

l'assujettissement des nations

Renaud Beauchard
avec la collaboration de Sarah Albertin

L'ASSUJETTISSEMENT DES NATIONS

*Controverses autour du règlement des différends
entre États et investisseurs*

ÉDITIONS **Charles Léopold Mayer**

38 rue Saint-Sabin 75011 Paris
Tél. : 01 43 14 75 75/www.eclm.fr

Maison d'édition de la Fondation Charles Léopold Mayer pour le progrès de l'homme (www.fph.ch), les **Éditions Charles Léopold Mayer** (ECLM) offrent un service éditorial aux acteurs de la transition écologique, sociale et économique. Elles éditent ainsi des ouvrages qui doivent leur permettre de développer, mettre en forme et diffuser leur plaidoyer, autour de quatre grands thèmes : transition vers des sociétés durables, gouvernance légitime et coopérations régionales, éthique et responsabilité, information citoyenne. Les ECLM sont membres de la Coredem (Communauté de sites ressources pour une démocratie mondiale, www.coredem.info), et de l'Alliance internationale des éditeurs indépendants (www.alliance-editeurs.org).

Vous trouverez des compléments à cet ouvrage sur le site de la maison d'édition : www.eclm.fr

L'auteur tient à remercier très chaleureusement la Fondation Charles Léopold Mayer de son soutien.

Il remercie aussi, pour la source d'inspiration et d'encouragement qu'ils représentent, Antoine Garapon et William A. Lovett. Enfin, il remercie Amélie Canonne et Anne-Lorraine Bujon pour l'impulsion qu'elles ont donnée à ce livre et Édouard Jourdain pour sa relecture des différentes versions du manuscrit

© Éditions Charles Léopold Mayer, 2017

Essai n° 218

ISBN : 978-2-84377-199-6

Mise en pages : La petite Manufacture – Delphine Mary

Conception graphique : Nicolas Pruvost

Les auteurs

Renaud Beauchard est consultant indépendant, avocat et professeur associé à American University (Washington, DC). Après avoir exercé la profession d'avocat en France, il a repris des études de droit à la Nouvelle-Orléans où, ouragan Katrina oblige, il a expérimenté la condition de réfugié climatique et été aux premières loges pour observer les excès de la société américaine pendant la décennie 2000, au moment de la montée vers la crise de 2008. Il réside actuellement dans l'agglomération de Washington où il tire profit de ses missions en Afrique pour la coopération américaine et la Banque mondiale pour soumettre le discours et les pratiques des organes de gouvernance mondiale à la critique. Collaborateur depuis 2011 de l'Institut des hautes études sur la justice et partie prenante au projet Amicus Curiae, il est l'auteur de plusieurs articles et rapports dans diverses publications dont la revue *Esprit* ou les *Potomac Papers* de l'IFRI (Institut français des relations internationales) sur l'aide au développement, la colère de l'Amérique d'en bas, la corruption, les défis africains.

Avocate et juriste de formation, **Sarah Albertin** est spécialisée en droit européen et en droit pénal. Elle est actuellement secrétaire générale d'Amicus Curiae où elle codirige les projets et travaille également pour l'Institut des hautes études sur la justice où elle coordonne le programme sur la régulation du droit global et de la mondialisation. Avant cela, elle a eu plusieurs expériences professionnelles dans des cabinets d'avocats, en pénal et droit des affaires, à Paris et à New York.

Amicus Curiae est une association internationale créée en mars 2016, administrée et animée par une équipe de juristes, politistes, économistes. Issue de l'Institut des hautes études sur la justice, l'association a pour objet de contribuer à la production et à la circulation d'informations, d'analyses et d'opinions sur la globalisation du droit et de ses pratiques, en vue d'élargir la connaissance et les capacités des différents acteurs à agir ensemble pour une mondialisation plus équilibrée.

TABLE DES SIGLES ET ACRONYMES

AAPL	Asian Agricultural Products Ltd
AIIB	Asia Infrastructure and Investment Bank
Aléna	Accord de libre échange nord-américain
AMI	Accord multilatéral sur l'investissement
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
BEE	Black Economic Empowerment
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement (Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne)
Cirdi	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNPC	Chinese Nationale Petroleum Corporation
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
DCF	Discounted Cash Flow
EIC	East India Company
GATS	Accord général sur le commerce des services
ICS	Investment Court System
IDE	Investissement direct étranger
IIDD	Institut international du développement durable
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
MERCOSUR	Marché commun sud-américain
MIC	Mesures concernant les investissements et liées au commerce
NOEI	Nouvel Ordre économique international
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
OMC	Organisation mondiale du commerce
RDIE	Règlement des différends investisseur/État

L'ASSUJETTISSEMENT DES NATIONS

TAFTA	Transatlantic Free Trade Agreement
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TRIMs	Trade-Related Investment Measures (Mesures concernant les investissements et liées au commerce)
TPF	Third Party Funding
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership (Traité transatlantique d'investissement et de libre-échange)
VOC	Vereenigde Oost-Indische Compagnie

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.

PREMIÈRE PARTIE

ÉTAT DES LIEUX : DES ORIGINES
DU RDIE À LA DÉNONCIATION
DE LA SANCTUARISATION DES
DROITS DES INVESTISSEURS

I. ORIGINE ET ÉVOLUTION DU RDIE

L'objet RDIE est apparu formellement dans la décennie 1950, au moment des décolonisations, et n'a connu de réelle vigueur qu'à partir de la décennie 1990. Cependant, les racines de l'institution du RDIE remontent bien plus loin que l'économie mondialisée dans laquelle nous vivons, et le droit international contemporain des investissements s'inscrit dans la droite ligne de protection des intérêts commerciaux privés qui a présidé à la création du droit international moderne. C'est donc une analyse sur le temps long que nous proposons dans le chapitre qui suit, au travers d'une brève histoire du droit international des investissements.

AVANT 1945

Il est difficile de véritablement parler d'un droit international de l'investissement au sujet de la période prémoderne. Certes, les échanges transfrontaliers ont toujours existé et la pratique de l'investissement direct à l'étranger est connue depuis le Moyen Âge, comme en témoignent l'établissement des marchands vénitiens dans la colonie de Galata, à Constantinople, ou la pratique d'extraterritorialité des échelles du Levant qui désignent les ports et les villes de l'Empire ottoman situés au Proche-Orient ou en Afrique du Nord, pour lesquels le sultan avait renoncé à certaines de ses prérogatives, notamment en matière juridique, en faveur de négociants français. Pourtant, durant la période prémoderne ou plus précisément précapitaliste, la protection des investissements étrangers relevait du domaine de la faveur accordée à des marchands étrangers et non du droit international, et se présentait comme un prolongement de la condition des étrangers, laquelle relevait du *jus gentium*. Cette idée, confusément traduite en français par « droit des gens », remonte au droit romain et désigne tous les droits qui ne

relèvent pas du droit civil ou politique, c'est-à-dire du droit interne à la cité. Ce vocable était défini négativement afin de souligner son extériorité par rapport au corps politique et il incluait, tantôt simultanément, tantôt séparément, le droit international (c'est-à-dire le droit interétatique, essentiellement le droit de la paix), mais aussi, pour paraphraser le philosophe Pierre Manent, « le droit des êtres humains en tant qu'êtres humains indépendamment de leur appartenance politique » (le droit de l'étranger, par exemple) ainsi que le droit relevant des institutions communes à tous les peuples (par exemple, le droit général de la famille).

C'est véritablement à l'ère moderne que ces pratiques commencent à devenir significatives, notamment avec l'apparition des premières grandes sociétés par actions : la Compagnie britannique des Indes orientales (East India Company – EIC) et la Compagnie néerlandaise des Indes orientales (Vereenigde Oost-Indische Compagnie – VOC). C'est en effet à la lumière du développement d'un commerce au loin fondé sur des monopoles et de la question du contrôle sur le capital mobile à partir de la naissance du capitalisme dans les cités d'Italie du Nord au ^{xiv}^e siècle que nous devons analyser l'évolution vers un droit international de l'investissement.

Il est important de resituer le problème de la mobilité du capital en s'appuyant sur la distinction établie par l'économiste et sociologue Giovanni Arrighi entre les deux stratégies alternatives de formation de l'État qui se mettent en place à l'aube de la modernité : la stratégie territoriale et la stratégie capitaliste¹. Dans la première, le contrôle sur les territoires et la population est la finalité poursuivie, celui exercé sur le capital mobile en est le moyen. Selon cette stratégie, maîtriser les flux de capitaux sert un objectif de conquête territoriale. À l'inverse, dans la stratégie capitaliste, la relation entre les fins et les moyens est inversée : le contrôle sur le capital mobile est la finalité et celui sur les territoires et les populations en est le moyen. L'exemple typique d'un pouvoir poursuivant une stratégie territoriale est Venise, tandis que Gênes est l'archétype d'une puissance poursuivant une stratégie capitaliste. On peut

1. G. Arrighi, *The Long Twentieth Century: Money, Power and the Origins of Our Times*, Londres/New York, Verso, 1994, réédition actualisée, 2010.

dire avec Arrighi que l'histoire du capitalisme est tout entière marquée par une dialectique d'affrontement entre ces deux stratégies avec une alternance des phases d'expansion matérielle du capital (initiées par la puissance poursuivant la stratégie capitaliste) qui s'achèvent sous l'effet de la surconcurrency (des puissances territoriales) pour faire place à des phases d'expansion financière (symptôme de la transformation de l'hégémon capitaliste en un empire et annonce de son déclin²). Leur éclatement précipite ensuite l'économie-monde dans une période de chaos interétatique au cours de laquelle surviennent des crises qui viennent menacer les pouvoirs souverains de l'intérieur (guerres de religion, révolutions successives entre 1776 et 1848, les deux guerres mondiales au xx^e siècle). Les époques suivantes voient les souverains renoncer à la violence entre eux en établissant des systèmes d'équilibre des pouvoirs, sous la houlette d'un nouvel hégémon poursuivant une stratégie capitaliste sur un ensemble de plus en plus vaste (Gênes, en association avec les souverains ibériques, les Provinces-Unies, le Royaume-Uni, les États-Unis).

La protection de la propriété des étrangers a joué un rôle très important dans l'équilibre des pouvoirs, comme on peut l'observer à partir de l'exemple de la paix westphalienne, qui avait un but social en plus de son but politique. Alors que le système de pouvoir institué par le traité de Westphalie légitimait les droits absolus des États sur des territoires mutuellement exclusifs, le principe était établi que les populations civiles ne prenaient aucune part aux conflits entre souverains. La plus importante conséquence de ces arrangements concernait le commerce. Dans les traités suivant la paix de Westphalie, une clause était insérée à l'effet de restaurer

2. Comme l'explique l'anthropologue David Graeber, en se fondant sur Arrighi, le passage de l'hégémon à l'empire s'est réalisé de la même façon au cours des cinq derniers siècles : « Ils [les empires] se développent comme puissance industrielles, puis se transforment graduellement en puissances financières, alors que le système bancaire devient le principal axe de vitalité économique. En pratique, cela signifie que l'empire se fonde toujours un peu plus sur l'extorsion pure et simple, sauf si l'on est prêt à croire (comme le voudraient les grands économistes) que les nations du monde envoient aux États-Unis leur richesse, comme elles le faisaient pour la Grande-Bretagne dans les années 1890, parce qu'elles sont émerveillées par le génie de ses instruments financiers » (D. Graeber, *Comme si nous étions déjà libres*, traduit de l'anglais par Alexie Doucet, Montréal, Lux, 2013, p. 105).

la liberté du commerce en abolissant les barrières au commerce international instituées lors de la guerre de Trente Ans. Des accords introduisaient des règles pour protéger la propriété et les affaires des non-combattants nationaux issus des pays avec lesquels un État avait conclu un traité de paix ou une alliance. La limitation des représailles dans les intérêts du commerce, typiques des cités d'Italie du Nord, faisait donc son chemin dans les normes et les règles du système européen d'États-nations. C'est, du reste, ce qu'a théorisé Emmanuel Kant dans son essai *Vers la paix perpétuelle* (1795), dans lequel il a conçu une fédération interétatique défensive qui reposait sur un droit cosmopolitique restreint à la seule question des conditions de l'« hospitalité universelle ». Dans le seul article consacré au droit cosmopolite, l'essai proclamait un « droit de visite » qu'il définissait comme le « droit qu'ont tous les hommes de demander aux étrangers d'entrer en société avec eux, droit fondé sur la possession commune de la surface de la terre³ ».

Les grandes entreprises transnationales ont joué un rôle prééminent dans cette histoire dont nous devons resituer l'évolution. Au départ, ces entités, à l'image des sociétés par actions des xvii^e et xviii^e siècles (l'EIC britannique et la VOC hollandaise), étaient encore à moitié détenues par le gouvernement. Par la nature hybride de leur actionnariat, elles agissaient à la fois comme État et comme capital, se voyant confier par leurs gouvernements respectifs le pouvoir exceptionnel de négocier et de conclure des traités commerciaux, d'écrire la loi et de rendre la justice sur les terres qu'ils contrôlaient, ainsi que celui de recourir à la force lorsque l'intérêt de l'empire était menacé. Dotées de pouvoirs souverains, ces grandes compagnies, en particulier l'EIC et la VOC, ont donc à la fois négocié des concessions (le monopole de l'activité sur certaines zones ou certains secteurs économiques) et établi des comptoirs régis d'après les lois de leurs métropoles respectives. La façon dont ces grandes compagnies ont intégré la dialectique territoire/capital est très bien expliquée par Kate Miles dans son ouvrage *The Origins of International Investment Law* à propos de la VOC, qui se considérait essentiellement comme une

3. E. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, Paris, Garnier-Flammarion, 1991, p. 94.

entreprise commerciale, mais qui a commencé à annexer des territoires pour préserver des opportunités de commerce et d'investissement⁴. La stratégie de la VOC peut être résumée ainsi : « Les droits territoriaux étaient perçus comme asservis à son système mercantile. Pour se ménager un monopole sur le commerce des épices, la VOC devait conquérir les îles aux épices. Pour sécuriser les îles aux épices, elle devait établir une base pour son commerce maritime. Pour sécuriser cette base, elle devait annexer et régir les territoires environnants en exerçant des pouvoirs souverains⁵. » Cet exemple aide à comprendre le grand rôle qu'ont joué ces compagnies dans le développement du droit international, comme l'atteste d'ailleurs le fait qu'Hugo Grotius, le théoricien de la « juste guerre » et le père du droit international, ait été un conseiller de la VOC. Cela mérite d'être souligné, car Grotius, qui avait légitimé le droit de prise d'un navire portugais et la confiscation de son chargement par les navires de la VOC, a véritablement façonné l'idée que la propriété et les obligations contractuelles étaient des règles de droit sans frontières qui devaient être reconnues partout dans le monde et que le commerce avait besoin de règles communes, fondées sur le respect des contrats et mises en œuvre par des tribunaux efficaces et justes⁶. Comme l'explique Ileana Porras, ce sont en effet les affrontements armés entre les grandes compagnies de navigation qui ont conduit à la création du droit international moderne pour justifier la protection par l'État d'intérêts commerciaux privés. Ce faisant, Grotius a élevé la protection du commerce au niveau de l'identité nationale afin de s'assurer, pour paraphraser Kate Miles, que les trajectoires de la guerre, du commerce et du développement du droit international soient désormais inextricablement liées⁷. Ces justifications théoriques ont

4. K. Miles, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 33 sqq.

5. J. Ball, *Indonesian Legal History*, p. 5 (traduction par l'auteur), cité dans Miles, *ibid.*, p. 37.

6. Au fur et à mesure que l'on avance dans l'histoire du droit des investissements, la notion de justice devient de plus en plus synonyme de justice hors-sol.

7. Voir I. M. Porras, "Constructing International Law in the East Indian Seas: Property, Sovereignty, Commerce and War in Hugo Grotius' *De Iure Praedae* - The Law of Prize and Booty, or 'How to Distinguish Merchants from Pirates'", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 31, n° 3, 2006, p. 802-804, cité dans Miles, *The Origins of International Investment Law, op. cit.*, p. 36-37.

conduit à l'idée que la liberté de commercer au-delà de ses frontières était un « droit » dont la protection justifiait l'usage de la force⁸. Dès lors, un refus de la part d'une nation (non européenne) de commercer ou de permettre à des ressortissants européens de pratiquer des activités commerciales sur son territoire était considéré comme hostile et, partant, justifiait des représailles militaires⁹.

La menace représentée par la puissance militaire des nations européennes a conduit des États économiquement forts mais militairement faibles et n'ayant pas de colonies à l'étranger à mettre en place de nouveaux instruments destinés à protéger juridiquement leurs avoirs à l'étranger. C'est alors que se développent, sous l'impulsion de la jeune nation américaine, les traités « d'amitié, de commerce et de navigation », dont le premier modèle a été écrit par nul autre que John Adams¹⁰. À la fois accords militaires et commerciaux, dotant les signataires de préférences commerciales réciproques et spécifiques, ils instituaient un régime de protection pour l'investisseur étranger fondé sur un traitement égal à celui des nationaux et garanti par l'accès aux tribunaux de l'État hôte. Ils introduisaient aussi des standards de protection, comme celui du traitement juste et équitable et, plus tard, celui de la nation la plus favorisée. Ils préfiguraient ainsi les traités bilatéraux d'investissement contemporains. Le premier de ces accords a été signé en 1778 entre les États-Unis et la France pour marquer leur alliance face à l'Empire britannique lors de la guerre d'indépendance. Par la suite, les États-Unis ont multiplié ce type de traités dans la seconde moitié du XVIII^e siècle et tout au long du XIX^e siècle, alors qu'ils devenaient progressivement exportateurs de capitaux.

La conclusion à répétition de ces traités a eu pour effet de créer un réseau de mesures de protection réciproques formant un cadre pour la protection internationale du capital étranger appelé à

8. On notera au passage l'analogie intéressante entre ce discours reposant sur un « droit » d'avoir recours à l'intervention armée pour garantir le commerce au loin et le fait que les partisans d'un droit d'ingérence humanitaire sont aussi les plus ardents défenseurs d'un État mondial unifié (Bernard Kouchner, Bernard-Henri Lévy, Tony Blair, Bill Clinton, Jacques Attali, etc.).

9. Voir Miles, *The Origins of International Investment Law*, *op. cit.*, p. 23-24.

10. Voir K. Vandeveld, *Bilateral investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 19.

devenir le droit international des investissements. Cependant, avec la colonisation, l'extension des principes contenus dans ces traités s'est traduite par la pratique des « traités inégaux ». À l'origine conclus sur un pied d'égalité formelle entre états, ces accords devenaient de plus en plus déséquilibrés à mesure des démonstrations de force des puissances militaires occidentales. En effet, celles-ci aboutissaient à des concessions de plus en plus inégales pour les « partenaires » non européens, à l'exemple de celles accordées par la Chine au Royaume-Uni, aux États-Unis et à la France entre 1840 et 1860. À force de telles concessions, les traités en venaient à instituer des droits non réciproques et des zones entières où les ressortissants de la puissance coloniale jouissaient de droits extra-territoriaux, c'est-à-dire que leurs propriétés échappaient au droit local et demeuraient régies par le droit de la métropole coloniale, selon ce qu'on a nommé le régime de l'autorité consulaire exclusive.

Dans ce contexte, et jusqu'à la vague récente des traités bilatéraux d'investissement (TBI), la protection des investissements reposait sur ce qu'on appelait la protection diplomatique. Toujours en vigueur, celle-ci est le droit pour un individu de demander la protection de l'État dont il a la nationalité en cas de différend avec un État étranger si celui-ci le traite (lui ou ses biens) d'une façon non conforme au droit international. Il s'agit alors d'un « standard minimal » que se doit de respecter tout État vis-à-vis des étrangers sur son sol. Ce standard, consacré par le droit international coutumier, garantit aux étrangers un système de justice juste et efficace résumé par la formule suivante d'Elihu Root :

« Il existe un standard de justice, très simple et fondamental, et qui fait l'objet d'une acceptation universelle de la part de toutes les nations civilisées, au point qu'il est devenu partie intégrante du droit international général. Tout État peut mesurer la justice qu'il accorde à ses propres nationaux ; mais c'est à la condition que son système juridique se conforme à ce standard général. Lorsque le système juridique de tel ou tel pays ne se conforme pas à ce standard, et même si ses nationaux vivent, de gré ou de force, sous son emprise, aucun autre pays n'est en revanche tenu de considérer que ce système juridique fournit une base satisfaisante pour le traitement de ses propres nationaux¹¹. »

11. E. Root, "The Basis of Protection of Citizens Residing Abroad", *American Journal of International*

En cas d'enclenchement de la protection diplomatique, la difficulté était que le différend entre un investisseur (personne morale ou personne physique) et un État se transformait en un différend interétatique et, partant, débouchait sur un règlement politique. Le plus souvent, le différend se réglait par la négociation ou éventuellement par l'arbitrage, au sens strict du terme, d'un tiers, souvent un chef d'État ; sans oublier le recours à la force. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, ce mode de règlement était le plus courant. Mais les limites de ce système en matière d'investissement, dues au caractère inégal des traités l'instituant, sont vite apparues : discrétion de l'État d'origine pour enclencher la protection diplomatique ou la lui refuser, inutilité de la potentielle réparation davantage dirigée vers l'État que vers son ressortissant, inégalité des rapports de force interétatiques.

Un des moyens envisagés sous l'empire de la protection diplomatique pour assurer la protection des investissements étrangers a été celui des commissions mixtes. Elles sont apparues dans le contexte de la guerre d'indépendance des États-Unis afin de régler les différends liés à l'indemnisation des ressortissants américains et britanniques, leur présidence étant confiée à un « surarbitre » ressortissant d'un État tiers. Toutefois, leurs décisions devaient ensuite faire l'objet d'un accord entre les deux États, ce qui laissait encore place à l'interétatique dans le règlement du différend. Ces commissions et tribunaux *ad hoc* (environ une soixantaine entre 1840 et 1940) constituent sans aucun doute les ancêtres des tribunaux arbitraux investisseur-État contemporains¹². Toutefois, il existe une différence

Law, 1910, p. 517, 522-523 ; cité en français dans D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2013 (5^e éd.), n° 1318.

12. Le premier traité d'amitié, de commerce et de navigation à avoir institué le recours à l'arbitrage est celui conclu entre la Grande-Bretagne et les États-Unis en 1794 (*Jay Treaty*), lequel instituait des commissions mixtes pour juger les différends concernant la délimitation des frontières et les réclamations de citoyens britanniques ou américains dont la propriété avait été saisie ou endommagée durant la guerre d'indépendance. Ces commissions pouvaient être saisies à l'initiative des États et de personnes privées. On pourra aussi citer le tribunal des United-States-Mexican Mixed Claims, qui a traité plus de deux mille affaires entre 1871 et 1876. Ou encore le compromis d'arbitrage désignant Napoléon III en qualité d'arbitre pour régler le différend en 1864 entre l'Égypte et la Compagnie universelle du canal de Suez de Ferdinand de Lesseps, laquelle contestait des changements légaux intervenus après le lancement du projet et réclamait d'importantes indemnités compensatoires.

majeure entre ces commissions et tribunaux mixtes par rapport au RDIE contemporain sur le modèle du Cirdi. Ils ont toujours été constitués pour répondre à un événement historique bien déterminé (par exemple, la révolution iranienne dans le cas du tribunal irano-américain), c'est-à-dire pour répondre à des exactions et à des plaignants bien identifiés ou identifiables. Le consentement de l'État à ces commissions était rétrospectif et non prospectif, comme dans les traités contemporains touchant à l'investissement international.

L'APPARITION DE VISIONS CONCURRENTES DU DROIT DE PROPRIÉTÉ SELON UNE LIGNE DE DÉMARCATIION NORD/SUD

On peut dire qu'un consensus s'est développé au XIX^e siècle en faveur du traitement national de l'investisseur étranger, de la protection diplomatique et du paiement d'une juste et prompte compensation. Toutefois, ce consensus a volé en éclats au moment de la révolution russe, avec la remise en cause totale de la propriété privée par le régime soviétique qui a donné lieu à des accords d'indemnisation forfaitaire et n'a pas permis de dégager de principe juridique permettant un nouveau consensus.

C'est véritablement là qu'on voit naître la grande controverse, qui demeure irrésolue aujourd'hui, du droit international des investissements. Celle-ci repose essentiellement sur deux visions concurrentes du droit de propriété, notamment outre-Atlantique. Les États-Unis incarnaient la vision individualiste inspirée de John Locke qui tend à voir la propriété comme un droit subjectif exclusif¹³. À l'inverse, le Mexique défendait une conception de la propriété

Voir aussi les affaires précédant la Première Guerre mondiale exposées par Kate Miles dans *The Origins of International Investment Law*, *op. cit.*, p. 55 *sqq.*

13. On verra plus loin que c'est une version dopée de la théorie lockéenne de la propriété qui fait aujourd'hui figure de dogme dans le droit international de l'investissement sous l'effet de l'influence de la théorie des droits de propriété imposée par le mouvement Law & Economics.

résumée par la célèbre formule de Léon Duguit : « Mais la propriété n'est pas un droit ; elle est une fonction sociale¹⁴. »

Cette conception de la propriété comme une fonction sociale a donné en droit international la fameuse doctrine Calvo, du nom d'un célèbre juriste argentin, formulée dans les années 1870, qui établit qu'en droit international les étrangers n'ont pas de droits plus importants que ceux des citoyens du pays hôte et que la juridiction compétente dans un conflit international lié à l'investissement est celle du pays d'accueil. Cette doctrine avait essentiellement pour objet de délégitimer le recours à la protection diplomatique et son prolongement nommé « diplomatie de la canonnière » (*cannon-ball diplomacy*), laquelle consistait à tirer depuis la mer au canon sur les côtes des États qui refusaient de payer leurs dettes financières. Inscrite dans la Constitution de plusieurs pays latino-américains (Mexique, Bolivie, Nicaragua, Cuba, Argentine, par exemple), elle a été prolongée par la doctrine Drago¹⁵ (1902), qui établit qu'un pays étranger ne peut utiliser la force pour recouvrer une dette publique, et ce, tant qu'un arbitrage n'a pas été tenté.

Un épisode particulièrement important de cette dialectique s'est joué au moment de la réforme agraire engagée par le Mexique durant les années 1930 et la vague de nationalisations des intérêts pétroliers détenus par des intérêts américains. C'est dans le cadre de ce précédent que s'est cristallisé ce qui devait devenir la ligne de fracture entre pays du Nord et pays du Sud après la décolonisation. Par la voix du secrétaire d'État américain Cordell Hull, les États-Unis, tout en reconnaissant le droit du gouvernement mexicain de nationaliser la propriété, insistaient pour qu'une compensation

14. On trouvera une parfaite transposition, toujours en vigueur, de la théorie de la propriété fonction sociale dans l'article 27 de la Constitution mexicaine de 1917 :

« La propriété de la terre et des choses figurant dans les limites du territoire national appartient originellement à la Nation, qui a eu et continue d'avoir le droit de transférer la propriété à des personnes privées, créant de ce fait la propriété privée.

« Les expropriations ne peuvent être effectuées que pour des motifs d'utilité publique et moyennant compensation.

« À tout moment, la Nation dispose du droit d'imposer sur la propriété privée des restrictions dans l'intérêt du public, ainsi que celui de réglementer l'exploitation des ressources naturelles susceptibles d'appropriation afin de les conserver et de redistribuer équitablement la richesse publique. »

15. Luis María Drago, juriste et homme politique argentin.

« prompte, adéquate et effective » soit demandée dans tous les cas d'expropriation d'étrangers¹⁶. À l'inverse, le Mexique posait le droit souverain d'un État de contrôler ses propres ressources naturelles et l'absence de règles de droit international imposant une obligation de paiement d'une compensation intégrale dans le cas de mesures généralisées comme celles impliquées par une réforme agraire. Toutefois, le conflit entre ces deux conceptions n'a pas été tranché, les accords intervenus entre le Mexique et les États-Unis ayant été réglés au cas par cas par des accords globaux d'indemnisation forfaitaire (*lump-sum agreements*), c'est-à-dire des accords prévoyant une indemnisation payée directement d'État à État, sur une base forfaitaire, pour un montant représentant seulement une fraction de la valeur des biens en cause et tenant compte de la capacité de l'État à payer.

APRÈS 1945

Dans la foulée des décolonisations qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale et le début de l'ère de l'hégémonie américaine, les anciennes puissances coloniales ont trouvé dans la formulation américaine une solution commode et les pays du Sud ont emboîté le pas aux pays d'Amérique latine. S'en sont suivies quatre périodes jusqu'à la situation contemporaine.

Dans la première phase, de nombreuses nationalisations sont survenues à la fois dans les nations faisant partie de l'orbite soviétique et dans les pays non alignés, dont les plus retentissantes ont été la vague d'expropriations des avoirs des Néerlandais en Indonésie en 1958-1959, la nationalisation de la compagnie pétrolière anglo-iranienne en 1951 et celle du canal de Suez par l'Égypte en 1956. Celles-ci ont donné lieu à des interventions politiques d'anciens pouvoirs coloniaux et de leurs alliés (occupation momentanée du canal de Suez par les troupes françaises, britanniques et israéliennes dans l'affaire de Suez, renversement du gouvernement de Mossadegh par les États-Unis et la Grande-Bretagne, et installation du règne brutal

16. Voir A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2003, p. 397 sqq.

du chah d'Iran). Comme la crise mexicaine et les suites de la révolution russe, la plupart de ces cas ont fait l'objet d'accords d'indemnisation forfaitaire et ni la doctrine Hull, ni la doctrine Calvo, ni la solution soviétique ne se sont pleinement imposées.

Une des réactions des Occidentaux à cette vague de nationalisations a été l'adoption de la convention de Washington créant le Cirdi en 1966, signe d'une volonté de dépolitiser les conflits liés à l'investissement. Cependant, le Cirdi ne définit aucune substance de protection des investisseurs et se contente de donner un lieu, une institution ainsi qu'une procédure et un règlement pour que ses membres appliquent ensuite les normes agréées, y compris celles contenues dans les traités bilatéraux d'investissement encore à une phase embryonnaire.

En outre, en 1967, les pays membres de l'OCDE ont établi la Convention sur la protection de la propriété étrangère, qui reprenait l'approche du standard minimal de traitement. Le texte introduisait la notion de « traitement juste et équitable » (voir chapitre 2). Demeuré à l'état de projet, cet instrument n'a pas été formellement adopté, mais il a fourni la matrice d'un grand nombre de traités bilatéraux d'investissement à venir.

Ces réactions ont été concomitantes d'une nouvelle stratégie des pays du Sud du groupe des non-alignés constitué lors de la conférence de Bandung en 1955. Profitant de leur supériorité numérique aux Nations unies, ils ont essayé de promouvoir *via* l'ONU des normes de compensation des investisseurs étrangers selon les lignes de la doctrine Calvo. Inaugurée en 1962 par une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies proclamant la « souveraineté permanente [des peuples] sur les ressources naturelles », cette stratégie a connu son point culminant en 1975 avec l'adoption de la Charte des droits et des devoirs économiques des États conçue dans le but de parachever l'avènement du « nouvel ordre économique international » (NOEI). Toutefois, ces victoires symboliques à l'ONU ont été de courte durée en raison du développement des traités bilatéraux d'investissement qui devaient fonder un nouveau paradigme. Celui-ci postulait la juridicisation des rapports entre États et investisseurs au moyen de traités dotés, à l'opposé des résolutions adoptées dans le cadre du NOEI, d'une force contraignante. Et ce sont les rapports entre l'Europe et les États-Unis dans la seconde

moitié de la décennie 1960 jusqu'en 1971 qui ont contribué à créer les conditions propices pour qu'un certain nombre d'États défendant le NOEI prennent eux-mêmes part à cette juridicisation.

En effet, la troisième phase a été marquée par le développement, au cœur de la City de Londres, du marché totalement dérégulé des eurodollars, puis par l'afflux dans les banques américaines et européennes des pétrodollars des monarchies du golfe Persique. Ces dollars à profusion dans les caisses des banques européennes ont eu pour effet qu'un grand nombre de pays impliqués dans le NOEI ont adopté des pratiques divergentes de leurs positions défendues à l'ONU et se sont lancés dans des politiques visant à attirer les investissements directs étrangers (IDE), notamment par la conclusion de TBI. L'apparition des TBI constitue une réponse au conflit entre États exportateurs et États importateurs de capitaux sur le contenu du droit international de l'investissement. Cette apparition est en outre contemporaine de la conclusion de nombreux contrats d'État entre une entreprise privée, souvent occidentale, et un État, souvent un pays en voie de développement, en particulier dans le secteur des mines et des hydrocarbures, qui comportaient une clause compromissoire, c'est-à-dire un recours possible au mécanisme d'arbitrage. Cependant, le droit applicable en la matière restait, sauf accord entre les parties, celui de l'État d'accueil, souvent défavorable à l'investisseur, voire à l'origine du litige. Face à l'impossibilité de parvenir à un consensus sur le contenu du droit international de l'investissement, les pays développés ont favorisé la conclusion de traités bilatéraux contenant des dispositions relatives à la protection des investissements étrangers à la fois substantielles et procédurales, donnant ainsi naissance au droit global – c'est-à-dire extraterritorial – de l'investissement.

Le premier TBI contemporain a été signé entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959. Considéré comme l'événement donnant naissance au droit contemporain de l'investissement international, ce traité est un document court qui énonce la substance des protections octroyées aux investisseurs des deux pays signataires, mais il ne comprend pas de mécanisme de règlement des différends investisseur-État. D'autres accords internationaux similaires ont été adoptés jusqu'à la fin des années 1960, impliquant la plupart des pays occidentaux, dont la France à partir de 1960, mais seulement

soixante-quinze d'entre eux ont été signés au cours des dix années suivantes, moins de sept par an, soit un phénomène mineur.

Le premier accord bilatéral contenant un mécanisme d'arbitrage investisseur-État a été signé entre les Pays-Bas et l'Indonésie en 1968, trois cent cinquante ans après l'expérience pionnière de la VOC sur les mêmes terres. En 1969, le Cirdi a proposé un modèle type de TBI, et le premier mécanisme d'arbitrage contemporain a été inclus dans l'accord signé entre l'Italie et le Tchad la même année.

Une centaine d'accords de ce type seulement a été signée dans les dix années suivantes, car les pays en développement ont montré peu d'enthousiasme en raison, d'une part, d'une méfiance vis-à-vis de ces outils conçus par l'Occident et, d'autre part, parce que, du fait de l'abondance de l'aide publique et de la surabondance de pétrodollars en circulation à partir du premier choc pétrolier, ils avaient un accès presque illimité à du capital prêté par les banques occidentales.

Toutefois, un tournant décisif est survenu à la fin des années 1970, au moment du durcissement de la politique monétaire américaine pour éviter une crise du dollar et rétablir leur hégémonie. C'est véritablement à ce moment que les autorités américaines se sont converties au néolibéralisme, c'est-à-dire, pour paraphraser Giovanni Arrighi, à « l'idéologie propre à l'activité de l'État en faveur du capital¹⁷ ». Signalant la fin de l'aventure fordiste keynésienne et le début de la phase de financiarisation de l'économie dans laquelle nous nous trouvons, ce tournant idéologique s'est traduit par une inféodation de la politique étrangère américaine au capital mobile qui s'est propagée au monde entier, à commencer par les institutions européennes. Étranglés par la hausse unilatérale des taux d'intérêt américains et la chute des cours des matières premières, les pays en développement se sont retrouvés presque du jour au lendemain d'une position d'accès presque illimité au capital à un état de cessation de paiement à l'égard de leurs bailleurs internationaux (gouvernements du Nord, grandes banques privées et institutions financières internationales). Ceux-ci, sous couvert de fournir les réponses à cette crise mondiale, ont ainsi accouché du

17. G. Arrighi, « À la recherche de l'État mondial », in S. Amin et É. Balibar, *Fin du néolibéralisme*, Paris, PUF, 2006, p. 55.

fameux « consensus de Washington », une boîte à outils néolibérale dont la libéralisation du commerce et de l'investissement est une pièce maîtresse. Ce moment a inauguré une période de concurrence acharnée entre les pays en développement pour attirer des investissements directs étrangers (IDE) dont les TBI sont un instrument privilégié et il correspond aussi à l'internalisation du commerce international au sein de la structure des entreprises transnationales contemporaines.

L'ESSOR DE L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE CONTEMPORAINE

Attardons-nous quelques instants sur cet acteur essentiel qu'est l'entreprise transnationale contemporaine. Dans *The Long Twentieth Century* [Le Long XX^e Siècle], Giovanni Arrighi consacre plusieurs développements à sa naissance, qu'il situe dans les trente ans suivant la guerre de Sécession.

Selon Arrighi, l'expérience des deux derniers siècles a montré que le statut hégémonique dans une économie-monde dépend de la capacité du pouvoir en son centre de suspendre les effets du marché en contrôlant les prix pratiqués. Un des moyens d'y parvenir, qui correspond au modèle britannique, est de faire des institutions politiques et commerciales du pays dominant de l'économie-monde les principaux intermédiaires entre les producteurs et les consommateurs du monde. Un autre moyen, envisagé par l'Allemagne pour tenter de supplanter l'Angleterre, est le modèle d'économie capitaliste dirigée, avec un capital très centralisé et l'utilisation d'un puissant complexe militaro-industriel pour constituer une usine à l'échelle du pays tout entier permettant de se prémunir contre l'« anarchie de la concurrence » afin de se créer un « espace vital », un *Lebensraum*. Un dernier moyen de suspendre les effets du marché – celui poursuivi avec succès par les États-Unis – est de dépasser la dialectique territoire/capital en localisant le commerce international au sein de la même structure organisationnelle – la société de capitaux verticalement intégrée – qui se met en place au cours des trois dernières décennies du XIX^e siècle. Il s'agit ainsi, pour paraphraser Arrighi, de réaliser non plus des économies d'échelle, mais

des économies de rapidité en faisant en sorte que la tarification des échanges ne repose pas sur des prix nés d'une mise en concurrence sur le marché, mais sur un arbitrage comptable interne à la firme, ce qu'on appelle désormais dans le langage courant de la mondialisation une « optimisation ». Ce dépassement aboutit à ce que l'essentiel du commerce et de l'investissement international se réalise en fait par des transferts au sein des entreprises transnationales par la technique des IDE, définis comme les mouvements internationaux de capitaux réalisés pour créer, développer ou maintenir une filiale à l'étranger, ou pour exercer le contrôle ou une influence significative sur la gestion d'une entreprise étrangère.

Comme l'explique Arrighi, lorsque la crise de l'hégémonie américaine a commencé autour de 1970, « les entreprises transnationales s'étaient déjà constituées en un réseau mondial de production, d'échange et d'accumulation, qui n'était soumis à aucune autorité étatique et avait le pouvoir de soumettre à ses propres lois tous les acteurs du système interétatique, y compris les États-Unis¹⁸ ». Selon Arrighi, l'expression de libre entreprise doit s'entendre comme une « libération des contraintes imposées sur les processus d'accumulation du capital par l'exclusivité territoriale des États » et elle représente le résultat singulier de l'hégémonie américaine. Il ne s'agit rien de moins qu'un dépassement du système westphalien et de la fin du système moderne interétatique comme principal lieu du pouvoir à l'échelle mondiale. Et Arrighi de nous dire, se fondant sur Peter Drucker, que cette éviscération de l'État-nation se manifeste de trois façons : par le transnationalisme des traités multilatéraux et des organisations supra-étatiques, par le régionalisme des blocs économiques comme l'Union européenne et l'Aléna, et par le tribalisme représenté par une préoccupation grandissante pour les questions identitaires et de diversité.

L'irruption de l'entreprise transnationale comme acteur dominant sur la scène internationale est spectaculaire. Alors que les entreprises transnationales étaient passées d'un effectif de 7 000 à travers le monde en 1970 à 80 000 en 2009 avec un réseau alors

18. Arrighi, *The Long Twentieth Century*, op. cit., p. 75 (traduction par l'auteur).

composé d'environ 800 000 filiales¹⁹, il était estimé cette année-là que les 300 plus importantes d'entre elles posséderaient ou contrôleraient environ un quart des actifs mondiaux, représentant environ 5 000 milliards de dollars²⁰.

LA RÉVOLUTION SILENCIEUSE DU RDIE : AAPL CONTRE SRI LANKA

L'émergence de ce nouveau personnage, l'entreprise transnationale, qui échappe à la systématisation caractérisant le droit dans un ordre westphalien, a fait ressurgir le besoin d'une institution supranationale de règlement des différends en matière d'investissement. Jusqu'alors, le Cirdi, créé en 1966 dans le contexte des vagues d'expropriations violentes de la décolonisation, n'avait joué qu'un rôle confidentiel dans l'économie mondiale. Mais le contexte aidant, au moment de la chute du mur de Berlin et de l'ouverture d'un gigantesque champ pour les investisseurs internationaux, il devait devenir, dès 1990, le théâtre d'une véritable révolution silencieuse. C'est en effet une décision du Cirdi de 1990 qui a véritablement donné sa pleine consécration à l'entreprise transnationale en droit international au point d'en faire une institution supranationale, voire a-nationale, c'est-à-dire extraterritoriale. Parallèlement à l'évolution de l'économie mondiale vers une phase de financiarisation, cette décision a en effet créé les conditions d'un véritable boom du RDIE. Dans l'affaire AAPL c. Sri Lanka²¹ (voir encadré 1), « il a été admis que la demande d'arbitrage par l'investisseur privé était valable en se fondant non pas sur le contrat d'État mais sur le seul traité bilatéral (et interétatique) de protection des investissements ». C'est véritablement une révolution du droit international que le panel du Cirdi a enclenchée en consacrant ce que Jean-Marie Dupuy

19. Cf. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*. www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf

20. *Ibid.*

21. *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, sentence, 27 juin 1990.

a appelé le principe d'« invocabilité directe », permettant à une personne privée de se prévaloir directement des dispositions d'un traité bilatéral d'investissement conclu entre deux États pour fonder la compétence du tribunal arbitral du Cirdi afin de juger le différend²². Symboliquement, ce qu'a fait le Cirdi en 1990 n'est rien de moins que la reconnaissance, pour paraphraser Dupuy, de l'« émergence de l'entreprise privée comme sujet de droit international public²³ ». Et, nous le verrons plus loin, le corollaire de cette nouveauté est l'instauration du premier système de droit administratif global qui permet à des personnes privées de remettre en cause des actes souverains sans aucune médiation politique.

La décision du Cirdi constituait un levier puissant pour ces entreprises et leurs États d'origine pour poursuivre, par le truchement du droit international, des politiques d'investissement sans risque. En bref, ce qui avait été présenté comme un système de justice destiné à accompagner un mouvement vers l'autodétermination des peuples s'est transformé en mécanisme extracatif à la disposition de l'acteur dominant que sont les entreprises transnationales.

Encadré 1 : affaire AAPL c. Sri Lanka

Il est très symbolique que l'affaire AAPL c. Sri Lanka présente un contexte factuel parfaitement représentatif des considérations qui ont conduit à envisager la création du Cirdi en 1966, mais une solution jurisprudentielle qui renverse la table sur le principe de souveraineté. La société AAPL était une société britannique de droit de Hong Kong qui avait pris une participation minoritaire dans le capital d'une entreprise du Sri Lanka, Serendib Seafood Ltd., pour la réalisation d'un projet d'aquaculture (élevage de crevettes) dans ce pays.

AAPL a demandé une indemnisation au Sri Lanka après que le centre d'élevage qu'elle exploitait a été incendié en janvier 1987 au cours d'une opération militaire montée par les forces srilankaises contre des rebelles qui s'y étaient réfugiés.

AAPL a saisi le Cirdi en juillet 1987 en fondant la compétence du centre non pas sur un contrat d'État, mais sur l'article 8 du traité de protection des investissements

22. Voir J.-M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2004, p. 703.

23. *Ibid.*, p. 704.

qui avait été conclu en 1980 entre le Sri Lanka et le Royaume-Uni. Imputant aux autorités srilankaises la responsabilité de la perte de son investissement, AAPL appuyait sa réclamation tant sur les dispositions du traité que sur les règles du droit international qui établissaient, à ses yeux, l'obligation qu'a l'État de réparer les dommages que l'investisseur avait subis du fait de l'action ou de l'inaction de celui-ci. Le Sri Lanka objectait pour sa part que la destruction de l'installation était intervenue dans des circonstances de nature à l'exonérer de toute responsabilité.

Le Cirdi s'est déclaré compétent sur la base du seul traité bilatéral et a condamné le Sri Lanka à indemniser AAPL en se fondant sur une norme de traitement des investisseurs internationaux par l'État d'accueil dite « de protection et sécurité complètes » (*full protection and security*), c'est-à-dire un régime de responsabilité objective de l'État d'accueil. En d'autres termes, la norme de traitement appliquée par le tribunal arbitral du Cirdi dans cette affaire faisait porter à l'État la responsabilité entière du risque politique et consacrait la logique de l'investissement sans risque.

LES CONSÉQUENCES D'AAPL CONTRE SRI LANKA : UNE VAGUE SANS PRÉCÉDENT DE TBI CONTENANT DES CLAUSES DE RDIE

AAPL c. Sri Lanka a eu pour effet de générer un véritable appel d'air et il s'ensuivit une véritable frénésie de conclusions de TBI, lesquels contiennent tous une clause de RDIE, particulièrement après la chute du rideau de fer en 1989. Ainsi, le nombre de TBI passa de 385 au début de 1990 à 1 857 au 1^{er} janvier 2000. Il finit par dépasser les 3 000 pour redescendre à plus de 2 500 à l'heure actuelle.

Preuve de l'ampleur du phénomène, sur les 110 TBI et accords d'investissement signés par la France et recensés dans la base de données du Cirdi, 70 sont postérieurs à 1990. De même, 80 des 118 accords signés par le Royaume-Uni et 45 des 58 TBI adoptés par les États-Unis l'ont été après 1990. Et pour souligner l'état d'asphyxie financière dans lequel se trouvaient les pays du Sud, même l'Amérique latine, qui avait pourtant été le principal champ d'affrontement contre la doctrine occidentale de protection des investissements depuis plus d'un siècle, s'est convertie à la libéralisation financière. Ainsi, le Mexique, qui a signé son premier accord bilatéral d'investissement en juin 1995 (avec l'Espagne), en a conclu 31 autres dans

les quinze années suivantes. L'Argentine a quant à elle signé son premier TBI en juin 1990 (avec l'Italie), lequel a précédé 57 accords similaires en à peine plus de dix ans, jusqu'à la crise économique de 2001 et l'arrivée d'un gouvernement péroniste de gauche au pouvoir après dix ans de libéralisation draconienne. D'autres pays (Bolivie, Équateur, Colombie) sont entrés dans cette dynamique et ont multiplié les négociations au cours de la décennie 1990, dans le cadre d'une politique macroéconomique fortement inspirée des injonctions de Washington et des institutions de Bretton Woods, avant de dénoncer en masse ces accords après un tournant bolivarien et des défaites cuisantes devant des panels d'arbitrage.

Sur les autres continents, le mouvement des TBI a été tout aussi net. Ainsi, à l'exception d'un accord conclu avec la Chine à la fin des années 1980, l'Australie a signé une vingtaine de traités bilatéraux après 1991. Seuls 14 des 87 TBI engagés par la Corée du Sud l'ont été avant 1990, de même que 8 des 41 conclus par Singapour. Un cas particulièrement emblématique est celui de l'Égypte, devenue la championne des pays en développement signataires de TBI avec 92 accords bilatéraux d'investissement signés après 1990 (contre 12 avant) dans un contexte de libéralisation économique et commerciale très radicale, largement conçue pour plaire aux bailleurs internationaux. Comme nous le verrons plus loin, ces TBI auront pour effet de pérenniser les effets des largesses de la dictature de Moubarak après le printemps arabe.

L'ÉCHEC DU MULTILATÉRAL ET LA FRAGMENTATION PAR LE BILATÉRAL

Pour bien saisir pourquoi le bilatéral s'est imposé en matière d'investissement et comprendre l'échec corrélatif du multilatéral, il faut repartir d'un document trop souvent oublié. Il s'agit du rapport « Notre voisinage commun » (*Our Global Neighbourhood*) de la Commission sur la gouvernance mondiale (Global Governance Commission). Véritable manifeste idéologique fondateur de l'ordre néolibéral mondial, ce rapport se donnait pour objectif de « faire admettre la notion [de gouvernance] par les penseurs de l'État comme une matrice conceptuelle pour la gestion publique dans le

contexte de la globalisation²⁴». Plus loin, le rapport marquait clairement l'objectif de faire table rase de l'architecture institutionnelle sur laquelle reposait l'après-guerre : « Le système international mis en place par la charte de l'ONU doit être renouvelé²⁵. »

Le projet de la Commission sur la gouvernance mondiale comportait deux volets : un volet multilatéral et un volet bilatéral. Le RDIE, qui a permis de faire de l'entreprise transnationale un sujet de droit international, s'est révélé être une pièce maîtresse dans ce projet. L'échec du premier volet, marqué notamment par l'abandon de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) promu par l'OCDE, a laissé la victoire au second et permis la pérennisation d'une situation au départ transitoire.

En fait, c'est à un double mouvement de balancier que nous avons assisté depuis la décennie 1970. En effet, alors que les décennies 1960 et 1970 ont été caractérisées par un affrontement entre pays en développement et pays développés (les uns profitant de leur supériorité numérique au sein de l'Assemblée générale des Nations unies pour obtenir des victoires symboliques à l'ONU pendant que les autres proposaient, *via* des canaux comme l'OCDE, des instruments comme le projet de Convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers de 1967), la construction d'un droit conventionnel des investissements a repris à faible allure pendant la décennie 1970, marquée par la profusion de capitaux disponibles en raison de l'abondance de pétrodollars en circulation²⁶. Toutefois, le mouvement de bilatéralisme s'est accru au cours de la décennie 1980 après le durcissement de la politique monétaire américaine et la crise de la dette des pays du Sud. À la suite de la chute du bloc soviétique, sentant un contexte géopolitique porteur, les pays exportateurs de capitaux ont repris l'offensive par la voie multilatérale en espérant obtenir d'un coup un avantage décisif. La décennie 1990 est en effet marquée par la publication par la Banque mondiale des Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger en 1993, l'adoption

24. A. Deneault, *Gouvernance. Le management totalitaire*, Montréal, Lux, 2013, p. 13.

25. Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. xiv.

26. Voir *supra* : « Après 1945 ».

de l'accord TRIMs (Trade Related Investment Measures) en 1994²⁷, de l'Accord général sur le commerce des services (GATS) en 1994²⁸, et par le projet de l'OCDE portant sur l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) de 1998. L'AMI, que le directeur général de l'OMC d'alors, Renato Ruggiero, définissait comme la « constitution d'une économie mondiale unifiée », aurait, pour paraphraser Karim Benyekhlef, « fondamentalement changé la face du système existant en matière de protection des investissements étrangers [...] en le mondialisant réellement. » Il aurait, nous dit Benyekhlef, « également donné aux grandes puissances mondiales exportatrices de capitaux un formidable pouvoir de coercition vis-à-vis des pays non membres de l'OCDE accueillant des investissements étrangers²⁹ ».

Arrêtons-nous un instant sur les « innovations » que contenait l'AMI. En premier lieu, le texte du projet étendait le champ de la définition de l'investissement qui couvrait non plus seulement les titres de capital d'une entreprise, mais aussi l'achat de titres de dette : *bonds, debentures, loans and other forms of debt and rights derived therefrom*³⁰. Tout comme l'Aléna, le texte prenait également en compte les droits de propriété intellectuelle, étendant considérablement les activités susceptibles d'être protégées par l'accord. Cette extension du champ couvert par la définition de l'investissement s'accompagnait de définitions très vagues et, partant, augmentait presque à l'infini la marge d'interprétation de l'expropriation, des mesures discriminatoires et des préjudices en cas de guerre et d'instabilité.

Une autre « innovation » importante était que le texte de l'AMI permettait de cumuler la clause du traitement national et celle de la nation la plus favorisée (voir chapitre 2), ce qui revenait à instaurer une discrimination à rebours au profit de l'investisseur étranger. En effet, pour reprendre Benyekhlef, ce cumul permettait d'interdire

27. Bien que l'accord TRIMs sur la non-discrimination dans les échanges commerciaux ne soit pas un accord portant sur l'investissement, il exerce un effet indirect sur les IDE.

28. Là encore, le GATS n'est pas un accord d'investissement, mais il a vocation à s'appliquer aux IDE dans la mesure où il étend sa couverture aux services dont la fourniture nécessite une présence commerciale sur le territoire d'un autre pays.

29. K. Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008, p. 348-349.

30. Chapter II. Scope and application. Definitions, 2 (iii), p. 11 du texte de négociation.

le financement, à travers des aides et des subventions, des petites et moyennes entreprises nationales et de celles mises en difficulté par l'État, lui retirant de ce fait un pan entier de sa souveraineté sur les questions de politique économique et financière nationale.

Enfin, le texte de l'AMI instituait, à l'instar du chapitre 11 de l'Aléna, un tribunal d'arbitrage autonome propre aux membres de l'AMI, ouvrant le droit à des acteurs privés de poursuivre les États. Cette création, comme le souligne Karim Benyekhlef, reconnaissait aux personnes privées une personnalité juridique internationale égale à celle des États, ce qui était symboliquement très lourd de conséquences.

Le projet de l'AMI a échoué en raison, d'une part, d'une forte mobilisation de la société civile mondiale, mais aussi et surtout du grand nombre de réserves nationales et du retrait de la France à la suite de la remise au Premier ministre Lionel Jospin du rapport Lalumière-Landau, qui soulignait la méthode du « fait accompli » de l'OCDE dans les négociations consistant à ne pas porter à l'attention des ministres concernés les « novations fondamentales dans la méthode de libéralisation³¹ ».

L'échec du projet AMI, concomitamment au début de l'expérimentation de l'Aléna, a signé un nouveau mouvement de balancier en faveur du bilatéral. Mais il serait hâtif de conclure qu'il ne reste rien de l'AMI. En effet, tout comme le projet de convention de 1967 a constitué la matrice sur laquelle un bon nombre de TBI ont été conçus, le texte du projet de l'AMI, lui-même fortement inspiré du chapitre 11 de l'Aléna, demeure une référence majeure pour les rédacteurs de TBI et d'accords.

LES ACCORDS PLURILATÉRAUX

L'échec des initiatives multilatérales n'a cependant pas empêché la création de plusieurs traités plurilatéraux contribuant à créer des droits régionaux des investissements internationaux, alors

31. Voir Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme*, op. cit., p. 346.

même que leur cœur de régulation n'était pas en lui-même l'investissement. C'est le cas par exemple de l'Aléna (Accord de libre-échange nord-américain), de l'ASEAN (Association des nations de l'Asie du Sud-Est) ou encore du MERCOSUR (le marché commun sud-américain) qui visaient principalement à la libéralisation des échanges (commerce des biens, des services) et des investissements, chacun incluant un recours à un mécanisme de RDIE.

Pour compléter ce tableau, citons également un accord géographiquement et matériellement limité, le Traité sur la Charte de l'énergie signé en 1994 par 51 pays et par la Communauté économique européenne, visant à promouvoir le commerce et les investissements dans le secteur de l'énergie et incluant un mécanisme de RDIE. Ce traité est important dans le paysage du droit des investissements, car il constitue le premier traité plurilatéral ayant explicitement pour objet la protection des investissements et il reste, avec l'Aléna, le seul traité incluant un RDIE entre pays développés.

L'EXPLOSION DU CONTENTIEUX ARBITRAL

Tous ces développements allant dans le sens d'une grande fragmentation se sont révélés être un contexte très propice à une véritable explosion du RDIE, comme l'explique l'ouvrage de référence de Dominique Carreau et Patrick Juillard : « Existe-t-il un système juridique de l'investissement international ? [...] Force est de répondre à cette question par la négative. Il ne s'agit pas de dire qu'il n'y a pas de droit international en matière de l'investissement. Bien au contraire, c'est l'un des domaines où la densité conventionnelle est la plus forte. Mais c'est précisément là que réside le problème. Car ces instruments conventionnels sont, pour l'essentiel, des accords bilatéraux, qui ne sont ni hiérarchisés entre eux ni coordonnés les uns les autres, si bien que chacun d'entre eux demeure *res inter alios acta* [c'est-à-dire étranger] pour tous les autres. Et ce problème est encore aggravé par le fait que les mécanismes de règlement des différends que prévoient les instruments conventionnels ne sont pas des mécanismes centralisés et unificateurs, à l'instar de ce qui existe en matière de commerce international. Ce sont des mécanismes décentralisés, administrés par des instances différentes les

uns des autres, et qui sont elles-mêmes régies par des règlements différents les uns des autres³². »

En outre, la vague récente de TBI et d'accords de libre-échange contenant des clauses de RDIE s'inscrit dans un contexte de changements significatifs des flux des mouvements de capitaux qui n'obéissent plus à une logique unilatérale Nord/Sud, mais s'effectuent selon des trajectoires Nord/Nord, Sud/Sud, Sud/Nord. Cette nouvelle donne a fait jaillir de nouveaux contentieux remettant en cause des politiques étatiques de pays *a priori* développés, démocratiques, respectueux du droit, dont les exemples les plus emblématiques sont l'affaire Vattenfall³³, une remise en cause, *via* l'arbitrage d'investissement, des choix de politique énergétique de l'Allemagne. Cette affaire – toujours pendante – est d'autant plus symbolique que le premier traité d'investissement introduisant le RDIE avait précisément été conclu entre la RFA et le Pakistan en 1959. Non sans ironie, le mécanisme s'est retourné contre son créateur puisqu'il est maintenant utilisé pour faire échec aux choix souverains de pays développés en butte à une révolte des classes moyennes demandant davantage de protection contre les effets destructeurs de la mondialisation en matière d'emploi et d'environnement et contre la concurrence des pays en développement. Participe du même ordre l'affaire Philip Morris, qui a vu le groupe cigarettier tirer parti de la présence d'une de ses filiales en Suisse afin de prendre avantage du TBI entre la Suisse et l'Uruguay (plus libéral en matière de propriété intellectuelle que le TBI entre l'Uruguay et les États-Unis) pour alléguer devant le Cirdi une expropriation de sa propriété intellectuelle par la loi uruguayenne instituant le paquet de cigarettes neutre. Philip Morris a employé sensiblement les mêmes procédés avec l'Australie, qui a elle aussi mis en place une législation sur les paquets de cigarettes neutres, en délocalisant

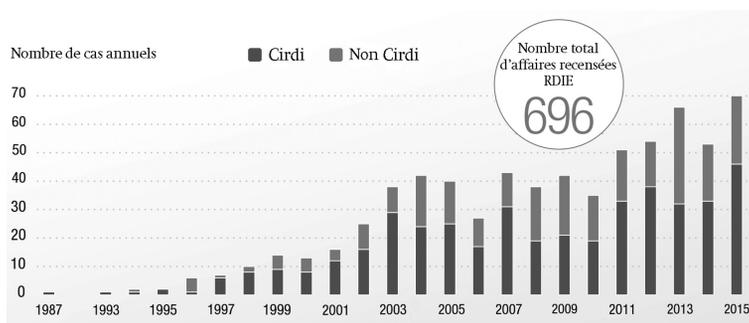
32. D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, *op. cit.*, n°s 1167-1168.

33. Le groupe énergétique suédois Vattenfall, qui exploite deux centrales nucléaires dans le nord de l'Allemagne, a réclaté à Berlin 4,7 milliards d'euros pour l'abandon du nucléaire décidé en 2011. Le Cirdi a été saisi en 2012 et l'affaire est toujours pendante devant le tribunal arbitral. *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/12>

une partie de ses avoirs à Singapour afin de prendre avantage du TBI entre Singapour et l'Australie.

Pour constater l'emballement, les chiffres parlent d'eux-mêmes. Ainsi, à la fin de l'année 2015, 696 affaires de RDIE avaient été initiées, passant d'une affaire en 1987 à 70 en 2015 (voir schéma 1).

Affaires recensées RDIE – 1987-2015



Source: ©UNCTAD, ISDS Navigator.

LA CHINE ENTRE DANS LE JEU

Bien entendu, plus récemment, l'un des grands facteurs de transformation des flux de capitaux est la montée en puissance dans l'économie-monde de la Chine, dont la croissance sans précédent depuis la mort de Mao Zedong repose pour une large part sur une politique d'ouverture aux IDE initiée en 1984. Toutefois, jusque très récemment, la protection accordée aux investisseurs étrangers en Chine reposait essentiellement sur la bonne volonté de l'État hôte.

Mais la Chine se montre une championne des IDE dans d'autres pays. Ainsi, en 2015, pour la première fois, elle est devenue un exportateur net de capitaux après avoir détrôné les États-Unis comme première destination pour les IDE en 2014. Inscrits dans le cadre d'une *go out policy*, les IDE chinois ont connu de très fortes hausses au cours des dernières années, dépassant la barre des 100 milliards de dollars pour la première fois en 2014 et atteignant 145 milliards de dollars

en 2015, soit une augmentation de 18,3% par rapport à l'année précédente³⁴. Très tôt dans sa politique *Open Door*, la Chine avait conclu des traités bilatéraux d'investissement, dans un premier temps avec des nations occidentales, puis, à partir de 1989 avec des pays en développement. Pendant la décennie 1990, la Chine a signé 68 TBI, principalement avec des pays en développement. Actuellement, elle est signataire de 129 TBI, dont 108 sont en application. Depuis 1982, elle a aussi signé 20 traités de libre-échange contenant des dispositions en matière d'investissement et, depuis 2010, elle a conclu plusieurs accords régionaux, principalement avec des ensembles de pays asiatiques (en 2009, la Chine a rejoint l'accord commercial Asie-Pacifique et signé le traité de l'ACR créant une zone de libre-échange avec l'ASEAN; en 2010, elle a signé un accord d'investissement trilatéral avec le Japon et la Corée du Sud). Très récemment, elle a passé avec les Philippines et la Malaisie des accords de coopération mixte défense/commerce/investissement respectivement pour des enjeux de 13,5 et 34 milliards de dollars³⁵.

Cela s'inscrit dans un mouvement d'affirmation par Pékin de son rôle hégémonique symbolisé par la création de l'Asia Infrastructure and Investment Bank (AIIB), banque multilatérale de développement qu'ont rejoint la plupart des pays développés, à l'exception notoire des États-Unis et du Japon, en signe de protestation contre une initiative qu'ils perçoivent, non sans raison, comme un défi à l'ordre hégémonique américain caractérisé par le FMI, la Banque mondiale et la Banque asiatique de développement. Cette banque a été constituée pour financer un projet d'envergure mondiale, intitulé « Les nouvelles routes de la soie ». Destinée à ouvrir deux

34. M. de Vergès, « Investissement à l'étranger: l'insatiable appétit de la Chine », Le Monde.fr, 24 septembre 2016, www.lemonde.fr/economie/article/2016/09/24/l-insatiable-appetit-de-la-chine_5002862_3234.html

35. Voir "China Tries Chequebook Diplomacy in Southeast Asia", *Financial Times*, 7 novembre 2016. Seulement quelques semaines après l'annonce à Pékin de la sortie des Philippines de la sphère d'influence américaine, la conclusion d'accords mêlant défense et commerce international avec la Malaisie s'explique par la réaction de cette dernière de l'implication extraterritoriale des autorités américaines dans le scandale 1MDB et témoigne d'une instrumentalisation par la Chine à son profit de la politique américaine des « deals de justice ». Sur ce sujet, voir A. Garapon et P. Servan-Schreiber (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, PUF, 2013.

grandes voies, l'une terrestre, l'autre maritime, vers l'ouest, qui se rejoindraient à Venise (tel le trajet – retour – de Marco Polo), la route de la soie consiste en la construction massive d'infrastructures de toute nature (voies ferrées, aéroports, ports, autoroutes) le long de ces routes. Par sa dimension et par la puissance de son initiateur, ce projet est susceptible de métamorphoser la forme actuelle de la mondialisation et de rebattre les cartes du droit global. Du point de vue des investissements, la route de la soie marque encore une fois un changement radical où la Chine passe d'une attitude passive consistant à recevoir des investissements à une position offensive – notamment pour répandre son industrie high-tech. D'un point de vue politique, il s'agit pour elle de réagir à la tentative d'encerclement des États-Unis mise en place par la conclusion des nouveaux traités régionaux de libre-échange (traité transatlantique, traité transpacifique... quoique, avec l'élection du président américain Donald Trump, cette stratégie soit pour l'instant à l'arrêt). Outre les défis politique et géostratégique que pose ce projet et que la Chine a décidé de relever, les chantiers sur le plan juridique sont eux aussi gigantesques puisqu'il s'agira, de la façon la plus pragmatique possible, de prévoir un mécanisme complet, cohérent et juste pour inspirer confiance dans le règlement des différends. La machine est lancée, et pas nécessairement en faveur des États ou en collaboration avec eux. En témoigne la place de choix donnée à la *law firm* chinoise Deheng Law Offices chargée de préparer les accords avec ses homologues dans les pays correspondants, au détriment des administrations. L'arbitrage commercial, surtout, mais aussi l'arbitrage en matière d'investissement auront nécessairement une grande place dans ce projet vertigineux. Les pays d'accueil européens ont tout intérêt à se saisir dès maintenant du sujet et à entamer la réflexion³⁶.

Naturellement, pour ce projet hégémonique, la Chine s'intéresse maintenant de près au RDIE. En effet, son accord de libre-échange avec l'Australie, signé en 2015, contient un chapitre sur l'investissement et une clause de RDIE, et il apparaît que le principe

36. A. Garapon, « Les "nouvelles routes de la soie" : la voie chinoise de la mondialisation ? », publication IHEJ, 2016, http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2017/05/La_route_de_la_soie_Garapon.pdf

d'une clause de RDIE est admis dans le TBI en cours de négociation avec les États-Unis. Jusque très récemment, la Chine avait été totalement absente des arbitrages d'investissement tant du côté des plaignants que des défendeurs. Cependant, depuis 2011, elle a été poursuivie deux fois devant un tribunal arbitral du Cirdi et des sociétés chinoises ont engagé plusieurs procédures.

UNE FRONDE DE PAYS ÉMERGENTS CONTRE LE RDIE

En même temps que la Chine perçoit les avantages du RDIE comme instrument d'une politique hégémonique, d'autres pays du Sud ont amorcé une véritable fronde contre le RDIE, emboîtant le pas au Brésil, qui a signé vingt TBI, dont aucun n'est en vigueur faute de ratification par le Congrès brésilien, et qui refuse systématiquement de signer le moindre accord contenant une clause de RDIE. Le Brésil, qui n'est pas la moindre destination pour les IDE, est donc, pour ainsi dire, vierge en matière de RDIE. Parmi les pays en sécession contre le RDIE, on retrouve les fers de lance du socialisme bolivarien (Venezuela, Bolivie et Équateur), qui se sont retirés du Cirdi et dénoncent les TBI qu'ils ont contractés après avoir été étranglés par des actions d'investisseurs pour des montants représentant une fraction importante de leur budget national. L'Équateur a lancé un processus intégral d'audit de ses TBI et des poursuites dont il est l'objet devant le Cirdi. L'Afrique du Sud a dénoncé plusieurs TBI après que des investisseurs européens ont saisi un tribunal du Cirdi, prétendant être l'objet d'une discrimination en raison de l'application de la politique de Black Economic Empowerment (BEE). Après une action du groupe minier britannique Churchill pour un montant de 1,3 milliard de dollars et l'affaire Rizvi (voir encadré 3, p. 81), l'Indonésie a entrepris de dénoncer plus de soixante TBI contenant une clause d'arbitrage RDIE. L'Inde a annoncé très récemment sa décision de renégocier quarante-sept traités d'investissement, après avoir fait l'objet d'actions en arbitrage de la part d'investisseurs parmi lesquels figurent Deutsche Telekom, Vodafone International Holdings BV, Sistema (Russie), le Children's Investment Fund et TCI Cyprus Holdings, en annonçant son intention de rendre obligatoire l'épuisement

des recours devant les juridictions nationales avant de pouvoir se munir en arbitrage.

Le débat qui fait actuellement rage concernant le RDIE n'oppose donc plus des partisans et des adversaires du RDIE selon des lignes territoriales, mais selon des tentations hégémoniques et des lignes de fracture fondées sur des degrés d'ouverture à la libéralisation financière et à l'édification d'une bureaucratie mondiale unifiée opérant en réseau.

LE BILATÉRALISME DES GRANDS ENSEMBLES ET L'ÉMERGENCE D'UNE OPINION PUBLIQUE OCCIDENTALE CONTRE LE RDIE

L'expérience de l'Aléna est tout à fait significative pour illustrer la façon dont le RDIE peut entraîner des réactions hostiles dans les pays du Nord. En effet, préalablement à la signature de l'Aléna, il existait un TBI entre les États-Unis et le Canada qui ne contenait pas de clause de RDIE, et c'est bel et bien la présence du Mexique dans l'accord qui a motivé l'introduction d'un mécanisme de RDIE. Toutefois, des trois pays parties, c'est le Canada qui a été le pays le plus largement poursuivi dans le cadre de l'accord, alors que les États-Unis et le Mexique comptabilisent à peu près le même nombre de poursuites.

De même, le mécanisme de RDIE contenu dans la Charte de l'énergie est devenu un vecteur de recours exercés contre des pays développés, comme nous l'avons évoqué à propos de l'affaire Vattenfall (voir *supra*). Il est intéressant de mentionner aussi que l'État le plus poursuivi dans le cadre de l'accord est l'Espagne en raison de son incapacité, à la suite de la crise de 2008, à maintenir son niveau de soutien à sa politique énergétique reposant sur le pari de l'énergie renouvelable³⁷. Comme le relève très justement le Corporate Europe

37. Voir le rapport du Corporate Europe Observatory, *Profiting of Crisis*, chap. 4, 10 mars 2014 : <https://corporateeurope.org/eu-crisis/2014/03/profitting-crisis-how-corporations-and-lawyers-are-scavenging-profits-europe-crisis>. Une traduction en français est disponible sur le site des Amis de la Terre : www.amisdelaterre.org/IMG/pdf/espagne.pdf

Observatory, la crise de 2008 a donc débouché, après le sauvetage des banques, à un sauvetage d'investisseurs spéculatifs par le biais des mécanismes de RDIE.

Un mouvement d'une telle ampleur ne pouvait pas indéfiniment échapper à l'opinion publique et aux organisations de la société civile en rupture avec la mondialisation néolibérale. Ce sont les négociations à huis clos entre l'Union européenne et les États-Unis pour le TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) – ou TAFTA (Transatlantic Free Trade Agreement) – qui ont mis le feu aux poudres et porté le RDIE sur le devant de la scène. Réservé jusque-là à un cercle restreint d'experts juridiques et d'acteurs économiques, ce mécanisme est devenu le symbole de toutes les craintes associées à ces grands accords régionaux de nouvelle génération et, au-delà, à la mondialisation. Le RDIE devient symptomatique de la perte de repères et de contrôle, du brouillage des frontières géographiques et institutionnelles et de la *raison du moindre État*³⁸, avec la possible remise en cause de réglementations votées démocratiquement, un pouvoir démesuré donné aux entreprises ou encore une diminution du pouvoir de régulation publique. Enfant de la mondialisation, il est comme elle un mélange des genres et opère des changements de sens de valeurs culturellement très marquées, comme la justice. Les organisations issues de la société civile voient ainsi dans l'arbitrage d'investissement une « justice injuste » qu'un petit club de juristes et d'avocats exploite dans l'unique but de faire du profit³⁹. S'appuyant tant sur les nouvelles données désormais accessibles grâce aux relatifs efforts récents de transparence du système que sur l'absence de données liée à la culture du secret de ce milieu, les ONG et les sceptiques du RDIE mettent en avant le caractère élitiste de cette justice. Selon eux, elle ne profite qu'à une caste de nantis, essentiellement occidentaux, qui se voient offrir un pouvoir de décision en dernier

38. Pour reprendre l'expression de Michel Foucault dans « Naissance de la biopolitique », cours au Collège de France du 17 janvier 1979. Voir aussi A. Garapon, *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Paris, Éd. Odile Jacob, 2010.

39. Voir par exemple le rapport publié par le Corporate Europe Observatory et le Transnational Institute, *Profiting from Injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fueling an investment arbitration boom*, novembre 2012.

ressort sur des choix souverains sur lesquels les ressortissants des États hôtes, qui n'ont parfois même pas accès à des services judiciaires élémentaires, n'ont aucune prise. À l'instar d'autres champs mondialisés, l'arbitrage international d'investissement crée parfois des inégalités extrêmes au profit des entreprises et autres entités privées (arbitres, conseils, experts) et au détriment des États et de l'intérêt public. La cristallisation des critiques est d'autant plus pressante qu'il s'agit de justice, domaine par nature régalien et qui se rattache à un idéal et au bien commun, difficilement concevable comme champ privatisable.

Plus récemment, le camouflet infligé par le Parlement wallon à l'Union européenne concernant l'Accord économique et commercial global (AECG), plus connu sous son acronyme anglais CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement), illustre que la peur de la sanctuarisation des droits des investisseurs ne concerne plus seulement les pays du Sud. Indéniablement, des concessions ont été faites en matière de RDIE dans le texte du CETA qui a été ratifié par le Parlement européen le 15 février 2017, notamment la mention que les mesures concernant la santé, la sécurité et l'environnement ne sont pas considérées comme des expropriations indirectes si elles ne sont pas discriminatoires ni « manifestement excessives par rapport à l'objectif poursuivi », ou encore le remplacement de l'arbitrage par la création d'une cour bilatérale sur l'investissement⁴⁰. Cependant, ces avancées n'ont pas eu raison de l'opposition de la population européenne à cet accord d'une nouvelle génération, lequel doit maintenant faire l'objet d'une ratification par les vingt-huit parlements nationaux et régionaux des États membres de l'Union européenne, et le RDIE a tenu un rôle de premier rang dans ce rejet, gommant parfois d'autres problèmes substantiels mais plus sectoriels et donc moins clairement identifiables. En outre, le CETA a fait l'objet d'un recours exercé devant la Cour constitutionnelle allemande visant à faire déclarer certaines dispositions du CETA anticonstitutionnelles et à mettre en veille les négociations de l'accord transatlantique (TTIP) entre

40. Cette mesure a été envisagée après une consultation publique initiée par la Commission européenne sur le RDIE qui a reçu 97 % de retours négatifs.

les États-Unis et l'Union européenne, là aussi en très grande partie en raison de mobilisations contre le RDIE.

Comment, dans ce contexte, trouver la bonne échelle, la meilleure distance pour appréhender ce droit, ce contentieux hybride qu'est le RDIE ? Dans le contexte actuel où cette matière pointue et technique est « tombée » dans le domaine public et a déclenché des passions dans le monde « profane » – entendez en dehors de la sphère juridique –, comment et où trouver un terrain de discussion et de remise à plat du système ? Pour les spécialistes de l'arbitrage, l'opinion publique et les relais médiatiques ne possèdent pas la connaissance technique nécessaire à l'appréhension du système. En tant qu'experts, ils rejettent – voire nient – les critiques structurelles qui seraient susceptibles de remettre en cause son existence et préfèrent détourner le regard de ces opinions qu'ils qualifient de généralistes, accentuant ainsi le côté « club/caste ». Du côté de la société civile et des organisations non gouvernementales (ONG), le RDIE est devenu la métaphore de la déviance du capitalisme et du mélange des genres (public/privé, global/local, droit/économie...) qui brouille les frontières et fait perdre les repères. Difficile, dans ce paysage aride, de construire des passerelles et de passer du débat d'experts au débat public sans altérer la qualité des arguments, sans trop simplifier la complexe architecture du système, sans toucher la susceptibilité des acteurs et sans secouer ce monde jusque-là ignoré et paisiblement laissé dans un entre-soi. Le faire nécessite des développements un peu descriptifs pour tenter de cerner les grandes notions qui composent le droit international des investissements, au fond et dans sa dimension de règlement des différends.

II. APERÇU DESCRIPTIF DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Nous avons vu au chapitre précédent que le droit international des investissements est structuré autour d'un réseau de traités relatifs à l'investissement que vient compléter un certain nombre de principes de droit international coutumier. Avant de nous intéresser au règlement des différends proprement dit, il convient de dégager les différentes règles de fond qui structurent la matière.

LA DÉFINITION DE L'INVESTISSEMENT

La protection des investissements dans les TBI implique que l'on s'arrête quelques instants pour s'interroger sur la raison d'une protection particulière de l'objet « investissement ». Les investissements se distinguent des exportations en ce que, comparés à ces dernières, ils ne sont pas des flux, mais un stock de capital sur un territoire étranger. Ainsi, si une interruption des échanges commerciaux peut entraîner un dommage économique pour l'exportateur, celui-ci est relatif dans la mesure où l'exportateur peut réorienter ses flux d'exportation vers d'autres pays. En revanche, l'investissement, lui, est entièrement immobilisé sur un territoire étranger et dépend ainsi des décisions étatiques. En cas d'expropriation sans juste compensation et sans recours judiciaires équitables et efficaces, l'investisseur peut tout perdre¹. Tel est le fondement de la protection du droit des investisseurs par le droit international de l'investissement.

1. Rapport d'information n° 3467, Assemblée nationale, 2 février 2016, déposé par la Commission des affaires européennes sur le règlement des différends investisseur-État dans les accords internationaux, présenté par Mme Seybah Dagoma, p. 13. Cette idée que l'investisseur peut « tout perdre » est un

Une des premières ambiguïtés concerne la notion même d'investissement, au point que des praticiens parmi les plus reconnus parlent d'une « cacophonie² ». Ainsi, la pratique des premiers TBI a profité du vide créé par l'absence de définition de l'investissement dans la convention Cirdi pour créer un concept vague et modulable qui couvre des actifs incorporels comme les actions, les droits contractuels et les droits de propriété intellectuelle. La définition a été encore élargie dans la pratique des panels du Cirdi pour inclure les prêts garantis par un gouvernement et les billets à ordre. Un panel est même allé jusqu'à reconnaître que les droits dérivés d'actions donnent droit à un actionnaire indirect à la protection du TBI entre le Venezuela et les Pays-Bas³.

En plus de cette définition vague de l'investissement en fonction de la nature des biens (*asset-based*) sur lesquels il porte, la pratique arbitrale a façonné une autre définition, tout aussi floue, fondée sur la nature du contrôle par l'investisseur (*enterprise-based*). Pas davantage que la définition précédente, celle-ci ne comporte de définition unique dans les textes. C'est donc dans les sentences rendues par les tribunaux arbitraux qu'il faut tenter de dégager une définition. Or ceux-ci sont en proie à une contradiction méthodologique qui oppose les tenants d'une conception subjective⁴ de l'investissement (tous les tribunaux hors Cirdi et certains tribunaux Cirdi) aux tenants d'une conception objective⁵ (essentiellement les tribunaux Cirdi) de l'investissement. Au sein même des tenants de la

puissant vecteur de la promotion d'une mobilité absolue du capital à la fois entrant et sortant, oubliant au passage que les nombreuses crises de la dette des pays du Sud sont dues à des phénomènes de *hot money*, c'est-à-dire à des désinvestissements massifs et soudains.

2. Voir Y. Derains et S. Clavel, « La définition de l'investissement », 2013, <http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2013/03/Dossier-27-mars2503.pdf>

3. CEMEX Caracas Investments B.V. et CEMEX Caracas II Investments B.V. c. la République bolivarienne du Venezuela, aff. Cirdi n° ARB/08/1, décision sur la compétence, 30 déc. 2010.

4. Est un investissement l'opération qualifiée comme telle par les parties. On respecte donc la volonté des parties.

5. C'est-à-dire une définition fixe. Cependant, la conception objective de l'investissement est loin d'être unifiée. Voir « Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement ? », dossier documentaire Journée d'étude Conventions, 27 mars 2013, http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2013/03/Dossier-27-mars_2503.pdf

conception objective, il apparaît difficile de dégager un consensus concernant, d'une part, l'identification des critères objectifs qui permettent de qualifier une opération d'investissement et, d'autre part, l'appréciation de ces critères objectifs dont la détermination de la teneur peut varier, pour un même critère, d'un tribunal à un autre. Dans une sentence du Cirdi dans l'affaire *Salini Construtorri S.p.A. et Italstrade S.p.A.c.* rendue en 2001, les arbitres avaient adopté un raisonnement en deux temps. Dans un premier temps, il faut vérifier que l'opération litigieuse est visée par le traité ou la loi de protection des investissements applicable, dans l'énumération ou dans la définition générale du texte. Dans un second temps, il faut s'assurer qu'il s'agit bien d'un investissement selon la convention de Washington, par l'application de quatre critères objectifs :

- un apport ;
- une certaine durée ;
- une participation aux risques ;
- une contribution au développement économique de l'État d'accueil.

Cependant, en 2008, dans l'affaire *L.e.s.i. S.p.A. et Astald S.p.A. c. Algérie*, un tribunal arbitral Cirdi a gommé la quatrième condition qui avait été posée dans l'affaire *Salini* au motif qu'« il ne paraît [...] pas nécessaire [que l'investissement] réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus⁶ ». Puis, dans une sentence rendue le 15 avril 2009 (*Phoenix Action Ltd. c. République tchèque*), le tribunal arbitral constitué sous l'égide du Cirdi a confirmé qu'il fallait écarter le critère de la contribution au développement économique de l'État d'accueil « dans la mesure où il est impossible à évaluer », mais il a en outre ajouté deux critères par rapport aux trois premiers éléments de la sentence *Salini* :

- un apport investi dans le respect des lois de l'État hôte ;
- un apport investi de bonne foi⁷.

6. *L.e.s.i S.p.A. & Astald S.p.A. c. Algérie*, aff. Cirdi n° ARB/05/3, sentence 12 nov. 2008.

7. *Phoenix Action Ltd. c. République tchèque*, aff. Cirdi n° ARB/06/5, sentence 15 avr. 2009.

La même incertitude règne au sein des tenants de la conception subjective dans la mesure où rien ne garantit, en effet, que les tribunaux arbitraux appliquant cette conception retiennent, d'une affaire à une autre, la même approche de la volonté des parties.

LES NORMES DE PROTECTION ET DE TRAITEMENT DE L'INVESTISSEMENT

En concluant des accords d'investissement comme les TBI, les États s'entendent sur un certain nombre de règles de traitement et de protection qui forment l'armature du régime juridique d'un investissement étranger. Toutefois, nous verrons que, en théorie du moins, les États nationaux conservent une part de liberté en matière d'admission des investissements qui tend néanmoins à être rognée par l'effet des traités et par la concurrence normative qu'imposent les instances de régulation de la mondialisation. Nous verrons aussi que, du fait de sa fragmentation dans des milliers de traités, la protection substantielle offerte par le droit international des investissements est loin de former un ensemble en cohésion. En témoignent les multiples distinctions élaborées par les spécialistes de la matière entre normes de traitement⁸ et de protection⁹ de l'investissement, laquelle a tendance à s'estomper, entre « standards¹⁰ » et principes conventionnels¹¹, entre standards absolus

8. Le traitement implique l'« ensemble des principes et des règles, de droit interne et de droit international, qui régissent le régime juridique de l'investissement international, dès avant sa constitution et jusqu'à sa liquidation ». Voir Carreau et Juillard, *Droit international économique*, *op. cit.*, n° 1296.

9. La protection implique les règles ayant pour but « de prévenir ou de réprimer les atteintes publiques, ou commises sous couvert de l'autorité publique, qui causent un dommage à l'investissement international » (*ibid.*).

10. Les « standards » « tirent leur force et leur valeur juridique de sources autres que la convention qui leur sert de support – coutumes ou principes généraux » (*ibid.*, n°s 1306-13077). Sont considérés comme des « standards » le traitement juste et équitable, et la pleine et entière protection.

11. Les principes conventionnels tirent leur force de la seule convention qui leur sert de support (*ibid.*). Sont considérés comme des principes conventionnels le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée.

et relatifs¹², entre protection par renvoi¹³ et dans l'absolu. En outre, la notion même de traitement peut concerner soit le traitement de l'investissement, soit celui de l'investisseur, soit les deux¹⁴. Compte tenu de la complexité des agencements de ces différentes normes, nous nous contenterons de les présenter dans les grandes lignes.

Protection de l'investissement dans la phase d'admission

En théorie, la principale ligne de césure entre le droit international et le droit interne des investissements s'effectue selon une répartition chronologique. Dans les principes, un État demeure libre de régler les conditions d'établissement des investisseurs internationaux sur son territoire, et la très grande majorité des traités concernant l'établissement limitent leur champ d'application aux investissements déjà implantés dans l'État d'accueil. Les critères d'établissement sont fixés dans les codes nationaux des établissements nationaux.

Cependant, la césure n'est pas aussi nette dans la mesure où la plupart des traités comportent aussi en préambule un engagement de l'État à promouvoir et à encourager les flux d'investissement sur son territoire. Le corollaire de cet engagement est de prévoir dans son code national des investissements des procédures d'admission propices à la libre circulation du capital.

En outre, certains traités, notamment nord-américains, étendent leur champ d'application à la phase d'admission, par exemple en disposant que des clauses comme le traitement national ou la nation la plus favorisée (voir *infra*) s'appliquent dans la phase d'admission. Sans aller jusqu'à la reconnaissance d'un

12. Les standards absolus sont ceux dont le contenu ne se définirait pas par référence à des éléments extérieurs, mais se renfermerait sur lui-même (standard du traitement juste et équitable et celui de la pleine et entière protection et sécurité). Les standards relatifs, à l'inverse, ne pourraient être isolés des éléments de comparaison qui en permettraient l'interprétation et l'application (traitement national et nation la plus favorisée). *Ibid*, n° 1305.

13. Cela signifie que le traitement auquel l'investisseur étranger peut prétendre est celui qui est réservé à une autre catégorie d'opérateurs qui recouvre soit les opérateurs nationaux (traitement national), soit les opérateurs étrangers ressortissants d'autres pays. Voir A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014.

14. Voir Carreau et Juillard, *Droit international économique, op. cit.*, n° 1310.

droit d'établissement sans condition à l'image du droit de l'Union européenne, ces traités limitent ainsi considérablement la liberté d'un État de déterminer les conditions d'admission d'un investissement. Cette précision est d'autant plus importante que les instances de régulation de la mondialisation organisent une intense concurrence normative au moyen des indicateurs et classements qui pavent la marche vers le marché mondial et des initiatives d'assistance technique menées par des organisations comme le groupe Banque mondiale dans le domaine de l'« amélioration du climat des affaires¹⁵ ». C'est le rôle des multiples « centres de promotion des investissements » qui existent dans nombre de pays, développés ou pauvres, et qui ont pour objet de démontrer aux investisseurs que leur climat des affaires est aux normes internationales, voire recèlent des mesures de moins-disant social ou fiscal.

Clause du traitement national

Concernant plutôt la question de l'accueil des investisseurs et formant avec la clause de la nation la plus favorisée l'armature du principe de non-discrimination, la clause du traitement national oblige l'État d'accueil à ne pas traiter les opérateurs étrangers de manière moins favorable que les opérateurs nationaux se trouvant dans les mêmes conditions. Ainsi, sauf si une exception est formulée, par exemple dans le domaine de la sécurité nationale, elle supprime toute entrave à l'admission d'investisseurs étrangers. Si le principe est simple, la réalité de sa mise en œuvre peut parfois s'avérer délicate : l'État d'accueil est certes tenté d'attirer les capitaux étrangers pour son développement et l'assurance d'un traitement national fait partie de cette attractivité, mais il est également soucieux – en particulier dans des contextes économiques difficiles – de préserver les opérateurs nationaux (et donc

15. À titre d'exemple, voir les communications du Centre de promotion des investissements en Côte d'Ivoire où l'on peut lire que l'objectif de gagner des places dans le classement Doing Business est devenu une finalité de la politique économique ivoirienne, et non pas seulement un moyen. www.cepici.gouv.ci/web/docs/newsletter-cepici---novembre-2015.pdf

les emplois)¹⁶ et enclin à limiter ce principe ou à le conditionner. Par ailleurs, la difficulté est que cette clause – substantiellement – octroie un régime de protection nécessairement relatif puisque, dans un État où les investisseurs nationaux sont peu protégés, un opérateur étranger ne pourra, sur ce fondement, prétendre à une protection supérieure. C'est pourquoi certains pays – développés – ont contesté cette approche pour promouvoir un « standard minimal de traitement » international constitué d'un ensemble de droits « absolus » garantis aux opérateurs économiques. Les deux approches coexistent désormais avec le risque, en ce qui concerne la seconde, de créer ce qu'on appelle des discriminations à rebours : dans un État protégeant faiblement ses investisseurs nationaux, l'investisseur étranger pourrait se sentir autorisé par le droit international à un traitement plus favorable que celui reconnu aux nationaux. Ce traitement peut même être imposé si l'investisseur soutient avec succès que le traitement national ne se hausse pas au niveau du traitement juste et équitable (voir *infra*).

Clause de la nation la plus favorisée

Concernant aussi plutôt la phase d'admission de l'investissement, la clause de la nation la plus favorisée est le prolongement du traitement national puisqu'elle oblige l'État d'accueil à octroyer à l'investisseur étranger un traitement non moins favorable que celui octroyé aux autres investisseurs étrangers les plus favorisés. L'objectif est donc de faire bénéficier un investisseur protégé par un traité donné de conditions plus favorables que celles prévues par ce traité, ces conditions pouvant, par exemple, se trouver dans un autre traité bilatéral d'investissement conclu par le même État avec un autre État étranger. Cette protection vient alors contredire un principe juridique fondamental qui est celui de l'effet relatif des traités en vertu duquel les effets de droit prévus dans le traité ne sont valables qu'à l'égard des seuls États parties.

Une autre difficulté liée à l'application de cette clause de la nation la plus favorisée tient au champ d'application, c'est-à-dire

16. De Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*

à l'étendue de la protection. À l'origine conçue uniquement pour s'appliquer au traitement substantiel de l'investisseur étranger et non au traitement procédural, notamment concernant le recours à un tribunal arbitral, une sentence arbitrale est venue remettre en cause cette vérité. Le tribunal a décidé de faire bénéficier un investisseur étranger de la possibilité de recourir au RDIE sur le fondement de la clause de la nation la plus favorisée, alors même que le traité bilatéral applicable en l'espèce prévoyait un recours conditionné et limité, en l'espèce non respecté par l'investisseur¹⁷. Le risque d'une telle jurisprudence est celui d'une disparition des frontières entre les traités qui deviendraient tous « fongibles » et finiraient par s'appliquer à tous les opérateurs économiques, pourtant non bénéficiaires, à l'origine, des dispositions en cause. L'État d'accueil ne pourrait plus alors négocier de façon différenciée ses traités internationaux, ce qui porterait largement atteinte à sa souveraineté, mais également à l'équilibre général des relations internationales. Cependant, tout comme la clause du traitement national, la clause de la nation la plus favorisée peut être limitée par l'État lui-même. Ainsi, par exemple, ce dernier peut octroyer des avantages particuliers à certains opérateurs économiques étrangers dans le cadre d'intégrations économiques régionales telles que l'Union européenne. Un autre exemple concerne le domaine de la fiscalité également exclu du jeu de la clause de la nation la plus favorisée, dans le cadre notamment des traités bilatéraux visant à éviter des doubles impositions conclues avec certains États.

Enfin, l'un des problèmes les plus importants suscités par la clause de la nation la plus favorisée est celui de savoir si son champ d'application inclut ou non le mécanisme de règlement entre investisseurs et États. L'intérêt de la question est de savoir si un investisseur peut se prévaloir de la clause de la nation la plus favorisée pour invoquer celle figurant dans un traité conclu entre l'État hôte de son investissement et un autre État étranger que celui dont il est un

17. Jurisprudence *Maffezini c/ (c.) le royaume d'Espagne*, 25 janvier 2000, aff. Cirdi, n° ARB/97/7, sentence, 13 nov. 2000.

ressortissant. Cette question est traitée plus loin avec les questions de *forum shopping* (voir *infra*).

NORMES ET STANDARDS DE PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT DÉJÀ CONSTITUÉ

Traitement juste et équitable

Les TBI contiennent un standard de traitement juste et équitable qui a fait couler beaucoup d'encre en raison de profondes divergences d'appréciation. Remontant au droit international coutumier qui impose aux pays d'accueil d'accorder aux étrangers en tant que personnes physiques et à leurs biens un traitement juste et équitable, ce standard est présent dans une très grande majorité de traités et fait l'objet d'une controverse irrésolue entre deux conceptions différentes. Contenue dans un certain nombre d'instruments, et non des moindres (art. 1105 de l'Aléna, modèles américains de TBI de 2004 et 2012, modèle de TBI canadien), la conception restrictive prévoit que ce traitement « ne serait que la dénomination particulière sous laquelle se présente le standard minimal [voir chapitre 1] en droit des investissements¹⁸ ». Il s'agit là d'une conception minimale du standard bien résumée par la définition qui en est donnée dans le modèle de TBI américain. Selon cette formulation, le traitement juste et équitable « comprend l'obligation de ne pas dénier justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives, en accord avec le principe des garanties légales offert par les principaux systèmes juridiques¹⁹ ».

Cependant, un certain nombre de sentences arbitrales ont saisi l'occasion donnée par l'imprécision d'un grand nombre de TBI pour adopter une conception extensive et faire du traitement juste et équitable une norme autonome vis-à-vis du droit coutumier. Cela signifie qu'il s'agirait d'un standard original résultant de l'agrégation des coutumes internationales et des principes généraux du

18. Carreau et Juillard, *Droit international économique*, *op. cit.*, n° 1319.

19. Voir modèle de TBI américain, cité dans Carreau et Juillard, *ibid.*, n° 1321.

droit international dont il appartiendrait aux arbitres de déterminer les contours au cas par cas²⁰. Les arbitres se sont pour ainsi dire engouffrés dans la brèche pour en faire le standard le plus important et sanctionner un grand nombre de comportements des États hôtes. Cette interprétation extensive a permis de faire entrer des obligations nouvelles, comme celle de respecter la transparence ou les attentes légitimes de l'investisseur, et qui sont à l'origine des abus les plus criants dénoncés dans la pratique arbitrale (voir *infra*).

Le standard de pleine protection et sécurité

Le standard de pleine protection et sécurité correspondait traditionnellement à une interdiction des spoliations et s'entendait à l'origine de la protection physique de la personne. Étendue à ses biens, cette exigence a servi à fonder une protection contre les expropriations d'abord directes, puis de plus en plus contre les expropriations indirectes résultant de mesures équivalentes à l'expropriation.

Ce standard implique l'idée d'une obligation à la charge de l'État d'assurer la protection de l'investissement contre la violence, par exemple en déployant les forces de police dont il dispose pour mettre fin à la violence physique dirigée contre l'investissement. Mais des sentences, notamment rendues contre l'Argentine, sont allées plus loin en jugeant que le standard couvrait des atteintes à des biens immatériels sans la moindre violence physique²¹, ou permettait de sanctionner l'atteinte au droit d'un investisseur causée par un environnement d'investissement ne répondant pas suffisamment à une exigence de sécurité juridique²².

Protection contre les expropriations et les nationalisations

La plupart des traités contiennent en outre des règles de protection de la propriété de l'investisseur contre trois formes d'atteintes

20. Voir notamment la sentence Tecmed, Tecnicas Mediaambientales, Tecmed S.A. v. The United Mexican States, aff. Cirdi n° ARB/AF/00/2, Award, sentence 29 mai 2003.

21. Voir Siemens A.G. c. Argentine, aff. Cirdi n° ARB/02/08 ; sentence, 6 février 2007.

22. Voir Azurix c. Argentine, aff. Cirdi n° ARB 01/12 ; sentence, 14 juillet 2006.

directes au droit de propriété de l'investisseur : l'expropriation (y compris la confiscation, nécessairement violente et arbitraire), la nationalisation et les mesures équivalentes. La confiscation, l'expropriation et la nationalisation ont pendant longtemps constitué l'intégralité de la matière du droit des investissements. Considérées comme les atteintes les plus graves à la propriété de l'investisseur, elles ne se rencontrent plus que rarement et sont éclipsées en pratique par les mesures équivalentes à des mesures d'expropriation ou de nationalisation. La principale question traditionnellement posée par les expropriations et les nationalisations est celle de l'indemnisation, qui dépend de la légalité de la mesure. Ainsi, il est généralement accepté qu'une expropriation légitime (pour une cause d'utilité publique) entraîne pour l'État une obligation de payer une juste compensation²³, alors qu'une expropriation ou une nationalisation illicites en droit international génèrent à la charge de l'État une obligation de réparation, par nature plus élevée afin de ménager un effet dissuasif.

La question des expropriations et des nationalisations a considérablement évolué à mesure du glissement d'un objectif de protection de l'étranger vers celui de la promotion de la mobilité du capital (voir chapitre 3). Petit à petit, le type des mesures ouvrant droit à une indemnisation n'a plus que de lointains rapports avec les nationalisations et les expropriations violentes, comme au moment de la zaïrianisation sous Mobutu. Les mesures contestées devant les tribunaux d'arbitrage institutionnels ou *ad hoc* ne concernent plus des expropriations et des nationalisations, mais bien des mesures équivalentes à l'expropriation ou à la nationalisation. Elles s'en distinguent en ce que leur objet n'est pas de transférer le titre de propriété sur l'investissement, mais plutôt de viser les effets sur les investissements. Ces effets peuvent être directs (par exemple, l'État refuse de payer un prestataire de services ; voir encadré 2 sur l'affaire *Africard c. Niger*) ou indirects (l'État adopte

23. Voir *infra* les controverses entre États exportateurs de capitaux et États importateurs de capitaux sur la signification de la juste compensation (compensation prompte, adéquate et effective, et compensation appropriée).

une réglementation environnementale ou sociale qui impacte la rentabilité de l'investissement). Or, précisément, la notion d'atteinte indirecte au droit de propriété de l'investisseur sur son investissement est, pour paraphraser Carreau et Juillard, « l'une des plus imprécises que l'on rencontre dans le droit international des investissements – qui n'est pourtant pas avare de ces imprécisions²⁴ ». Une atteinte indirecte est définie comme « l'édition par l'État de mesures générales qui seraient prises dans l'intérêt du public et ne présenteraient aucun caractère discriminatoire, mais qui n'en lèseraient pas moins les intérêts économiques des investisseurs²⁵ ». La notion même de mesure équivalente entraînant un effet indirect pose des questions sans fin sur le fait de savoir si toutes les mesures générales qui affectent la valeur d'un investissement sont indemnisables. Dans la négative, quels sont les critères permettant de faire la distinction entre mesures indemnisables ou non ? Et enfin, quelle indemnisation est due ? Nous verrons combien ces questions, qui sont aussi posées dans l'affaire *Africard* ci-dessous, sont au cœur des controverses sur le changement de nature du droit international des investissements d'un objectif de protection de la propriété de l'investisseur à celui de la sanctuarisation de ses droits.

Encadré 2 : Affaire *Africard* c. Niger

En février 2010, le Niger a connu un coup d'État militaire qui a conduit au départ de son président notoirement corrompu, Mamadou Tandja, au pouvoir depuis 1999. Le 28 janvier 2011, le gouvernement de transition dirigé par Salou Djibo, l'ancien commandant de la compagnie de blindés de Niamey, a décidé d'attribuer, sur décision du ministre de l'Intérieur, un marché de production de passeports électroniques (marchés caractérisés par une corruption endémique sur le continent africain) d'un montant de 34,8 milliards de FCFA (53 millions d'euros), hors taxes, à la société *Africard*, une filiale de droit des îles Vierges britanniques de l'entreprise *Inkript*, qui appartient elle-même au libanais *Resource Group Holding* (RGH).

24. Carreau et Juillard, *Droit international économique*, op. cit., n° 1472.

25. *Ibid.*, n° 1475.

Cette même année, le Niger, par la voie de son Premier ministre, nommé par le président nouvellement élu, a engagé des discussions avec la société en vue de l'annulation de l'accord et, celles-ci n'aboutissant pas, il a notifié à Africard la résiliation du contrat en mars 2012. En conséquence, Africard a invoqué une disposition de l'accord qui obligeait les parties à arbitrer les différends devant la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) pour faire nommer un arbitre unique, l'État du Niger ayant refusé l'arbitrage. Constatant la résiliation unilatérale du Niger de l'accord, l'arbitre a condamné le Niger à payer à Africard plus de 16 milliards de FCFA (24 millions d'euros) plus les intérêts, soit une indemnisation d'un montant intégrant la totalité du « manque à gagner » de l'investisseur (pour un contrat portant sur un marché attribué par une junte militaire assurant les pouvoirs de gouvernement de transition après le coup d'État et annulé quelques mois après sa signature, avant le moindre commencement d'exécution).

Ayant obtenu de juridictions françaises et américaines des décisions ordonnant la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale de 2014, Africard a, entre la mi-octobre 2016 et la mi-janvier 2017, fait pratiquer des saisies portant sur un ensemble de biens immobiliers appartenant à l'État du Niger en France et aux États-Unis pour un montant dépassant 70 millions d'euros et des saisies mobilières pour un montant de 67,5 millions d'euros sur des comptes de la société Areva correspondant à des créances de l'État nigérien sur Areva.

Cette affaire, qui poursuit son cours après une nouvelle série de recours de l'État nigérien, illustre le type de conflits d'investissements qui opposent à l'heure actuelle des États parmi les plus pauvres de la planète et des investisseurs qui sillonnent l'Afrique pour conclure avec des gouvernements au moment propice des arrangements corrompus.

L'apparition des mesures équivalentes et de la notion d'atteinte indirecte à la propriété de l'investisseur accrédite l'idée qu'aucune réglementation destinée à la protection du public, y compris motivée par un objectif de santé publique, n'est à l'abri de contestations par des investisseurs, comme on a pu le voir avec l'affaire Philip Morris. Cependant, la sentence rendue par le Cirdi, qui a rejeté la réclamation du cigarettier, aura sans doute pour effet de restreindre ce type d'actions. La réaction politique dans les négociations du CETA s'est d'ailleurs fait sentir à ce sujet, et les États ont

tenté de contrer l'entrave à la liberté normative que constitue dans certains cas le droit de la protection des investissements.

En revanche, le débat sur les critères de distinction entre les mesures qui constitueraient des mesures équivalentes à des expropriations indirectes, et donc ouvrant un droit à indemnisation, et celles qui n'ouvriraient aucun droit à indemnisation a de beaux jours devant lui. Force est de constater que la plupart des TBI sont muets sur cette question, à l'exception, notoire, des États-Unis, devenus un État importateur de capitaux, qui ont pris soin d'intégrer dans leur modèle de TBI une annexe contenant une importante limitation : « Sauf dans de rares circonstances, les actions non discriminatoires par un État partie qui ont pour objet et pour effet de protéger des objectifs de bien-être collectifs légitimes, comme la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas des expropriations indirectes. »

Les tribunaux arbitraux semblent utiliser les mêmes critères que ceux énoncés dans le modèle de traité américain. En premier lieu, la plupart des sentences arbitrales estiment que la mesure ouvre droit à indemnisation lorsqu'elle est à l'origine de la perte totale de la valeur de l'investissement ou de son contrôle par l'investisseur²⁶. En second lieu, les tribunaux arbitraux prennent en considération le caractère de la mesure considérée, c'est-à-dire qu'ils analysent si elle constitue bien un exercice légitime du pouvoir de police de l'État ou si l'objectif d'intérêt légitime n'est qu'un prétexte et si la mesure présente un caractère discriminatoire. En fait, comme le soulignent Carreau et Juillard, les tribunaux arbitraux appliquent sur ce dernier point un raisonnement proche de celui de la Cour européenne des droits de l'homme fondé sur un principe de proportionnalité²⁷.

26. Sentences *Cirdi Pope Talbot c. Canada* du 10 avril 2001, *Tecmed c. Mexique* affaire *Cirdi* n° ARB(AF)/00/2, sentence 29 mai 2003, *CMS Gas Transmission Company c. Argentine* aff. *Cirdi* n° ARB/01/8, sentence 12 mai 2005

27. Voir par exemple l'affaire *Sporrong* qui a jugé que des personnes se prétendant lésées ne peuvent obtenir compensation que si les mesures contestées ont rompu le « juste équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général », c'est-à-dire si elles ont subi une « charge spéciale et exorbitante », *Sporrong & Lönnroth v. Sweden* (1983), 5 EHRR 35885.

Les prescriptions de résultats dans les TBI²⁸

Les prescriptions de résultats sont imposées par les États pour s'assurer que l'investisseur étranger exporte une partie de sa production, s'approvisionne localement et emploie de la main-d'œuvre locale. La plupart des traités sont silencieux sur le sujet, mais, pour les États parties à l'OMC, les prescriptions de résultats sont alors soumises aux limitations de l'accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC).

En revanche, de plus en plus de TBI, à l'image des modèles américains et canadien, interdisent les prescriptions de résultats.

Le rapatriement des profits

Un grand nombre de traités prévoient que l'État d'accueil ne peut faire opposition au droit absolu du propriétaire de l'investissement de rapatrier les profits de son affaire. Néanmoins, cela pose des problèmes particuliers en cas de déficit important de la balance de paiements à la suite d'événements comme le défaut souverain de l'Argentine en 2001 ou la crise asiatique de 1998. Dans les nombreuses affaires qui ont opposé l'Argentine à ses créanciers, l'Argentine a soutenu devant les tribunaux arbitraux que les circonstances de la crise avaient généré un état de nécessité lui permettant de suspendre l'application du droit de rapatriement des profits jusqu'à une amélioration de la situation. Cependant, cette position devant les tribunaux arbitraux a pour l'essentiel échoué²⁹. Une autre approche est celle figurant dans un certain nombre de traités du Royaume-Uni prévoyant que l'investisseur a un droit irrévocable au rapatriement d'un certain pourcentage (par exemple 20 %) de ses profits dans le cas d'une crise monétaire.

28. Pour des développements plus détaillés sur les prescriptions de résultats, voir S. Nikiéma, « Les prescriptions de résultats dans les traités d'investissement », série bonnes pratiques de l'IISD, décembre 2014, disponible à l'adresse : www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-performance-requirements-investment-treaties-fr.pdf

29. Voir M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 (3^e ed.), p. 458 sqq.

LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INVESTISSEUR-ÉTAT

Le Cirdi

L'importance et la complexité de ces litiges ont conduit la communauté internationale, sous l'égide de la Banque mondiale, à créer une institution spécifique pour encadrer et organiser ces différends – et non pas les régler – qui est le Cirdi, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Il concentre désormais une grande partie du contentieux relatif aux investissements, bien que d'autres « places » viennent aujourd'hui le concurrencer. Le Cirdi a été établi en 1965 par une convention multilatérale (la convention Cirdi ou convention de Washington), qui a d'abord été ratifiée par vingt pays. Aujourd'hui, 159 États ont signé la convention Cirdi, et 151 l'ont ratifiée. Le Cirdi offre des moyens et services de conciliation et d'arbitrage pour régler des litiges survenant entre des États, parties à la convention, et des investisseurs privés, ressortissants d'autres États contractants. Le Cirdi n'est donc pas en soi une juridiction, mais plutôt une administration qui offre des outils procéduraux sous forme d'organisation internationale.

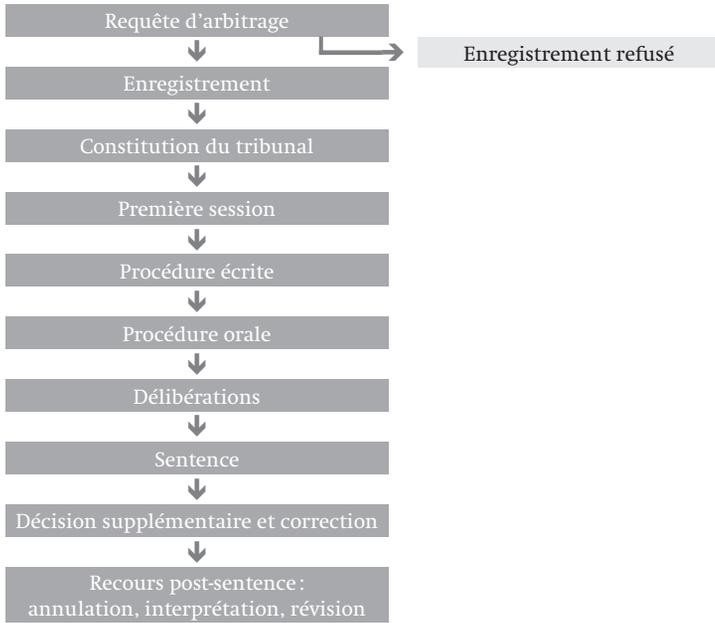
Le Cirdi est composé de deux organes : un conseil administratif, au sommet, et un secrétariat, en dessous. Le conseil administratif comprend un représentant par État, possédant chacun une voix, et se réunit une fois par an au Fonds monétaire international (FMI) et à la Banque mondiale. Il est donc l'organe intergouvernemental de l'institution et a pour objet l'administration du Centre, le vote du budget et la rédaction du rapport annuel. Il adopte également les règles et règlements applicables aux procédures arbitrales. Le secrétariat, avec à sa tête le secrétaire général qui dirige véritablement le Cirdi, est l'organe fondamental qui assure le fonctionnement quotidien du Centre. Il se compose d'une cinquantaine d'agents internationaux qui gèrent les procédures arbitrales en organisant l'instance avec les tribunaux arbitraux. Le secrétariat assure également – en collaboration avec les États membres – la création et l'actualisation de la liste des arbitres et conciliateurs qui seront nécessairement choisis par les parties lors d'un litige.

Il faut bien comprendre que le Cirdi ne se prononce pas sur les litiges, mais constitue un organisme impartial qui offre un cadre

institutionnel et procédural pour le règlement de ce type de litiges. À ce titre, il propose un mécanisme de règlement des différends qui reste totalement volontaire et nécessite toujours l'accord tant de l'investisseur que de l'État concerné par le litige. Une fois donné, ce consentement est un engagement juridique qui a force obligatoire et qui ne peut être retiré unilatéralement. Pour assurer le bon fonctionnement procédural, le Cirdi offre des règles applicables aux litiges composées de la convention et du règlement du Cirdi. En outre, le Cirdi s'est doté d'un règlement du mécanisme supplémentaire qui permet d'offrir des services d'arbitrage, de conciliation et de constatation des faits pour certains différends qui n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention Cirdi, par exemple lorsque seulement un des deux États a ratifié la convention de Washington.

Chaque arbitrage est tenu devant un tribunal arbitral constitué spécifiquement pour chaque litige. Dans le cadre du mécanisme général (pour les États parties à la convention), la spécificité de l'arbitrage devant le Cirdi est double : il est fait obligation aux États de reconnaître aux sentences arbitrales la même force juridique qu'une décision rendue par les tribunaux nationaux, sans procédure interne d'exécution (procédure d'exequatur). Par ailleurs, un mécanisme particulier de recours en annulation est applicable. Il ne s'agit pas d'un appel à proprement parler – étant donné que le Centre n'est pas une juridiction et que les tribunaux arbitraux sont des tribunaux *ad hoc*. Cependant, il assure une certaine qualité et cohérence des sentences arbitrales puisqu'il permet l'annulation des irrégularités les plus grossières : vice dans la constitution du tribunal, excès de pouvoir manifeste du tribunal, corruption de ses membres, inobservation d'une règle fondamentale de procédure, défaut de motif. Les demandes d'annulation sont relativement fréquentes, mais les annulations effectives sont plutôt rares, du fait sans doute du circuit fermé et de la petite communauté que constitue l'arbitrage d'investissement. Chaque arbitrage est tenu devant un tribunal arbitral constitué pour chaque litige selon la procédure et selon les étapes figurant dans le schéma suivant.

Schéma 2 : Étapes principales d'une procédure Cirdi



La spécificité de ce mécanisme est qu'il se déroule sans aucune intervention judiciaire et sans aucune référence à un droit national, ni pendant la procédure d'arbitrage ni à son issue. Une fois la sentence rendue par le tribunal arbitral, celle-ci est pleinement effective et devra être exécutée par l'État comme si la décision avait été rendue par ses juridictions internes.

Le règlement des litiges ne passe pas exclusivement par le contentieux et l'arbitrage dans la mesure où une large place est laissée à la conciliation ; la commission de conciliation, composée selon la volonté des parties, incitera les parties à trouver un accord. Cette procédure est encore peu utilisée devant le Cirdi, alors même qu'elle serait susceptible de réduire le coût et le temps de règlement des litiges. Ce constat a été pris en compte dans la rédaction du CETA, par exemple, qui rend obligatoire la phase de conciliation entre les parties.

Toutefois, les parties peuvent aussi ne pas recourir à ces instances et prévoir entre elles leurs propres règles d'arbitrage.

Le RDIE hors Cirdi

Parfois, le TBI peut prévoir une autre instance qui sera en charge d'accueillir le tribunal arbitral. On peut citer ici la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, qui propose le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (la Commission des Nations unies pour le développement du commerce international) et qui a connu en matière d'investissement une cinquantaine d'affaires à ce jour, certaines emblématiques³⁰. Il faut citer également l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de Paris ou encore la Cour d'arbitrage de Londres initialement consacrés à l'arbitrage international commercial, mais qui ont eu à connaître, au fur et à mesure de l'accroissement des litiges, du contentieux de l'arbitrage d'investissement. Ces places ont désormais acquis une forte crédibilité en la matière et concurrencent désormais le Cirdi.

UN MODE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS PARFAITEMENT EN PHASE AVEC L'ÉVOLUTION DE LA QUESTION DE L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL

Comme le montrent les développements qui précèdent, le mécanisme d'arbitrage d'investissement peut s'analyser comme un instrument de guerre au sens où la décrivait Raymond Aron, « à la fois coopération et compétition³¹ ». Guerre économique et commerciale, en l'occurrence : coopération avec les traités bilatéraux d'investissement conclus entre États pour intensifier les relations économiques internationales et améliorer le développement ; compétition lorsque survient le litige entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil qui

30. C'est devant elle que s'est déroulée l'affaire Philip Morris Asia Ltd. (Hong Kong) contre l'Australie en 2012, mais aussi un des pans de l'affaire Youkos en 2009.

31. R. Aron, *Dimensions de la conscience historique*, Paris, Plon, 1961, rééd. Paris, Les Belles Lettres, 2011, p. 132.

conduit à un rapport de force inconciliable. Car le recours au mécanisme de RDIE constitue une rupture dans les rapports investisseur-État. Plus qu'une discontinuité, il est un point de non-retour et une fissure souvent irréparable de la confiance entre ces deux acteurs. Comme dans les rapports humains, le recours au contentieux signifie bien souvent la fin de la relation.

Comme nous l'avons vu, l'arbitrage d'investissement est une forme privée de règlement des différends qui met aux prises des parties qui ne sont pas homogènes dans leur nature même, ce qui l'expose à une dissymétrie de principe puisqu'il oppose un État à un investisseur privé. L'espace de ce contentieux situé originellement dans la sphère du droit public international est donc vite saturé par des acteurs *étrangers* et de surcroît privés. Or, « lorsque la forme État perd son monopole et que l'on voit apparaître des entités politiques non étatiques comme les entreprises, les ONG [...], l'espace perd son homogénéité et donc sa force de rationalisation³² ». En outre, il s'agit d'une matière où volonté et liberté sont à la base de cette justice *ad hoc* détachée de toute souveraineté étatique, ce qui n'est pas sans poser question. Comme le résume Emmanuel Gaillard, conseil et arbitre international, la liberté des parties « de choisir leur juge, de forger la procédure qui leur paraît la plus appropriée, de déterminer les règles de droit applicables au différend, [...] la liberté des arbitres de fixer le déroulement de la procédure et, dans le silence des parties, de choisir les normes applicables au fond du litige, soulèvent autant de questions de légitimité. Plus fondamentalement encore, le fait que l'arbitre rende une décision privée sur le fondement d'une volonté des parties qui l'est tout autant soulève la question de la source de ce pouvoir et de la juridicité de la décision qui en résulte³³ ».

L'arbitrage est un mode de résolution des conflits hybride et global – typique de la mondialisation –, car il est à la fois contractuel

32. A. Garapon et M. Rosenfeld, *Démocraties sous stress. Les défis du terrorisme global*, Paris, PUF, 2016, p. 45.

33. E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, La Haye, Académie de droit international de La Haye, 2008, p.18.

et juridictionnel, international et national, public et privé. Nous verrons dans les développements qui suivent comment, en raison de sa logique intrinsèque, il correspond parfaitement à la financiarisation de l'économie-monde.

III. DE LA PROTECTION À LA SANCTUARISATION DES DROITS DE L'INVESTISSEUR ÉTRANGER : LE RETOUR DES TRAITÉS INÉGAUX

Dans ce chapitre, nous explorerons la façon dont, d'une protection de la personne et de la propriété des étrangers contre l'arbitraire des États, nous sommes passés, en l'espace de seulement quelques années, à une sanctuarisation presque totale des droits des investisseurs devenus de véritables machines de guerre économique. Induite par la financiarisation croissante de l'économie, cette sanctuarisation s'est faite notamment au moyen d'une évolution du contenu du droit international de l'investissement qui s'est éloigné de l'objectif de protection de la propriété de l'étranger pour aller vers la promotion de la mobilité du capital, c'est-à-dire vers l'octroi aux investisseurs étrangers de droits extraterritoriaux. D'autre part, elle est renforcée par le caractère unilatéral du droit international des investissements qui, *via* le RDIE, donne aux investisseurs le monopole du droit d'action tout en leur permettant de tirer avantage de la fragmentation du droit de l'investissement au sein d'un réseau de TBI. En outre, elle est garantie par la pratique de l'entre-soi et le caractère homogène des acteurs du RDIE.

QUAND FINANCIARISATION RIME AVEC AVERSION AU RISQUE

Nous avons vu aux chapitres précédents que l'évolution du droit international des investissements s'est faite de façon graduelle, d'une protection de la condition de la personne étrangère vers

une protection de ses biens. Néanmoins, l'investisseur étranger demeurait avant tout un étranger protégé par le pouvoir souverain, comme on accorde l'hospitalité à un visiteur de passage. Les égards qui lui étaient dus tenaient à sa qualité d'opérateur dans un monde que l'on s'efforçait de rendre commun, non à la crainte d'un déclassement par une agence de notation.

Pourtant, l'évolution récente témoigne d'une dynamique tout à fait différente qui tient à la phase de financiarisation de l'économie dans laquelle nous sommes entrés depuis la décennie 1970. En effet, à mesure que l'économie-monde s'éloignait de la phase d'expansion matérielle amorcée en 1945 et s'engageait dans la phase de spécialisation dans la haute finance, initiée après 1971, la concurrence est devenue de plus en plus pressante, et le réinvestissement des surplus dégagés par les entreprises dans leur activité productive ou dans de nouveaux secteurs de l'économie réelle, de moins en moins profitable. Le refuge se trouvait alors dans la liquéfaction du capital et son recyclage par la haute finance. Or, comme le montre Arrighi, la spécialisation dans la haute finance correspond aux phases où un pouvoir hégémonique devient impérial, c'est-à-dire que son économie repose sur l'extraction de tributs sous forme d'intérêts, de dividendes et de remises. C'est ce qui explique l'instrumentalisation de la puissance américaine par les grands groupes américains pour se ménager des monopoles mondiaux dont les programmes de sanctions américains et le RDIE sont des manifestations évidentes. Alors que l'essentiel de l'investissement entre 1945 et la décennie 1970 était réalisé dans l'augmentation de la capacité productive, des parts croissantes de celui-ci sont investies dans la transformation du système juridique en mécanisme d'extraction des profits des entreprises transnationales par le truchement de ces mouvements de capitaux particuliers que sont les investissements directs étrangers. Ceux-ci sont en effet pour l'essentiel des fusions-acquisitions et des transferts au sein de la même entreprise, le plus souvent par la constitution d'entités à vocation spéciale qui sont essentiellement des sociétés financières sous contrôle étranger, réalisant principalement des transactions financières transfrontalières et ayant une activité locale négligeable, voire pas d'activité locale, dans l'État membre de résidence.

Une des plus grandes confusions savamment entretenues par les économistes au sujet de la financiarisation est le rapport au risque de la part des investisseurs. La vulgate des laudateurs de la mondialisation financière veut nous faire croire que les investisseurs étrangers qui font sortir de leur chapeau la croissance comme un sorcier ferait la pluie et le beau temps sont des entrepreneurs schumpétériens combinant « une inventivité technique, la capacité de réunir des capitaux, d'organiser une entreprise, d'explorer, de pénétrer, de créer des marchés¹ ». Rien n'est en fait plus éloigné de la réalité. La figure de l'investisseur international n'a plus rien à voir avec le type anthropologique de l'entrepreneur schumpétérien. Il en est en fait l'exacte antithèse et personne n'est plus allergique au risque que l'investisseur international. Représentant d'une bureaucratie managériale et d'une classe de spéculateurs obsédés par le contrôle et la recherche d'un avantage décisif vis-à-vis de la concurrence, il ne tolère que l'investissement garanti sans risque. Comme les pouvoirs coloniaux qui s'imposaient par des démonstrations de leur puissance militaire pour extraire à leurs « partenaires » des concessions extraterritoriales, l'investisseur international sait lui aussi manier la force et le consentement des États pour obtenir un cadre juridique garantissant une allocation inégale des risques avec les pouvoirs territoriaux qu'il subjugue au moyen d'une promesse évanescence d'une croissance équivalente au salut dont lui seul détient la clé.

UNE FRAGMENTATION BIEN COMMUNE

Nous avons souligné plus haut combien la multiplication de TBI opérant en réseau et le développement de l'arbitrage d'investissement ont contribué à la fragmentation du droit des investissements. Or, loin de constituer un inconvénient, cet éclatement est du pain bénit pour des acteurs qui se complaisent dans l'ambiguïté et disposent d'une armée de techniciens pour l'interpréter en leur

1. C. Castoriadis, *La Montée de l'insignifiance*, Paris, Seuil, 1996, p. 108-109.

faveur, en même temps qu'il génère un sérieux handicap pour des pouvoirs territoriaux qui ont une capacité inégale à s'adapter à la complexification du monde, au brouillage de la frontière bien définie entre les pays exportateurs et les pays importateurs de capitaux, à la chute du multilatéralisme et à la régionalisation croissante des ensembles économiques. Comme certaines personnes physiques au gros patrimoine, les entreprises transnationales veulent et peuvent être des citoyens de partout (pour les privilèges et les profits) et de nulle part (pour les devoirs civiques et les impôts). Leur structure bureaucratique entièrement alignée sur la maximisation de la valeur actionnariale (c'est la signification du mot "*lean*") leur donne des avantages non négligeables par rapport à celle des États qui, encombrés d'un territoire et d'une population, doivent concilier des intérêts antagonistes².

Cette fragmentation alimente donc la capacité de manipulation par les investisseurs du droit de l'arbitrage d'investissement afin de sanctuariser leurs droits en jouant sur les multiples ambiguïtés que celui-ci recèle. En effet, comme l'écrit Antoine Garapon, « le droit global se nourrit de sa propre invisibilité : il est composé le plus souvent de normes très techniques, grises, qui ne sont pas secrètes, mais tellement rébarbatives que peu s'aventurent – y compris parmi les juristes – à les analyser. La technicité et la complexité sont mises en avant pour s'émanciper de toute réglementation dans laquelle les intéressés soupçonnent immédiatement une surrégulation (*overregulation*) qui constitue non seulement une obstruction à la liberté d'entreprendre, mais surtout un frein au développement économique. L'opacité et le manque de transparence de ces standards, qui sont très contraignants, font partie du dispositif de contrôle. La complexité du système est un argument en faveur du système. D'où l'importance de s'y pencher, de les sortir de leur gangue technicienne, de les formuler dans les termes du droit commun afin de pouvoir les mettre en question³ ». C'est ce que nous ferons brièvement en commençant par la notion même d'investissement.

2. Voir Garapon et Rosenfeld, *Démocraties sous stress*, op. cit., p. 46

3. Garapon, *La Raison du moindre État*, op. cit., p. 209.

LA NOTION D'INVESTISSEMENT CONÇUE COMME UN OUTIL DE RÉSERVATION DES MARCHÉS ET DE PROMOTION DE LA MOBILITÉ DU CAPITAL

Nous avons déjà vu combien la notion d'investissement est définie de façon floue dans les traités, laissant des espaces béants d'interprétation aux arbitres. On retrouve dans cette plasticité de la notion d'investissement l'effet de la théorie des droits de propriété (sur laquelle nous reviendrons, voir chapitre 8), qui tend à transformer tout acquis contractuel, même lorsqu'il ne se rapporte pas à une translation de propriété, en un rapport de propriété. Selon cette théorie qui trouve par exemple toute sa place dans le domaine de la propriété intellectuelle, la propriété, selon Mikhail Xifaras, « désigne désormais la réservation exclusive plutôt qu'une maîtrise physique ». Partant de l'exemple du brevet, Xifaras décrit admirablement la logique de l'investissement sans risque (c'est-à-dire garanti contre tous les risques) portée par le capital mobile : « La justification n'est plus celle de l'auteur ou de l'inventeur, c'est celle de l'investisseur. Les juristes notent que le brevet est un outil économique de réservation des marchés et qu'il ouvre la possibilité de créer, d'étendre et de protéger les marchés. C'est un nouveau modèle qui se met en place. Les investissements de recherche [et de prospection de marché, par exemple] doivent être récupérés selon la problématique du retour sur investissement et non plus selon celle, ancienne, de la récompense de l'inventeur⁴. » Là encore, ce passage de l'inventeur à l'investisseur traduit l'anéantissement de l'entrepreneur schumpétérien par le bureaucrate managérial, selon les propres mots de Joseph Schumpeter : « Au romantisme des aventures commerciales d'antan succède rapidement le prosaïsme, en notre temps où il est devenu possible de soumettre à un calcul strict tant de choses qui naguère devaient être entrevues dans un éclair

4. M. Xifaras, « Le copyleft et la théorie de la propriété », séminaire international « Propriété et communs, les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés », Paris, 25-26 avril 2013, consultable en ligne : www.Mshparisnord.fr

d'intuition géniale. [...] Le travail des bureaux et des commissions tend à se substituer à l'action individuelle⁵.»

La logique du retour sur investissement souligne que, d'une préoccupation d'assurer la sécurité de l'étranger, on est passé à un objectif de rentabilité de son investissement. Alors que la première, d'ordre moral, est une préoccupation absolue, la seconde, d'ordre économique, requiert une évaluation comparative des différents avantages qu'offrent les États d'accueil dont le critère fondamental est la mobilité, c'est-à-dire la possibilité de se désengager de l'investissement dès que celui-ci n'assure plus des niveaux de rentabilité satisfaisant les actionnaires. Comme l'énoncent Carreau et Juillard, « la mobilité de l'investissement devient la condition de sa rentabilité⁶ ».

LA REFORMULATION DES STANDARDS DE TRAITEMENT POUR ACCOMMODER LA LOGIQUE DE L'INVESTISSEMENT SANS RISQUE AU TRAVERS DE LA DOCTRINE DES ATTENTES LÉGITIMES

Dans le même objectif de sanctuariser les droits des investisseurs, les tribunaux arbitraux du Cirdi ont élaboré, à partir du traitement juste et équitable (voir chapitre 2), une doctrine des attentes légitimes des investisseurs au moment de la constitution de l'investissement. A-t-on bien lu ? Un investisseur pourrait-il donc attendre de l'État qu'il gèle sa législation fiscale⁷ ? Cela paraît difficilement concevable en pratique, mais c'est peu ou prou ce qu'ont jugé certains tribunaux arbitraux accordant à un investisseur une indemnisation fondée sur la violation de son droit d'attente légitime que le régime réglementaire en vigueur au moment de l'investissement demeure inchangé pendant toute la durée de l'investissement. C'est sans doute ce principe qui a le plus contribué à l'instrumentalisation du droit international de l'investissement par les investisseurs

5. J. A. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, trad. Gaël Fain, Paris, Payot, 1990, p. 181.

6. Carreau et Juillard, *Droit international économique, op. cit.*, n° 1160.

7. *Ibid.*

et fait en sorte, pour paraphraser Gus Van Harten, que, « dans certains cas, les arbitres ont transformé les traités en une sorte d'assurance tous risques pour les investisseurs⁸ ».

L'émergence de cette doctrine est d'autant plus surprenante que, comme le souligne le professeur Sornarajah, elle relève d'une dénaturation d'un principe de procédure en droit anglais selon lequel la violation par l'administration d'une attente légitime d'un administré impose que la personne qui invoque une telle attente légitime puisse être entendue lors d'une audience. Ainsi que l'indique le professeur Sornarajah, « le principe a rarement été invoqué au fond en raison de difficultés pratiques évidentes. Les gouvernements donnent des assurances sur leurs politiques fiscales, agricoles et autres. La gestion des affaires publiques deviendrait difficile si, à chaque fois que de nouvelles circonstances exigent un changement de politique, l'État devait payer des dommages-intérêts aux personnes affectées. C'est une erreur d'ériger en principe général du droit l'idée que la violation d'attentes légitimes se traduit par une obligation d'indemnisation. Cela n'est pas le cas, et certainement pas en droit anglais. Il est improbable qu'une telle doctrine puisse être viable dans aucun système. Et pourtant, les tribunaux arbitraux du Cirdi ont récemment élaboré et appliqué cette doctrine pour justifier des condamnations⁹ ».

Sous couvert de la doctrine des attentes légitimes, les tribunaux du Cirdi ont en effet reconnu un droit des investisseurs à un « système stable » afin que l'investisseur étranger puisse continuer à réaliser des bénéfices pendant toute la durée de l'investissement¹⁰. Des tribunaux arbitraux, dont ceux du Cirdi, sont même allés jusqu'à reconnaître que la règle des attentes légitimes donnait lieu à une

8. V. Adriana Homolova, E. Schram, F. Mulder, *Ce petit milieu d'avocats d'affaires qui gagne des millions grâce aux traités de libre-échange*, 2016, disponible à l'adresse <http://isds.bilaterals.org/?ce-petit-milieu-d-avocats-d>

9. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, *op. cit.*, p. 355.

10. Voir *Occidental v. Ecuador*, London Court of International Arbitration (Cour d'arbitrage internationale de Londres) (sentence, 1^{er} juillet 2004), paragr. 183. Voir aussi, *CMS Gas Transmission v. Argentina* aff. Cirdi n° ARB/01/8, décision sur la compétence, 17 juil. 2003, sentence, 12 mai 2005.

obligation de la part des États de garantir un taux raisonnable de retour sur investissement¹¹.

LE REGULATORY CHILL, OU GEL DE LA VOLONTÉ DE RÉGULATION

Cette idée en germe dans la doctrine des attentes légitimes d'un droit de propriété de l'investisseur sur un « environnement favorable à l'investissement » – qui signifie en fait une garantie d'investissement sans risque – donne aux menaces de RDIE un effet dissuasif sur la législation des États. Selon Krzysztof Pelc, la multiplication de demandes vouées à l'échec a principalement pour objet non pas d'obtenir des compensations, mais d'intimider des États – et d'envoyer des signaux à d'autres États qui envisagent les mêmes politiques – afin qu'ils renoncent à des projets de réglementation. C'est ce qui est décrit comme un *regulatory chill*, un gel de la volonté de régulation. Ce gel s'exerce de différentes manières.

D'abord de façon anticipatrice, lorsque les preneurs de décisions tiennent compte de la potentialité de différends avant de commencer à préparer des réglementations publiques. Le problème est que, comme il est intégré en amont dans la volonté même d'engager des réformes, il est impossible de mesurer l'amplitude de ce gel.

Un gel peut aussi s'exercer lorsque des réglementations sont à un stade plus avancé et que les preneurs de décisions sont informés de la forte potentialité d'actions devant des panels du RDIE.

Une autre variante est le gel causé par un précédent, lorsque les acteurs gouvernementaux modifient leur approche, abrogent ou réforment des réglementations existantes en raison d'un différend transigé ou arbitré en défaveur des États. Dans ce cas, l'effet d'une procédure permet de signaler à d'autres gouvernements ce qui les attend s'ils mettent à exécution leurs projets de réforme de telle ou telle loi. Et ce n'est que la partie émergée de l'iceberg car, dans

11. Voir *Walter Bau v. Kingdom of Thailand*, tribunal arbitral *ad hoc*, 1^{er} juillet 2009, www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0067.pdf; *LG v. Argentina*, 3 octobre 2006, disponible à l'adresse : www.italaw.com/documents/ARB021LGE-Decision-on-Liability-en.pdf

la plupart des cas, une transaction a lieu ou de simples menaces de recours au RDIE suffisent à provoquer l'effet désiré, qu'il s'agisse de faire reculer le gouvernement sur un projet de loi ou de peser sur des procédures en cours, notamment pénales¹².

Enfin, ce gel peut aussi s'exercer dans le cadre d'une transition politique à la suite d'une révolution de type « printemps arabe » où les investisseurs utilisent le RDIE pour obtenir la survie d'arrangements teintés de corruption passés avec des dictateurs comme Ben Ali ou Moubarak (voir *infra* encadré 3 sur l'affaire Sajwani).

UNE ASSURANCE TOUS RISQUES POUR LES HOMMES D'AFFAIRES CORROMPUS CONTRE LES RÉVOLUTIONS ET LA COLÈRE DES POPULATIONS

Dans la logique néolibérale de la mondialisation, aucun secteur régalien n'est plus à l'abri de la pression des investisseurs. Ainsi, l'enquête BuzzFeed montre que, sur les trois cents affaires répertoriées au cours des cinq dernières années (sur sept cents au total depuis 1967), trente-cinq ont porté sur des affaires impliquant des poursuites pénales pour des faits de blanchiment d'argent, de détournement, de délits d'initiés, de corruption et de fraude. Dans huit affaires, ces RDIE ont eu pour effet de faire pression sur les gouvernements pour faire cesser les poursuites pénales contre des investisseurs (voir encadré 3).

Encadré 3 : Affaires Sajwani et Rizvi

Affaire Sajwani

Sajwani est un promoteur immobilier émirati qui a acquis en 2006 des terrains jouxtant la mer Rouge pour un dollar le mètre carré pendant le régime Moubarak afin

12. Voir sur ce sujet l'encadré 3 et l'enquête (en anglais) publiée sur le site BuzzFeed, "Global Super Court", disponible à l'adresse : www.buzzfeed.com/globalsupercourt. L'étude relate qu'une fonctionnaire du ministère des Finances de la République tchèque interrogée pour les besoins de l'enquête dit recevoir une menace par semaine en moyenne.

d'y construire le complexe touristique le plus luxueux du Moyen-Orient. En 2011, après la chute de Moubarak, et alors qu'aucune construction n'avait commencé et que le prix d'acquisition des terrains n'avait toujours pas été intégralement versé à l'État égyptien, des poursuites ont été engagées contre Sajwani pour faits de corruption qui ont donné lieu à une condamnation à une peine de cinq ans de prison. Entre-temps, Sajwani avait aussi investi dans deux autres projets immobiliers. La contre-attaque de Sajwani a été organisée avec ses avocats au moyen d'une action devant un panel du Cirdi, au cours duquel Sajwani a nommé comme arbitre Daniel Price, la personnalité la plus sulfureuse du monde du RDIE. Une transaction est intervenue, dont les termes sont bien entendu confidentiels, mais l'auteur de l'enquête a pu obtenir des informations selon lesquelles Sajwani aurait réglé une somme coquette à l'État égyptien contre une annulation de sa peine de cinq ans de prison et l'arrêt des enquêtes en cours concernant ses autres investissements.

Affaire Rizvi

L'homme d'affaires britannique d'origine pakistanaise Rafat Ali Rizvi et son partenaire saoudien Hesham al-Warraq ont été condamnés par un tribunal indonésien à quinze ans de prison et à la restitution des 300 millions de dollars qu'ils avaient détournés. Les poursuites ont donné lieu à l'émission par Interpol d'une notice rouge signifiant que l'homme d'affaires s'exposait à une extradition s'il voyageait à l'étranger. Ils ont engagé l'avocat George Burn, du cabinet Vinson and Elkins, le cabinet qui avait organisé la fraude d'Enron, afin de trouver un moyen, *via* une procédure de RDIE, de faire tomber la notice rouge. Burn a trouvé un accord complètement oublié entre les principales nations islamiques, conclu entre l'Indonésie et l'Arabie Saoudite. Alors que le traité ne contenait ni clause de RDIE ni clause imposant un traitement juste et équitable, Burn s'est fondé sur une clause du traité selon laquelle le gouvernement devait considérer les entreprises des nations signataires du traité de façon au moins égale à celles couvertes par les autres traités dont l'Indonésie était signataire. En outre, Burn engagea pour l'affaire Rutsel Martha, l'ancien directeur juridique d'Interpol. En définitive, si le tribunal arbitral jugea qu'il n'y avait pas lieu à compensation au motif que les poursuites n'étaient pas motivées par une finalité politique, il estima que les autorités indonésiennes avaient commis des erreurs procédurales permettant de dire que Rizvi et Al-Warraq n'avaient pas reçu un traitement juste et équitable. Martha se saisit de cette dernière disposition pour faire pression sur Interpol, l'accusant d'une violation du droit international, afin de faire lever la notice rouge.

Source : BuzzFeed, "The Court that Rules the World", 2016.

La multiplication d'affaires comme l'affaire Salwani ou l'affaire Rizvi montre que le RDIE permet la survie des effets d'arrangements frauduleux après l'effondrement de régimes notoirement corrompus comme celui de Moubarak, et que les efforts visant à recouvrer les biens mal acquis sont rendus quasiment impossibles par les traités bilatéraux d'investissement conclus par les régimes déposés. Dans ces cas, le RDIE assure la pérennité d'accords teintés de fraude ou de corruption et fait primer l'exigence de promotion de la mobilité du capital sur la lutte contre la corruption. On soulignera à cet égard le caractère schizophrène d'institutions comme le FMI et la Banque mondiale qui, d'un côté, encouragent la multiplication des TBI et en font même des conditionnalités, et, de l'autre côté, mettent en place des initiatives comme le programme StAR (Stolen Asset Recovery), produit d'un partenariat entre la Banque mondiale et l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime, qui a pour objet la restitution des avoirs volés.

DES PRINCIPES D'INDEMNISATION HORS DE TOUTE PROPORTION

Certaines des critiques les plus récurrentes concernent la question de l'évaluation des dommages-intérêts demandés et parfois alloués aux investisseurs. Traditionnellement, le droit international faisait la distinction entre mesures licites et mesures illicites d'expropriation et de nationalisation (voir chapitre 2). Ainsi, l'État qui avait exproprié un investisseur ou nationalisé un secteur sans indemniser les propriétaires avait commis un acte illicite qui ouvrait droit, en principe, à une réparation intégrale, comprenant à la fois le *damnum emergens* (compensation des pertes) et le *lucrus cessans* (gains manqués). En outre, la méthode traditionnelle de règlement des litiges sous l'empire du droit international des investissements interétatiques était celle des indemnisations forfaitaires (*lump-sum agreements*), par laquelle l'État d'origine recevait une somme globale de l'État expropriant, que le premier reversait à ses nationaux lésés au prorata des pertes subies par le biais d'une décision d'une cour spéciale ou d'une commission de réclamation interne. Cette pratique permettait de tenir compte des capacités

financières des États qui entendaient exercer leur souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles par les nationalisations. La conclusion de ces accords était favorisée par le fait qu'à l'époque les investisseurs avaient généralement pour seul recours la protection diplomatique de leur État d'origine.

Cependant, là encore, la transposition de la logique inter-étatique à celle du règlement des différends sur la base d'un droit global a opéré une substitution d'un objectif de protection de l'investissement à un impératif de rentabilité de celui-ci qui a eu pour conséquence de brouiller la distinction entre le licite et l'illicite pour la remplacer par une sorte de régime de responsabilité objective de l'État. Comme le souligne Yves Nouvel, « en matière d'indemnisation, le critère relatif à la rentabilité des avoirs expropriés s'est peu à peu substitué à celui de la licéité de l'expropriation. [...] Dans l'évaluation du quantum de l'indemnisation, l'avoir rentable a pris la place de l'expropriation illicite et l'avoir non rentable a pris la place de l'expropriation licite¹³ ».

Désormais, avec l'accès direct à l'arbitrage contre l'État d'accueil mis en place par les TBI, les investisseurs peuvent réclamer directement à l'État d'accueil la totalité de l'indemnisation à laquelle ils estiment avoir droit.

La question de l'évaluation du gain manqué a donné lieu à des excès qui, même s'ils restent cantonnés à certains cas, n'en sont pas moins réels et manifestes. À cet égard, on retiendra tout particulièrement la sentence rendue par un tribunal opérant sous l'égide du centre régional du Caire dans l'affaire *Al-Kharafi & Co. v. Libya* en 2013¹⁴. Dans cette sentence, le tribunal arbitral a condamné la Libye, en 2013, soit deux ans après les événements qui ont conduit à la chute du régime du colonel Kadhafi, pour des faits datant de 2007, à payer à un investisseur koweïti une somme de 935 millions de dollars

13. Y. Nouvel, « L'indemnisation d'une expropriation indirecte », *Forum du droit international/International Law Forum*, vol.5, n° 3, 2003, p. 199.

14. Cette affaire a fait l'objet d'un débat assez vif dans l'émission *Cultures Monde* diffusée sur France Culture le 5 mai 2016, intitulée « TAFTA, affaire Ioukos, Philip Morris : l'arbitrage en procès », réécoutable sur le lien suivant : www.franceculture.fr/emissions/culturesmonde/and-justice-all-44-tafta-affaire-ioukos-philip-morris-l-arbitrage-en-proces

(soit 30 millions de dollars pour préjudice moral, 900 millions de dollars de bénéfices non réalisés correspondant à une période de 90 ans, et 5 millions de dollars au titre d'études de faisabilité et de l'équipement). Le montant important des dommages-intérêts accordé s'explique, d'une part, par la durée de la concession qui avait été attribuée à Al-Kharafi (90 années) et, d'autre part, par la méthode de calcul utilisée par le tribunal pour évaluer les dommages-intérêts (méthode dite *discounted cash flow* [DCF] qui mesure la valeur d'un projet en actualisant les flux de revenus futurs). Si cette méthode est régulièrement utilisée dans le cadre de procédures d'arbitrage et de transactions commerciales ayant pour objet d'évaluer des activités en cours d'exploitation, son application à un projet de construction avant la pose de la première pierre était inédite et reposait sur une motivation d'une rare indigence. Une telle décision aurait été tout simplement impossible si les arbitres avaient appliqué à de tels arrangements le régime des contrats administratifs et le droit international coutumier, comme l'atteste le commentaire dans un rapport de la CNUDCI qui relève que l'indemnisation des gains manqués requiert en général que le projet faisant l'objet de l'investissement soit en activité et justifie d'un solide historique de rentabilité, à défaut de quoi le préjudice est trop incertain pour être indemnisable¹⁵. En outre, l'octroi par le tribunal arbitral d'une somme de 30 millions de dollars au titre du préjudice moral était là encore sans précédent et sans justification.

On voit donc que, au travers de la construction d'un droit mouvant, fragmenté au sein d'un réseau de traités bilatéraux d'investissement et autres instruments, constitué de normes vaguement formulées, les sentences rendues par les arbitres peuvent faire l'objet d'une construction normative et stratégique qui a les mêmes effets que les traités inégaux du XIX^e siècle sans même avoir à impliquer la force militaire. L'imprécision du droit, en même temps que son extrême technicité qu'atteste la longueur des sentences rendues (à titre d'exemple la sentence rendue par le tribunal arbitral

15. Voir "Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement", IIA Issue Note No 1, April 2014, disponible à l'adresse : http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf

dans l'affaire *Al-Kharafi v. Libya* fait 392 pages), est en effet à la fois une cause et une conséquence de ce que nous nommerons la gouvernementalité du RDIE, que nous tenterons d'analyser à la lumière des phénomènes de *treaty shopping*.

UNE QUALITÉ À AGIR EXCLUSIVE AU PROFIT DE L'INVESTISSEUR ET UNE GRANDE FLEXIBILITÉ DE *TREATY SHOPPING*

La plasticité évoquée précédemment s'oppose à une grande rigidité en ce qui concerne la définition des personnes habilitées à agir devant des tribunaux de RDIE. En effet, seuls les investisseurs ont qualité à agir contre les États qui ne peuvent qu'adopter une position défensive et, le cas échéant, former des demandes reconventionnelles¹⁶ à l'encontre des investisseurs dans une procédure engagée par ceux-ci. C'est en effet un des traits particuliers de ces nouveaux traités inégaux qui n'attribuent de droits qu'à une seule des parties à l'accord¹⁷. Il est d'ailleurs à cet égard très étonnant qu'aussi peu de développements dans le milieu de l'arbitrage soient consacrés au caractère non réciproque des traités d'investissement et à cette inégalité des armes entre les États et les investisseurs qui, si elle peut s'expliquer historiquement (et l'État a toujours la possibilité d'attirer en responsabilité l'entreprise devant ses juridictions internes), est difficilement acceptable dans un contexte néolibéral où le poids des acteurs publics et privés a considérablement changé. Cette absence de réciprocité conduit, en quelque sorte, à l'institution d'une forme d'immunité de juridiction pour l'entreprise

16. Une demande reconventionnelle est une demande incidente par laquelle le défendeur à une instance se porte lui-même demandeur contre le requérant. En matière d'arbitrage d'investissement, il s'agit donc pour l'État, toujours défendeur dans la procédure, d'avoir la possibilité de formuler des demandes à l'encontre de l'investisseur.

17. Voir sur ce point A. Lemaire, « Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'Aléna », *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, n° 4, 2003, p. 45, cité dans Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme*, op. cit., p. 358. Nous verrons dans la deuxième partie comment cette inégalité fondamentale est entretenue par les investisseurs internationaux en instrumentalisant les droits de l'homme.

transnationale, immunité traditionnellement accordée aux États dans le contentieux interne en raison de leur rôle de garant de l'intérêt général sur un territoire donné.

En fait, s'il n'est pas possible pour un État de poursuivre un investisseur en arbitrage sur la base d'un traité, il demeure néanmoins théoriquement possible, selon les termes du contrat, qu'un État saisisse un tribunal arbitral à l'encontre d'une entreprise transnationale, par exemple pour des préjudices environnementaux. Le seul État ayant suivi cette voie est le Tchad, à la suite de pollutions sur les sites de production de la société d'État chinoise Chinese National Petroleum Corporation (CNPC), qui avaient conduit l'État tchadien à retirer au groupe pétrolier ses permis d'exploitation et à lui infliger une amende de 1,2 milliard de dollars. L'État tchadien a saisi la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale en recouvrement de l'amende. Les parties se sont rapprochées et un accord transactionnel est intervenu redonnant à la CNPC son permis d'exploitation contre le règlement d'une somme de 400 millions de dollars et une participation de la partie tchadienne aux bénéfices de l'exploitation annuelle à concurrence de 10 % et un partage de 25 % sur les nouveaux permis non encore exploités. Il y a sans doute là une piste intéressante à creuser à partir de l'expérience tchadienne.

L'aspect le plus intéressant au regard de l'intérêt et de la qualité à agir réside dans les multiples occasions qu'offre l'infrastructure du droit international des investissements d'utiliser la double nationalité d'une personne physique ou de faire du *treaty shopping*, c'est-à-dire de profiter des avantages qu'offre la libéralisation des flux de capitaux au cœur de la mondialisation pour délocaliser tout ou partie de ses avoirs, afin de pouvoir se servir d'un instrument favorable pour attaquer les États en arbitrage.

Il s'agit d'une pratique extrêmement répandue qui suscite la réprobation jusque dans les rangs des partisans les plus fervents du RDIE. Ainsi, le professeur Sornarajah écrit dans son manuel de référence que « de tels abus flagrants des objectifs pour lesquels les traités ont été conclus ne devraient pas être rendus possibles. La délocalisation pour des motifs exclusivement liés au règlement des différends ne promeut aucunement le développement économique des États signataires des traités [...] ». Ces techniques

relèvent de la sophistication et affectent la crédibilité et la légitimité du système¹⁸ ».

On peut distinguer trois cas de figure dans les pratiques de *treaty shopping*.

Le premier concerne le cas où l'État d'origine de l'investissement n'a pas de TBI avec l'État d'accueil de son investissement. Dans ce cas, l'investisseur du pays cherchera à structurer son investissement dans un État tiers ayant un TBI avec l'État hôte de l'investissement, par exemple en domiciliant une filiale dans l'État tiers.

Un deuxième cas de figure est celui où l'État de nationalité A de l'investisseur a un TBI avec l'État d'accueil B de son investissement. Mais certaines clauses de ce TBI ne conviennent pas à l'investisseur. Il souhaite alors bénéficier d'une clause plus avantageuse insérée dans un autre TBI signé entre l'État d'accueil B et un État C. Dans ce cas, deux solutions s'offrent à lui. Soit il décide de structurer son investissement afin d'acquérir la nationalité de l'État C et de porter plainte sur la base du TBI entre B et C, au lieu du TBI entre A et B. Soit il introduit sa plainte sur la base du TBI entre A et B, mais demande l'application de la clause de la nation la plus favorisée afin d'importer une clause avantageuse du TBI entre B et C. Cependant, il est vrai que cette solution est elle-même controversée dans la jurisprudence arbitrale.

Un troisième cas de figure est celui où l'investisseur est un ressortissant de l'État hôte, ce qui a pour effet de le priver d'un droit d'action devant un tribunal arbitral RDIE. Dans ce cas, l'investisseur peut structurer son investissement afin d'acquérir la nationalité d'un État étranger lié avec son État d'origine par un TBI contenant une clause d'arbitrage. Cette technique, nommée *round tripping*, a été utilisée dans l'affaire Tokios Tokelés v. Ukraine¹⁹. Dans cette affaire, une compagnie de droit lituanien a voulu se prévaloir à l'encontre de l'État lituanien d'une violation des termes du TBI entre la Lituanie et l'Ukraine. L'investisseur a donc saisi le Cirdi en invoquant la circonstance que 99 % du capital de la société était détenu par deux Ukrainiens. Le tribunal du Cirdi a refusé de se

18. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p. 328.

19. Tokios Tokelés v. Ukraine, aff. Cirdi n° ARB/02/18, décision sur la compétence, 29 avr. 2004.

déclarer compétent au motif que c'était le lieu d'immatriculation de la société qui était déterminant, non le fait qu'elle ait été contrôlée par des Ukrainiens, et que dès lors l'investisseur était un ressortissant lituanien. Un autre cas problématique se pose lorsqu'un ressortissant de l'État d'accueil prend avantage de sa double nationalité pour poursuivre son État d'origine en revendiquant le statut d'investisseur étranger ressortissant d'un État signataire d'un TBI avec l'État d'accueil. Ce cas s'est produit dans l'affaire *Phoenix v. The Czech Republic* dans laquelle un citoyen tchèque a acquis la nationalité israélienne, puis poursuivi l'État tchèque en se prétendant victime d'une expropriation en tant qu'investisseur israélien devant un tribunal arbitral du Cirdi²⁰. Si les décisions arbitrales n'ont pas toujours suivi, voire tentent de lutter contre ces plaintes abusives, le seul fait de pouvoir initier la procédure affaiblit le système.

La facilité avec laquelle le *treaty shopping* s'est imposé doit être analysée en profondeur, car il participe d'une logique centrale dans la mondialisation sur la règle de droit envisagée, selon l'expression d'Alain Supiot, comme un « produit », le juge ou le législateur étant des « producteurs de règles ». Selon cette logique, nous dit Supiot, la loi et le droit ne sont plus appréhendés comme des cadres stables de la vie en société, mais comme de purs instruments soumis à une logique de calcul, comme des produits, « d'où l'utopie d'un monde plat, où la loi n'est plus une "reine", occupant une position en surplomb, mais un ustensile, jugé à son efficacité²¹ ». Selon Supiot, cette conception de la règle de droit débouche sur deux maximes : « la loi pour soi » et « soi pour loi²² ». La première implique qu'une personne a le droit de choisir sa propre loi et de s'affranchir de la règle commune s'appliquant également à tous. Selon Supiot, la libre circulation des marchandises et des capitaux a eu pour effet d'anéantir les critères objectifs de rattachement d'une opération juridique à une juridiction nationale et, partant, de réduire à néant l'application impérative des lois de police (c'est-à-dire des lois organisant la protection de la population) de cette juridiction dans la mesure où

20. *Phoenix v. The Czech Republic*, *op. cit.*

21. A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Cours au Collège de France, Paris, Fayard, 2015, p. 172.

22. *Ibid.*, p. 284 *sqq.*

les personnes privées qui peuvent se mouvoir dans l'espace mondialisé sont libres de choisir le cadre public le plus propice à leur activité. La maxime « la loi pour soi » conduit à faire du droit un pur produit instrumentalisable au gré de ses préférences. Mais cette maxime a son corollaire. En effet, « dès lors qu'on admet que le droit est un produit, son élaboration relève d'un savoir technique et non pas politique²³ ». C'est l'expression même de la maxime « soi pour loi » qu'on retrouve au travers du communautarisme qui caractérise l'arbitrage d'investissement.

« SOI POUR LOI » : LE RDIE, OU LA CONSÉCRATION DE L'ENTRE-SOI ET DE LA *RULE OF LAW OF EXCEPTION*

Il est tout à fait remarquable de noter qu'une matière qui ne concernait jusqu'à il y a quelques années qu'une poignée de spécialistes fasse l'objet des gorges chaudes des médias au point qu'une première série d'articles de journalisme militant d'investigation vient de s'intéresser au phénomène²⁴. Cette nouvelle littérature extérieure au milieu de l'arbitrage et au milieu juridique en général dénonce surtout l'atmosphère d'entre-soi qui caractérise le RDIE et, ce faisant, souligne le problème sous son angle le plus important : le RDIE symbolise le caractère de *rule of law of exception* au cœur de la logique néolibérale.

Outre l'étude BuzzFeed citée en introduction du présent ouvrage, ce phénomène d'entre-soi a été abondamment décrit et chiffré, notamment dans l'étude *Profiting from Injustice* du Corporate Europe Observatory, qui met en exergue qu'un « club » d'une quinzaine d'arbitres se partage le marché côté arbitres (voir schéma ci-après). Cette étude montre que presque la totalité des arbitres qualifiés de « club » sont affiliés, souvent par intermittence, avec les principaux cabinets d'avocats qui plaident devant ces tribunaux arbitraux. C'est ici le statut de la double casquette arbitre-conseil qui pose question.

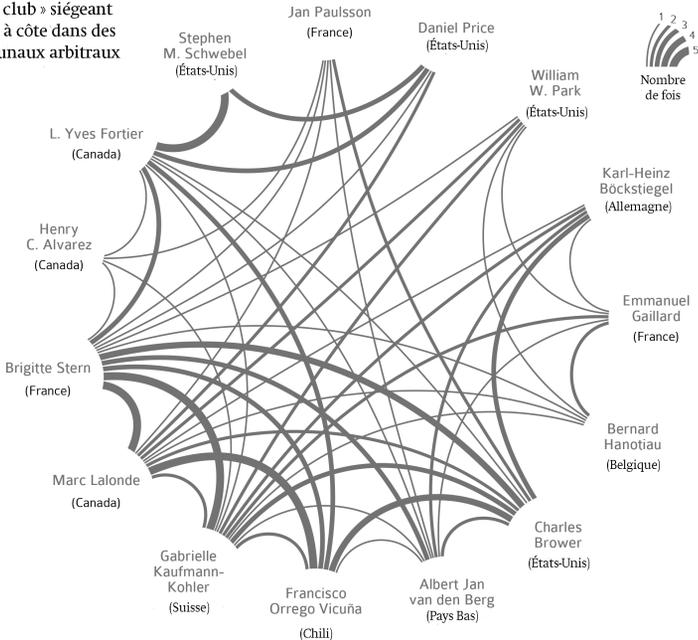
23. *Ibid.*, p. 172.

24. Voir par exemple l'enquête "Global Super Court", BuzzFeed, ou encore l'enquête "Profiting from Injustice" du Corporate Europe Observatory, *op. cit.*

Si, techniquement, ces avocats font preuve d'une expertise qu'il serait difficile de remettre en cause, on ne peut que constater que le système et l'organisation de la profession mènent à un mélange des genres qui provoque nécessairement une certaine défiance chez l'observateur.

Schéma tiré de l'enquête «Profiting from Injustice» du Corporate Europe Observatory, intitulé « Désignation respective des arbitres du club ».

Fréquence d'arbitres du « club » siégeant côte à côte dans des tribunaux arbitraux



Source : © Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute "Profiting from Injustice"

Confrontés à ce type d'informations, les acteurs du RDIE répondent que cela est dû à l'économie mondialisée, hautement complexe, où seuls des experts d'une très grande technicité peuvent se mouvoir. L'argument consiste donc à préempter la question du conflit d'intérêts en se posant d'emblée dans une position de

surplomb fondée sur une revendication de savoir objectif. Ainsi aboutit-on, en matière de conflits d'intérêts, à prévoir une exception presque totale précisément là où leurs effets sont les plus systémiques. Dès lors, on aurait tort de voir dans cet entre-soi un contournement d'un système vertueux auquel il peut être remédié par des déclarations comme celles qui sont contenues dans les principes directeurs de l'International Bar Association en matière de conflits d'intérêts dans l'arbitrage. Car, comme l'ont très bien montré les critiques de la rationalité néolibérale, l'entre-soi participe en fait de l'essence du système actuel.

En effet, pour reprendre Antoine Garapon, « ce qui caractérise le droit global, c'est sa structure endogamique. Ces normes sont faites pour les professionnels par les professionnels. Les utilisateurs de ce droit global ne sont pas des citoyens, des hommes saisis dans leur intégralité, traversés par des aspirations et des passions, tiraillés entre intérêt et altruisme : non, ce sont des professionnels dont seule une partie est mobilisée par ce droit ». Et Garapon d'insister sur le sens de la privatisation en germe dans le droit global. Selon lui, « le privé ne s'oppose plus au public, mais au commun. La mondialisation ne privatise pas le droit au sens où elle le livrerait à des intérêts privés, elle favorise plutôt le développement de l'entre-soi, la multiplication des mondes au détriment du monde commun. La *lex mercatoria* mondiale découpe le monde selon des lignes qui ne sont plus géographiques mais qui passent entre des professionnels et le commun des mortels [...]. L'alternative lancée par la mondialisation n'est pas entre le droit et le chaos, mais entre un monde commun et des mondes de l'entre-soi, entre la construction d'un droit intégrateur (*inclusive*) et la constitution de petits mondes ayant fait sécession du monde commun²⁵ ».

C'est toute la signification de la maxime « soi pour loi » qui permet à une personne privée de s'ériger en législateur, rappelant, pour paraphraser François Ost, que l'un des ressorts du plaisir du héros sadien consiste à « substituer à la loi commune une loi d'exception, dont

25. Garapon, *La Raison du moindre État*, op. cit., p. 210-211.

il est le seul auteur, privant ainsi ses victimes du droit d'invoquer la protection collective²⁶».

En résumé, la logique interne du droit international des investissements et du RDIE a permis aux investisseurs de pouvoir choisir leur propre loi, qui ne crée de droits qu'à leur profit, et de justifier qu'elle ne puisse être interprétée que par des praticiens inféodés par une logique technique et contenus dans une solidarité fondée sur l'intérêt. Sans recours direct à la force militaire, elle permet donc de rétablir la pratique des traités inégaux du XIX^e siècle.

Tout cela contribuait à créer les conditions d'un marché très lucratif du RDIE. C'est ce qu'a permis la pratique du *third party funding* qui parachève la transformation d'une logique de protection de l'investissement à une logique de sanctuarisation des investisseurs.

26. F. Ost, *Sade et la loi*, Paris, Odile Jacob, 2005, p. 194, cité dans Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, *op. cit.*, p. 287.

IV. LA FINANCIARISATION DU RDIE PAR LE *THIRD* *PARTY FUNDING*

La conjugaison du contexte de la financiarisation qui donne un avantage au capitalisme cosmopolite contre le capitalisme territorial, de l'extrême technicité du droit international des investissements et de l'entre-soi crée les conditions propices à une augmentation des coûts. Ainsi, relèvent certaines études sur le sujet, le montant des frais d'un arbitrage d'investissement s'élève en moyenne à 8 millions de dollars, ce qui fait du RDIE un des secteurs les plus lucratifs du droit des affaires. En outre, l'arbitrage est une justice privée où les frais d'administration du système de règlement des différends sont supportés intégralement par les parties. Malgré la déterritorialisation qui le caractérise, sa spécialisation et son caractère exclusif, l'arbitrage implique des frais de fonctionnement sans commune mesure avec ceux de l'administration de la justice étatique. En effet, la complexité grandissante des procédures causée par la dissociation de l'examen des questions de compétence et de fond, la multiplication des demandes de mesures conservatoires ou provisoires ou en lien avec la collecte de la preuve (notamment l'expertise) contribuent à augmenter considérablement les coûts supportés par les parties. La contrepartie à ce coût devait résider originellement dans la rapidité du traitement de l'affaire, laquelle, on le sait, en matière économique, constitue nécessairement un gain d'argent. Mais il n'est pas certain, du fait de la complexification des affaires, que cela soit encore le cas, et la résolution des affaires prend de plus en plus de temps, et partant, d'argent¹.

1. Sur les coûts d'un arbitrage Cirdi, voir la récente affaire opposant l'Algérie à la société Orascom concernant l'attribution d'une licence de téléphonie mobile. Le plaignant, représenté par l'équipe de Caroline Lamm (White and Case), l'une des spécialistes au firmament de la matière (des deux côtés

Le *third party funding* (TPF) est une technique récente expérimentée au départ en Australie, progressivement pendant les décennies 1980 et 1990, puis qui a été validée par un arrêt de la plus Haute Cour australienne, la High Court of Australia, laquelle, en 2006, a reconnu la légalité des *litigation funders* et a ouvert la voie vers un marché mondial du TPF². La pratique s'est ensuite développée en Grande-Bretagne et aux États-Unis. De la même façon que la technique de *deferred prosecution agreement* (« accord de sursis de poursuites ») qui fonde les « deals de justice » imposés par le Département de la justice américaine a été inspirée par la justice des mineurs³, le TPF a été transposé de sa fonction initiale, qui était de se prémunir contre la faillite d'entreprises commerciales, pour fonder un instrument d'autofinancement des litiges par des avocats spécialisés en arbitrage⁴.

Cet outil n'est pas propre à l'arbitrage, et encore moins à l'arbitrage d'investissement, et l'on compte une cinquantaine d'acteurs en la matière dont seulement deux en France. Il s'agit de personnes privées ou de sociétés ayant un actionnariat privé ou institutionnel. Dans le cadre de nos contentieux, les tiers payeurs financeurs sont amenés à couvrir l'ensemble des frais de l'arbitrage, que ce soit les honoraires et les frais des arbitres, des conseils et des experts, ou

de la barre) avait engagé des frais d'avocats à concurrence de plus de 20 millions USD, dont plus de 10 millions USD ont été engagés dans la phase préliminaire (concernant la compétence du tribunal et la recevabilité des demandes d'Orascom). Le défendeur (l'État algérien), représenté par l'équipe d'Emmanuel Gaillard, l'un des membres les plus éminents du Club, avait quant à lui déboursé 6 millions de dollars. En outre, les frais cumulés des trois arbitres, tous membres du Club, et du Cirdi s'élevaient à 1,35 millions de dollars. Le tribunal a ordonné que le perdant (Orascom) rembourse l'État algérien de la moitié de ses frais. Finalement, Orascom a donc dû s'acquitter de plus de 23 millions de dollars de frais d'avocats et de la totalité des frais de la procédure (1,3 million), alors que l'Algérie gardait à sa charge une note de 3 millions de dollars. V. Orascom T.M.T. Investments SARL c. La République algérienne démocratique et populaire, aff. Cirdi n° ARB/12/35, sentence, 31 mai 2017.

2. Campbells Cash & Carry Pty Ltd. v. Fostif Pty Ltd. [2006] HCA 41.

3. Voir la recension du livre de Brandon Garrett, *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations*, Cambridge, Harvard University Press, 2014, par Jed Rakoff, "Justice Deferred is Justice Denied", *New York Review of Books*, 19 février 2015, disponible à l'adresse : www.nybooks.com/articles/2015/02/19/justice-deferred-justice-denied/. Sur les « deals de justice » en général, voir Garapon et Servan-Schreiber, *Deals de justice*, *op. cit.*

4. Exemple de l'autofinancement : Bernard Hanotiau : <http://vannin.com/press/article/122/2014-10-06/hanotiau-to-advise-third-party-funder-vannin-capital>

les frais de déplacement des témoins. En contrepartie, ils reçoivent un pourcentage de la somme allouée au demandeur, soit par le tribunal arbitral, soit dans le cadre d'un accord transactionnel mettant fin au différend. En France, les tiers payeurs financeurs cherchent à récupérer quatre à cinq fois le montant de leur investissement et négocient des pourcentages en conséquence qui représentent jusqu'à 10 ou 15% des dommages et intérêts, ce qui n'est pas sans causer une bulle artificielle des prétentions demandées par les investisseurs et leurs conseils. En principe, le tiers financeur n'est là que pour l'argent et c'est pourquoi il ne cherche qu'à financer des dossiers gagnants, mais on verra plus loin que la pratique est devenue beaucoup plus spéculative, particulièrement dans les pays anglo-saxons.

Le premier avantage pour l'investisseur est, bien sûr, le financement de son litige, surtout lorsqu'il a été exproprié et n'a pas donc en principe plus de biens. En outre, l'investisseur obtient du TPF une étude préalable des gains de chance de son dossier (qui déterminera si le TPF soutient la cause ou non), ce qui n'est pas négligeable.

Plusieurs types de difficultés apparaissent cependant, certaines pratiques, d'autres substantielles.

D'une part, le marché des TPF n'est pas régulé, et comme dans tous marchés, il y a « des bons, des brutes et des truands⁵ ». Ainsi, certains TPF minent des procédures entières en faisant tout pour qu'un accord transactionnel soit signé ou trouvent le moyen de se désister au dernier moment si tel n'est pas le cas, mettant ainsi en péril tout l'équilibre de la procédure.

D'autre part, le TPF, s'il n'est pas officiellement partie au litige, vient s'immiscer dans la relation client et avocat, ce qui peut engendrer des différences de vue et de choix de stratégies. Des frictions peuvent alors apparaître et mettre en péril la défense de l'investisseur. Ainsi, la présence de cette troisième partie peut venir complexifier et envenimer des situations déjà par nature conflictuelles.

Plus substantiellement, le *third party funding* entraîne une financiarisation de la justice arbitrale et « fait d'un système juridique un

5. Hamid G. Gharavi, « Le financement par un tiers », in W. Ben Hamida et T. Clay (dir.), *L'Argent dans l'arbitrage*, Paris, Lextenso, 2013.

marché financier⁶ ». D'ailleurs, comme pour les dettes obligataires des nations souveraines, il existe pour les financements par des tiers payeurs financeurs d'arbitrages investisseur-État un marché secondaire sous forme de dérivés de crédit ainsi que des procédés de titrisation et de regroupement par tranches de risques au moyen d'instruments comme les *credit default swaps*⁷. Naturellement, les *distressed assets funds*, plus connus sous le nom de « fonds vautours », se sont montrés très intéressés par le TPF d'actions en RDIE⁸ et viennent doper le marché.

Une enquête du Corporate Europe Observatory montre que le TPF pourrait encourager à la multiplication des actions reposant sur un fondement douteux (*frivolous claims*), à l'image de la pratique similaire dans la responsabilité civile pour dommages corporels ayant donné lieu à une frénésie d'actions en justice qui n'est pas sans rapport avec le coût hors de contrôle de la santé aux États-Unis. La disponibilité de financements spéculatifs peut en effet conduire certains fonds à adopter des pratiques à haut risque, c'est-à-dire à très haut rendement dans certains cas, comme le suggèrent les propos d'un responsable du fonds Calunius recueillis dans l'enquête de BuzzFeed⁹. Du reste, certains de ces fonds ne font que reproduire, à une échelle plus importante et contre des États, des techniques employées par les organismes de recouvrement de créances américains qui n'hésitent pas à acheter des créances prescrites, c'est-à-dire en principe irrécouvrables, pour une fraction infime de la créance, puis de harceler les débiteurs jusqu'à épuisement¹⁰.

6. La citation est de John Beisner, associé du cabinet Skadden Arps, Slate Meagher & Flom. Voir le rapport "Profiting from Injustice" du Corporate Europe Observatory, *op. cit.*

7. Voir les propos de Selwyn Seidel, le fondateur de Fulbrook Capital Management, dans l'étude "Profiting from Injustice", *op. cit.*, p. 58.

8. *Ibid.*

9. *Secrets of a Global Super Court, Part 3, Let's Make Them Poorer and We'll Get Rich*, BuzzFeed, 2016, disponible à l'adresse : www.buzzfeed.com/chrishamby/not-just-a-court-system-its-a-goldmine?utm_term=.xclYeMzB5#.xr6yjXBbr

10. Voir sur ce sujet le documentaire très perturbant de James Scurlock, *Maxed Out: Hard Times, Easy Credit in the Era of Predatory Lenders*. Voir aussi la mise en garde à l'adresse du public sur le site de la Federal Trade Commission qui atteste la fréquence de la pratique : www.consumer.ftc.gov/articles/0145-settling-credit-card-debt

En bref, le TPF a permis de fonder à l'échelle du monde une pratique directement inspirée des chasseurs d'ambulances (*ambulance chasers*)¹¹ qui sévissent aux États-Unis depuis plusieurs décennies avec les conséquences que l'on sait. À la différence que les victimes de cette pratique sont les populations entières de nations dont les finances publiques sont souvent à la peine. Un exemple tout à fait frappant des conséquences de l'arrivée de fonds spéculatifs dans le domaine du RDIE est la façon dont ceux-ci ont utilisé toutes les stratégies juridiques à leur disposition, dont le RDIE, afin de contraindre les autorités argentines à indemniser les créanciers qui avaient refusé de participer à l'accord d'apurement des dettes après la faillite souveraine de 2001, à des taux d'intérêt dépassant de plusieurs centaines de points le taux de l'usure. Jugeant que le retour sur le marché obligataire international valait la peine de céder aux fonds vautours, le gouvernement de Mauricio Macri, le nouveau chouchou de la « communauté internationale », a tout simplement voulu faire payer la note à sa population en augmentant les tarifs du gaz proposés aux usagers argentins à concurrence de... 1 000 %¹².

Les pratiques varient. Parfois, elles sont relativement simples, à l'exemple du fonds Tenor Capital Management, qui a octroyé en 2012 un crédit-relais à la société minière canadienne Crystallex Int'l Corp. Ltd. à concurrence de 36 millions de dollars en échange de 35 % des fonds recouverts dans le cadre d'un arbitrage initié par Crystallex devant un panel du Cirdi contre le Venezuela. Crystallex réclamait la somme de 3,4 milliards de dollars à la suite de la résiliation du contrat d'exploitation minière par le gouvernement du

11. Les chasseurs d'ambulance désignent les avocats aux États-Unis qui sont toujours à l'affût d'un accident en raison du montant très élevé des indemnisations en droit américain en réparation des dommages corporels.

12. Il a fallu l'intervention de la Cour suprême pour déclarer que cette augmentation était anticonstitutionnelle. 1 000 % est aussi le taux de retour sur investissement du fonds Braceridge Capital, alors que le fonds vautour Elliott Management a obtenu de la part des tribunaux new-yorkais un retour sur investissement de 400 %. Voir "Argentina: Macri's Change of Rythm", *Financial Times*, 4 mars 2016. Encore une fois, la comparaison avec les taux de dettes pratiqués sur la population américaine est tout à fait intéressante. Ainsi, David Graeber rapporte que le taux d'intérêt pratiqué par les *loan sharks* pour des *payday loans* (« avances sur salaires ») peut atteindre 6 000 %. Voir D. Graeber, *Debt: The First 5,000 Years*, New York, Melville, 2014, p. 377. Et Graeber de souligner que des taux pareils étaient jusqu'à peu pratiqués uniquement par la mafia.

Venezuela en février 2011, qui précédait de peu la nationalisation du secteur aurifère par le gouvernement d'Hugo Chávez. Dans une sentence de 273 pages rendue le 4 avril 2016, un tribunal du mécanisme supplémentaire du Cirdi condamnait le Venezuela à verser 1,202 milliard de dollars plus intérêts à Crystallex au motif que son refus d'accorder un permis environnemental à Crystallex en 2008, entre autres actions du Venezuela, constituait un programme politique national de haut niveau visant à nationaliser une mine d'or sans indemnisation. Ainsi, un investissement de 36 millions de dollars permettait à Tenor de recouvrer près de 500 millions de dollars quatre ans plus tard, soit un rapport de 1 400 %.

Une autre façon de procéder pour les tiers payeurs financeurs consiste à racheter les sentences arbitrales d'un tribunal RDIE pour une fraction de leur valeur et à poursuivre le recouvrement de la sentence à l'encontre du gouvernement pour la totalité du montant de la condamnation. Par exemple, le fonds Blue Ridge Investments LLC, une filiale de Bank of America, aurait acquis auprès d'une société gazière américaine une sentence condamnant l'Argentine à lui payer 180 millions de dollars pour 30 % du montant des condamnations, afin, par la suite, de poursuivre le débiteur pour l'intégralité du montant des condamnations.

Pire encore, le fonds d'investissement américain Gramercy a réussi à transformer une affaire totalement interne au Pérou en une occasion en or. Pendant le régime militaire (1968-1980), le Pérou avait exproprié des millions d'hectares de terre et émis, en compensation, des obligations qui ont perdu toute valeur sur les marchés internationaux dans la décennie 1980 en raison des crises qui ont frappé le pays après le durcissement de la politique monétaire américaine. En 1992, le gouvernement péruvien avait cessé de payer les détenteurs d'obligations qui se sont pourvus en justice et ont obtenu un jugement d'un tribunal péruvien ordonnant au gouvernement d'honorer la valeur faciale de leurs obligations sans toutefois en évaluer le montant. En 2006, flairant un bon coup, Gramercy a dépêché des employés au Pérou qui ont racheté environ 10 000 obligations pour une fraction de leur valeur faciale comprise entre 15 et 20 %. En 2013, une cour péruvienne a rendu un arrêt déterminant la façon dont le gouvernement devait évaluer les obligations et le gouvernement a émis un décret annonçant quels

porteurs seraient indemnisés. Voyant un climat porteur après les succès remportés par les fonds vautours sur la dette argentine, Gramercy, se fondant sur le traité de libre-échange entre le Pérou et les États-Unis, a formé une demande d'arbitrage en application du règlement de la CNUDCI devant un tribunal arbitral *ad hoc* devant siéger à New York, pour un montant de 1,6 milliard de dollars.

Ces pratiques « sauvages » font que le TPF demeure controversé au sein du milieu de l'arbitrage alors même qu'il est devenu une pratique normale. Ses défenseurs – et certains fonds qui vont jusqu'à prôner la mise en place d'une régulation et d'une éthique – y voient des avantages indéniables pour l'alimentation et la pérennité des procédures, comme le fait de pallier l'absence d'aide juridictionnelle en matière arbitrale. Ils balayaient même rapidement les reproches : pour eux, le tiers n'achète pas la procédure, il la finance¹³. De plus, ils excluent l'argument selon lequel les tiers payeurs financeurs encourageraient des réclamations frivoles en considérant qu'aucune société sérieuse ne ferait une proposition de financement sans être convaincue au travers d'une « due diligence » rigoureuse des chances de succès de l'action.

Au terme de cette partie, nous avons resitué la vague actuelle du RDIE dans son contexte historique et montré les liens qu'il entretient avec la dialectique entre, d'un côté, capital et territoire et, de l'autre, l'idée déjà formulée par Grotius de faire de la propriété et des droits contractuels des règles de droit sans frontières. Nous avons aussi montré comment la phase de mondialisation financière dans laquelle nous sommes entrés depuis la décennie 1970 a fait évoluer le droit international des investissements d'un objectif de protection de la personne et des biens de l'étranger en vue de la construction d'un monde commun vers une sanctuarisation de droits de bureaucraties managériales opérant sur un échiquier global, qui recherchent la formule de l'investissement sans risque par l'institution de droits extraterritoriaux rappelant ceux que s'arrogeaient les puissances européennes au XIX^e siècle par la pratique des traités inégaux.

13. Y. Derains, Introduction, Rapport arbitration ICC 2013. <http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/ICC-Third-Party-Funding-In-Arbitration.pdf>

L'ASSUJETTISSEMENT DES NATIONS

Nous verrons dans une deuxième partie comment cette recherche d'un environnement juridique tout entier au service du capital mobile est un maillon essentiel de la constitutionnalisation de l'ordre néolibéral.

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT DES
INVESTISSEMENTS,
PIERRE ANGULAIRE DE LA
CONSTITUTIONNALISATION
DE L'ÉTAT MONDIAL

Né au moment de la guerre froide dans une ère au cours de laquelle les relations internationales étaient pensées dans une logique interétatique, le RDIE a connu son véritable essor dans la mondialisation libérale. Consacrant l'entreprise transnationale en tant que sujet de droit international public, place qu'occupaient exclusivement les États, le RDIE est le symbole de l'avènement d'un droit global. Celui-ci n'est plus le droit « extérieur » qu'était le droit international codifiant les relations entre États. Le droit global, sous couvert de l'ambition de constituer une société civile mondiale (une société de marché), tend en fait à renverser le lien de souveraineté en soumettant les États aux desiderata de l'entreprise et du capital.

Les défis posés par le RDIE ont été parfaitement résumés dans l'opinion dissidente du président de la Cour suprême américaine, John Roberts, dans l'affaire BG Group, dans laquelle il exposait que les panels d'arbitrage du RDIE détenaient le pouvoir de réviser les lois d'une nation et d'« annuler effectivement les actes du Parlement du pouvoir exécutif et de la justice¹ ». Il ajoutait que les arbitres du RDIE pouvaient se réunir « partout dans le monde » et se prononcer sur les « actes souverains » d'une nation.

C'est dans ce cadre que prend tout son sens la formule d'Antoine Garapon et de Michel Rosenfeld, selon laquelle la mondialisation « conteste le monopole des États à organiser les rapports internes sur leur territoire et au sein de leur population, et à les représenter dans les rapports avec les autres États. Elle les déloge de la place centrale qu'ils occupaient dans la construction d'un monde rationalisé par un « système international ». À l'idéal d'un monde reposant sur l'agencement hiérarchique des niveaux local, national et international autour de l'État, la mondialisation oppose un monde plat, transnational, où les frontières sont malmenées par la circulation des informations, des marchandises et des personnes² ».

Nous nous trouvons dans un moment unique de l'histoire. Le capitalisme déterritorialisé cherche à fonder la constitution d'un gouvernement mondial liquide et déterritorialisé en tentant d'imposer une nouvelle forme de constitutionnalisme. La pierre

1. BG Group, PLC v. Republic of Argentina, 134 S. Ct. 1198, U.S. (2013).

2. Garapon et Rosenfeld, *Démocraties sous stress*, op. cit.

angulaire en serait le droit commercial mondial, c'est-à-dire, pour paraphraser Karim Benyekhlef, une « reformulation constitutionnelle accordant un statut prééminent aux normes internationales du droit commercial³ ». Cet ordre, qui retire aux États le monopole de l'élaboration de la norme, ne les évacue cependant pas totalement. Elle en fait les facilitateurs d'une interpénétration des économies nationales et de la construction d'un marché mondial unique. Partant, d'un système destiné à protéger contre des abus, comme la nationalisation du canal de Suez ou les pillages observés au moment de la zaïrianisation dans l'actuelle République démocratique du Congo, nous sommes passés à un juge constitutionnel international qui a le pouvoir de censurer des lois nationales non pas tant au regard d'une délégation originelle de souveraineté (il n'existe pas de Constitution mondiale), mais à l'aune d'une norme objective, la liberté de mouvement des capitaux, corollaire de l'idéal développementaliste, lequel est une sorte de reformulation de l'idée de salut dans l'ère prémoderne⁴. Ce sont les contours de ce nouveau constitutionnalisme et la place que tient le RDIE dans celui-ci que nous analyserons dans cette deuxième partie.

3. Benyekhlef, *Une Possible Histoire de la norme*, op. cit., p. 365.

4. Voir G. Rist, *Le Développement. Histoire d'une croyance occidentale*, Paris, Presses de Sciences Po, coll. « Monde et sociétés », 4^e éd. revue et augmentée, 2013 (1^{re} éd. 2007).

V. LE RDIE : ORGANE DE CONSTRUCTION DU DROIT ADMINISTRATIF GLOBAL

Nous avons vu précédemment que la décision du Cirdi AAPL c. Sri Lanka de 1990 inaugure la « révolution silencieuse » du RDIE qui a instauré un droit pour les investisseurs étrangers d'agir directement, et *en l'absence de tout contrat*, contre l'État d'accueil devant un tribunal arbitral.

Non seulement cette décision consacre l'entreprise transnationale en tant que sujet de droit international, mais elle inaugure le premier véritable système de droit administratif global, comme l'ont soutenu Gus Van Harten et Martin Loughlin¹. Rappelant que le champ d'investigation du droit administratif global est né de la croissance d'un pouvoir de régulation mondiale exercé de façon de plus en plus prégnante par des organisations internationales qui exercent un pouvoir normatif, Van Harten et Loughlin voient dans le RDIE un pas supplémentaire². En effet, dans la plus pure logique de l'ordre westphalien, le pouvoir normatif de ces organisations demeurerait encadré, pour reprendre Stephen Breyer, par le contrôle demeuré entre les mains des juges nationaux, portant sur l'étendue de la délégation conférée à une organisation fondée sur un traité du pouvoir d'édicter des normes ayant les effets d'une règle de droit. Or, selon ces deux auteurs, le seul exemple de pouvoir normatif créé par traité échappant à cette limitation se

1. Van Harten et Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", art. cit., p. 122.

2. Voir sur ce sujet les propos du juge de la Cour suprême des États-Unis, Stephen Breyer, qui relève l'existence de plus de 7 500 organisations gouvernementales internationales, rassemblant plus de 250 000 effectifs, qui couvrent la presque totalité des activités humaines. S. Breyer, *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, trad. R. Beauchard, Paris, Éd. Odile Jacob, 2015, p. 214-15.

retrouve dans le RDIE, du fait précisément de son imbrication dans le régime de reconnaissance et d'exécution forcée de l'arbitrage commercial international créé pour les besoins de la communauté des marchands³.

Quelques précisions sont nécessaires concernant l'arbitrage commercial international pour expliquer comment ce qui n'était qu'une institution favorisant le développement d'échanges entre opérateurs libres et égaux est devenu un instrument de sanctuarisation des droits des investisseurs vis-à-vis des États.

Bien que l'arbitrage soit une technique de règlement des différends reconnue depuis toujours, on ne peut véritablement parler d'un arbitrage commercial international que depuis 1920, avec la création de la Chambre de commerce internationale (CCI), et particulièrement depuis 1923, avec le protocole de Genève, le premier instrument fournissant « un cadre et une consécration officiels » à l'arbitrage commercial international⁴. Postulant que la garantie du respect et de l'exécution des contrats dans les pays étrangers est une condition majeure de l'investissement extérieur, l'arbitrage commercial international s'est développé par le truchement de plusieurs conventions internationales dont l'objectif était de doter d'effets juridiques contraignants les sentences arbitrales régulièrement rendues hors de leur juridiction. La plus connue de ces conventions est la convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Adoptée en raison du mouvement de décolonisation et de quelques exemples d'expropriation violente dans un contexte de guerre froide, la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États participait pour l'essentiel de la même logique de libération des échanges (à distinguer de la libéralisation financière) que les principales conventions sur l'arbitrage. Elle s'inscrivait en effet dans une perspective de construction d'une mondialisation des échanges au

3. Van Harten et Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", art. cit., p. 122.

4. Sur la genèse de l'arbitrage commercial international, voir A. Plantey, « L'arbitrage dans le commerce international », *Annuaire français de droit international*, vol. 36, n° 1, 1990. p. 307-321.

sein d'un cycle de production caractérisé par une expansion matérielle fondée sur un libre-échange maîtrisé dans lequel les États détenaient le monopole d'édicter des normes et étaient les acteurs dominants de leur propre devenir.

La convention créant le Cirdi prenait place dans ce que Dani Rodrik a appelé une mondialisation maîtrisée (*shallow globalization*), correspondant au cycle d'expansion matériel où les États-Unis étaient une puissance industrielle, à laquelle a succédé une mondialisation en profondeur (*deep globalization*), c'est-à-dire une mondialisation financière qui repose sur la licence accordée aux entreprises transnationales, y compris non financières, de battre la monnaie⁵. Selon Rodrik, la première correspondait peu ou prou à la coopération économique internationale à l'œuvre jusqu'en 1994, c'est-à-dire sous l'empire des accords de Bretton Woods, et consistait à permettre le maximum de commerce entre nations sans empiéter sur la marge de manœuvre des États de satisfaire les besoins sociaux et économiques internes⁶. Le volet financier avait pour objectif de surveiller l'évolution de la masse monétaire des États afin d'éviter les déséquilibres déstabilisants causés par les afflux soudains de capitaux étrangers et, le cas échéant, à recommander des politiques de contrôle des capitaux.

L'ESSOR DU RDIE S'INSCRIT DANS UNE MONDIALISATION FINANCIÈRE

La mondialisation en profondeur, en revanche, dont l'Argentine, qui détient le record de poursuites en arbitrage d'investissement, a cruellement fait les frais en 2001, est, selon Rodrik, incompatible avec l'expression d'une souveraineté démocratique nationale.

5. D. Rodrik, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, New York, Norton, 2011.

6. Nous préférons situer la date du début de la mondialisation en profondeur vers la fin de la décennie 1970 et le durcissement de la politique monétaire américaine qui signale véritablement l'alliance entre les institutions politiques américaines et le capital mobile et signe le véritable début de la période de financiarisation de l'économie mondiale.

En ouvrant à la délocalisation, elle permet aux investisseurs de contourner les législations réglementant les conditions de travail sans les enfreindre ; la mobilité des affaires et du capital entraîne une concurrence du moins-disant fiscal entre États sur la fiscalité frappant les entreprises et les oblige à reporter la totalité de la pression fiscale du capital, mobile, vers le travail, qui ne l'est pas. Elle érode la capacité des États d'adopter leurs propres standards phytosanitaires. Les accords de l'OMC, en bloquant les subventions à l'exportation, empêchent la constitution de zones franches industrielles, qui ont pourtant permis à la Chine et aux économies du Sud-Est asiatique de se développer. En même temps, ils ont rendu quasiment impossible l'utilisation, par les nations développées accusant un déficit commercial, des outils juridiques (restrictions quantitatives, systèmes généralisés de préférence ou clause de sauvegarde) prévus par les accords du GATT contre les déséquilibres causés par leurs partenaires commerciaux menant ouvertement des politiques néomercantilistes. Enfin, les traités bilatéraux d'investissement ou accords d'intégration régionaux, en soumettant les conflits à des centres de règlement des différends choisis pour favoriser les investisseurs étrangers, tendent à accorder des avantages plus importants aux investisseurs étrangers que locaux.

Alors que le Cirdi a vu le jour dans une phase d'expansion matérielle ou de mondialisation maîtrisée, l'essor du RDIE, dans sa forme actuelle, s'inscrit de plain-pied dans la financiarisation, qui entraîne une instrumentalisation du droit non plus en faveur d'une émancipation des peuples selon le principe rooseveltien d'un *One World*, mais aux fins d'extraction de rentes par le capital mobile. Il faut en effet voir dans la financiarisation, comme le dit l'anthropologue et activiste David Graeber, une des figures centrales des mouvements en rupture contre la mondialisation néolibérale, une véritable mutation culturelle qui s'est opérée au travers d'une imprégnation des techniques bureaucratiques élaborées dans les cercles de la finance et de l'entreprise⁷. Une alliance entre l'État, l'administration

7. Voir D. Graeber, *The Utopia of Rules: On Technology, Stupidity and the Secret Joys of Bureaucracy*, New York, Melville, 2015, p. 19 sqq. Traduit en français : *Bureaucratie. L'utopie des règles*, Paris, Les liens qui libèrent, 2015.

publique et la finance (absorbant désormais aussi des entreprises non financières) a été scellée pour fonder un système d'extraction qui se présente sous les atours du langage des lois et des règlements et repose, par définition puisqu'il vient de la finance, sur la dette. En quelque sorte, l'État est reconfiguré pour devenir le mécanisme central d'extraction des profits pour le secteur privé.

C'est dans ce contexte que l'évolution du RDIE depuis l'affaire AAPL c. Sri Lanka prend tout son sens. En décidant que le consentement à l'arbitrage par le Sri Lanka avait été donné dans le traité bilatéral d'investissement conclu avec la Grande-Bretagne, c'est-à-dire en posant le principe du consentement à l'avance au règlement arbitral par le truchement d'une convention internationale, le panel du Cirdi a inauguré une véritable compétence de droit commun des tribunaux arbitraux et transformé ce qui n'était qu'une branche particulière de l'arbitrage commercial international en une véritable justice administrative globale. En d'autres termes, à partir de la décision AAPL c. Sri Lanka, le cadre procédural et d'exécution forcée de l'arbitrage commercial international, qui fournissait un fondement pour un modèle privé d'adjudication, a été étendu pour résoudre des différends de régulation entre les personnes privées et les États. Car il faut en effet distinguer un consentement donné par l'État dans un rapport contractuel direct avec un investisseur dans un contrat d'État (clause ou compromis d'arbitrage), lequel procède d'un acte de l'État en tant que participant au marché, de celui donné dans un traité bilatéral d'investissement ou de promotion des investissements. Le premier constitue un acte privé de l'État, qui circonscrit l'accord à l'arbitrage et la renonciation à la double immunité de poursuite et d'exécution au différend en question s'il est contenu dans un compromis d'arbitrage, ou à la relation s'il est contenu dans un contrat d'État. En revanche, lorsque l'État signe un traité bilatéral d'investissement, un accord de libre-échange ou un accord de promotion des investissements, ou lorsqu'il adopte par voie législative ou réglementaire un code des investissements, il agit en qualité de souverain. Dans le premier cas, le consentement à l'arbitrage est rétrospectif et la compétence arbitrale procède du contrat. Dans le second, le consentement est prospectif et la compétence arbitrale procède d'un acte de volonté souveraine. En effet, à l'inverse du

consentement à l'arbitrage donné dans un contrat d'État ou dans un accord créant une commission mixte comme le tribunal irano-américain de règlement des différends, le consentement est général parce qu'il n'est pas limité à un investisseur ou à un différend ou à une série de différends découlant d'un événement historique, comme la révolution iranienne ou la nationalisation du canal de Suez par l'Égypte de Nasser.

Le consentement d'un État à l'arbitrage implique donc une renonciation générale, et non plus limitée, à l'immunité de juridiction et d'exécution étatique relevant du droit international coutumier. Cette immunité repose sur la présomption qu'un différend né de l'exercice par un État souverain de la puissance publique est en premier lieu un problème juridique national de l'État sur le territoire duquel le différend survient. En règle générale, un tel différend pouvait entraîner une démarche de protection diplomatique par l'État d'origine de l'investisseur, mais celui-ci ne jouissait pas d'un droit d'action individuel en droit international. En outre, une demande de protection diplomatique ne pouvait être formulée qu'après que l'investisseur avait épuisé les recours locaux, donnant à l'État hôte l'occasion d'adresser une demande à l'investisseur avant tout recours au droit international.

La compétence devient d'autant plus générale que la plupart des TBI contemporains excluent l'épuisement des recours locaux, manifestant un total manque de déférence, c'est-à-dire une reconnaissance de légitimité judiciaire, vis-à-vis des systèmes de règlement des différends nationaux lorsqu'il s'agit d'accorder un degré de protection suffisant aux investisseurs étrangers. Dans le RDIE, l'investisseur bénéficie en effet d'un régime indépendant quelle que soit la confiance que l'on peut porter dans le système de justice de l'État hôte. La présomption de respect et de déférence vis-à-vis des remèdes locaux est supplantée, ouvrant au passage la porte à de multiples recours. Elle l'est d'autant plus que, du fait de l'encastrement du RDIE dans le réseau d'exécution forcée de l'arbitrage commercial international, le droit administratif global que crée le RDIE fait totalement fi des doctrines de droit international et même de droit public interne qui ménagent une déférence au regard de la décision souveraine, comme la théorie des actes de gouvernement

ou la non-justiciabilité⁸. En incorporant les structures d'exécution de la convention Cirdi et de la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, les traités d'investissement permettent aux investisseurs de dépasser ces restrictions et de poursuivre l'exécution d'une sentence arbitrale sur les actifs de l'État en défense devant les tribunaux de n'importe quel État partie à ces deux conventions. Du fait de la renonciation générale et prospective de l'État à son immunité souveraine, un investisseur disposant d'une sentence rendue en sa faveur peut en poursuivre l'exécution devant les tribunaux nationaux de n'importe quel État partie à la convention Cirdi, s'il s'agit d'un arbitrage Cirdi, ou à la convention de New York dans le cas d'une sentence rendue par un tribunal *ad hoc* ou institutionnel autre que le Cirdi. Avec 165 États parties soit à la convention de New York, soit à la convention Cirdi ou aux deux, cette méthode d'exécution est particulièrement puissante.

Encadré 4

L'Aléna, ou l'imbrication du réseau international de reconnaissance et d'exécution de l'arbitrage commercial international et de l'arbitrage d'investissement

Le chapitre 11 de l'Aléna fait référence à la fois à la convention Cirdi et à la convention de New York pour les besoins de l'exécution des sentences. Les investisseurs peuvent engager une action sur le fondement du règlement d'arbitrage du Cirdi, sur le règlement du mécanisme supplémentaire du Cirdi (qui offre des services d'arbitrage, de conciliation et de constatation des faits pour certains différends qui n'entrent pas dans le champ d'application de la convention Cirdi), ou sur celui de la

8. Les actes de gouvernement sont ceux que le juge administratif reconnaît comme tels, en refusant qu'ils puissent être discutés par la voie contentieuse, tant par voie d'action (dans le cadre d'un recours direct pour excès de pouvoir) que par voie d'exception (dans le cadre d'une exception d'illégalité ou d'un recours en responsabilité). En droit administratif français, les actes de gouvernement tombent dans deux catégories : les actes qui touchent aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et ceux qui sont liés à la conduite des relations extérieures de la France. La non-justiciabilité implique l'idée que, traditionnellement, les questions de défense et de politique étrangère des États étaient non justiciables devant les juridictions internationales, afin de séparer politique étrangère et droit international.

Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) qui a édicté un règlement d'arbitrage très utilisé par les parties dans le cadre d'arbitrage *ad hoc*, c'est-à-dire ne dépendant pas d'institutions comme le Cirdi. Un plaideur souhaitant se prévaloir du chapitre 11 de l'Aléna peut donc choisir la voie de l'arbitrage institutionnel du Cirdi, ce qui lui permet de bénéficier du régime très favorable de la convention Cirdi, qui prévoit qu'une sentence d'un tribunal arbitral sous l'égide du Cirdi a la force d'un jugement définitif, c'est-à-dire insusceptible de l'exercice d'une voie de recours par un État partie aux accords de l'Aléna en application de son droit national, et que la sentence rendue par le tribunal arbitral ne peut être révisée par une juridiction nationale, lui conférant ainsi un caractère supranational. En revanche, si un investisseur d'un État partie à l'Aléna choisit, comme le chapitre 11 de l'Aléna le lui permet, les règles du mécanisme supplémentaire du Cirdi ou le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le régime de la reconnaissance et l'exécution de la sentence rendue est celui de la convention de New York, laquelle prévoit qu'une sentence pourra être reconnue comme ayant force de chose jugée, c'est-à-dire force exécutoire, par les États parties et qu'une juridiction nationale ne pourra la réviser que pour des motifs très limités.

Le système international de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales confère donc à l'arbitrage d'investissement une force contraignante au-delà de toute autre forme d'adjudication dans la sphère publique. Ainsi, Van Harten et Loughlin relèvent-ils que même les jugements de la Cour internationale de justice, qui s'imposent aux États qui ont consenti à la compétence de la Cour, ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée que par le Conseil de sécurité des Nations unies, ce qui veut dire que l'exécution dépend de l'obtention de la majorité des membres du Conseil, y compris des cinq membres permanents.

En outre, ce système de reconnaissance et d'exécution des sentences de RDIE permet l'échafaudage de stratégies d'exécution sans fin en raison de la distinction entre le siège de l'arbitrage (par exemple le Cirdi, la CCI ou un centre national, comme celui de Singapour) et le lieu d'exécution de la sentence (la localité ou le pays dans lequel une mesure d'exécution est envisagée, par exemple l'État de New York). Le siège de l'arbitrage est le lieu où l'arbitrage est situé pour le besoin de détermination du juge d'appui, c'est-à-dire le juge compétent pour statuer sur les difficultés pouvant survenir

lors de la mise en œuvre des modalités de désignation du ou des arbitres. En application de la convention de New York, l'arbitrage est soumis au contrôle du juge d'appui du siège de l'arbitrage (si le centre d'arbitrage est à Singapour, le droit singapourien s'applique) et l'État attaqué ne peut saisir que les tribunaux du siège (en l'occurrence, Singapour) s'il estime, par exemple, qu'un arbitre avait un conflit d'intérêts non déclaré. En règle générale, le lieu d'exécution de la sentence n'est pas celui du siège de l'arbitrage (par exemple, un arbitrage à Singapour fait l'effet d'une mesure d'exécution à New York où l'État condamné – disons le Niger – détient des avoirs). Dans ce cas, l'exécution forcée donne lieu à un jugement de reconnaissance et d'exécution sur le lieu d'exécution (New York), mais pas nécessairement sur celui du siège arbitral (Singapour), avec la conséquence qu'un juge étatique (par exemple celui de New York) saisi d'une demande d'exequatur (c'est-à-dire de reconnaissance et d'exécution) peut donc reconnaître une sentence même si celle-ci a été annulée par le juge du siège de l'arbitrage (juge de Singapour) si la partialité d'un des arbitres a été démontrée avec succès dans le cadre du recours en annulation devant le juge singapourien. Cette possibilité de faire du *forum shopping* est en outre facilitée, comme nous l'avons vu, par la fragmentation du droit matériel de l'investissement international dans de multiples traités qui établit des niveaux très différents de protection juridique pour les flux de capitaux entre les différents États – selon qu'un traité existe ou non –, ce qui à son tour conduit à une incitation pour les entreprises multinationales d'adapter leur structure afin de maximiser leur sécurité juridique. S'ajoute à cet éclatement des niveaux de protection la très grande plasticité du terme d'investisseurs. En effet, celui-ci regroupe pour l'essentiel des personnes morales (sociétés commerciales) sans imposer de restriction fondée sur la nationalité des actionnaires ou sur des seuils minimaux de propriété ou de contrôle étrangers. De surcroît, la question de la nationalité de l'investisseur est décidée en application du droit de l'État d'origine de l'investisseur, non pas de celui de l'État hôte.

En outre, comme le montre une enquête détaillée de Gus Van Harten à partir de l'examen d'un grand nombre de sentences arbitrales de RDIE, les arbitres n'observent aucun des principes de déférence, par exemple la nature discrétionnaire du pouvoir de

décision de l'auteur de l'acte attaqué, qui caractérisent la justice administrative⁹. Nourris d'une conception du droit public inspiré de la tradition de la *common law* qui ne perçoit les corps politiques – et d'une façon générale la politique elle-même – qu'avec suspicion, les arbitres sont les « agents de l'expansion illimitée de leur propre rôle¹⁰ ». Aucune sentence arbitrale ne fait par exemple référence à des degrés de contrôle destinés à moduler le degré de déférence dû à l'expression souveraine des États, y compris des États présentant une forte tradition démocratique¹¹. Ce faisant, écrit Van Harten en conclusion de son ouvrage, les arbitres assument le rôle de stricts contrôleurs des nations, et non de « doux civilisateurs » de celles-ci¹².

À la facilité d'exécution forcée que confère le réseau de reconnaissance et d'exécution de l'arbitrage commercial international s'ajoute aussi la nature des remèdes recherchés par l'investisseur dans le cadre du RDIE. Van Harten et Loughlin soulignent en effet que les dommages-intérêts individualisés sont extrêmement rares en droit international. En fait, en dehors de l'UE, aucun régime international ne permet à des individus de demander des dommages-intérêts au travers d'un processus d'adjudication en réponse à une violation du droit international. Et, même en droit européen, les dommages-intérêts individuels sont une exception en application de la jurisprudence Francovitch, selon laquelle le droit d'indemnisation ouvert au profit de personnes privées du fait

9. G. Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

10. *Ibid.*, p. 17.

11. *Ibid.* Un exemple de ces degrés de contrôle en droit américain est donné dans le livre du juge Breyer, *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, op. cit., p. 269 sqq. Le droit américain identifie trois degrés de contrôle : le contrôle maximal (*strict scrutiny*), qui interdit au gouvernement de restreindre l'exercice d'un droit à moins qu'il ne puisse démontrer que la restriction est indispensable pour promouvoir un intérêt impérieux ; le contrôle intermédiaire (*intermediate scrutiny*), qui permet à l'État de justifier la mesure en apportant la preuve qu'il poursuivait un objectif substantiel, et la troisième catégorie, qui inclut la réglementation économique et sociale, limite l'office du juge à la vérification que la mesure a un fondement rationnel (*rational basis scrutiny*).

12. "They assumed the role of strict controllers not gentle civilizers of nations", Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints*, op. cit., p. 164.

d'une absence de transposition d'une directive européenne doit correspondre à une violation caractérisée par l'État de ses obligations de transposition¹³.

13. CJCE, 19 novembre 1991, Francovich et Bonifaci, aff. C-6/90 et C-9/90, Rec., p. I-5357, n° 40.

VI. LES RESSORTS IDÉOLOGIQUES DU RDIE : UNE SOUMISSION BUREAUCRATIQUE PRÉSENTÉE COMME UNE AVANCÉE DES DROITS DE L'HOMME

Nous ne pourrions réagir effectivement à l'instrumentalisation du RDIE à des fins d'extraction de rentes ou de profits que si nous en saisissons véritablement les ressorts idéologiques profonds. C'est en effet une spécialité du néolibéralisme que de « récupérer les discours militants ne nuisant pas au système d'exploitation » en contenant toute critique dans les procédures du régime. En sortir implique une compréhension en profondeur des ruses imposées qu'il nous tend afin de ne pas sombrer dans le rôle décoratif que la gouvernance néolibérale réserve à la société civile.

LA DYNAMIQUE DU DROIT COSMOPOLITE ET L'ÉTAT

Le succès du RDIE et son caractère inévitable doivent être analysés à l'aune d'une illusion puissante qui contribue à donner à la contestation contre la mondialisation un air de théorie du complot. Cette illusion, dont Pierre Manent nous dit que, « parmi les illusions qui tentent notre paresse, aucune n'est plus présente aujourd'hui que celle-ci¹ », est que « le droit doit être, et sera de plus en plus, le seul

1. P. Manent, *Cours familier de philosophie politique*, Paris, Fayard, 2001, p. 283.

régulateur de la vie sociale». Analysant la situation contemporaine, Manent identifie deux raisons principales à l'enthousiasme exclusif pour le droit de nos contemporains qui sont, d'une part, l'autorité spirituelle des droits de l'homme et, d'autre part, la logique fonctionnelle de la mondialisation.

La dynamique de la première est résumée par la phrase de Kant selon laquelle « la nature veut que le pouvoir suprême revienne finalement au droit² ». Pierre Manent voit dans cette aspiration un résumé de la situation contemporaine comme « non seulement le désir que le droit règne, mais qu'il règne seul³ ». Plus loin, rappelant qu'à l'origine « les droits de l'homme se sont d'abord imposés contre le droit, par le moyen de l'État », Manent souligne combien l'idée d'un « droit sans l'État » n'est pas sans paradoxe : « Ainsi nos pères ont-ils prétendu “rendre réels” les droits de l'homme par le moyen de cet État souverain qui nous semble à nous maintenant le principal ennemi de ces droits, ou en tout cas dont nous voulons rendre les droits de l'homme indépendants : nous envisageons un monde où le droit serait garanti sans les moyens de l'État national⁴. » Analysant, à la lumière de Charles de Montesquieu, la façon dont nous sommes passés du souverain, qui dit le droit, au droit souverain, Manent explique comment, d'une posture craintive vis-à-vis du pouvoir invisible et terrible contenu dans la puissance de juger, la modernité, guidée par l'expérience américaine, en est venue à sacraliser le pouvoir des juges et à dévaloriser le pouvoir politique en tant que tel en vertu d'une « revendication morale qui est aussi stridente qu'elle est vague ». Ainsi, résume-t-il, le pouvoir judiciaire est un pouvoir qui « semble ne pas être un pouvoir politique, et qui semble être un pouvoir spirituel⁵ ».

Cette dynamique s'accompagne, sur la scène internationale, de la logique fonctionnelle de la mondialisation, c'est-à-dire, pour paraphraser Manent, de la « civilisation sans frontières », qui conduit à la construction d'un ordre international fondé non plus sur un droit

2. Kant, *Vers la paix perpétuelle*, op. cit., p. 46.

3. Manent, *Cours familier de philosophie politique*, op. cit., p. 283.

4. *Ibid.*, p. 285.

5. *Ibid.*, p. 294.

international, c'est-à-dire interétatique, mais sur un véritable droit cosmopolite, le droit global, dont les sujets ne seraient plus les États, mais les personnes humaines et leurs créatures dotées de la personnalité juridique. Inaugurant l'État moderne et le droit public européen, le traité de Westphalie avait rigoureusement délimité l'intérieur de l'extérieur du corps politique, selon la formule de Pierre Manent : « Réduit à son épure, le droit public européen peut être décrit ainsi : il n'y a de droit proprement dit qu'à l'intérieur des États souverains ; à l'extérieur, entre les États souverains, règne l'État de nature, un État de nature civilisé par des conventions fragiles, mais précieuses⁶. »

Avec la mondialisation, l'idée d'un véritable droit cosmopolite a refait surface avec le fantasme d'une société civile transnationale dont Manent nous dit qu'elle est « réglée de plus en plus par des institutions non étatiques et non politiques, tribunaux ou corps quasi judiciaires chargés de faire respecter la liberté du commerce, les règles de la concurrence, les droits de l'homme en général, bref l'ordre du droit, en y ajoutant les agences de rating et les cabinets d'arbitrage⁷. Ceux-ci, poursuit-il, « ne sont pas des tribunaux, ils se substituent même aux tribunaux quand, par exemple, deux entreprises, plutôt que d'aller en justice, leur confient le soin de débrouiller et de régler leurs différends ; mais ils contribuent plus encore que les institutions judiciaires proprement dites à la désétatisation et à la dépolitisation des règles de la vie sociale⁸ ».

Comme le démontre Manent, ces deux forces de l'autorité spirituelle des droits de l'homme concourant dans l'ordre interne à un « droit sans l'État » et de la logique fonctionnelle de la mondialisation accouchant à l'extérieur d'un « droit sans États » sont venues s'agréger pour lancer à l'État un défi inédit sous la forme d'une double dénonciation du pouvoir politique : en tant que force d'oppression à l'intérieur et en tant que force d'inertie contre la construction d'un marché mondial unique à l'extérieur.

6. *Ibid.*, p. 284.

7. *Ibid.*, p. 284-285.

8. *Ibid.*, p. 285.

Cependant, en neutralisant ce lieu objectif qu'est l'État disposant d'un pouvoir sans commune mesure avec celui de ses sociétés pour garantir l'égalité des droits, la double logique des droits de l'homme et de la mondialisation fait ressurgir le problème un temps réglé par l'apparition de l'État : sans un État souverain, nous dit l'auteur, « la logique inégalitaire de la société l'emporte irrésistiblement⁹ ».

Descendu de son piédestal, l'État devient un producteur de droit parmi d'autres. Ce faisant, il devient aussi justiciable au nom d'une norme qui le surplombe.

LA NORME SOCIALE OBJECTIVE ET LE GOUVERNEMENT EN RÉSEAU

L'idée d'un nouveau constitutionnalisme global fondé sur une « norme sociale objective » a été analysée avec une très grande acuité par Martin Loughlin dans son très important ouvrage, *Foundations of Public Law*¹⁰. Loughlin aborde la situation contemporaine en se demandant quel rôle est assigné au droit public. Selon Loughlin, la situation contemporaine serait caractérisée par une tentative de dépasser la tension irréconciliable entre deux impondérables que sont le désir d'être autonome et celui de participer à un projet commun par une nouvelle forme d'hétéronomie se présentant sous les oripeaux d'une norme objective censée assurer l'harmonie sociale¹¹. L'État moderne était parvenu à incorporer cette tension irréconciliable dans la dichotomie entre la *societas*, c'est-à-dire l'autorité générée par l'allégeance à un ordre normatif, et l'*universitas*, c'est-à-dire l'autorité reposant sur l'allégeance à un ensemble de finalités communes qui se traduisaient par deux attributs du pouvoir : la *potestas*, c'est-à-dire les règles qui limitent le pouvoir, et la *potentia*, c'est-à-dire son exercice. Puisque la *potestas* et la *potentia* ne pouvaient être réconciliés, l'État moderne avait assigné au droit

9. *Ibid.*, p. 288.

10. M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

11. *Ibid.*, p. 11.

public la tâche d'organiser leur négociation : « La disjonction entre la liberté et l'appartenance [à la communauté] ne peut être ni éliminée, ni réconciliée, elle ne peut qu'être négociée¹². »

Mais avec l'extraordinaire complexification de la tâche de gouverner due à l'apparition d'un État administratif et de la mondialisation, la fonction de gouverner a évolué d'un modèle souverain, reposant sur une délégation de souveraineté et l'autonomie de la forme juridique empêchant que la loi ne se trouve réduite à une technique de pouvoir, vers un modèle en réseau. En alignant la structure du gouvernement et son action, le modèle en réseau place les systèmes juridiques et politiques dans un cadre unifié qui ne repose plus sur aucune délégation de souveraineté, mais sur sa capacité à produire des effets conformes à une norme objective qui est la construction d'un marché mondial unique. La force d'une loi ou de tout autre acte juridique est donc appréciée à proportion de sa contribution à la construction du marché mondial et il ne peut plus exister aucune notion de pouvoir discrétionnaire qui échappe au contrôle du droit objectif. C'est en ce sens qu'il faut comprendre le RDIE. Le rôle des arbitres n'est pas d'appliquer un commandement d'un quelconque souverain, mais de contrôler la conformité de tous les instruments juridiques, y compris les lois, à la norme objective de la construction du marché unique mondial. Dès lors, toute action gouvernementale devient un objet de contrôle à la lumière d'un principe de proportionnalité entre la mesure projetée et l'objectif de construction du marché mondial. Ce triomphe de la norme sociale objective signale le dépassement de la tension entre la *potestas* et la *potentia* et marque la destruction de l'édifice sur lequel est construit le droit public moderne, c'est-à-dire, en d'autres termes, la destruction de la distinction entre le public et le privé. À son tour, cette indistinction s'accompagne d'un autre brouillage, entre le national et l'international. En effet, une fois que le gouvernement est conçu non comme l'exercice de l'autorité souveraine, mais comme la réalisation d'objectifs sociaux au travers d'un réseau d'institutions, alors non seulement la distinction public/privé est brouillée, mais l'est aussi celle

12. "[The] disjuncture between freedom and belonging can be neither eliminated nor reconciled, it can only be negotiated", *ibid.* (traduction par l'auteur).

entre le dedans et le dehors. Elle l'est à deux égards, en premier lieu avec l'apparition d'un droit des gens (*jus cogens*) comme ensemble normatif composé de valeurs et de principes qui structurent toute la sphère internationale. En second lieu, le brouillage s'opère par la fragmentation du pouvoir de gouverner sur la sphère internationale entre les organisations internationales, les entreprises transnationales, les ONG internationales, les États et les instances de règlement des différends opérant de façon transfrontalière, dont les acteurs du RDIE. Un acteur en particulier, l'entreprise transnationale, profite très bien de ce brouillage.

LA PLACE DE L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE DANS LE NOUVEAU CONSTITUTIONNALISME MONDIAL

Du fait de sa plasticité évidente, l'entreprise transnationale a très bien su se positionner exactement au point de rencontre des deux dynamiques de l'autorité spirituelle des droits de l'homme et de la logique fonctionnelle de la mondialisation en se posant à la fois comme la tête de pont de la société civile transnationale, celle par laquelle le développement advient, et comme la victime d'un État rabattu sur sa puissance.

Précisons nos propos. L'entreprise transnationale jouit d'un privilège fonctionnel de mobilité sur la scène globale du fait de la croyance quasi universelle en une notion de développement assimilée au salut dans la période prémoderne, qui conduit à une liberté des mouvements de capitaux sur la quasi-totalité de la planète. Depuis l'alliance scellée entre le gouvernement américain et la haute finance vers la fin de la décennie 1970, la politique économique des États se résume à une concurrence effrénée entre eux pour attirer des IDE, qui a conduit à une multiplication des arrangements institutionnels et des outils juridiques pour attirer le capital mobile. Tous ces arrangements juridiques reposent sur la fiction de la personnalité juridique de l'entreprise qui permet de donner aux détenteurs de capital un don d'ubiquité tout en les protégeant grâce à la responsabilité limitée de la société et à la séparation des centres de décision en matière d'investissement des entités responsables. Un des ressorts les plus importants du choix des investisseurs est

la facilité avec laquelle ceux-ci peuvent se dégager d'un investissement non profitable ou insuffisamment profitable en se désengageant. De sorte que la logique de la concurrence entre États pour attirer l'investissement direct étranger est une course au moins-disant, c'est-à-dire au partage le plus inégal possible des risques entre l'État hôte et l'investisseur. Ainsi, l'optimum de la courbe asymptotique du droit des investissements internationaux n'est rien de moins que l'investissement garanti sans risque. Plus un droit national approche de cet optimum, mieux il est classé dans les indicateurs de gouvernance élaborés par les institutions de la gouvernance mondiale, comme le classement Doing Business de la Banque mondiale. Mieux il est classé, plus il augmente la capacité d'emprunt de l'État sur les marchés financiers pour financer par le marché obligataire, et non plus par l'impôt, les besoins de sa population. Et plus ces besoins sont rationnés par les créanciers internationaux pour satisfaire aux desiderata des investisseurs. Ce cercle vicieux pour l'État procède d'un profond changement dans la façon dont le droit est dégradé en instrument d'attractivité, parfaitement résumé par Antoine Garapon dans les termes suivants :

« Alors que, dans le modèle de la souveraineté, le droit était envisagé d'en haut, depuis le bien commun ou l'intérêt général, c'est-à-dire de sa possible totalisation, c'est désormais à partir des avantages du sujet qu'il est considéré. C'est en effet le consommateur de droit qui devient l'arbitre ultime, et non plus le souverain. Les rapports sont inversés : la référence n'est plus l'émetteur de droit mais son destinataire. La loi générale est évaluée selon des intérêts privés. Le contexte global accentue la redéfinition du droit déjà à l'œuvre sur le plan interne sous l'influence du néolibéralisme : il est réduit à un instrument à la disposition de l'investisseur ; désormais l'outil juridique est mis au service d'une seule partie, l'entrepreneur, et les indicateurs comparatifs sont destinés à évaluer les avantages qu'ils procurent à ce dernier, la procédure contentieuse étant considérée comme une gêne et un coût¹³. »

13. Garapon, *La Raison du moindre État*. *op. cit.*, p. 193-194.

Comme on vient de le voir, l'État n'est pas absent de cette reformulation de la souveraineté. S'il n'y est plus perçu comme le garant de l'intérêt général sur un territoire donné, il est en revanche devenu le représentant des intérêts d'un clan replié sur lui-même qui peut être convaincu de soutenir des « projets particuliers¹⁴ ». Reprenant la formulation du rapport « Notre voisinage commun » (*Our Global Neighborhood*), de la Commission sur la gouvernance mondiale (Commission on Global Governance), à propos de l'ONU, Alain Deneault explique que, dans l'architecture institutionnelle de la mondialisation, une organisation publique n'appartient qu'à elle-même, n'est la propriété de personne, sauf de ses propres fonctionnaires, et est même, dans une certaine mesure, superflue¹⁵. Il s'ensuit que la doctrine de la gouvernance reconnaît les institutions publiques, mais à la seule fin de les isoler et de les neutraliser en tant que représentants de « divers secteurs de la société » et de « citoyens atomisés¹⁶ ». Selon Deneault, la finalité poursuivie n'est plus de répondre à l'ingérence d'un État pervers dans les affaires de la communauté, mais de remédier à un État comme entité nécessairement perverse.

Désacralisation de l'État souverain donc, mais aussi du juge national que la logique des droits de l'homme sacralise pourtant face au pouvoir politique. D'où la quête d'une instance de véridiction qui se place au-dessus du juge national, c'est-à-dire qui arbitre selon un principe de déférence vis-à-vis des intérêts privés. On voit là combien l'institution du RDIE répond parfaitement à cette inversion par rapport au modèle de la souveraineté.

Cependant, pour parachever cette inversion et la rendre inattaquable, il était nécessaire de la doter d'une autorité spirituelle. C'est ce rôle que joue la « bonne gouvernance » qui consiste, pour reprendre Alain Deneault, à appliquer une logique d'exclusion déguisée en son contraire, c'est-à-dire *via* le tropisme d'une société ouverte défendu par les instances de la gouvernance mondiale.

14. Voir Deneault, *Gouvernance*, *op. cit.*, p. 26

15. Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, *op. cit.*, p. 227, trad. A. Deneault, in *Gouvernance*, *op. cit.*, p. 26.

16. Deneault, *Gouvernance*, *op. cit.*, p. 27.

Deneault définit cette logique comme le fait de « s’arroger le pouvoir de déterminer qui sont les dépositaires légitimes de la décision publique », ce qui « revient implicitement à désigner qui sera au ban des centres de délibérations¹⁷ ».

Cette précision mérite d’être rappelée avec force, car le discours dominant porté par les institutions de gouvernance mondiale escamote entièrement cette logique d’exclusion en la présentant sous les oripeaux de la « société ouverte » et du discours reposant sur les droits qui l’accompagnent, lequel présente l’entreprise transnationale selon une posture victimaire. En effet, pour le cadre dirigeant d’une grande entreprise, pour le fonctionnaire de la Banque mondiale, du FMI ou de l’OCDE ou pour l’associé d’une *law firm*, la mondialisation relève d’un processus naturel et irréversible de commerce pacifique décrit comme l’incarnation de la force impersonnelle du progrès en marche et rendu possible par la chute du rideau de fer, l’essor de la Chine et les nouvelles technologies de l’information. La mondialisation néolibérale postule que toute limitation à la logique de destruction créatrice du capitalisme et aux flux transfrontaliers d’une quelconque nature est l’expression d’un repli sur soi, du rejet d’une société ouverte, multiculturelle et prospère, et que toute limite posée à ces flux mène indiscutablement à la ruine et à la relégation.

L’entreprise transnationale dispose à cet égard d’un avantage décisif grâce à la fiction anthropomorphique de la personnalité juridique de l’entreprise transnationale, qui non seulement lui permet une mobilité sans commune mesure avec la personne humaine, mais qui conduit en outre à lui attribuer tous les attributs de celle-ci. Cette fiction lui permet de revendiquer à son profit la réalisation des droits de l’homme. Ainsi, elle utilise le ressort des droits de l’homme en assimilant la figure de l’investisseur étranger à celui du demandeur d’asile qui a entrepris un voyage périlleux au-delà des mers pour se heurter à un gouvernement replié sur des considérations étriquées, voire carrément xénophobes, au moment où les États déroulent à ces mêmes investisseurs le tapis rouge (y compris

17. *Ibid.*, p. 40.

des taux d'imposition de 0,005 % sur les sociétés). La moindre exigence formulée à l'encontre de cet investisseur au nom de l'auto-détermination des peuples, réduit au rang de folklore, est analysée comme une manifestation de fermeture au monde. Toute protection fondée sur la santé publique, l'environnement, ou tout simplement toute volonté de soumettre l'investisseur à la loi commune (comme l'initiative de la Commission européenne visant à condamner le rescrit fiscal dont bénéficiait Apple en Irlande¹⁸) est condamnée dans un registre qui distille un soupçon de xénophobie latent, comme en témoignent les propos du PDG d'Apple, dénonçant la décision de la Commission européenne comme de la "*political crap*" (« foutaise politique »). Toute réserve formulée à l'encontre d'une libéralisation complète des mouvements de capitaux au nom du droit des peuples à s'autogouverner fait immédiatement l'objet d'un procès d'intention en abandon aux types de protectionnisme qui ont précipité le monde dans le chaos dans l'entre-deux-guerres, voire d'une assimilation aux pires formes de pillage en règle exercées par des dirigeants kleptocrates, comme Mobutu au moment de la zaïrianisation. En bref, toute forme de revendication d'une égalité en droit des individus à l'intérieur des frontières nationales vis-à-vis de la figure sacralisée de l'investisseur par lequel advient la croissance est assimilée à du racisme.

C'est précisément du fait du décalage entre le privilège de mobilité qui lui confère son statut de personne juridique non humaine et sa situation d'égalité formelle vis-à-vis de la personne humaine que résulte une inégalité fondamentale. Les droits des investisseurs sont sanctuarisés en renversant le rapport de souveraineté : d'outil au service d'une politique publique, l'investissement direct étranger en devient la finalité. Cette inégalité fondamentale est consacrée par l'institution du RDIE, qui réserve un droit d'action exclusivement aux investisseurs étrangers, et par sa pratique, qui accorde une entière déférence aux intérêts privés par rapport à l'intérêt général. En somme, il existe deux droits fondamentaux : un droit

18. Le 31 août 2016, la Commission européenne a pris une décision en matière de concurrence qui impose à l'Irlande de demander à Apple le remboursement de 13 milliards d'euros d'impôt dont l'entreprise aurait bénéficié en violation du droit européen des aides d'État.

fondamental de la personne juridique non mobile qui demeure régi par les constructions doctrinales et prudentielles de la souveraineté westphalienne, à commencer par la nécessité d'épuiser les recours devant le juge national¹⁹, et un droit de l'investisseur étranger dont la pétition de principe les anéantit²⁰.

C'est cette inégalité fondamentale qui est apparue à la lumière de quelques affaires retentissantes d'investisseurs remettant en cause des politiques souveraines en matière énergétique et de santé publique de pays de l'OCDE (décision de l'Allemagne de sortir du nucléaire, décision de l'Australie d'imposer les paquets de cigarettes neutres). Ces affaires ont d'autant plus grandement contribué à une publicisation du débat qu'elles sont intervenues dans le contexte d'une vague de négociations d'accords de libre-échange d'une nouvelle génération entre grands ensembles industrialisés (TPP entre douze pays de l'axe Pacifique incluant les États-Unis, TTIP entre les États-Unis et l'Union européenne, CETA entre le Canada et les États-Unis), lesquels intègrent le RDIE, le cas échéant sous une forme un peu renouvelée, comme mécanisme de règlement des différends.

À l'image du précédent de l'Aléna signé au début de la décennie 1990, ces accords, qui se concentrent beaucoup plus sur les obstacles non tarifaires que sur les droits de douane, couvrent des domaines aussi variés que la propriété intellectuelle, le droit de l'environnement, le droit du travail, l'accès aux marchés publics et la protection des investissements. Visant à l'intégration des ensembles régionaux dans un grand marché mondial unique, non plus tant par l'abaissement des barrières douanières que par la convergence des régulations économiques, ces traités sont donc une avancée supplémentaire dans l'édification d'un « État homogène et universel ». Pour paraphraser Alexandre Kojève, il s'agit d'une administration mondiale unifiée en réseau, constituée d'institutions publiques et

19. Comme le montre, par exemple, le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme qui n'est possible qu'après l'épuisement des recours nationaux.

20. On pourra relier ce clivage fondé sur la capacité à se mouvoir dans la mondialisation à la distinction établie par David Goodhart entre les gens de partout (*anywhere*) et le peuple de quelque part (*somewhere*). D. Goodhart, *The Road to Somewhere: The Populist Revolt and the Future of Politics*, Londres, Hurst & Co, 2017.

privées, qui se construit avec pour horizon l'unification des marchés mondiaux de biens, de services et de capitaux. Juxtaposant la logique mécaniciste de la « société ouverte » et le fantasme d'une société civile vivant dans un éternel printemps du consensus, « une grande couveuse immunitaire dans laquelle l'individu renoncera à sa propre intériorité²¹ », cette bureaucratie unifiée a pour instance de véridiction le RDIE, qui devient donc l'outil principal de constitutionnalisation de l'inégalité fondamentale en droit que nous avons fait apparaître.

21. L'expression est empruntée à Jean Clair qui a décrit, à partir du passage de Fédor Dostoïevski dans *Les Carnets du sous-sol* consacré au palais de Cristal de l'Exposition universelle de Londres de 1851, le projet de la modernité. Voir J. Clair, *Les Derniers Jours*, Paris, Gallimard, 2013, p. 207.

TROISIÈME PARTIE
QUELLES PROPOSITIONS
POUR L'AVENIR ?

La question de savoir ce qu'il faudrait mettre en place à l'avenir mérite un examen attentif de la principale ligne de fracture politique qu'expose le débat sur le RDIE. En effet, celui-ci se situe à la jonction de deux objectifs irréconciliables que représentent, d'une part, le couple souveraineté/démocratie représentative (l'ordre politique démocratique), qui repose sur une quête d'autonomie, et, d'autre part, le couple gouvernement objectif/marché (le capitalisme planétaire), qui repose sur le conformisme généralisé et la maîtrise de tous les facteurs de troubles sociaux. En consacrant l'autonomie juridique et en fondant l'autorité souveraine sur sa faculté de dire la loi, l'idée démocratique postule, comme l'a montré Castoriadis, la possibilité pour la société de se mettre elle-même en question. La démocratie, nous dit Castoriadis, « ne reconnaît pas de limites externes à son pouvoir instituant, ses seules limites résultent de son autolimitation¹ ». Mais cet ordre politique démocratique, selon Pierre Manent, est inéluctablement voué à deux sortes de défis. Le premier est fait de la révolte contre cet ordre, en ce qu'il a de démocratique, et conduit à une surpolitisation caractéristique des mouvements totalitaires. Au contraire, la seconde forme de révolte est dirigée contre l'ordre politique démocratique en ce qu'il a de politique. C'est la forme de contestation que la mondialisation nous apporte et qui se caractérise par la recherche d'un éternel printemps du consensus en prônant que la seule forme de gouvernement qui n'opprimerait pas le peuple serait un gouvernement totalement mécanique où le peuple, sans débat, sans conflit, sans délibération, parviendrait à l'harmonie parfaite. En somme, un renoncement total à la politique.

C'est pourquoi une impasse certaine, dans la résistance à la marche vers le cauchemar du gouvernement objectif mondial, est de rechercher des réponses apolitiques. Sortir de cette ornière nécessite de jeter un regard neuf sur la mondialisation, sur la « société ouverte » et les traditions sclérosées du droit qui permettent à la doctrine de la gouvernance de se constitutionnaliser au moyen d'institutions fonctionnant selon la logique du fait accompli, comme le

1. Castoriadis, *La Montée de l'insignifiance*, *op. cit.*, p. 119.

RDIE et les concepts élaborés par la jurisprudence arbitrale. En bref, de refaire de la politique !

C'est ce à quoi nous invite Carl Schmitt dans l'extrait suivant :

« C'est précisément quand elle demeure apolitique qu'une domination des hommes reposant sur des bases économiques, en évitant toute apparence et toute responsabilité politique, se révèle être une terrible imposture. Le concept d'échange n'exclut pas au niveau de sa définition que l'une des parties subisse un préjudice et qu'un système de contrats bilatéraux finisse par se transformer en un système d'exploitation et d'oppression de la pire espèce. Quand, dans cette situation, les exploités et les opprimés entreprennent de se défendre, ils ne peuvent naturellement pas le faire à l'aide de moyens économiques. Il est tout aussi naturel que les détenteurs du pouvoir économique nomment alors violence et crime toute tentative extra-économique de modifier leur position de puissance, et qu'ils cherchent à l'empêcher. Or, ce fait rejette au néant notre construction idéale d'une société fondée sur l'échange et sur des contrats bilatéraux, pacifique et juste *eo ipso*². »

Les propos de Schmitt résonnent en quelque sorte comme une mise en garde avant l'heure nous exhortant à ne pas nous méprendre sur les objectifs de la gouvernance, qui ne procède pas d'une logique d'émancipation, d'inclusion, mais d'une logique de dépendance et d'exclusion. Loin de prôner un type de gouvernement qui rend l'individu maître de son destin, la gouvernance, que Deneault définit comme « l'oblitération de notre patrimoine de références politiques pour lui substituer les termes tendancieux du management³ », procède d'une logique de rupture fondamentale du principe d'égalité et proclame que nous sommes, par le fonctionnement inhérent de la société, enfermés dans des rapports inégalitaires, qu'il n'y a plus d'institution de référence pour faire valoir le bien commun, et qu'il ne peut plus y en avoir, parce qu'une telle institution ne pourrait être qu'oppressive. La gouvernance consiste à penser un processus consensuel en amont du débat politique

2. C. Schmitt, *La Notion de politique*, Trad. M-L. Steinhauser, Paris, Flammarion, coll. « Champs », 1992, p. 124. .

3. Deneault, *Gouvernance, op. cit.*, p. 9.

par lequel des acteurs inégaux vont s'entendre sur la base de leurs inégalités. En détruisant l'idée de bien commun, la gouvernance s'inscrit donc en opposition fondamentale avec les principes de la politique moderne. C'est donc en nous fondant sur ceux-ci, en les renouvelant le cas échéant, que nous pourrions formuler une alternative crédible.

Le RDIE, tout au moins depuis la décennie 1990, avec la reconnaissance d'un consentement prospectif et général des États à l'arbitrage dans les traités d'investissement et les accords de libre-échange, s'inscrit pleinement dans la logique de la gouvernance. Il a pour objet de constitutionnaliser, c'est-à-dire de rendre irréversible en droit, la construction du marché unique mondial. Pour s'en convaincre, il suffit d'imaginer quelle serait la conséquence pour un État sous perfusion des marchés financiers, comme presque n'importe quel État au monde, de rompre nettement avec la libéralisation financière en vue de préparer une politique économique à long terme visant à ne pas produire plus que ce que permet l'écosystème, c'est-à-dire une vraie politique de développement durable. Ou de voir comment le Japon, qui avait réussi à créer un modèle de développement local lui ayant permis de surmonter un effondrement de son marché des actions de près de 70 % suivi de près de trois décennies de croissance anémique en conservant le plein emploi⁴, vient, contre une opinion publique très opposée, de faire tomber l'interdiction des jeux de casino, ouvrant ainsi un marché de près de 40 milliards de dollars⁵.

Comme l'illustre la légalisation des jeux de hasard au Japon, c'est sous l'angle de la corruption qu'il faut analyser le RDIE. Non pas la corruption au sens où l'entend l'anticorruption, c'est-à-dire les pots-de-vin et les traitements de faveur, mais comme un processus d'altération radicale qui entraîne un changement de nature. En effet, comme l'expose Alain Deneault, la corruption n'est pas un processus éternel. Elle aboutit, elle s'accomplit. Et il faut nommer l'état de choses qui s'instaure lorsque la corruption a fait son travail. Ainsi, nous dit Deneault, c'est une erreur de penser la corruption

4. Voir sur ce point J. Gray, *False Dawn*, New York, New Press, 2000, p. 168-175.

5. Voir "Casino fever heats up in Japan as key vote nears", *Financial Times*, 12 décembre 2016.

comme un processus qui menace indéfiniment la démocratie et il est plus juste de penser que « du principe de démocratie désormais corrompu découle un nouveau régime qui répond au nom de “gouvernance”. L’université corrompue débouche sur des institutions marchandes d’expertise, l’économie corrompue donne lieu à l’oligarchie financière. Les institutions de justice corrompue ouvrent sur des instances privées et dispendieuses de règlement des différends⁶ ».

Il s’ensuit une complète recomposition du paysage juridique des relations mondiales qui inverse le rapport de la terre à la mer. Cette « révolution spatiale » du droit, comme la nomme Antoine Garapon, laquelle érige en principe cardinal que les rapports internationaux doivent être régis par une concurrence entre les États pour que ceux-ci se rendent attractifs aux investisseurs, mène à l’abandon du projet d’une entité politique territorialement définie. La notion d’espace, qui auparavant ne désignait que des lieux inhabitables (mer, espace), commence maintenant à désigner des espaces terrestres. La transformation corruptive de la gouvernance conduit donc à une inversion du paysage juridique du monde, dont le cœur est la transformation de la notion d’État de droit en État de droit d’exception sous l’effet des paradis fiscaux et autres législations de complaisance : « Les États en concurrence les uns contre les autres face à des investisseurs devenus souverains entrent tous dans la spirale du dumping fiscal, réglementaire et judiciaire. Les paradis fiscaux et judiciaires ne sont plus seulement des États typés tels que les Bahamas, le Luxembourg ou Singapour [le modèle de gouvernance des États-Unis, des IFI (Institutions financières internationales) et de l’OCDE], mais le Canada, le Delaware aux États-Unis, l’Autriche, l’Irlande et la Côte d’Ivoire. Tous “offshorisent” des pans entiers de leur législation de façon à organiser des aires administratives du laisser-faire au bénéfice de groupes industriels, de financiers et de grands mafieux qui opèrent depuis longtemps de façon transnationale, c’est-à-dire indépendamment des cadres étatiques⁷. »

6. A. Deneault, *La Médiocratie*, Montréal, Lux, 2015, p. 198.

7. *Ibid.*, p. 199.

Les réponses techniques envisagées par les juristes, enfermés dans une conception technicienne et autoréférentielle de leur savoir, ignorent totalement le caractère déchu des institutions de la gouvernance mondiale par rapport à celles qui précèdent l'accomplissement du phénomène corruptif. Cet enfermement place ainsi l'opposition des défenseurs et des critiques du système dans un registre d'incommunicabilité complète. Les premiers ne peuvent raisonner que dans les cadres fixés par l'État de droit d'exception, et les seconds raisonnent encore comme si le système précorrompu était encore en vigueur.

C'est pourquoi les réponses venant de l'intérieur du système ne peuvent entraîner que des améliorations à la marge. Il est en effet impossible de concevoir qu'un système construit pour donner force obligatoire à des décisions prises dans un rapport de rupture fondamentale vis-à-vis des communautés qui les subissent et pour désarmer celles-ci en droit puisse se rééquilibrer de lui-même. Répondre aux problèmes globaux en intégrant la dimension du global implique bien sûr de ne pas tomber dans le piège du repli derrière les murailles de l'État national, mais il faut également se garder de croire dans le salut par l'État mondial. Si celui-ci devait advenir, nous disent à ce sujet Pierre Dardot et Christian Laval, ce ne serait que « l'achèvement de la gouvernance mondiale, sous un mode plus concentré et encore plus violent⁸ ».

Avant d'esquisser comment nous pourrions opérer une re-politisation nécessaire de toute la question de l'investissement international, examinons les pistes de réformes formulées, engagées ou menées afin d'opérer une refondation sur des bases moins inégalitaires.

8. P. Dardot et C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014, p. 460.

VII. LES SOLUTIONS SUR LA TABLE

Les réformes faites ou à faire sont de deux ordres. Les premières ont pour objectif, pour paraphraser Kate Miles, de « re-conceptualiser » le droit international de l'investissement par des aménagements de fond afin d'infuser dans le droit international de l'investissement des considérations environnementales, sociales et de droits de l'homme, y compris dans le système de règlement des différends. Un autre ensemble est constitué de propositions de réformes visant à modifier la procédure de règlement des différends dans le sens d'une plus grande transparence et d'une participation du public. Nous analyserons donc successivement les solutions de fond, puis les options procédurales envisagées.

RÉFORMES DE FOND : VERS UN DROIT DE L'INVESTISSEMENT SOCIALEMENT ET ÉCOLOGIQUEMENT RESPONSABLE

Si l'on devait résumer le principe fondant les différentes réformes de fond envisagées, on pourrait dire qu'il a pour but de fusionner le droit international de l'investissement avec les agendas de la responsabilité sociale des entreprises, du développement durable et de l'investissement responsable.

La première piste envisagée vise à intégrer ces considérations, *via* des mesures plus protectrices de l'État hôte, dans les traités touchant à l'investissement international dits « de dernière génération ». Les États-Unis et le Canada, échaudés par les actions engagées contre eux dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'Aléna, ont montré la voie en intégrant des mesures plus

protectrices dans leurs modèles respectifs de 2004¹, puis, s'agissant des États-Unis, de nouvelles mesures de protection sont apparues dans le modèle de TBI de 2012². On notera aussi le modèle de TBI norvégien de 2015 qui insiste dans son préambule sur les objectifs de promouvoir la responsabilité sociale des entreprises, la lutte contre la corruption et les principes « de transparence, de reddition de comptes et de légitimité » que doivent respecter tous les participants du processus³.

Ces accords de dernière génération contiennent, d'une part, une reformulation des normes de protection et de traitement des investissements, afin de mieux guider le travail d'interprétation des arbitres. Ainsi, se référant aux nouveaux modèles d'accords américain et canadien, les textes prennent la précaution de préciser que « les concepts de "traitement juste et équitable" et de "protection et sécurité intégrales" [...] n'exigent pas un traitement supplémentaire ou supérieur à celui prescrit par la norme minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier⁴ ». En outre, ils contiennent une annexe explicative des clauses relatives à l'expropriation, dans laquelle il est exposé que, « sauf dans de rares cas, tels ceux où une mesure ou une série de mesures sont si rigoureuses au regard de leur objet qu'on ne peut raisonnablement penser qu'elles ont été adoptées et appliquées de bonne foi, ne constitue pas une expropriation indirecte la mesure non discriminatoire d'une partie qui est conçue et appliquée dans un but de protection légitime du bien-être public concernant, par exemple, la santé, la sécurité et

1. Le modèle américain de 2004 peut être consulté à l'adresse : www.state.gov/documents/organization/117601.pdf. Le modèle canadien de 2004 peut être consulté à l'adresse : <http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>

2. Le modèle de TBI américain de 2012 peut être consulté à l'adresse : www.state.gov/documents/organization/188371.pdf

3. Le texte est disponible à l'adresse : www.regjeringen.no/contentassets/e47326b61f424d4c9c3d470896492623/draft-model-agreement-english.pdf. Le cas de la Norvège est particulièrement intéressant car, d'une part, elle n'a pas conclu de TBI depuis le milieu de la décennie 1990 et, d'autre part, la publication d'un modèle de TBI en 2007, sur lequel le modèle de 2015 repose largement, a été remise après des manifestations à la fois des lobbies pro-investisseurs qui le jugeaient insuffisamment protecteurs et des organisations de la société civile qui estimaient qu'il bradait la protection sociale et environnementale au plus offrant.

4. Voir art. 5(2) des modèles de TBI américain de 2012 et canadien de 2004.

l'environnement⁵». Ils contiennent aussi des clauses revalorisant les droits de l'État hôte en instituant un examen de proportionnalité entre l'investissement et les objectifs de protection de l'environnement de l'État hôte, à l'image de l'article 8 du modèle de TBI colombien de 2007⁶. Ils incluent encore des « clauses de non-abaissement » des normes sociales et environnementales à l'image de l'article 1114, alinéa 2, de l'Aléna qui prévoit :

« Les parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en adoucissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur.

« La partie qui estime qu'une autre partie a offert un tel encouragement pourra demander la tenue de consultations, et les deux parties se consulteront en vue d'éviter qu'un tel encouragement ne soit donné. »

D'autres types de clauses qui peuvent être insérées sont les exceptions générales, inspirées de la formulation de l'article 20 de l'Accord général sur le commerce des marchandises de l'OMC. Un exemple est celui de l'article 18, alinéa 1, du nouveau modèle de TBI canadien, qui prévoit :

« Pour l'application du présent accord :

- a) chacune des parties peut adopter ou appliquer les mesures nécessaires, selon le cas :
 - i) à la protection de la santé ou de la vie des personnes ou des animaux, ou à la préservation des végétaux,
 - ii) pour assurer le respect de son droit interne qui n'est pas incompatible avec le présent accord,

5. Voir annexe B, p. 41, du modèle de TBI américain et annexe B.13(1) du modèle de TBI canadien, p. 21.

6. "Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure that it considers appropriate to ensure that an investment activity in its territory is undertaken in accordance with the environmental law of the Party, provided that such measures are proportional to the objectives sought." Disponible à l'adresse : www.italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf

- iii) à la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques ;
- b) pourvu que les mesures visées au sous-paragraphe ne soient pas, selon le cas :
 - i) appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les investissements ou entre les investisseurs,
 - ii) une restriction déguisée à l'investissement ou au commerce international.»

L'avancée textuelle est considérable. Toutefois, comme le souligne Sabrina Robert-Cuendet, la portée de ces clauses est très incertaine dans la mesure où rien ne permet de garantir qu'un État adoptant une mesure de protection environnementale produisant des effets sur l'activité d'un investisseur étranger serait à l'abri d'un recours en indemnisation. En effet, en précisant que les mesures légitimes ne peuvent être qualifiées d'expropriation indirecte, « sauf dans de rares cas », la formulation laisse un large espace d'interprétation pour les investisseurs et leurs avocats pour menacer les États d'actions de RDIE⁷. C'est d'ailleurs la même formule dans le texte du CETA qui a été vivement critiquée, sans succès, par les opposants à la signature du CETA.

Une initiative plus audacieuse est celle du projet d'accord sur l'investissement pour le développement durable élaboré par l'Institut international du développement durable (IIDD)⁸. En introduction du texte, l'IIDD « reconnaît les liens étroits entre les flux d'investissement et le développement durable [et que] [l]a transition des pratiques non durables dans les secteurs de l'agriculture, de l'énergie, de l'utilisation de l'eau, de l'exploitation des ressources, de l'industrie et d'autres secteurs vers des pratiques plus durables nécessite un investissement à l'échelle nationale et internationale ». Portant un jugement sévère sur le régime actuel de l'investissement

7. Voir S. Robert-Cuendet, *Accords d'investissement et développement durable*, Note de Conventions, Réguler la mondialisation No. 14, 2014, disponible à l'adresse <http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2014/10/BACnote-15-accords-dinvestissements.pdf>

8. Le modèle peut être consulté à l'adresse Internet suivante : www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_fr.pdf

international élaboré sur des bases valables cinquante ans auparavant, qu'il estime « tellement fondamentalement vicié qu'il ne peut plus être ni réparé, ni refondu », le projet d'accord multilatéral ambitionne de reprendre le flambeau du multilatéralisme en tirant les leçons de l'échec des deux précédentes tentatives menées par l'OCDE avec l'AMI et par l'OMC sur des bases nouvelles. Il prône donc « une dissolution complète du régime et l'élaboration d'un régime de rechange spécifiquement axé sur les obligations des acteurs transnationaux ».

Parmi les principales innovations de l'accord, on soulignera, dès le préambule, la priorité donnée au développement durable par rapport à la mobilité du capital, la référence aux instruments internationaux imposant des devoirs aux entreprises transnationales, comme la Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, et les Normes de responsabilité des Nations unies en matière de droits de l'homme à l'intention des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales. Le projet s'efforce, en outre, de reformuler les normes de protection dans le but de leur retirer le caractère de partialité. Par exemple, à l'article 5(E) sur le traitement national, le projet prévoit que, dans l'appréciation par les arbitres des « circonstances analogues », celles-ci feront l'objet d'un « examen global, au cas par cas, de toutes les circonstances dans lesquelles un investissement est effectué, y compris, notamment :

- ses incidences sur les tiers et la collectivité locale ;
- ses incidences sur l'environnement local, régional ou national ou sur le patrimoine mondial de l'humanité ;
- le secteur dans lequel l'investisseur fonctionne ;
- le but de la mesure en question ;
- le processus réglementaire généralement appliqué concernant la mesure en question ;
- d'autres facteurs directement liés à l'investissement ou à l'investisseur à l'égard de la mesure en question. »

S'agissant de l'expropriation, le projet d'accord reprend les dispositions classiques selon lesquelles ouvre à un droit à réparation une expropriation directe ou indirecte, sauf si elle est effectuée pour une raison d'intérêt public, moyennant compensation, sur une base

non discriminatoire, et en conformité avec l'application régulière de la loi. Cependant, le projet innove lorsqu'il énonce que « l'indemnité pourra être ajustée pour refléter le comportement aggravant d'un investisseur ou le comportement qui ne cherche pas à limiter les dommages-intérêts » et lorsqu'il pose que « les mesures réglementaires *bona fides* et non discriminatoires prises par une partie qui sont conçues et appliquées pour protéger ou améliorer les objectifs légitimes de bien-être public tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement ne constituent pas une expropriation indirecte en vertu du présent article ». La formulation non assortie de réserve du type « sauf en de rares cas » contribuerait à priver les investisseurs et leurs avocats de nombreuses occasions de chicane.

En outre, le projet d'accord contient une partie entière consacrée aux obligations et devoirs des investisseurs (art. 11 à 18). L'article 11 contient une liste d'obligations générales (obligation de se conformer au droit local, obligation de contribuer au développement local, obligation de renseignement de l'État hôte). Les articles suivants contiennent des obligations spécifiques, couvrant respectivement l'évaluation des impacts préalables à l'établissement, la lutte contre la corruption, les obligations postérieures à l'établissement (maintien de normes de qualité en matière environnementale, respect des droits de l'homme et des conventions de l'OIT protégeant les travailleurs...), le respect de normes de gouvernance et de transparence (par exemple, publicité des contrats d'investissement), le respect des normes de responsabilité sociale des entreprises. Enfin, l'article 17 prévoit que « les investisseurs seront soumis à des poursuites civiles en responsabilité suivant le processus judiciaire de leur État d'origine en raison d'actes réalisés ou de décisions prises à propos de l'investissement, lorsque lesdits actes ou décisions causent des préjudices importants, des préjudices corporels ou la perte de vie dans l'État d'accueil ». Justifié par le fait que de nombreux systèmes judiciaires disposent de règles visant à empêcher des poursuites pour des préjudices qui ont lieu dans un autre ressort, sans égard au lieu d'où émanaient les décisions qui ont causé les préjudices, cet article, comme l'indique le commentaire de l'IIDD, « inverse l'une des grandes asymétries du droit international contemporain selon laquelle les investisseurs étrangers, d'un côté, ont des droits particuliers parce que ce sont des investisseurs étrangers, alors qu'en

même temps, ils n'ont aucune responsabilité dans l'État d'accueil ou l'État d'origine pour la même raison : ce sont des investisseurs étrangers qui se trouvent au-delà de la compétence des tribunaux de l'État d'accueil et qui ne sont pas non plus dans les limites de la compétence de leur État d'origine concernant les préjudices survenus ailleurs». Ainsi, cet article garantit que les droits des investisseurs sont doublés de responsabilités.

Enfin, dans un article 25 intitulé « Droits inhérents des États », le projet proclame solennellement que les États ont « le droit de poursuivre leurs propres objectifs et priorités en matière de développement » ; celui « de prendre des mesures réglementaires ou autres pour s'assurer que le développement sur leur territoire correspond aux buts et principes du développement durable ainsi qu'à d'autres objectifs de la politique sociale et économique » ; et que « la poursuite de ces droits sera considérée comme comprise dans un équilibre entre les droits et obligations des investisseurs et investissements et ceux des États d'accueil tels qu'ils sont énoncés dans le présent accord et conformément à d'autres normes du droit international coutumier ».

Si, selon Kate Miles, « une complète re-conceptualisation du droit des investissements réclame sans doute une plus grande concentration sur la nécessité que le développement et l'investissement s'inscrivent dans un cadre viable », elle a aussi raison lorsqu'elle énonce que la proclamation des droits des États hôtes de subordonner leur politique d'ouverture vis-à-vis des investissements étrangers à leurs propres besoins a au moins le mérite d'aborder de front la complète altérité dans laquelle les considérations locales avaient été enfermées par la nature intrinsèque du droit des investissements.

RÉFORMES PROCÉDURALES DU SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

En plus des réformes de fond du droit des investissements, un second volet envisage des réformes procédurales de l'institution proprement dite du RDIE, dont l'IIDD, dans l'introduction au projet d'accord multilatéral, nous dit qu'« il est, depuis quelques années, truffé de conflits d'intérêts et qu'il n'a pas satisfait aux mêmes critères

fondamentaux de légitimité, de transparence et de responsabilité que ceux appliqués aux processus nationaux de règlement des différends qu'il supplante maintenant de façon routinière.

La part du lion des réformes proposées concerne la transparence et la participation publique afin de redonner une légitimité au RDIE, perdue en très grande partie du fait de l'entre-soi qui le caractérise.

Par exemple, le Cirdi a mis en place un certain nombre d'amendements, parmi lesquels figure la possibilité offerte par l'article 37(2) du règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage à des parties « non contestantes » de déposer un mémoire « en vue de trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ». Il s'agit de la pratique de l'*amicus curiae* inspirée de la procédure américaine. Cependant, cette pratique se limite à un avis, et le règlement prévoit que le tribunal arbitral doit s'assurer que le mémoire de la partie non contestante « ne perturbe pas l'instance ou qu'il n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante », ce qui donne tout pouvoir au tribunal de limiter ou d'exclure les mémoires d'*amicus curiae*.

S'agissant de la possibilité d'assister aux audiences du tribunal arbitral, le règlement d'arbitrage du Cirdi est relativement restrictif dans la mesure où des tiers intéressés ne peuvent assister à l'audience que si les parties au différend y consentent. Il suffit donc qu'une seule partie s'y oppose pour que cet accès soit invalidé.

En outre, une partie peut être autorisée à déposer un mémoire d'*amicus curiae*, mais privée d'accès aux audiences et aux mémoires des parties, comme l'a jugé un panel du Cirdi dans l'affaire *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Republic of Tanzania*⁹.

Des progrès en matière de transparence et de participation publique sont à noter dans la foulée d'un certain nombre de TBI

9. *Biwater Gauff Ltd. (Procedural Order No. 6)*, ICSID/ARB 05/22, sentence, 24 juil. 2008.

récents, à commencer par les modèles américain et canadien, lesquels admettent des procédures ouvertes et les *amici curiae*¹⁰. Ainsi, tant l'accord entre le Canada et le Pérou que le traité entre les États-Unis et l'Uruguay encourageant une protection réciproque des investissements – celui-là même que Philip Morris a contourné en délocalisant une partie de ses avoirs en Suisse pour bénéficier de la protection plus inégalitaire, c'est-à-dire beaucoup plus protectrice pour l'investisseur, contenue dans l'accord entre la Suisse et l'Uruguay – prévoient tous deux des audiences publiques, l'accès des parties non contestantes aux mémoires des parties et la possibilité de déposer des mémoires d'*amicus curiae*¹¹.

Plus récemment, une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies n° 69/116 a adopté le 17 mars 2015 la convention des Nations unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Signée par la France, l'Allemagne, le Canada, les États-Unis, la Finlande, Maurice, la Suède et le Royaume-Uni et connue sous le nom de « convention de Maurice sur la transparence », cette convention est un instrument par lequel les parties à des traités d'investissement acceptent l'application du Règlement sur la transparence de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) aux accords de promotion et de protection de l'investissement conclus avant le 1^{er} avril 2014. Le règlement de la CNUDCI sur la transparence prévoit la publication de certains documents tels que la notification d'arbitrage, la réponse à la notification d'arbitrage, le mémoire en demande, le mémoire en défense et toutes autres déclarations ou conclusions écrites de l'une ou l'autre des parties au litige. Il autorise la présentation d'observations par des tiers dans des mémoires

10. Voir art. 28 et 29 du modèle de TBI américain (version 2012) et art. 34, 35, 38 et 39 du modèle canadien.

11. Accord entre le Canada et la République du Pérou pour la promotion et la protection des investissements (2006), disponible à l'adresse : www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=105078&lang=fra ; Treaty between the United States and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (traité entre les États Unis et la République orientale d'Uruguay concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements) (2005), art. 28 et 29, disponible à l'adresse : https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/bit/asset_upload_file748_9005.pdf

d'*amicus curiae* et il prévoit en outre que les audiences sont publiques. Toutefois, l'article 7 du règlement accorde une importante marge d'appréciation au tribunal pour prévoir des exceptions, notamment en termes de publication des documents.

Si ces réformes s'attaquent au problème de l'endogamie qui caractérise le milieu de l'arbitrage d'investissement, on peut douter de leur efficacité pour remédier à la « partialité systémique » du RDIE. En effet, il convient de ne pas oublier que le RDIE repose sur la structure de l'arbitrage commercial international, dont le seul souci est l'exécution des contrats, les considérations commerciales et la confidentialité, et dans lequel l'ordre public, c'est-à-dire la possibilité de faire primer des considérations d'intérêt général sur la volonté des parties, est traité comme une quasi-impossibilité¹². Cette prédisposition à faire primer les considérations commerciales sur toutes les autres est en outre renforcée par la méthode de sélection des arbitres au coup par coup et la sélection de ceux-ci par les parties ou l'institution d'arbitrage. En effet, comme cela a été évoqué plus haut, le caractère ultraconcurrentiel du marché de l'arbitrage fait que les procédures de nomination conduisent à privilégier la sélection d'arbitres davantage favorables à l'objectif de la construction d'un marché mondial unique. En outre, la pratique de l'arbitrage, caractérisée par une domination des avocats d'affaires, fait qu'un arbitre passe d'une affaire à l'autre des deux côtés de la barre, avec le risque qu'il/elle fasse primer une interprétation d'un texte qui avantage son/ses clients dans une autre affaire dans laquelle il/elle intervient en qualité de conseil. Les avocats-arbitres s'en défendent, alléguant qu'ils ont à cœur de séparer les deux fonctions, mais il est évident que le conflit est structurel et, partant, impossible à résoudre autrement que par une interdiction formelle d'exercer les fonctions d'arbitre régulier pour des membres du barreau spécialisé dans l'arbitrage. De plus, compte tenu du caractère restreint des arbitres intervenant dans le RDIE, la pratique des « renvois d'ascenseurs » est fréquemment dénoncée.

12. Sur ce point, voir Miles, *The Origins of International Investment Law*, op. cit., p. 376 sqq., et Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints*, op. cit.

Une des mesures envisagées pour résoudre cette question de la partialité du système est d'établir un organe d'appel permanent assurant des garanties de transparence et de participation du public, notamment par le truchement d'*amici curiae*, à l'image de l'organe d'appel de l'OMC. La création d'un tel organe d'appel au sein du Cirdi a été envisagée; cependant, cette proposition n'a pas vu le jour en raison d'une opposition interne des investisseurs, qui estiment que l'appel anéantirait la justification de l'arbitrage qui est précisément de fournir un forum de règlement des différends rapide et définitif, correspondant davantage à la temporalité des affaires qu'une reproduction à l'échelle internationale de la justice étatique. Ils estiment que l'actuel système d'annulation des sentences – qui n'est pas un appel – est suffisant. Du côté de la société civile, constituer un organe d'appel, surtout au Cirdi, ne répond pas au reproche que des choix souverains puissent être remis en cause en dernier ressort par des arbitres privés¹³.

Une autre proposition est celle d'une cour permanente pour résoudre les différends d'investissement entre multinationales et États. Défendue notamment par Gus Van Harten, cette cour, à l'image du tribunal de première instance au sein de la Cour de justice de l'Union européenne, trancherait les litiges à la fois en première instance et en appel. Cette idée a reçu récemment l'onction suprême puisqu'elle a servi de base à la proposition de la Commission européenne, dans le cadre de la négociation du projet de traité avec le Canada, d'un Investment Court System (ICS). Ce projet a été amendé en octobre 2016 après le refus du gouvernement wallon d'autoriser la signature du CETA.

Les dispositions concernant l'ICS dans l'accord CETA prévoient que les affaires seront traitées par une cour permanente composée de quinze juges, nommés pour des mandats de cinq ou dix ans par les autorités canadiennes et européennes (cinq Européens, cinq Canadiens et cinq tiers), devant justifier de qualifications juridiques et d'une expertise en droit international de l'investissement. À dessein de limiter le risque de conflit d'intérêts, le président du tribunal

13. Voir Miles, *ibid.*, p. 378-379.

(tiré au sort pour deux ans) pourra leur confier des affaires aléatoirement et selon un principe de rotation, comme il est de coutume dans les tribunaux étatiques. Rémunérés de leurs honoraires par les autorités canadiennes et de l'UE, et non par les parties, les juges pourront le cas échéant être récusés par les parties en cas de conflit d'intérêts avéré. En outre, les débats et les pièces de la procédure devant l'ICS seront publics, avec des exceptions lorsque les circonstances exigent la confidentialité, comme devant les juridictions étatiques.

Le CETA prévoit aussi un double degré de juridiction, les sentences du tribunal pouvant faire l'objet d'un appel dans un délai de quatre-vingt-dix jours.

Enfin, le CETA appelle à la création d'une cour multilatérale d'investissement au niveau mondial, dotée d'un mécanisme d'appel, dans laquelle l'ICS pourrait se fondre à terme. Une autre piste de réforme voisine de celle de l'ICS est celle d'une juridiction d'appel dans le cadre d'une nouvelle convention sur l'investissement responsable. C'est ce qui est proposé dans l'article 40 du projet d'accord multilatéral de l'IIDD. Il s'agirait d'un mécanisme de règlement des différends assez proche de celui de l'OMC, doté d'un organe d'appel permanent.

Toutes ces pistes ont des mérites qui sont soulevés dans la littérature spécialisée, mais elles procèdent toutes de l'idée de la perfectibilité du RDIE par la construction d'un « ordre public international » dont la finalité ultime est inséparable de la construction du marché mondial unique. Un bon exemple de cette mouvance TINA (*There is no alternative*) nous est donné au travers de la note de Sabrina Robert-Cuendet, « Accords d'investissement et développement durable¹⁴ », dans laquelle l'auteure commence par expliquer que le couple droit des investissements internationaux / développement durable se décline sous l'angle de la contradiction, c'est-à-dire que les objectifs de développement durable seraient déconnectés des instruments mis en place pour les promouvoir. Selon elle, le problème de souveraineté soulevé par les critiques des accords d'investissement et du RDIE serait un faux problème. Elle reconnaît

14. S. Robert-Cuendet, « Accords d'investissement et développement durable », art. cit.

que la conclusion des accords de promotion et de protection des investissements « est extrêmement tributaire du rapport de force économique et politique qui existe entre les États partenaires » et note que la dynamique de libéralisation est entretenue par des instruments et des institutions destinés à promouvoir le développement durable. Mais elle souligne également que les États restent libres de s'engager ou non dans des « instruments susceptibles d'entraîner l'exercice de leur liberté normative ». Plus loin, répondant aux critiques adressées à l'arbitrage d'investissement, elle estime que « l'expérience montre que ces critiques sont très largement injustes et infondées puisque la jurisprudence arbitrale est relativement équilibrée et les investisseurs étrangers sont très loin d'obtenir toujours satisfaction auprès des arbitres ». Selon elle, il s'agit davantage d'un problème d'inconstance de la jurisprudence qui procéderait d'un problème d'imprécision des accords sur l'investissement, donc du droit matériel des traités et non du système procédural. Et Robert-Cuendet de conclure que ce sont donc les États qui seraient à l'origine de cette imprécision. Si cette analyse peut être techniquement fondée, elle passe commodément sous silence des considérations plus politiques comme les nombreux lobbies qui agissent dans l'ombre de la conclusion de ces accords et dont l'intérêt dans l'imprécision des traités est patent.

Le couplage développement/investissement est lui-même clairement exprimé dans l'introduction du projet d'accord multilatéral de l'IIDD qui contient la profession de foi suivante : « L'investissement, tant national qu'international, dans diverses combinaisons d'États différents, est le pivot de toute tentative de promotion du développement durable. Cependant, les modèles actuels sont dissociés de cette réalité et sont de piètres outils de promotion de tels investissements. Nous pensons que la nouvelle approche que nous proposons fixera un ordre du jour pour l'amélioration du climat de l'investissement international, pour le placement du développement au cœur même du processus et pour l'avancement du développement durable. »

Ces recommandations s'inscrivent dans ce qui a été nommé la « stratégie de découplage », poursuivie par des institutions comme l'OCDE qui vise à « découpler » le développement économique et la dégradation de l'environnement en promouvant des instruments financiers et des politiques publiques intégrant les préoccupations de

la responsabilité sociale et environnementale des entreprises, de l'investissement socialement et écologiquement responsable, de la lutte contre la corruption, du blanchiment d'argent et de l'évasion fiscale. Certes, faire évoluer le RDIE pour l'aligner sur les objectifs du développement durable serait un progrès, pour autant que cela puisse se réaliser de façon réelle et non pas seulement formelle, mais est-ce suffisant? Est-ce que la bissociation du RDIE et du développement durable constitue une possibilité pour amorcer un changement de paradigme du modèle de développement actuel vers des possibilités d'organisation sociale qui ne dépendraient pas de la subordination de tous les objectifs à celui de la croissance? En d'autres termes, est-ce que l'alignement du droit international des investissements sur les objectifs du développement durable permettrait à la société de se mettre elle-même en question fondamentalement? Une collectivité pourrait-elle, par exemple, se lancer dans une politique de décroissance sans avoir à payer des rançons à des investisseurs étrangers s'estimant expropriés? Ces approches graduelles n'équivalent-elles pas, en fin de compte, à vouloir monter un escalator qui descend?

On se doit donc, suivant l'exemple de Simone Weil, de tout soumettre à la critique radicale, à commencer, nous le verrons, par l'idéal développementaliste.

Cette question en amène une autre. Toutes les pistes de réformes envisagées sur le fondement du développement durable épousent l'idée kantienne selon laquelle le droit doit devenir le seul régulateur de la vie sociale. Ces amendements projetés des textes dans le sens d'une insertion d'objectifs de développement durable dans les traités, ce projet de créer une sorte de cour permanente d'arbitrage tranchant les différends d'investissement entre États et multinationales et les garanties procédurales allant vers plus de transparence et de participation publique ne s'inscrivent pas dans un changement de paradigme vis-à-vis de l'idée d'une constitutionnalisation d'un droit commercial global. Ils se limitent à entretenir l'espoir que, par des aménagements juridiques, les flux de capitaux pourront être maîtrisés dans l'optique d'un développement durable. C'est ce panjurisme que nous tenterons d'interroger et de conjurer en prônant la possibilité de se dégager de la marche vers un marché mondial unique et une bureaucratie mondiale unifiée par la constitution d'espaces préfiguratifs de démocratie.

VIII. UN DROIT DE L'INVESTISSEMENT DÉTACHÉ DE L'HORIZON DU DÉVELOPPEMENT

En introduction de son ouvrage *Le Développement. Histoire d'une croyance occidentale*, Gilbert Rist écrit :

« Pourquoi a-t-on pu estimer qu'il était nécessaire et urgent de tout mettre en œuvre pour hâter le processus de "développement" – censé favoriser la prospérité des pays du Nord comme du Sud – alors que, pendant des siècles, personne ou presque ne s'était avisé de soulager, par des mesures structurelles, la misère des autres, surtout lorsque ceux-ci habitaient d'autres continents? Quelle est l'origine de cette tâche collective, sans cesse critiquée pour ses insuccès, mais dont le bien-fondé ne peut apparemment pas être remis en question? Comment s'y retrouver dans les multiples débats qui, depuis bientôt six décennies, tentent d'apporter une solution aux problèmes que pose le dénuement de la majorité face à l'opulence de la minorité? Comment expliquer ce phénomène qui mobilise non seulement les espoirs de millions de personnes mais aussi des ressources financières considérables et qui pourtant semble s'éloigner, tel l'horizon, à mesure qu'on croit s'en approcher¹? »

Adoptant une définition, pour le moins iconoclaste du développement, comme « un ensemble de pratiques parfois contradictoires en apparence qui, pour rassurer la reproduction sociale, obligent à transformer et à détruire, de façon généralisée, le milieu naturel et les rapports sociaux en vue d'une production croissante de marchandises (biens et services) destinées, à travers l'échange, à la demande

1. Rist, *Le Développement*, *op. cit.*, p. 17.

solvable», Rist estime que le développement, dans la période contemporaine marquée par l'idée de construction d'une société civile mondiale consubstantielle au siècle américain, est la clé de voûte d'une véritable religion du salut. S'appuyant sur les termes mêmes du point 4 du discours d'Harry Truman, dans lequel le président américain indiquait que, « pour la première fois de l'histoire », le bonheur universel était à portée de main, Rist souligne que ce discours inaugurant l'âge du développement coulait les relations internationales dans un « moule discursif » affirmant « la nécessité du “développement” comme unique solution aux problèmes de l'humanité² ».

Comme le relève Rist, ce discours ne se limitait pas à énoncer la finalité du développement, il en précisait les moyens. Le salut par le développement serait conditionné par la mobilisation des énergies, une augmentation de la capacité de production, un accroissement des investissements et l'intensification des échanges. S'agissant de l'investissement, le texte du discours précisait d'ailleurs les termes du débat sur le RDIE : « Ces développements économiques nouveaux devront être conçus et contrôlés de façon à profiter aux populations des régions dans lesquelles ils seront mis en œuvre. Les garanties accordées à l'investisseur devront être équilibrées par des garanties protégeant les intérêts de ceux dont les ressources et le travail se trouveront engagés dans ces développements. »

Mais sans doute le point le plus important souligné par Rist est que ce discours inaugurerait l'impossibilité même de l'interrogation sur le développement. Certes, écrit Rist, « il sera loisible de débattre de ses modalités, des moyens d'“accélérer la croissance” ou d'en répartir les effets de manière plus équitable, mais le caractère transitoire du “développement”, c'est-à-dire l'intervention qu'il représente dans les affaires internes d'une nation, ne sera pas mis en cause : on ne s'attaque pas à une croyance qui détermine un programme visant au bonheur universel, on ne parle pas de ce qui va de soi, tout au plus peut-on chercher à l'améliorer³ ».

Et Rist de décocher des flèches particulièrement acérées à l'encontre de la notion même de développement durable, dont il fait

2. *Ibid.*, p. 17.

3. *Ibid.*, p. 141.

remonter l'origine au rapport *Notre avenir à tous*, dit « rapport Brundtland », publié en 1988⁴. Rist relève la contradiction que recèle le rapport lorsqu'il dénonce d'un côté le fait que « l'économie et l'écologie peuvent interagir de façon destructrice et nous plonger dans le désastre », tout en affirmant que nous avons besoin d'une « nouvelle ère de croissance économique » et en s'en tenant à l'incantation que croissance économique, respect de l'environnement et pratiques sociales respectueuses de l'être humain puissent aller de concert. En fait, nous dit Rist, la notion de développement durable ne signifie pas du tout – le rapport Brundtland l'atteste – un système de production qui peut être toléré par l'écosystème, mais une « invitation à poursuivre le développement, c'est-à-dire la croissance économique ». En d'autres termes, pour paraphraser Rist, ce n'est pas la survie de l'écosystème qui pose les limites du développement, c'est le développement qui détermine la survie des sociétés.

C'est cette impossibilité de questionner le développement qui est totalement escamotée dans les aménagements au droit international de l'investissement envisagés plus haut. Il ne peut en être autrement puisque le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises (RSE) sont pour l'essentiel des idées destinées à jeter un voile pudique sur les enjeux structurels auxquels nous faisons face. Que peuvent ces concepts secrétés au cœur même du néolibéralisme face à la prise de conscience que nos modes de production et de consommation sont partie prenante de l'anthropocène ou face à la montée des inégalités réelles ? Le développement durable et la RSE sont-ils de vraies réponses à la sanctuarisation des droits des investisseurs – c'est-à-dire une inégalité en droit – inscrite dans des instruments imposés aux États par des institutions non politiquement responsables devant les populations qui la subissent ? Envisagent-ils même des questions comme la bureaucratisation de toutes les dimensions de la vie humaine et, de façon générale, la neutralisation de la capacité humaine à réfléchir à la

4. Rapport Brundtland, *Notre avenir à tous*, disponible en français sur le site du ministère des Affaires étrangères : www.diplomatie.gouv.fr/fr/sites/odysee-developpement-durable/files/5/rapport_brundtland.pdf

possibilité d'une vie bonne qui ne correspondrait pas à un idéal de consommation universelle ?

S'agissant de la question de l'investissement international et du RDIE en particulier, il faut donc que l'action militante l'envisage aussi hors du moule discursif du développement, ce qui nous conduit à un complet renouvellement de l'approche. Comme nous y encourage Alain Deneault à propos de la gouvernance, il faut « inverser le mouvement : non plus sonner l'heure de l'engagement politique, mais celle du dégagement. Mentalement, sortir des matrices insensées » qui interdisent de penser l'économie autrement que par la croissance. « S'en dégager et dégager du sens aux abords d'un monde en faillite », nous dit encore Deneault⁵.

Castoriadis ne disait pas autre chose lorsqu'il écrivait que « ce qui est requis est une nouvelle création imaginaire d'une importance sans pareille dans le passé, une création qui mettrait au centre de la vie humaine d'autres significations que l'expansion de la production et de la consommation, qui poserait des objectifs de vie différents pouvant être reconnus par les êtres humains comme valant la peine ». Cela exigeait, selon lui, « une réorganisation des institutions sociales, des rapports de travail, des rapports économiques, politiques, culturels [...] d'autres systèmes politiques, une véritable démocratie comportant la participation de tous à la prise de décisions ; une autre organisation de la *paideia* pour former des citoyens capables de gouverner et d'être gouvernés, comme disait Aristote – et ainsi de suite⁶ ».

UNE DÉCONSTRUCTION D'INSTITUTIONS JURIDIQUES AU SERVICE DE L'IDÉAL DÉVELOPPEMENTALISTE

Sortir de l'idéal développementaliste nécessite d'abandonner le *storytelling* du développement pour envisager une autre politique fondée sur un grand récit. Ce peut être, par exemple, celui de la politique du commun esquissée par Dardot et Laval dans leur livre

5. Deneault, *Gouvernance*, op. cit., p. 192.

6. Castoriadis, *La Montée de l'insignifiance*, op. cit., 1996, p. 113.

éponyme⁷. S'agissant de l'investissement international, ce dégagement commence par un examen critique d'institutions juridiques indissociables d'une conduite des affaires du monde centrée sur la question du développement.

Par exemple, le blocage mental dans lequel se retrouvent la plupart des acteurs du système, peut être illustré par les propos de Jorge E. Viñuales qui, tout en reconnaissant que nous sommes arrivés à un point de déséquilibre trop favorable à l'entreprise et admettant la nécessité d'un rééquilibrage déclare : « Pour quelqu'un qui [...] a commencé sa carrière en tant qu'avocat spécialisé en matière de droits de l'homme, il est étrange de se retrouver à défendre l'État contre l'individu, qu'il s'agisse d'une personne physique ou, plus fréquemment, d'une personne morale⁸. » Cette citation est intéressante à maints égards. D'une part, elle reconnaît, comme le dit plus loin Viñuales, que la protection internationale de l'investisseur international est devenue trop généreuse. Mais d'autre part, elle contient aussi une indication de l'impossibilité de procéder à un mouvement de balancier en sens inverse du fait de l'identification de l'entreprise transnationale à un individu et de la référence aux droits de l'homme. Reposant sur la double fiction que les entreprises transnationales sont 1) des personnes juridiques, 2) des personnes juridiques dotées des mêmes attributs que les personnes physiques, cet anthropomorphisme empêche le dépassement de la situation d'inégalité fondamentale entre un capital mobile qui s'est émancipé de tout cadre étatique pour s'affirmer, selon l'idée de Supiot, en une multiplicité d'ordres juridiques indépendants, régis par leurs propres « Constitutions », et tous les individus de la terre qui demeurent enserrés dans les contingences matérielles, culturelles, linguistiques et juridiques de l'ordre westphalien.

En d'autres termes, pour paraphraser le professeur José Alvarez à propos du chapitre 11 de l'Aléna, le droit international de l'investissement peut être caractérisé comme un « traité de droits de

7. Dardot et Laval, *Commun*, *op. cit.*

8. J. E. Viñuales, « L'État face à la protection internationale de l'entreprise. Regards sur le droit international des investissements contemporains », in A. Supiot (dir.), *L'Entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Paris, Dalloz, 2015.

l'homme pour des intérêts particuliers – les investisseurs étrangers », conférant des droits exclusifs au petit nombre et ignorant les droits du plus grand nombre solennellement proclamés par des instruments comme la Déclaration universelle des droits de l'homme⁹. Si l'on devait définir un bloc de constitutionnalité de l'ordre global, le point 4 du discours de Truman figurerait à son sommet, tandis que des instruments comme la Déclaration universelle des droits de l'homme lui seraient subordonnés¹⁰. Et Alain Pellet de faire justement remarquer qu'« on peut admettre en principe que les droits de propriété, de non-discrimination ou à un procès équitable sont effectivement des droits de l'homme. Mais il faut convenir que lorsqu'ils sont reconnus aux personnes morales, ils restent certainement des “droits” mais seulement marginalement des “droits humains”¹¹ ». On ne saurait mieux dire !

Un autre concept juridique sacré à déconstruire est celui des *property rights* qui est au cœur de l'agenda de la gouvernance et de la partialité systémique du RDIE. Inspirée par la *Law and Economics*, la théorie des *property rights*, nous dit Alain Supiot, considère que le marché ne se limite pas aux biens et services qui s'y échangent, mais qu'il s'étend aux droits relatifs à leur usage. Décomposant le droit de propriété sur des objets de plus en plus intangibles (titres de propriété des entreprises, obligations, secrets de fabrique, marques, données personnelles, etc.) en un « paquet de droits » exclusifs et

9. J. Alvarez, "Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven", *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 28, n° 2, 1997, p. 308.

10. Voir sur ce point les propos de Muriel Fabre-Magnan sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Proclamant solennellement des droits comme le droit à l'information des travailleurs, les droits de négociation et d'action collective, le droit à des conditions de travail justes et équitables, ou encore le droit à la protection de l'environnement ou des consommateurs, les institutions européennes n'ont eu de cesse d'en minimiser la portée. Par exemple, en 2014, la CJUE a jugé, à propos des contrats initiative-emploi, que l'article 27 de la Charte établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs ne pouvait pas être invoqué dans un litige entre particuliers pour écarter une disposition nationale qui transposait pourtant une directive européenne. Fabre Magnan, *Introduction au droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je », 3^e éd., 2016, p. 41-42.

11. Voir A. Pellet, « Notes sur la "fragmentation" du droit international : droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville et J. Viñuales (dir.), *Unité et diversité du droit international, Écrits en l'honneur du Pr Pierre-Marie Dupuy*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

transférables, la théorie des *property rights*, pour reprendre Dardot et Laval, « déplace l'accent du "dominion" exclusif exercé par le propriétaire sur une chose vers la diversité des détenteurs de titres et la pluralité des droits sur la même chose et, par là, met l'accent sur les règles et les restrictions qui s'imposent au propriétaire "à titre principal"¹² ». En insistant sur ces restrictions, nous disent-ils, le but de la théorie est de « ranger des droits très différents – en particulier des droits d'usage, de contrôle – sous la même catégorie de "droits de propriété" ». Cette décomposition, et en même temps cette démultiplication de la propriété, conduit à faire de la valeur de marché le critère déterminant de l'identification d'un droit de propriété : tout ce qui est évaluable sur le marché (droit d'usage sur la chose, droit sur le revenu que l'on peut tirer de la chose, droit d'échange de différents droits, etc.) devient propriété et, partant, soumis au risque d'expropriation.

C'est la jurisprudence américaine qui a la première intégré cette théorie des *property rights* et la décomposition du droit de propriété en un paquet de droits lorsqu'elle a façonné la notion d'expropriation indirecte. Cette dernière a fait son chemin sur la scène internationale *via* la jurisprudence du tribunal irano-américain de réclamations qui employait le terme de « mesures affectant les droits de propriété », lequel implique une protection quasi absolue des investissements étrangers¹³. En effet, une fois qu'il est admis que la propriété implique un paquet de droits intangibles sur le bien concerné, alors non seulement la confiscation du bien, mais toute limitation de l'usage du bien constitue une expropriation. On le voit donc, il s'agit d'une conception très abstraite de la propriété qui conduit à donner lieu à compensation pour toute interférence avec un droit, même nécessaire, sur le principe du *strict scrutiny* du droit américain, qui interdit au gouvernement de restreindre l'exercice d'un droit à moins qu'il ne puisse démontrer que la restriction est indispensable pour promouvoir un intérêt impérieux. Cette fondamentalisation des droits des investisseurs revient à généraliser une présomption irréfragable d'expropriation de toute loi ou

12. Dardot et Laval, *Commun, op. cit.*, p. 273-274.

13. Lowenfeld, *International Economic Law, op. cit.*, p. 461 sqq.

réglementation d'un État qui produit des effets sur un investissement, même lorsque celle-ci n'a aucun effet discriminant vis-à-vis de l'investisseur étranger.

Il convient cependant de préciser que la jurisprudence interne américaine comporte des limites prudentielles en opérant une pesée des intérêts entre l'intérêt public et l'intérêt individuel s'appuyant sur une présomption de légalité posant les questions suivantes : (1) quel intérêt la mesure souhaite-t-elle protéger ou promouvoir ? S'agit-il d'un intérêt important ? Dans quelle mesure est-il légitime ? (2) Quel est le lien rationnel entre la mesure et l'objectif poursuivi ? (3) Existe-t-il des moyens moins restrictifs d'atteindre cet objectif ? Les facteurs pris en compte sont l'impact économique de la réglementation, son interférence avec les attentes raisonnables du public et la nature de l'action du gouvernement. Aucune de ces limites prudentielles n'existe dans le RDIE puisque la structure du mécanisme de règlement des différends est fondée sur la résolution des différends commerciaux, laquelle est avant tout concernée par les objectifs d'exécution des obligations contractuelles et la protection des droits de propriété. Comme le dit Kate Miles, ce n'est pas un système conçu pour accorder de la considération aux questions sociales, environnementales, éthiques et de droits de l'homme qui se posent à l'occasion des différends entre États et investisseurs¹⁴.

Avec le paquet de droits, d'un refuge, d'un socle permettant la construction d'un espace public commun, la propriété est devenue une arme de domination dans un environnement de guerre de tous contre tous. Tout ramener aux droits de propriété rend la propriété à la fois omniprésente et paradoxalement introuvable, ainsi que l'exprime admirablement John Kay dans sa déconstruction du dogme absurde que les actionnaires d'une société de capitaux sont les propriétaires de l'entreprise : « Qui est le propriétaire d'une société ? La réponse est que personne ne l'est, pas plus que quiconque n'est propriétaire de la Tamise, de la National Gallery, des rues de Londres, ou de l'air que nous respirons. Il y a de nombreux types différents de rapports d'obligations, de contrats et de droits dans les économies

14. Voir Miles, *The Origins of International Investment Law*, op. cit., p. 376.

modernes, et ce n'est qu'occasionnellement qu'ils peuvent être décrits par le terme de propriété¹⁵.»

C'est ce que Jean Carbonnier exprimait lorsqu'il disait que, « sociologiquement, la propriété n'existe pas » et qu'à « traiter la propriété comme un bloc – celle des fabriques de souliers et celle de mes souliers – on rend toute conclusion législative impossible. Les uns savent tendre le piège ; les autres ne savent point s'en garder ¹⁶ ».

LE DÉGAGEMENT PAR LA CONSTRUCTION D'ESPACES PRÉFIGURATIFS DE DÉMOCRATIE

Ne pas se contenter, pour reprendre François Furet, d'« être condamnés à vivre dans le monde où nous vivons » implique de déconstruire le cadre institutionnel existant pour lui en substituer un autre, qui procède d'une nouvelle raison politique. Vis-à-vis du droit formel existant, cela implique donc de sortir du tropisme panjuriste dans lequel nous confinent l'idéal développementaliste et la gouvernance. Jean Carbonnier écrivait que « c'est devenu une habitude mentale que d'identifier les progrès de la société au progrès du droit » et il invitait à penser que « si ennuyeux qu'il soit d'avoir l'air d'un enfant de Malthus, nous ne pouvons nous empêcher de penser que l'aspiration à un droit indéfiniment extensible fait bon marché de ce que le droit a d'artificiel, de pathologique, voire de pathogène¹⁷ ».

Penser effectivement une activité militante sur le thème du RDIE réclame donc de le penser dans la perspective d'une « auto-institution » de la société, pour paraphraser Castoriadis, ou de la construction d'« espaces préfiguratifs de démocratie » prônés par David Graeber. À la question de savoir « comment combattre un adversaire antidémocratique se tenant en dehors de tout ordre national ou politique », ce dernier appelait, dans un article publié

15. J. Kay, "Shareholders think they own the company—they are wrong", *Financial Times*, 10 novembre 2015.

16. J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 8^e éd., 1995, p. 290.

17. *Ibid.*, p. 7.

dans *Le Monde*, à « ouvrir des espaces démocratiques eux aussi extérieurs à l'ordre juridique et politique: des espaces préfiguratifs [...] un territoire totalement extérieur au système, en dehors de l'ordre légal de l'État: un espace préfiguratif dans lequel peuvent s'inventer de nouvelles formes de démocratie directe¹⁸ ».

Plus loin, Graeber ajoutait que « le refus de s'insérer dans l'ordre politique existant ne signifie pas que ces mouvements ne visent pas à avoir des prolongements législatifs. Mais ils ne cherchent pas à y parvenir en courtisant, ni même, d'ailleurs, en dénonçant les politiciens, mais en les menaçant de la perspective d'une totale délégitimisation¹⁹ ».

Re-politiser l'investissement international passe donc par le repenser non pas pour l'espace global occupé par les instances de la gouvernance mondiale, mais dans la perspective de nouveaux espaces extraterritoriaux. Une des voies les plus intéressantes à cet égard est celle de la fédération des communs esquissée par Dardot et Laval qui envisagent une double fédération: d'un côté, une fédération sociale-économique des communs constituée indépendamment de toute logique de territorialité, et de l'autre une fédération politique des communs établie sur une base purement territoriale, entre lesquelles s'établirait une relation horizontale croisée. Dans ce type de double fédéralisme, les communs politiques constitueraient des « instances d'appel pour les individus qui, à l'intérieur d'un commun social donné, verraient leurs "droits subjectifs" menacés ou remis en cause²⁰ ». Une sorte de responsabilité locale des entreprises vis-à-vis de citoyens de corps politiques re-territorialisés. Ce projet, nous disent Dardot et Laval, aurait le mérite d'œuvrer à la construction d'une « citoyenneté politique transnationale en l'absence de toute appartenance à une communauté mondiale », c'est-à-dire une citoyenneté plurielle, décentrée à l'image d'un espace public reconfiguré radicalement et non « pensée par projection à

18. D. Graeber, « La Nuit debout contre le Panama partout », *Le Monde*, 12 avril 2016.

19. *Ibid.*

20. Dardot et Laval, *Commun, op. cit.*, p. 564 sqq.

l'échelle du monde de la citoyenneté étatique-nationale²¹», comme le voudrait le projet d'un État mondial.

Une piste, qui soulignerait en parallèle le caractère central du RDIE dans l'économie-monde néolibérale, pourrait être d'introduire un réseau de jurys citoyens d'arbitrage démocratique dans les communautés touchées par des investissements dommageables. Dans le cas d'une menace connue de procédure d'arbitrage investisseur-État, d'engagement d'une action arbitrale devant un centre comme le Cirdi ou de sentence rendue condamnant l'État, les jurys auraient pour objectif d'instruire, en équité, les méfaits de l'investisseur à la fois dans la communauté dans laquelle siège le jury, mais aussi partout dans le monde. L'investisseur serait bien entendu convoqué pour faire entendre sa défense, mais prévenu que le jury statue en équité, c'est-à-dire en termes de pratiques plutôt qu'en termes de droits formels, sur le fondement du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et non de celui des marchands. Et l'État, ainsi que toute personne ou tout groupement intéressé, pourrait y déposer des mémoires d'*amicus curiae* et participer aux débats, lesquels seraient essentiellement oraux. À l'issue des débats répondant à une procédure organisée dans le respect des principes du procès équitable de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le jury rendrait une sentence recommandant la mise en œuvre des techniques d'invalidation de la menace connue, de la procédure et/ou de la sentence de RDIE et/ou proposant des sanctions à l'encontre de l'investisseur s'appliquant partout où il opère. Ces sanctions pourraient intégrer tous les moyens juridiques à leur portée (organisation de mesures de boycott de l'investisseur, élaboration de stratégies juridiques agressives ciblant ledit investisseur sur toutes questions où il peut être pris en défaut de conformité avec des réglementations nationales) et tous les moyens de déstabilisation de l'action de l'investisseur par une action militante, dans le respect de la légalité et, le cas échéant, dans des postures de désobéissance civile (activisme, agit-prop, occupation, action directe). Ces sanctions seraient organisées à l'échelle du monde dans le maillage du réseau de jurys

21. *Ibid.*, p. 566.

citoyens. Les sentences rendues par un jury citoyen feraient l'objet d'une reconnaissance et d'une exécution par les autres jurys citoyens membres du réseau, qui pourraient adapter les mesures de rétorsion à l'encontre de l'investisseur en fonction des circonstances locales.

Cette technique emprunterait ainsi au RDIE ce qui en fait la force : un réseau de reconnaissance et d'exécution inspiré de celui de l'arbitrage commercial international, mais en en renversant l'ordre de valeur. Les instruments de droits de l'homme et les considérations d'équité sur le choix d'une communauté humaine à pouvoir décider souverainement ce qu'est une vie bonne primeraient sur les traités de commerce et d'investissement. Puisque les investisseurs ont corrompu un droit international coutumier – dont l'objet était de faire prévaloir la paix entre les peuples en protégeant les marchands étrangers contre des abus des souverains – en généralisant, par un maillage de traités, la guerre économique à outrance et en enrôlant les États dans cette fuite en avant, refondons un autre droit international coutumier véritablement cosmopolite, mais ancré territorialement, contre les investisseurs et sans les États.

Le chantier peut donc commencer.

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

DEUXIÈME PARTIE - LE DROIT DES INVESTISSEMENTS, PIERRE ANGULAIRE
DE LA CONSTITUTIONNALISATION DE L'ÉTAT MONDIAL 105

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

