

INTRODUCTION

« Imaginons un super-tribunal privé et mondial qui permettrait aux entreprises transnationales de faire plier les nations à leur volonté.

« Envisageons qu'une nation essaie de poursuivre un PDG corrompu ou d'interdire un polluant dangereux. Imaginons qu'une entreprise puisse saisir ce super-tribunal et attaquer le pays entier pour avoir osé interférer avec ses profits, demandant des centaines de millions de dollars, voire des milliards de dollars d'indemnisation.

« Imaginons que ce tribunal soit si puissant que les États-nations doivent le plus souvent céder à ses injonctions comme si elles provenaient de leurs propres hautes cours, sans la possibilité d'interjeter appel. Que ce système fonctionne sans être tenu par ses propres précédents ou un contrôle significatif, gardant le secret sur ses procédures et même bien souvent sur ses décisions. Que les personnes qui rendent les décisions soient très largement des avocats des grandes enseignes occidentales qui ont un intérêt personnel à étendre l'autorité du tribunal parce qu'ils en retirent directement des bénéfices, plaidant un jour devant lui et siégeant de l'autre côté de la barre un autre jour. Que certains d'entre eux poussent l'ironie autoréférentielle jusqu'à se désigner comme "le club" ou "la mafia".

« Et imaginons que les sanctions imposées par ce tribunal soient si écrasantes – et ses décisions si imprévisibles – que certaines nations n'envisagent même pas d'aller au bout du procès, répondant à de simples menaces de poursuites en offrant d'importantes concessions, comme par exemple en remisant leurs propres projets de loi ou en accordant des annulations de peines à des délinquants condamnés.

« Ce système est déjà en place, il opère à l'abri des regards dans des immeubles de bureaux et des salles de conférences à travers le monde entier. Connue sous le nom de règlement des différends investisseur-État, ou RDIE, il est codifié par un vaste réseau de traités qui

gouvernent le commerce international et l'investissement, y compris l'Aléna et l'Accord de partenariat transpacifique¹.»

Ces propos introductifs sont extraits du premier article d'une série d'enquêtes d'un journaliste d'investigation titrée "Global Super Court". Ils attestent l'irruption en fanfare dans le débat public, en l'espace de seulement quelques années, d'une institution juridique qui n'intéressait jusqu'alors que quelques spécialistes pointus de droit international. Il s'agit de l'arbitrage d'investissement, auquel il est souvent fait référence par son acronyme anglais ISDS (Investor-State Dispute Settlement) ou français RDIE (règlement des différends investisseur-État).

Le RDIE permet à des personnes privées, nommées « investisseurs », qui ont réalisé des investissements dans un État étranger, appelé « État hôte », d'agir en responsabilité contre celui-ci devant un tribunal arbitral (composé d'arbitres) lorsqu'elles estiment avoir été les victimes d'une expropriation ou d'un traitement discriminatoire en violation d'un engagement dudit État hôte vis-à-vis de l'investisseur. Apparu dans la décennie 1950 dans un contexte de décolonisation et de guerre froide, le RDIE se voulait une institution destinée à juridiciser les rapports entre États importateurs de capitaux et investisseurs étrangers. D'une part, il se présentait comme une prévention de la tentation du recours à la force armée par les États exportateurs de capitaux dans le cas de vagues de nationalisations et/ou d'expropriations, à l'image de l'intervention franco-anglo-israélienne après la nationalisation par Nasser du canal de Suez. D'autre part, il devait fournir aux investisseurs étrangers une protection contre l'arbitraire de leaders du Sud démagogues (Sukarno, Mobutu) tentés de jouer sur la concurrence entre les grands pouvoirs pour confisquer, voire piller, les avoirs de ressortissants d'anciens pouvoirs coloniaux en instrumentalisant des appareils judiciaires aux ordres.

1. "Global Super Court", Part. 1: The court that rules the world – Chris Hamby – BuzzFeed – Secrets of a global super court – www.buzzfeed.com/chrishamby/super-court?utm_term=.pa0y04l4e#.hr100MIMv (traduction par l'auteur). Voir aussi A. Beattie, "Fear of the Supranational, Arbitration on Trial", *Financial Times*, 3 mai 2017.

Cette institution a opéré à un rythme à la limite de l'insignifiance jusqu'à ce qu'une sentence reconnaissant aux investisseurs le pouvoir d'agir directement contre un État hôte sur la base du seul traité d'investissement ne signe le début d'une véritable « révolution silencieuse » du RDIE à partir du début de la décennie 1990. À compter de cette date, on a en effet pu observer une multiplication des procédures d'arbitrage à l'encontre des États remettant en cause, sous couvert notamment de la notion d'expropriation indirecte, des actes de puissance publique qui n'avaient plus que de très lointains rapports avec les vagues d'expropriations violentes qui avaient suivi les décolonisations. Ainsi, le RDIE est devenu une sorte de justice d'exception au profit exclusif de certains plaideurs – les investisseurs directs étrangers. Connaissant un développement spectaculaire depuis la crise de 2008, cette mutation a été vite remarquée par les organisations de la mouvance altermondialiste comme le symbole de la remise en cause de choix souverains en matière d'environnement et de protection sociale au nom de la marche vers le marché mondial unique et son corollaire, une administration mondiale unifiée.

Le présent ouvrage a pour ambition de montrer que le RDIE est un maillon essentiel de la construction de cette bureaucratie mondiale unifiée opérant en réseau. Nous verrons en effet que la conjonction, d'une part, du régime universel de reconnaissance des sentences et d'exécution forcée de l'arbitrage commercial international et, d'autre part, de la reconnaissance d'un consentement général de l'État à l'arbitrage dans les traités a permis de façonner, pour paraphraser Gus Van Harten et Martin Loughlin, un « véritable droit administratif global² ». En effet, la compétence de droit commun donnée aux tribunaux arbitraux par les traités bilatéraux d'investissement ou les accords de promotion et de protection des investissements expose tout acte de la puissance publique des États susceptible de produire des effets sur les investisseurs à une sorte de contrôle de légalité. Celui-ci s'exerce sous la forme d'un véritable

2. G. Van Harten et M. Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 1, février 2006, p. 122 (traduction par l'auteur) : "The only exemplar of global administrative law, strictly construed, yet to have emerged."

régime de responsabilité des États du fait de leurs actes souverains à l'aune d'une « norme sociale objective » qui est la marche vers un marché mondial unique.

Nous verrons que ce nouveau droit global se distingue du droit international, interétatique, en ce que ses sujets ne sont plus les États, mais des personnes privées, en l'espèce des investisseurs. Cependant, du fait de l'unicité de l'État en droit international, le droit d'action ainsi confié à des investisseurs étrangers ne se limite pas à la catégorie des actes administratifs qui peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge administratif national, mais il s'étend aux actes d'expression de la volonté souveraine par le pouvoir législatif et aux décisions judiciaires étatiques, revenant à donner au plus offrant un pouvoir de décision en dernier ressort sur la légalité des choix effectués par les représentations nationales. Ce régime de responsabilité bénéficie, au travers du RDIE, d'un mécanisme de règlement des différends inédit qui reconnaît à des personnes privées étrangères un pouvoir d'exécution des sentences au travers notamment d'une convention internationale particulière, la convention de Washington, et d'un centre de règlement des différends dédié, le Cirdi (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements).

Dans une première partie, une analyse historique du droit international des investissements nous montrera que, malgré son caractère inédit, le RDIE s'inscrit dans une dialectique immémoriale entre territoire et capital mobile. Cette analyse sera suivie d'une description de l'architecture et du fonctionnement de l'arbitrage d'investissement, ainsi que des normes qu'appliquent les arbitres et des espaces d'interprétation que celles-ci offrent aux arbitres.

Puis, dans une deuxième partie, nous analyserons ce qui fait la force redoutable du RDIE et quels sont ses fondements idéologiques. Enfin, dans une troisième partie, après une analyse des réformes déjà envisagées, nous tenterons de proposer d'autres perspectives de réforme ou d'opposition constructives.

TABLE DES MATIÈRES

> Table des sigles et acronymes	7
---------------------------------	---

INTRODUCTION	9
---------------------	---

PREMIÈRE PARTIE - ÉTAT DES LIEUX : DES ORIGINES DU RDIE À LA DÉNONCIATION DE LA SANCTUARISATION DES DROITS DES INVESTISSEURS	15
---	----

I. ORIGINE ET ÉVOLUTION DU RDIE	17
--	----

> Avant 1945	17
--------------	----

> L'apparition de visions concurrentes du droit de propriété selon une ligne de démarcation Nord/Sud	25
---	----

> Après 1945	27
--------------	----

> L'essor de l'entreprise transnationale contemporaine	31
--	----

> La révolution silencieuse du RDIE : AAPL contre Sri Lanka	33
---	----

> Les conséquences d'AAPL contre Sri Lanka : une vague sans précédent de TBI contenant des clauses de RDIE	35
---	----

> L'échec du multilatéral et la fragmentation par le bilatéral	36
--	----

> Les accords plurilatéraux	39
-----------------------------	----

> L'explosion du contentieux arbitral	40
---------------------------------------	----

> La Chine entre dans le jeu	42
------------------------------	----

> Une fronde de pays émergents contre le RDIE	45
---	----

> Le bilatéralisme des grands ensembles et l'émergence d'une opinion publique occidentale contre le RDIE	46
---	----

II. APERÇU DESCRIPTIF DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS	51
---	----

> La définition de l'investissement	51
-------------------------------------	----

> Les normes de protection et de traitement de l'investissement	54
---	----

> Normes et standards de protection de l'investissement déjà constitué	59
--	----

> Le règlement des différends investisseur-État	66
> Un mode de règlement des différends parfaitement en phase avec l'évolution de la question de l'investissement international	69
III. DE LA PROTECTION À LA SANCTUARISATION DES DROITS DE L'INVESTISSEUR ÉTRANGER : LE RETOUR DES TRAITÉS INÉGAUX	73
> Quand financiarisation rime avec aversion au risque	73
> Une fragmentation bien commode	75
> La notion d'investissement conçue comme un outil de réservation des marchés et de promotion de la mobilité du capital	77
> La reformulation des standards de traitement pour accommoder la logique de l'investissement sans risque au travers de la doctrine des attentes légitimes	78
> Le <i>Regulatory Chill</i> , ou gel de la volonté de régulation	80
> Une assurance tous risques pour les hommes d'affaires corrompus contre les révolutions et la colère des populations	81
> Des principes d'indemnisation hors de toute proportion	83
> Une qualité à agir exclusive au profit de l'investisseur et une grande flexibilité de <i>Treaty Shopping</i>	86
> « Soit pour loi » : le RDIE, ou la consécration de l'entre-soi et de la <i>rule of law of exception</i>	90
IV. LA FINANCIARISATION DU RDIE PAR LE <i>THIRD PARTY FUNDING</i>	95
<hr/>	
DEUXIÈME PARTIE - LE DROIT DES INVESTISSEMENTS, PIERRE ANGULAIRE DE LA CONSTITUTIONNALISATION DE L'ÉTAT MONDIAL	105
<hr/>	
V. LE RDIE : ORGANE DE CONSTRUCTION DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL	109
> L'essor du RDIE s'inscrit dans une mondialisation financière	111
VI. LES RESSORTS IDÉOLOGIQUES DU RDIE : UNE SOUMISSION BUREAUCRATIQUE PRÉSENTÉE COMME UNE AVANCÉE DES DROITS DE L'HOMME	121
> La dynamique du droit cosmopolite et l'État	121

> La norme sociale objective et le gouvernement en réseau	124
> La place de l'entreprise transnationale dans le nouveau constitutionnalisme mondial	126
<hr/>	
TROISIÈME PARTIE - QUELLES PROPOSITIONS POUR L'AVENIR ?	135
<hr/>	
VII. LES SOLUTIONS SUR LA TABLE	143
> Réformes de fond : vers un droit de l'investissement socialement et écologiquement responsable	143
> Réformes procédurales du système de règlement des différends	149
VIII. UN DROIT DE L'INVESTISSEMENT DÉTACHÉ DE L'HORIZON DU DÉVELOPPEMENT	157
> Une déconstruction d'institutions juridiques au service de l'idéal développementaliste	160
> Le dégagement par la construction d'espaces préfiguratifs de démocratie	165