



HAL
open science

HARO SUR L'ARBITRE: LA FIGURE DE L'ADJUDICATEUR D'INVESTISSEMENT REDESSINEE PAR L'UE

Franck Latty

► **To cite this version:**

Franck Latty. HARO SUR L'ARBITRE: LA FIGURE DE L'ADJUDICATEUR D'INVESTISSEMENT REDESSINEE PAR L'UE. CREDIMI. Raphaël Maurel (dir.), Nouveaux regards sur le droit européen des investissements, Travaux du CREDIMI, vol. 59, LexisNexis, pp. 229-242, 2023, 978-2-7110-3912-8. halshs-04158145

HAL Id: halshs-04158145

<https://shs.hal.science/halshs-04158145>

Submitted on 10 Jul 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

HARO SUR L'ARBITRE : LA FIGURE DE L'ADJUDICATEUR D'INVESTISSEMENT REDESSINEE PAR L'UE

Franck LATTY

Professeur de droit public à l'Université Paris Nanterre (CEDIN)

Président de la Branche française de l'Association de droit international (ADI/ILA)

C'est un truisme que de dire que l'arbitrage d'investissement connaît une crise de légitimité¹. L'un des facteurs de cette situation concerne les « ressources humaines » principales de cette forme de justice, à savoir les arbitres eux-mêmes. Le tableau brossé à grands traits (noirs) serait le suivant : le « corps » des arbitres d'investissement constituerait un petit milieu consanguin et peu porté sur l'éthique, doté d'un pouvoir prétorien considérable, à l'origine d'une jurisprudence par trop favorable aux investisseurs, au détriment des Etats souverains et de l'intérêt général.

Cette présentation est évidemment caricaturale, mais comme dans toute bonne caricature, la déformation ou l'exagération des traits part d'un modèle reconnaissable. En l'occurrence, les traités d'investissement ne confèrent d'obligations qu'aux Etats et des droits correspondants aux investisseurs. Ces obligations reposent en partie sur de simples standards (traitement juste et équitable, ou protection et sécurité pleine et entière, par exemple) qui laissent aux arbitres une marge d'interprétation et d'appréciation considérable. La structure décentralisée de l'arbitrage d'investissement autorise des approches divergentes et la formation de courants jurisprudentiels contraires sur des questions d'importance (par exemple, le contenu du traitement juste et équitable ou les effets de la clause de la nation la plus favorisée), dont l'issue est, dans bien ces cas, fonction des arbitres désignés. Il est aussi notoire que les arbitres d'investissements forment un groupe social peu ouvert et qui se renouvelle peu (le terme « entre-soi » n'est pas abusif *****230*****les concernant) : les mêmes noms reviennent dans la plupart des affaires. Ce groupe ne se caractérise pas non plus par sa diversité : le mâle blanc occidental y est largement dominant, même si la suractivité d'un très petit nombre d'arbitres femmes permet d'infléchir les statistiques².

¹ V. par ex. S. Besson, « La légitimité de l'arbitrage international d'investissement », *Jusletter*, 2005 (hal-02543220) ; G. Kaufmann-Kohler, « Indépendance et impartialité du juge et de l'arbitre dans le règlement des différends entre investisseurs et Etats. Leçon inaugurale », *RCADI*, 2022, t. 427, p. 20 ; S. Franck, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration : Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, 2004, vol. 73, pp. 1521 et s. ; A. Mourre, « La légitimité de l'arbitrage », *RCADI*, 2022, t. 427, p. 226, p. 240 ; A. Pellet, « Les sept péchés capitaux du contentieux de l'investissement », *Mélanges en hommage à Emmanuel Gaillard*, à paraître.

² V. les statistiques sur la période 1966-2022, in CIRDI, *Affaires du CIRDI – Statistiques*, n° 2023-1, pp. 17 et s. 66 % des arbitres, conciliateurs et membres de comités *ad hoc* nommés dans les affaires CIRDI proviennent d'Europe occidentale et d'Amérique du Nord. Les pays les plus pourvoyeurs sont les Etats-Unis d'Amérique (313 nominations), la France (306) et le Royaume-Uni (272). Les femmes représentent seulement 14 % des nominations

Non seulement les arbitres cumulent les affaires, mais certains d'entre eux ont plusieurs casquettes : ils peuvent agir dans d'autres affaires en tant qu'expert ou en tant que conseil³, ce qui soulève occasionnellement des questions de conflits d'intérêts. Une forme de polarisation⁴ est par ailleurs observable : une partie des arbitres apparaissent comme étant « pro-investisseurs » quand d'autres seraient « pro-Etats » (les connaisseurs du milieu peuvent aisément citer des noms ressortissant à l'une ou l'autre catégorie...), tant est si bien que leur impartialité peut être légitimement discutée. L'arbitrage d'investissement formant un marché très lucratif, il est vrai que les arbitres ont intérêt à susciter leur désignation ; afficher leurs positions, y compris par voie d'opinions jointes aux sentences, s'apparente parfois à un appel du pied en vue de futures nominations...

Le fait que de nombreux arbitres se recrutent parmi les « commercialistes » (notamment ceux qui apparaissent comme étant pro-investisseur, tandis que les arbitres pro-Etat ont davantage un profil d'internationaliste de droit public) doit être mis en regard avec les origines de l'arbitrage d'investissement. Si, en effet, ce mode de règlement des différends repose sur un modèle hérité de l'arbitrage commercial international⁵, les réclamations (dans le contentieux fondé sur des traités, du moins) portées devant les tribunaux arbitraux relèvent fondamentalement du droit international public : il est question de déterminer si l'Etat a manqué à ses obligations internationales et d'en tirer les conséquences, ce qui constitue l'alpha et l'oméga du droit de la responsabilité internationale⁶. Cette matrice semble souvent échapper à des arbitres concentrés sur l'indemnisation des dommages de l'investisseur. D'ailleurs, les considérations externes telles que la protection de l'environnement ou le respect des droits humains n'ont qu'un poids limité dans ce contentieux foncièrement économique. *****231*****

Ces dysfonctionnements du système, auxquels s'ajoutent des préoccupations liées au coût et à la durée des procédures arbitrales, ont été identifiés. Beaucoup découlent des traités d'investissement en vigueur (textes rédigés de manière trop imprécise ; arbitrage « unilatéral »⁷ contribuant au déséquilibre intrinsèque du système). Un mouvement est décelable, qui s'efforce de corriger les tares de l'arbitrage d'investissement : certains Etats conviennent désormais de clauses plus détaillées, qui limitent d'autant la marge d'interprétation des arbitres⁸ ; ils incluent dans leurs traités des mesures de protection d'intérêts non économiques (santé, environnement etc.)⁹ ; ils s'emploient doucement à responsabiliser mollement les investisseurs¹⁰ ; ils négocient une réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats, dans le cadre du Groupe de travail III de la CNUDCI, etc.

L'Union européenne (UE) joue un rôle important en la matière, notamment en ce qui concerne le règlement des différends investisseur/Etat. Elle mène en ce domaine une authentique

(86 % d'hommes), sachant que seulement deux d'entre elles (G. Kaufmann-Kohler et B. Stern) comptabilisent la grande majorité des nominations.

³ G. Kaufmann-Kohler, *loc. cit.*, p. 39.

⁴ E. Gaillard, « Sociologie de l'arbitrage international », *JDI (Clunet)*, 2015/4, p. 1108 ; G. Kaufmann-Kohler, *loc. cit.*, pp. 38-39.

⁵ F. Latty, « Arbitrage transnational et droit international général », *AFDI*, 2008, pp. 472 et s.

⁶ *Id.*, p. 482.

⁷ W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral – Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris II, 2003, 728 p. ; A. Prujiner, « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Rev. arb.*, 2005, pp. 61 et s.

⁸ V. par exemple le traité bilatéral d'investissement du 28 août 2016 conclu entre le Japon et le Kenya.

⁹ V. par ex. l'art. 15 du traité bilatéral d'investissement du 8 septembre 2016 conclu entre le Canada et la Mongolie.

¹⁰ V. L. Dubin, « RSE et droit des investissements, les prémices d'une rencontre », *RGDIP*, 2018/4, pp. 867 et s.

Franck Latty, « Haro sur l'arbitre : la figure de l'adjudicateur d'investissement redessinée par l'UE », in Raphaël Maurel (dir.), *Nouveaux regards sur le droit européen des investissements*, Travaux du CREDIMI, vol. 59, Paris, LexisNexis, 2023, pp. 229-242.

« politique juridique extérieure »¹¹, au sens de politique extérieure qui a pour objet l'évolution du droit, dont la teneur se dégage d'une série d'instruments : directives de négociations¹², accords conclus¹³, actes des différentes institutions (résolutions du Parlement européen¹⁴, conclusions¹⁵, *****232*****communications¹⁶), jurisprudence de la Cour de Justice¹⁷, communications présentées par l'UE (et ses Etats membres) dans le cadre des discussions du Groupe III de la CNUDCI¹⁸, autres documents (documents de travail¹⁹, rapports²⁰, communiqués²¹ etc.), etc.

Alors que l'UE ne semble pas avoir de doctrine claire sur le contenu des règles relatives à la protection des investissements (traitement juste et équitable, traitement national, traitement de la nation la plus favorisée...)²², une position assez précise est identifiable concernant le règlement des différends investisseur/Etat, qui se caractérise par une franche hostilité à l'arbitrage d'investissement classique²³ et, de manière concomitante, par la promotion d'une forme renouvelée de justice internationale en matière d'investissement.

En effet, les institutions de l'UE convergent pour éliminer l'arbitrage d'investissement tel qu'il s'est développé à partir du début des années 1990. Cette « arbitrophobie », qui n'épargne

¹¹ G. de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, IFRI/Economica, Paris, 1983, 236 p. (réed. 2023 chez Bruylant). Sur la « politique juridique extérieure de l'Union européenne », v. M. Benlolo-Carabot, U. Candas, E. Cujo (dir.), *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 7 et s.

¹² Ex. : Conseil de l'UE, Directives de négociation relatives à une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements, 12981/17 ADD 1 DCL 1, 20 mars 2018.

¹³ V. *infra*.

¹⁴ Ex. : Résolution du Parlement européen du 8 juin 2011 sur les relations commerciales UE- Canada, P7_TA(2011) 0257 ; Résolution du Parlement européen du 8 juillet 2015 contenant les recommandations du Parlement européen à la Commission européenne concernant les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) (2014/2228(INI)), P8_TA(2015)0252 ; Résolution du Parlement européen du 23 juin 2022 sur l'avenir de la politique de l'Union en matière d'investissements internationaux (2021/2176(INI)). V. M.-C. Cadilhac, « Négociations du TTIP : le mécanisme de règlement des différends investisseurs-Etats soulève un 'vent de panique' au Parlement européen », *RTDE*, 2015, n° 3, p. 613.

¹⁵ Ex. : Conclusions du Conseil sur une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, 25 octobre 2010, § 18.

¹⁶ Ex. : Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux*, 7 juillet 2010, COM(2010)343 final, p. 11.

¹⁷ Ex. : CJUE, avis n° 1/17 du 30 avril 2019 sur l'AECG UE-Canada. V. aussi l'avis 2/15 sur l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour (CJUE, 16 mai 2017).

¹⁸ CNUDCI, « Communication présentée par l'Union européenne », A/CN.9/WG.III/WP.145, 12 décembre 2017 ; CNUDCI, « Eventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats. Communication présentée par l'Union européenne et ses Etats membres », A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24 janvier 2019, 14 p.

¹⁹ Ex. : Commission européenne, « Structural Reform of ISDS : The Establishment of a Multilateral Investment Court », janvier 2020.

²⁰ Ex. : Rapport de la Commission du 13 janvier 2015 sur la consultation publique en ligne relative à la protection des investissements et au règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE) dans le cadre du PTCI (TTIP) (SWD(2015)0003)

²¹ Conseil de l'UE, communiqué de presse, 20 mars 2018 : « Tribunal multilatéral des investissements : le Conseil donne mandat à la Commission pour ouvrir des négociations ».

²² Voir les contributions sur ces thèmes dans le présent ouvrage.

²³ V. Communication préc. à la CNUDCI du 12 décembre 2017, § 36, où une liste de critiques est dressée : « le manque de constance et de prévisibilité découlant de la nature *ad hoc* du système ; les fortes inquiétudes dues à la perception produite par le système ; des vérifications systémiques limitées en matière de régularité et de constance en l'absence d'un mécanisme d'appel efficace ; la nature du processus de nomination qui a une incidence sur les résultats du processus juridictionnel ; des coûts importants ; et un manque de transparence ».

d'ailleurs pas l'arbitrage commercial²⁴, s'exprime au niveau interne, où la Commission et la Cour de Justice ont métho-***233***diquement sapé l'arbitrage d'investissement intra-européen²⁵, ralliées par les Etats membres (résiliation des traités bilatéraux intra-UE²⁶ ; retrait du Traité de la Charte de l'énergie). Loin de modifier la physionomie de l'arbitre d'investissement dans le cadre européen, l'UE s'emploie à la gommer complètement : apparaît seul sur la toile le juge national, composante de l'ordre juridique de l'UE.

Au plan externe, la position européenne (et celle de ses Etats membres)²⁷ est sensiblement différente : il ne s'agit pas de faire disparaître le règlement international des différends investisseur-Etat au bénéfice des juridictions nationales, mais de défendre une réforme systémique²⁸, à travers un modèle alternatif judiciarisé. Cette position est le fruit d'une évolution progressive. Si la Commission a semblé initialement favorable à l'arbitrage d'investissement (la première version de l'AECG prévoyait ce mode de résolution des litiges), le résultat sans appel de la consultation publique qu'elle avait lancée dans le cadre du projet de partenariat transatlantique avec les Etats-Unis d'Amérique²⁹ l'a manifestement conduite à revoir ses esquisses : il en allait des chances de succès des accords de libre-échange qu'elle voulait conclure³⁰. Cette position, qui semble faire consensus parmi les institutions de l'UE (y compris la Cour de Justice qui se montre, une fois n'est pas coutume, étonnamment « conciliante »)³¹, consiste à prévoir dans le chapitre « investissement » des accords conclus ou projetés un mécanisme bilatéral hybride arbitro-judiciaire, qualifié de « système juridictionnel des investissements »³², prélude à un tribunal multilatéral³³. L'Accord ***234*** économique et commercial global (AECG/CETA) avec le Canada institue ainsi un système juridictionnel de règlement des différends (incluant une voie d'appel)³⁴, accompagné d'une clause prospective en faveur d'un mécanisme multilatéral³⁵. Les accords postérieurs conclus avec Singapour³⁶, le

²⁴ Notant, au sujet de l'arrêt *London Steam-Ship* (CJUE 20 juin 2022, aff. C-700/20), l'« acrimonie [de la CJUE] à l'encontre de l'arbitrage », v. J. Jourdan-Marques, « Chronique d'arbitrage : CJUE versus CEDH, la bataille pour l'arbitrage a commencé », 13 juillet 2022, www.dalloz-actualite.fr, consulté le 1^{er} décembre 2022.

²⁵ Est-il encore utile de renvoyer aux fameux arrêts Achméa (CJUE, arrêt du 6 mars 2018, aff. C-284/16) et Kormstroy (CJUE, arrêt du 2 sept. 2021, aff. C-741/19) ?

²⁶ V. l'accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement intra-européens (*JOUE*, 29 mai 2020).

²⁷ F. Couveinhas Matsumoto, « Le lancement de la négociation d'une convention instituant une cour multilatérale d'investissements : l'avenir indéterminé d'un projet européen déterminant », *RGDIP*, 2018-4, pp. 900 et s.

²⁸ Communication préc. à la CNUDCI du 24 janvier 2019, § 10. Cf. A. Roberts, « Incremental, systemic and paradigmatic reform of investor-state arbitration », *AJIL*, vol. 113, n° 3, 2018, pp. 410-432.

²⁹ V. le Rapport préc. de la Commission sur la consultation publique en ligne. L'analyse des 150 000 réponses à la consultation montre une très forte défiance à l'égard de l'arbitrage d'investissement.

³⁰ F. Couveinhas Matsumoto, *loc. cit.*, p. 895.

³¹ B. Tranchant, « Avis 1/17 : une interprétation conciliante de l'autonomie du droit de l'UE au secours du mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements de l'AECG », *Cahier de droit européen*, 2019/2, pp. 356 et s. V. aussi E. Stoppioni, « L'avis 1/17, extrême-onction de l'arbitrage d'investissement et onction formaliste de sa judiciarisation », in D. Sarmiento, H. Ruiz Fabri et B. Hess (Ed.), *Yearbook on Procedural Law of the Court of Justice of the European Union – Second Edition 2020*, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series, n° 2021-2, pp. 119 et s.

³² Résolution préc. du Parlement européen du 23 juin 2022, M.

³³ V. C. Kessedjian, L. Vanhonnaeker, « Les différends entre investisseurs et Etats hôtes par un tribunal arbitral permanent. L'exemple du CETA », *Revue trimestrielle de droit européen*, vol. 53, 2017/4, pp. 633-656.

³⁴ V. la section F du chapitre 8 de l'AECG.

³⁵ Art. 8.29 (« Création d'un tribunal multilatéral des investissements et d'un mécanisme d'appel connexe »).

³⁶ V. le chapitre 3 de l'accord sur la protection de l'investissement conclu entre l'UE et Singapour du 19 octobre 2018.

Viêt-Nam³⁷ et les projets d'accord avec le Mexique³⁸ et le Chili³⁹ ou les propositions adressées à d'autres partenaires (accord en négociation avec la Tunisie, par exemple) comportent des clauses similaires. Aucun de ces mécanismes n'a cependant encore vu le jour, en l'absence d'entrée en vigueur des accords ou des clauses concernées. Cela n'empêche que, dans une projection du modèle conventionnel européen, les institutions de l'UE militent activement en faveur de la mise en place de la cour multilatérale⁴⁰ censée rendre plus vertueux le règlement des litiges relatifs à l'investissement.

L'UE n'hésite pas à s'appuyer sur la caricature de l'arbitre d'investissement pour mieux promouvoir l'image pieuse d'un « arbitrateur » vertueux⁴¹. A travers ses différentes actions de politique juridique extérieure visant à soutenir une justice d'investissement rénovée, dépouillée des oripeaux les plus controversés de l'arbitrage transnational, l'UE contribue à redessiner la figure de l'arbitre d'investissement, en lui substituant un contre-modèle doté d'une physionomie tout autre. En opposition au système actuel qui pour beaucoup fait figure de repoussoir, la politique juridique extérieure de l'UE consiste en effet à faire en sorte que les litiges transnationaux d'investissement soient réglés par des arbitrateurs ayant un statut présentant davantage de garanties statutaires (I) et des pouvoirs contenus (II). *****235*****

I – UN ARBITRATEUR PRÉSENTANT DAVANTAGE DE GARANTIES STATUTAIRES

i) Souhaitant manifestement en finir avec le modèle de justice reposant sur la libre désignation de « son » arbitre par chaque partie à un différend transnational d'investissement, l'UE prône l'institution d'une autre figure d'arbitrateur. Dans ses accords de libre-échange, il s'agit de juges semi-permanents, qu'on pourrait aussi tout aussi bien présenter comme des arbitres judiciairisés, dont la particularité est qu'ils sont tous choisis par les parties à l'accord (et non par les parties au différend). Selon l'AECG, le Comité mixte de l'accord (qui regroupe des représentants de l'UE et du Canada)⁴² est en effet chargé de nommer les « quinze membres du Tribunal, dont cinq ressortissants d'un Etat membres de l'UE, cinq ressortissants du Canada et cinq ressortissants de pays tiers »⁴³. Les membres du Tribunal siègent par rotation, les affaires étant examinées par une formation composée par un membre de chaque collège et présidée par le ressortissant du pays tiers⁴⁴. Dans ce système, l'investisseur partie à un différend ne choisit pas son arbitrateur (pas plus que l'Etat défendeur ou l'UE si c'est elle qui est attraitée devant le tribunal : la rotation se fait au hasard), ce qui court-circuite les stratégies des parties consistant à sélectionner un arbitre pressenti comme étant susceptible d'épouser leur cause. Inversement, il a pu être reproché à ce mécanisme de favoriser la désignation par les Etats, parmi le « pool » des quinze arbitrateurs, de personnes acquises à la cause des pouvoirs publics plutôt qu'à celle

³⁷ V. le chapitre 2 de l'Accord sur la protection de l'investissement UE/Vietnam du 30 juin 2019.

³⁸ Voir la section C du chapitre sur l'investissement de l'accord de principe UE-Mexique du 21 avril 2018.

³⁹ Voir la section D du projet d'accord-cadre avancé entre l'UE et le Chili du 9 décembre 2022.

⁴⁰ V. la page « Multilateral Investment Court project » sur le site internet de la Commission européenne : https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en (consulté le 1^{er} décembre 2022), et dans cet ouvrage la contribution de C. Titi.

⁴¹ Le terme générique « arbitrateur », traduit de manière littérale de l'anglais « *adjudicator* », sera employé en ce qu'il désigne de manière générique le tiers impartial et indépendant qui tranche les litiges. Bien que s'apparentant à un anglicisme, il est préférable au terme « décideur juridique » utilisé par l'UE (Communication préc. à la CNUDCI du 24 janvier 2019), ambigu car il pourrait englober les décideurs non juridictionnels.

⁴² Art. 26.1 de l'AECG.

⁴³ Art. 8.27, § 2, de l'AECG.

⁴⁴ Art. 8.27, §§ 6-7 de l'AECG.

de la protection des intérêts privés⁴⁵, ce qui revient à oublier un peu rapidement que l'UE et les Etats membres sont aussi des exportateurs d'investissement, dont la protection est l'objet même du chapitre « investissement » des accords concernés⁴⁶.

La remarque vaut à plus forte raison pour ce qui concerne les arbitrateurs de la Cour multilatérale prônée, qui seraient des juges à plein temps élus par les gouvernements au terme d'un processus « robuste et transparent »⁴⁷. *****236*****L'indépendance des juges à l'égard de l'UE ou des Etats membres serait garantie par les caractéristiques de leur mandat, d'une durée longue (neuf ans, comme pour les juges de la CIJ) et non renouvelable (à l'inverse des juges de La Haye...)⁴⁸. De plus, si les arbitrateurs des accords de libre-échange de l'UE touchent une « rétribution » mensuelle, destinée à garantir leur disponibilité⁴⁹, versée par les parties à l'accord, cela n'exclut pas une rémunération « au dossier », ainsi que l'a déploré le Parlement européen⁵⁰. Les juges de la cour multilatérale, pour leur part, devraient bénéficier d'une rémunération permanente⁵¹, à travers des salaires « comparables aux salaires des juges travaillant dans d'autres tribunaux internationaux »⁵².

L'absence de choix de leur arbitrateur par les parties au différend (consacrée dans les accords de libre-échange) est également prônée au niveau multilatéral par l'UE : « [p]our chaque cas, les juges doivent être nommés dans les divisions du mécanisme permanent de façon aléatoire afin de garantir que les parties au différend ne peuvent pas savoir à l'avance qui va juger leur affaire »⁵³.

Le mécanisme prôné par l'UE aboutit à restreindre le corps des arbitrateurs connaissant des différends d'investissement, limité à un petit nombre de personnes triées sur le volet par les gouvernements, ce qui est censé avoir des effets favorables en termes de diversité⁵⁴ comme de constance et de prévisibilité des solutions arbitrales⁵⁵.

ii) Il n'a manifestement pas échappé à l'UE que le « pedigree » des arbitres d'investissement est susceptible d'avoir des effets sur la manière dont les litiges sont tranchés. L'UE a ainsi fait le constat que l'arbitrage d'investissement classique permet « une concentration forte et durable de personnes qui ont acquis leur expérience en tant qu'arbitres essentiellement dans le domaine de l'arbitrage commercial concernant des différends de 'droit privé' plutôt que de droit international public »⁵⁶. La question de l'adaptation de ces profils au contentieux d'investissement est soulevée, dès lors que « les traités d'investissement constituent

⁴⁵ V. G. G. Born, « Court-Packing » and Proposals for an EU Multilateral Investment Court », 25 octobre 2021, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com>, consulté le 1er décembre 2022.

⁴⁶ V. Communication préc. à la CNUDCI du 24 janvier 2019, § 23 : « Au moment de nommer les juges du mécanisme permanent, les parties contractantes sont censées choisir des juges objectifs plutôt que des juges perçus comme trop favorables aux investisseurs ou aux États, car elles ne doivent pas uniquement assimiler leurs intérêts défensifs, en tant qu'éventuels défendeurs dans des différends en matière d'investissement, mais également leurs intérêts offensifs, à savoir la nécessité de garantir à leurs investisseurs un niveau de protection adéquat. Ils adopteront donc une perspective à plus long terme ».

⁴⁷ *Id.*, § 22. Voir aussi Directives de négociation préc. du 20 mars 2018, § 11.

⁴⁸ Communication préc. à la CNUDCI du 24 janvier 2019, § 19.

⁴⁹ Art. 8.27, § 12.

⁵⁰ Résolution préc. du 23 juin 2022, § 26.

⁵¹ Directives de négociation préc. du 20 mars 2018, § 11.

⁵² Communication préc. à la CNUDCI du 24 janvier 2019, § 17.

⁵³ *Id.*, § 24.

⁵⁴ *Id.*, § 50. V. aussi le § 21 de la Communication, qui renvoie à l'art. 36 du Statut de Rome sur la Cour pénale internationale, lequel prévoit que dans la composition de la CPI il doit être tenu compte d'une « représentation géographique équitable » et d'une « représentation équitable des hommes et des femmes »).

⁵⁵ Communication préc. à la CNUDCI du 24 janvier 2019, § 41.

⁵⁶ Communication préc. à la CNUDCI du 12 décembre 2017, § 32.

évidemment un domaine du droit international public », de ***237***même que « le droit public [...] est important parce que les affaires portent sur les actions exercées souverainement par les Etats »⁵⁷. La réponse fournie par l'Union européenne est dépourvue d'équivoque. L'AECG prévoit ainsi que les membres du tribunal « auront fait la preuve de leurs connaissances spécialisées en droit international public ». Au niveau multilatéral, la position de l'UE est non moins claire : « Une exigence de compétences en droit international public permettra de remédier au problème de manque d'expertise dans ce domaine d'un nombre important de juges dans le système actuel »⁵⁸. L'UE s'abstient néanmoins de préciser que cette qualification des juges devrait leur permettre d'interpréter et d'appliquer les accords d'investissement « en conformité avec les autres règles du droit international, notamment en matière de droits de l'homme, du travail et de l'environnement »⁵⁹. Toujours est-il que l'arbitrateur d'investissement ne peut plus être un « pur privatiste »...

iii) L'arbitrateur voulu par l'UE doit aussi être plus « éthique »⁶⁰, notamment en évitant les conflits d'intérêts résultant notamment de la multiplication des casquettes. L'AECG comporte à cet égard des « Règles d'éthique » robustes (art. 8.30)⁶¹, qui rappellent l'indépendance des membres du tribunal à l'égard des gouvernements et leur interdit de participer « à l'examen d'un différend qui donnerait lieu à un conflit d'intérêts direct ou indirect ». Le texte de référence en la matière demeure les Lignes directrices de l'International Bar Association (IBA) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, mais il devrait être complété par un Code de conduite des membres du tribunal adopté par le Comité des services et de l'investissement de l'AECG (art. 8.44). L'article 8.30 interdit en outre le « *double-hatting* »⁶² en précisant que dès leur nomination les membres du tribunal « s'abstiennent d'agir à titre d'avocat-conseil, de témoin ou d'expert désigné par une partie dans tout différend relatif aux investissements [...] ». L'AECG permet à une partie au différend de contester la nomination d'un membre du tribunal dans un différend donné, si elle « estime qu'un membre du Tribunal se trouve en position de conflits d'intérêts », en saisissant le président ***238***de la Cour internationale de Justice, lequel a compétence pour rendre une « décision sur la contestation »⁶³. L'AECG prévoit également l'obligation de révélation de l'identité des tiers financeurs (art. 8.26), ce qui est de nature à éviter que des conflits d'intérêts demeurent enfouis.

Au plan multilatéral, l'UE défend aussi le principe que les arbitrateurs doivent être soumis à des « exigences éthiques strictes »⁶⁴, qui passent par un statut de juge à plein temps n'ayant pas le droit de mener d'autres activités, et par l'obligation qui leur est faite « de veiller à ce qu'il n'existe aucun risque de conflit d'intérêts pour des cas spécifiques »⁶⁵. A cette fin, les juges

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ Communication préc. à la CNUDCI du 24 janvier 2019, § 49.

⁵⁹ Déclaration de Namur, du 5 décembre 2016, adoptée par quarante universitaires (dont le président de l'époque de la région de Wallonie, Paul Magnette) à la suite de la signature de l'AECG : <https://www.bilaterals.org/?la-declaration-de-namur&lang=es> (consulté le 1^{er} décembre 2022).

⁶⁰ Cf. R. Maurel, « L'éthicisation du droit international des investissements : un panorama », in R. Maurel (dir.), *Le droit international des investissements au prisme de l'éthique*, Travaux du CREDIMI, vol. 58, Paris, LexisNexis, 2021, pp. 9 et s., et S. Manciaux, « L'éthique et le statut des arbitres », *ibid.*, pp. 179 et s.

⁶¹ V. aussi l'art. 3.11 du chapitre investissement de l'Accord UE-Singapour.

⁶² L. Ashtouk-Spivak, « Ethical Considerations in International Arbitration: Is It Time for a Uniform Code of Conduct for Arbitrators? », in C. González-Bueno (Ed.), *40 Under 40 International Arbitration (2021)*, Madrid, Dykinson p. 62.

⁶³ Art. 8.30, §§ 2-3.

⁶⁴ Communication préc. à la CNUDCI du 24 janvier 2019, § 18.

⁶⁵ *Id.*

devraient être soumis à déclaration d'intérêts⁶⁶, tout comme « à la fin de leur mandat, ils doivent rester soumis à une obligation de garantir que leur indépendance et leur impartialité dans l'exercice de leurs fonctions ne seront pas remises en question »⁶⁷ – ce qui exclut par exemple qu'un juge rejoigne avant un certain délai de latence un cabinet d'avocats prodiguant ses services devant la cour multilatérale.

La position de l'UE consiste ainsi en une remise en cause radicale de la figure de l'arbitre d'investissement telle qu'elle a prospéré à partir de l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*. L'arbitre, quelles que soient les réformes en cours pour corriger les déviations du système en vigueur, n'est pas considéré comme apte à juger les différends transnationaux d'investissement ; c'est un juge présentant de solides garanties qui est promu. Le groupe de ces juges désignés par les Etats ou l'UE serait *de facto* bien plus réduit que le corps arbitral actuel. Si certains arbitres contemporains pourraient espérer devenir juges, il est vraisemblable, pour ne pas dire attendu, qu'un renouvellement conséquent des personnes intervienne.

Cette nouvelle caste des arbitrateurs d'investissement serait d'autant plus vertueuse que, dans la vision de l'UE, leurs pouvoirs seraient contenus, et en tout état de cause moindres que ceux des arbitres d'investissement.

II – UN ARBITRATEUR LIMITÉ DANS SON OFFICE

i) L'un des aspects de la politique juridique extérieure de l'UE consiste à limiter le pouvoir prétorien des arbitres d'investissement. Dans une résolution de 2011, le Parlement avait d'ailleurs exprimé sa « profonde inquiétude face au degré de discrétion accordé aux arbitres internationaux pour procéder à une interprétation large des clauses relatives à la protection de l'investisseur, conduisant *****239*****ainsi à l'exclusion de réglementations publiques légitimes »⁶⁸. Le Parlement invitait dès lors la Commission « à intégrer dans tous les futurs accords des clauses spécifiques qui précisent le droit des parties à l'accord à régler »⁶⁹.

Partant du principe que les interprétations extensives ou divergentes des traités d'investissement par les arbitres trouvent leur origine dans l'imprécision des traités applicables, l'Union s'emploie dans les accords qu'elle conclut à inclure des normes qui laissent peu de place à l'imagination des interprètes.

Ainsi, donnant suite aux vœux du Parlement européen, dans l'AECG le droit de réglementer des parties « en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière politique »⁷⁰ est réaffirmé, ce qui devrait couper court aux « errements »⁷¹ de la jurisprudence lorsque des mesures générales d'intérêt public sont passées au tamis de l'expropriation indirecte. Autre exemple, le débat jurisprudentiel sur les effets du traitement de la nation la plus favorisée⁷² ne devrait pas avoir

⁶⁶ *Id.* : ils doivent « communiquer les intérêts, les relations ou les éléments de leur passé qui pourraient nuire à leur indépendance ou à leur impartialité ».

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Résolution préc. du Parlement européen du 6 avril 2011, § 24.

⁶⁹ *Id.*, § 25.

⁷⁰ Art. 8.9, § 1, de l'AECG. Les exemples sont donnés de la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle. Le § 2 précise que « le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes légitimes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section ».

⁷¹ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2020, p. 407, n° 11.082.

⁷² *Id.*, pp. 351 et s.

lieu dans le cadre de l'AECG, dès lors que la clause concernée prévoit expressément qu'elle ne s'applique pas aux procédures de règlement des différends prévues dans d'autres traités⁷³.

La rédaction de clauses extrêmement précises permet également d'éviter de laisser libre-cours à l'imagination des plaideurs et des arbitres prêts à les suivre dans des interprétations extensives. L'article 8.10 de l'Accord économique et commercial global est un modèle du genre qui, aux standards généraux du traitement juste et équitable et de la protection et sécurité intégrales, substitue une clause détaillée composée de sept paragraphes, qui tranche toutes les alternatives proposées dans une jurisprudence parfois hésitante.

Plus généralement, en matière d'interprétation, l'AECG renvoie aux techniques codifiées par la Convention de Vienne⁷⁴, voire à une forme d'interprétation *****240***** authentique de la part du « Comité mixte de l'AECG », laquelle s'impose alors au Tribunal⁷⁵.

ii) Outre la limitation de leur pouvoir d'interprétation, l'Union entend soumettre les arbitrateurs à examen, à la fois celui du public (*public scrutiny*) et celui d'un organe d'appel.

S'agissant du premier type d'examen, l'UE prône une transparence des procédures, sans que sa position soit inédite, ni n'implique une réforme systémique du règlement des différends investisseur/Etat, si l'on prend en compte les développements récents ayant concerné l'arbitrage d'investissement⁷⁶. Toujours est-il que l'article 8.36 de l'AECG (« Transparence des procédures ») prévoit l'application aux procédures contentieuses du Règlement de la CNUDCI sur la transparence. Il fournit une liste extensive de pièces qui doivent être mises à la disposition du public, tout comme il prévoit l'ouverture des audiences au public⁷⁷. Au niveau multilatéral, la position de l'UE est d'« assurer un haut niveau de transparence des procédures », le Règlement de la CNUDCI sur la transparence étant présenté comme « un bon exemple de norme minimale qui pourrait être appliquée »⁷⁸. L'UE semble par ailleurs favorable à l'*amicus curiae*, dans la mesure où elle fait valoir qu'il convient « de prévoir que des tiers, par exemple des représentants des communautés touchées par le différend, soient autorisés à prendre part aux différends en matière d'investissement »⁷⁹.

Concernant le second type d'examen, l'UE se démarque de l'existant en défendant la mise en place de procédures d'appel des décisions rendues par les arbitrateurs d'investissement, quitte à nourrir, non sans paradoxe, les préoccupations qu'elle exprime par ailleurs concernant le coût et la durée des procédures de règlement des différends investisseur/Etat⁸⁰. L'appel permettrait à la fois de corriger les mauvaises décisions de première instance et de fixer la jurisprudence en tranchant les contradictions jurisprudentielles, ce que n'a jamais permis le mécanisme d'annulation prévu par la Convention CIRDI. L'UE s'y est déjà employée dans le chapitre investissement de ses accords de libre-échange, au prix de quelques contorsions dont la mise en œuvre, si elle advient, sera intéressante à scruter. C'est ainsi que le Tribunal d'appel prévu par l'AECG peut « confirmer, modifier ou infirmer une sentence rendue par le Tribunal » pour des motifs correspondant aux motifs d'annulation prévus à l'article 52, § 1^{er}, de *****241***** la Convention de Washington, auxquels l'article 8.28 ajoute les cas d'« erreur dans l'application

⁷³ Art. 8.7, § 4, de l'AECG.

⁷⁴ Art. 8.31, § 1, de l'AECG.

⁷⁵ Art. 8.31, § 3, de l'AECG.

⁷⁶ V. notamment la convention des Nations Unies de 2014 sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (dite « convention de Maurice »).

⁷⁷ Art. 8.36, § 5, de l'AECG.

⁷⁸ Communication préc. à la CNUDCI du 24 janvier 2019, § 28.

⁷⁹ *Id.*, § 29.

⁸⁰ *Id.*, § 2.2.

ou l'interprétation du droit applicable » et les « erreurs manifestes dans l'appréciation des faits, y compris l'appréciation du droit interne pertinent »⁸¹.

Logiquement, au plan multilatéral, l'UE défend un mécanisme à double degré de juridiction, avec un tribunal d'appel compétent pour examiner les « erreur[s] de droit (y compris sur des vices de procédure graves) » et les « erreurs manifestes d'appréciation des faits », sans pour autant « entreprendre un examen *de novo* des faits »⁸². Si l'UE développe peu sa position sur le tribunal d'appel, elle en fait néanmoins un élément déterminant de la réforme systémique envisagée. Ce double degré de juridiction permet, en effet, à l'instar des systèmes juridictionnels nationaux, de « garantir un contrôle sur des décideurs juridiques qui seraient sans cela indépendants », tout en « apport[ant] progressivement une meilleure cohérence, étant donné son statut hiérarchique »⁸³. Si le mécanisme de l'OMC a pu servir de modèle⁸⁴, sa paralysie montre néanmoins que l'approche de l'UE, quand bien même elle prévaudrait au sein de la CNUDCI, est susceptible de rencontrer de nombreux obstacles dans sa mise en œuvre.

*

Assiste-t-on, sous l'effet de la politique juridique extérieure, à l'obsolescence programmée de la figure classique de l'arbitre d'investissement ? En matière d'investissement, l'UE « est à la fois la première destination et la première source d'investissements internationaux entrants et sortants »⁸⁵. L'attribution à l'UE, par le traité de Lisbonne, de compétences exclusives en matière d'« investissements étrangers directs »⁸⁶ au titre de la politique commerciale commune, visait justement à peser davantage dans les négociations internationales en la matière : « En tant que fondatrice et principale actrice du régime international d'investissement, l'UE est idéalement placée pour mener la réforme et a une responsabilité particulière à cet égard »⁸⁷. La promesse de Lisbonne sera-t-elle tenue ? Derrière la question du règlement des différends entre investisseurs *****242*****et Etats, c'est la capacité de l'Union européenne à faire évoluer le droit international économique qui est interrogée. Si « l'Union est un chef de file mondial en matière de réforme de la politique d'investissement »⁸⁸, le succès de sa politique juridique extérieure n'est pas pour autant garanti.

En effet, même si certains Etats, à l'instar de l'Australie, ne veulent plus inclure de clauses d'arbitrage investisseur-Etat dans leurs traités d'investissement⁸⁹, d'autres puissances économiques de premier plan, tels que les Etats-Unis d'Amérique ou le Japon, semblent globalement rester attachées au système en place. Il faut d'ailleurs relever que l'accord de libre-échange conclu par l'UE avec le Japon ne comporte pas de chapitre « investissement », une telle absence n'étant pas étrangère au désaccord entre les parties concernant le mécanisme de règlement des différends investisseur/Etat. Lors des discussions menées au sein du Groupe III de la CNUDCI, ces Etats, loin de rejoindre l'UE dans son approche systémique, se prononcent

⁸¹ Sur les problèmes de compatibilité de ce mécanisme avec la Convention sur le CIRDI, v. A. de Nanteuil, « Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *JDI (Chunet)*, 2017/1, pp. 70 et s.

⁸² Communication préc. à la CNUDCI du 24 janvier 2019, § 14.

⁸³ Communication préc. à la CNUDCI du 24 janvier 2019, § 43.

⁸⁴ A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 520, n° 15.23.

⁸⁵ Résolution préc. du Parlement européen du 23 juin 2022, § B.

⁸⁶ Art. 206 et 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁸⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil etc., « Le commerce pour tous. Vers une politique de commerce et d'investissement plus responsable : 14 octobre 2015, COM/2015/0497 final, § 4.1.2.

⁸⁸ Résolution préc. du Parlement européen du 23 juin 2022, § M.

⁸⁹ J. Cazala, « La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-Etat exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents », *JDI (Chunet)*, 2017/1, p. 84.

Franck Latty, « Haro sur l'arbitre : la figure de l'arbitrateur d'investissement redessinée par l'UE », in Raphaël Maurel (dir.), *Nouveaux regards sur le droit européen des investissements*, Travaux du CREDIMI, vol. 59, Paris, LexisNexis, 2023, pp. 229-242.

en faveur de réformes plus cosmétiques⁹⁰, ce qui augure mal de la cour multilatérale à deux niveaux défendue par l'UE. A tout le moins, l'approche de l'UE a le mérite d'exercer une forte pression en faveur de l'amélioration de l'existant⁹¹. Si, en l'état, la silhouette de l'arbitre d'investissement n'est pas près de disparaître faute pour l'UE de réussir à convaincre ses partenaires de peindre une autre figure sur la toile, l'UE devrait cependant contribuer à la redessiner de manière à ce qu'elle se prête moins à la caricature.

⁹⁰ C. Crépet-Daigremont « Réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats : propositions françaises et européennes défendues au sein du Groupe de travail III de la CNUDCI », *AFDI*, 2021, pp. 864-865, qui note que ces deux Etats, rejoints par le Chili et Israël « envisagent des solutions ponctuelles aux préoccupations identifiées » plutôt qu'une réforme radicale du système.

⁹¹ Sur le soutien de l'UE à l'adoption du code de conduite CIRDI/CNUDCI, v. Crépet-Daigremont, *id.*, p. 868.