agit à but lucratif. Mais cela implique également qu'il fait partie d'un « *marché*

²¹ Cf. A. TITI, *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos, 2014.

²² CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development (IPFSD)*, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf.

²³ <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=eng>.

²⁴ P. SANDS, « Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration », in A. W. ROVINE (dir.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers (2012)*, Leyde, Nijhoff, 2013, p. 47.

arbitral » fortement compétitif²⁵. En plus des qualités juridiques, techniques ou linguistiques, les parties recherchent surtout une personne à laquelle elles peuvent faire confiance et qui est en mesure de convaincre les autres membres du tribunal. La désignation d'un arbitre connu pour prendre systématiquement parti pour les investisseurs est peu probable. L'Etat, ceci n'est pas surprenant, ne le choisirait pas. Mais même l'investisseur bien conseillé n'oserait pas choisir un tel arbitre, car celui-ci serait immédiatement identifié en tant que « *hired gun* » par les autres membres du tribunal²⁶. Tout argument avancé par celui-ci dans les délibérations sera pris en compte avec le plus grand scepticisme par les co-arbitres, qui douteront à tout moment une manipulation de sa part. De plus, tous les règlements d'arbitrage prévoient une procédure de révocation. Celle-ci peut être déclenchée par une partie qui avance des faits qui font douter de l'indépendance ou de l'impartialité de l'arbitre en question²⁷. Il en suit que les mécanismes psychologiques ainsi que la procédure de révocation réduisent considérablement le risque qu'un tribunal soit systématiquement en faveur de l'investisseur²⁸.

4) Une justice qui privilégie les entreprises multinationales étrangères ?

À première vue, l'existence d'un recours juridictionnel exclusivement réservé à des étrangers peut, surtout au regard du principe d'égalité de traitement, déclencher des controverses. Dans ce contexte, il est important de rappeler que la mise en place d'un tel recours par l'Etat hôte n'est pas une discrimination arbitraire de ses propres ressortissants, mais plutôt le résultat d'un calcul politico-économique. En donnant accès aux investisseurs étrangers à un recours juridictionnel international indépendant de ses tribunaux, l'Etat hôte cherche à gagner la confiance des investisseurs étrangers, qui, par la suite, contribueront à son développement économique. Il ne s'agit donc pas d'une discrimination arbitraire, mais d'une mesure reposant sur une décision politique suivant le principe *quid pro quo*. En Europe, une

²⁵ Pour une analyse de ce marché fortement interconnecté, voir : S. PUIG, « Social Capital in the Arbitration Market », *European Journal of International Law*, 2014, pp. 394 et s.

²⁶ Il ne surprend donc pas que l'impartialité de l'arbitre nommé par une partie soit vivement controversée. La critique est *i. a.* exprimée par J. PAULSSON, « Moral Hazard in International Dispute Resolution », *ICSID Review*, 2010, pp. 339-355 ; A. J. VAN DEN BERG, « Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration », in M. ARSANJANI *et al.* (dir.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leyde, Nijhoff, 2011, pp. 821-843. Voir aussi : C. N. BROWER, C. B. ROSENBERG, « The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded », *Arbitration International*, 2013, pp. 7-44.

²⁷ Cf. B. VASANI, S. PALMER, « Challenge and Disqualification of Arbitrators at ICSID: A New Dawn? », *ICSID Review*, 2015, pp. 194-216 ; J. D. FRY, J. I. STAMPALIIA, « Forged Independence and Impartiality: Conflicts of Interest of International Arbitrators in Investment Disputes », *Arbitration International*, 2014, pp. 189-264 ; L. MALINTOPPI, « Remarks on Arbitrators' Independence, Impartiality and Duty to Disclose in Investment Arbitration », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2008, pp. 351-356.

²⁸ Cf. note 17.

telle décision stratégique a déjà été prise dans le contexte de la création du marché intérieur européen. En vue de la relance économique que le marché intérieur est censé stimuler, les Etats européens sont prêts à accepter que, par le biais du droit européen, un étranger puisse être privilégié par rapport aux nationaux (effet de la « *Inländerdiskriminierung* »)²⁹. L'existence d'un recours à l'arbitrage suit la même logique. Il s'agit donc d'une décision d'ordre politique qui peut certainement être débattue, mais qui ne peut pas être expéditivement qualifiée comme injuste.

En outre, l'arbitrage d'investissement est redouté car il privilégierait les entreprises multinationales au détriment des petites et moyennes entreprises (PME). Les partisans du mécanisme d'arbitrage ne sont pas de cet avis et rappellent que la raison d'être de l'arbitrage est d'atténuer les risques juridiques qui sont liés à l'entrée sur les marchés étrangers. Cependant, pour des grandes entreprises multinationales implantées dans toutes les régions du monde, qui entretiennent des bons contacts avec les administrations locales et qui ont souvent des départements juridiques ou des cabinets d'avocats spécialisés à leur disposition, un environnement juridique étranger n'a que rarement un effet dissuasif. Pour des PME, il est en revanche souvent beaucoup plus compliqué d'évaluer correctement les risques juridiques liés à l'entrée dans un marché inconnu. Les défenseurs de l'arbitrage des investissements en tirent la conclusion que le recours à l'arbitrage permet surtout aux PME de s'aventurer sur un marché étranger. Malheureusement, cette analyse ne prend pas suffisamment en compte les coûts importants d'une procédure arbitrale. Selon une étude de l'OCDE, une procédure d'arbitrage coûte en moyenne 8 millions de dollars à chaque partie³⁰. Il n'est pas surprenant qu'un procès transfrontalier portant sur un litige commercial nécessite un apport financier important. Cependant, pour la plupart des PME des frais juridiques de cet ordre sont inabornables. Par conséquent, on peut supposer que le présent mécanisme d'arbitrage exclut la plupart des PME. Il s'agit donc d'une voie de recours qui est particulièrement intéressante pour les entreprises multinationales.

5) Manque de sécurité juridique

D'après des craintes régulièrement exprimées, la procédure d'arbitrage est un instrument des investisseurs par lequel ils peuvent influencer les politiques souveraines des Etats, notamment dans certains domaines tels que la santé ou l'environnement³¹. Dans ce contexte, il est important de noter qu'une sentence arbitrale peut forcer un Etat à verser des dommages-intérêts sous peine d'engager sa responsabilité internationale. En revanche, il est en principe exclu qu'un tribunal

²⁹ U. FASTENRATH, « *Inländerdiskriminierung - Zum Gleichbehandlungsgebot beim Zusammenwirken mehrerer (Teil)rechtsordnungen im vertikal gegliederten und international integrierten Staat* », *Juristenzeitung*, 1987, p. 172.

³⁰ OCDE, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community. OECD Working Papers on International Investment*, décembre 2012, p. 19.

³¹ Cf. A. KULICK, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 225 et s.

arbitral exige d'un Etat de révoquer un règlement, une loi, ou toute autre mesure³². Cela ne suffit cependant pas à calmer les détracteurs de l'arbitrage, qui rappellent que rien que la possibilité d'un recours à l'arbitrage permet aux investisseurs d'intimider les gouvernements, qui par conséquent n'oseront plus d'adopter des lois à l'encontre des intérêts des investisseurs (effet du *regulatory chill*)³³. Cette théorie est évidemment difficile à prouver en pratique, mais elle met en exergue un problème fondamental de la structure de l'arbitrage *ad hoc*. La seule raison pour laquelle un Etat se pliera préventivement aux exigences des entreprises dans le but d'éviter un recours à l'arbitrage, est qu'il n'est lui-même pas certain si tel ou tel projet de loi est en accord avec les garanties de protection des investissements ou non. Même en consultant une centaine de sentences portant sur l'interprétation de la norme du traitement juste et équitable, l'Etat ne pourra pas évaluer avec certitude si un futur tribunal arbitral parviendra à la même conclusion. Ce manque flagrant de sécurité juridique est lié au mandat de l'arbitre. Celui-ci est nommé pour trancher un litige concret, sans être obligé de respecter les conclusions d'autres sentences. Dans un système d'arbitrage *ad hoc*, la règle du précédent (*stare decisis*), selon laquelle un tribunal doit rendre une décision conforme aux décisions antérieures, ne s'applique pas. Bien évidemment, les tribunaux s'orientent selon l'interprétation effectuée par d'autres tribunaux antérieurement constitués. Il en suit une certaine pratique constante³⁴. Or, malgré l'existence d'un tel cadre juridique qui se précise par des sentences arbitrales préexistantes, une partie à un litige d'investissement n'a aucune garantie que deux tribunaux arbitraux appliqueront de la même façon le droit aux faits ou qu'ils interpréteront de la même façon la clause d'un traité³⁵. Il en suit que même après des décennies de pratique arbitrale en la matière, une grande partie des acteurs impliqués constate un manque d'uniformité et de prévisibilité des sentences arbitrales³⁶. Cela pose un véritable problème aux Etats, qui ont du mal à évaluer correctement la conformité d'un projet de loi avec le droit international d'investissement. En vue de ce manque indéniable de sécurité juridique, l'hypothèse d'un *regulatory chill* semble plus que probable.

³² On peut quand même observer une pratique arbitrale qui remet en question ce principe. Cf. G. STEPHENS-CHU, « Is it Always All About the Money? The Appropriateness of Non-Pecuniary Remedies in Investment Treaty Arbitration », *Arbitration International*, 2014, pp. 661-686.

³³ S. SCHILL, « Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change? », *Journal of International Arbitration*, 2007, pp. 469-477 ; K. TIENHAARA, « Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science », in C. BROWN *et al.* (dir.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 606-628.

³⁴ A. VON BOGDANDY, I. VENZKE, *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, Berlin, Suhrkamp, 2014, p. 159 ; A. REINISCH, « The Role of Precedent in ICSID Arbitration », *Austrian Arbitration Yearbook*, 2008, p. 510.

³⁵ Un exemple souvent cité dans ce contexte est le résultat différent des affaires *CME v. Czech Republic* et *Lauder v. Czech Republic* qui concernaient les mêmes faits. Voir A. REINISCH, « The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms », in I. BUFFARD *et al.* (dir.), *International Law Between Universalism and Fragmentation*, Leyde, Nijhoff, 2008, p. 116.

³⁶ Cf. A. SUREDA, *Investment Treaty Arbitration – Judging Under Uncertainty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

II. LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT DANS LE CONTEXTE DU PROJET DE TRAITÉ TRANSATLANTIQUE

Les diverses critiques du mécanisme d'arbitrage sont situées au cœur du débat relatif au traité transatlantique, dans lequel l'opinion publique allemande joue un rôle clé, car elle n'a pas seulement incité un débat public à l'échelle européenne, mais vient également d'influencer fondamentalement la position adoptée par la Commission européenne vis-à-vis de l'arbitrage des investissements.

A. La vision allemande du règlement des différends en matière d'investissement dans le contexte du projet de traité transatlantique

Bien qu'une partie de la doctrine s'exprime en faveur d'une réforme du système ISDS existant³⁷, la société civile allemande se trouve aujourd'hui à la tête des opposants à l'arbitrage comme mécanisme de règlement de différends en matière d'investissements. Cela peut surprendre à plusieurs niveaux. Sur le plan historique, il est utile de rappeler que c'était l'Allemagne qui a conclu en premier un tel traité de protection des investissements étrangers. En dépit du fait que le traité entre l'Allemagne et le Pakistan de 1959 contenaient seulement un mécanisme de règlement de différends interétatiques, la protection d'investissement moderne peut être considérée comme une évolution initiée par l'Allemagne, comme l'indique déjà la convention *Abs-Shawcross* de 1959, qui propose pour la première fois l'accès direct des investisseurs à l'arbitrage international³⁸. Depuis, la République fédérale a toujours été très active en ce qui concerne la conclusion de TBI. Avec 131 traités en vigueur, aucun pays dans le monde n'a un réseau si dense que celui dont disposent les investisseurs allemands. La promotion de la protection des investissements étrangers ne surprend guère, lorsqu'on considère que l'Allemagne, fortement exportatrice d'investissements, est prédestinée à tirer profit d'une telle protection. Il en résulte que de nombreuses demandes d'arbitrage ont été introduites par des investisseurs allemands³⁹.

³⁷ Cf. S. SCHILL, « The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within », in J. KALICKI, *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leyde, Brill, 2015, pp. 621-652 ; M. KRAJEWSKI, *Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*, FES Policy Paper 2014.

³⁸ A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *op. cit.* note 5, pp. 21-22 ; G. SCHWARZENBERGER, « The Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad », *Current Legal Problems*, 1961, pp. 213-246. La convention était un projet commun d'Hermann Abs, à l'époque président de la Deutsche Bank, et Lord Shawcross, ancien avocat-général du Royaume-Uni.

³⁹ Cf. <http://www.german-investment-treaty-disputes.de>.

Pendant longtemps, la classe politique allemande, sans parler de l'opinion publique, ne tenait guère compte de l'existence d'un mécanisme d'arbitrage entre investisseurs et Etats hôte. Même parmi les juristes, l'arbitrage d'investissement a été pendant longtemps considéré comme une matière très spécialisée, voire « exotique », dont l'importance pratique était souvent déniée. Cela a changé en 2012, quand le groupe d'énergie suédois *Vattenfall* a déposé une demande en arbitrage contre l'Allemagne auprès du CIRDI, demandant plus de 4 milliards d'euros en dommages-intérêts⁴⁰.

La demande d'arbitrage a été fondée juridiquement sur un traité multilatéral de protection des investissements dans le secteur énergétique nommé la *Charte internationale de l'Energie (Energy Charter Treaty, ECT)*⁴¹, et a été introduite à la suite de la décision allemande de sortir du nucléaire après l'accident nucléaire de Fukushima en 2011. L'écho déclenché par l'affaire *Vattenfall II* a rapidement dépassé les cercles de spécialistes en droit international économique, afin de marquer le début d'un débat politique et médiatique passionné relatif à l'arbitrage d'investissement⁴². Cela n'est pas surprenant, étant donné que la sortie du nucléaire est une question qui a, pendant des décennies, marqué la culture politique allemande. L'impression qu'un tribunal arbitral sous l'administration de la Banque mondiale s'arroge la compétence de décider si cette décision prise par un gouvernement démocratiquement élu est légitime ou non, a mis en colère de larges couches de la population. A cela s'ajoute qu'en 2012 également, l'ONG *Corporate Observatory Europe* a publié un rapport intitulé « *Profiting from Injustice* », dénonçant une véritable industrie d'avocats s'enrichissant au détriment du contribuable par le biais de l'arbitrage d'investissement⁴³.

Avec le début des négociations portant sur un traité transatlantique comprenant un chapitre sur la protection des investissements en 2013, l'attention de l'opinion publique par rapport à l'arbitrage international s'amplifie exponentiellement. Et étant donné que le rapport « *Profiting from Injustice* » était un des rares documents de niveau scientifique essayant de rendre accessible à des non-juristes le fonctionnement de l'arbitrage des investissements, l'approche critique du rapport a connu un impact médiatique remarquable⁴⁴. Par conséquent, la majorité de l'opinion publique ainsi qu'une grande partie de la classe politique, y compris le

⁴⁰ Cf. *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, aff. CIRDI No. ARB/12/12, <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/casedetail.aspx?caseno=ARB/12/12>.

⁴¹ Cf. http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/IEC_FR.pdf.

⁴² L'affaire *Vattenfall I*, introduite en 2007 contre l'Allemagne, concernant la réglementation environnementale d'une centrale à charbon, a été réglée à l'amiable.

⁴³ <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>.

⁴⁴ La manière dont le TTIP est critiqué en public a en revanche suscité des réactions doctrinales comme récemment par F. HOFFMEISTER, « Wider die German Angst – Ein Plädoyer für die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) », *Archiv des Völkerrechts*, 2015, pp. 35-67.

ministre de l'économie, remettait en question la légitimité d'un mécanisme d'arbitrage en matière d'investissement.

La constitutionnalité des projets TTIP et CETA ainsi que leur compatibilité avec les droits fondamentaux et l'Etat de droit ont été soumis à plusieurs expertises juridiques commandées par des ONG, par des partis politiques, par des syndicats ou par le ministère fédéral de l'économie. D'un côté, les experts soulignent que le droit international d'investissement ne limiterait pas le droit allemand ou européen⁴⁵ ; de l'autre côté, d'autres remettent en question sa constitutionnalité⁴⁶ ou proposent la mise en place d'une cour permanente d'investissement avec un mécanisme d'appel⁴⁷. En outre, l'approche allemande envers l'arbitrage paraît également ambiguë, tenant par exemple compte du fait qu'une affaire enregistrée auprès du CIRDI en janvier 2015 à l'encontre de l'Espagne, a été introduite par un service public allemand⁴⁸.

B. L'émergence d'une vision européenne du règlement des différends en matière d'investissements

En réponse aux différentes critiques, non seulement de l'Allemagne, la Commission européenne a décidé en janvier 2015 de suspendre les négociations sur l'arbitrage des investissements dans le contexte du traité TTIP et a mis en ligne une consultation publique qui a suscité environ 150.000 réponses, dont la plupart se sont exprimés contre le mécanisme ISDS⁴⁹. Ensuite, fin septembre 2015, la Commission a publié une nouvelle position d'après laquelle les tribunaux arbitraux *ad hoc* devraient être remplacés par une structure juridictionnelle permanente nommée « tribunal de première instance », dont les quinze juges seront nommés par les parties au traité et des Etats tiers. S'inspirant de l'expertise du Professeur

⁴⁵ S. SCHILL, *Rechtsgutachten CETA*, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

⁴⁶ A. FISCHER-LESCANO, *Rechtsgutachten CETA*, <http://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/CETA-Rechtsgutachten.pdf>; GROTH/KAHN, *Rechtsgutachten TTIP*, http://www.bund-naturschutz.de/fileadmin/download/Umweltpolitik/Gutachten_zu_TTIP-Schiedsgerichten.pdf.

⁴⁷ M. KRAJEWSKI, *Vorschlag eines Investitionsgerichtshofs für Industriestaaten*, <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/F/fragen-und-antworten-zum-vorschlag-eines-investitionsgerichtshofs-fuer-industriestaaten-krajewski-gutachten.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

⁴⁸ Cf. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH et al. v. Spain*, aff. CIRDI No. ABR/15/1. La *Stadtwerke München GmbH* appartient à 100 % à la ville de Munich, dont le maire socialiste est président du conseil de surveillance. En 2014, le parti socialiste de Munich s'est ouvertement prononcé contre l'arbitrage d'investissement entre pays disposant d'un système juridique développé. À la lumière de cette position, la requête introduite contre un Etat membre de l'UE paraît politiquement au moins ambiguë. Cf. <http://www.spd-muenchen.de/presse/detail/mitteilung/ttip-und-ceta-muenchner-spd-gegen-schiedsgerichtsverfahren.html>.

⁴⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-3201_fr.htm.

Krajewski⁵⁰, la Commission a également proposé la mise en place d'un « tribunal d'appel », composé de six juges d'origine américaine, européenne et d'Etats tiers.

Les arguments pour et contre ce nouveau système juridictionnel des investissements dans le cadre du TTIP vont certainement inspirer les négociations ainsi que le débat public. Les négociateurs d'outre-Atlantique, qui ont, comme les Européens, jusqu'à présent favorisé le système d'arbitrage *ad hoc*, vont certainement rappeler les coûts et l'impact sur la longueur des procédures d'une telle structure permanente. Etant donné que les frais liés au règlement des différends en matière d'investissement sont déjà considérables, la réalisation de la nouvelle proposition européenne risque de poser des problèmes budgétaires. À la lumière d'une augmentation des frais juridiques ainsi qu'un ralentissement des procédures, il n'est pas exclu que le tribunal d'appel en matière d'investissements risque d'avantage de devenir une institution, qui réserve *de facto* son recours aux entreprises multinationales.

En revanche, un système juridictionnel permanent pourrait développer une jurisprudence constante qui mettrait fin aux décisions contradictoires et contribuerait donc considérablement à la sécurité juridique, dont le manque actuel est un déficit fondamental du mode de règlement des différends. En ce qui concerne les frais juridiques, les gouvernements ou associations industrielles soutenant que la protection des investissements est censé reconforter les PME dans le cadre de leur expansion internationale, pourrait songer à mettre à disposition des fonds d'aide judiciaire, afin d'assurer que ce recours international ne soit pas accessible seulement aux entreprises les plus riches et puissantes. Vu que les Etats-Unis et l'Iran ont, déjà depuis 1981, fait de plutôt bonnes expériences avec l'établissement d'un tribunal international permanent en matière d'investissement à La Haye (« *Iran-United States Claims Tribunal* »)⁵¹, un compromis avec la position américaine actuelle dans les négociations ne semble pas impossible.

En ce qui concerne le processus de nomination des juges, les parties au traité devront se méfier de la tentation qui consiste à nommer exclusivement des experts présumés favorables au défendeur. Une telle pratique endommagerait la crédibilité du nouveau recours juridictionnel et n'arriverait donc pas à gagner la confiance des investisseurs. Étant donné que cela est la *conditio sine qua non* pour renouveler l'investissement international, une approche équilibrée serait souhaitable.

À l'état actuel des négociations dans le cadre du TTIP on peut constater que le débat public allemand concernant l'arbitrage a visiblement influencé la position européenne par rapport au règlement des différends d'investissements. La prochaine étape consiste à intensifier l'échange d'idées afin de développer un cadre juridique qui aidera à promouvoir un développement économique durable, l'objectif ultime du droit international d'investissements.

⁵⁰ Voir note 47.

⁵¹ <http://www.iusct.net>.