

CONCLUSION

L'AVENIR
DES TRAITÉS DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

EMMANUEL GAILLARD*

La question consistant à émettre un point de vue, en 2015, sur ce que pourra être, à horizon de dix ou vingt ans, le droit de la protection des investissements par les traités internationaux est un pari à haut risque. Alors qu'au cours des trente dernières années, le nombre des traités bilatéraux de protection des investissements n'a fait que croître, de sorte que l'on a pu s'émerveiller d'en compter 500, puis 1000, puis 1500, pour atteindre un nombre dépassant aujourd'hui 2900¹, tandis que des instruments multilatéraux majeurs dont le traité sur la Charte de l'énergie de 1994 voyaient le jour, certains prédisent aujourd'hui la fin prochaine de cette forme originale de protection des investissements², et d'autres annoncent leur maintien, au prix de sérieux aménagements³.

Il est vrai que certains Etats, sincèrement déçus de l'usage que certains investisseurs peuvent faire de ces traités ou gagnés par un populisme qui ne se rencontre pas qu'en Amérique du Sud, ont entrepris de dénoncer des traités qu'ils avaient conclus. C'est le cas de l'Indonésie⁴, de la République tchèque⁵, mais aussi de l'Afrique du Sud qui a dénoncé ses traités bilatéraux de protection des investissements avec la Belgique et le Luxembourg en 2012 et avec l'Allemagne, l'Espagne, les Pays-Bas et la Suisse en 2013⁶. La mesure la plus spectaculaire qu'est la dénonciation de la Convention de Washington portant

* Emmanuel GAILLARD, professeur des Universités, associé responsable du Département Arbitrage international, Shearman & Sterling, LLP.

¹ CNUCED, *World Investment Report 2014*, p. 114, accessible sur http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf.

² V. P. GRIFFIN, G. PETROCHILOS, « Will Treaty Arbitration Survive? », débat du 15 novembre 2013, *GAR*, 20 février 2014. V. aussi « Kahale Calls for Overhaul of BIT System », *GAR*, 11 avril 2014.

³ V. Y. BANIFATEMI, E. KEHOE, « Will Treaty Arbitration Survive? », *op. cit.*

⁴ CNUCED, *World Investment Report 2014*, p. 114, accessible sur http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf.

⁵ L.E. PETERSON, « Czech Republic Terminates Investment Treaties in Such a Way as to Cast Doubt on Residual Legal Protection for Existing Investments », *IAReporter*, 1er février 2011 ; L.E. PETERSON, « Denmark and Czech Republic to Terminate BIT; but not all EU Members Agree with Czech View that intra-EU BITs are Unnecessary », *IAReporter*, 17 juillet 2009.

⁶ CNUCED, *World Investment Report 2014*, pp. 114, 133, accessible sur http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf; « South Africa Begins Withdrawing from EU-Member BITs », *Investment Treaty News*, 30 octobre 2012.

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS
ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL
PARIS, PEDONE, 2015

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

CONCLUSION

création du CIRDI⁷, prise par la Bolivie en 2007, par l'Equateur en 2010 et par le Venezuela en 2012, n'est pas la plus efficace, la protection de fond des investisseurs, comme du reste le consentement de l'Etat à l'arbitrage, se trouvant dans les traités de protection des investissements ou les contrats individuellement conclus avec les investisseurs et non dans la Convention CIRDI, qui n'est qu'un instrument mettant à la disposition des parties un moyen de règlement des différends. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les mêmes Etats ont entrepris de dénoncer les traités de protection des investissements de façon à s'affranchir des obligations de fond et de recours à l'arbitrage qu'ils contiennent. Ainsi, l'Equateur a dénoncé en 2008 ses traités bilatéraux avec Cuba, la République dominicaine, El Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Paraguay, l'Uruguay et la Roumanie, tandis qu'en 2010 sa Cour suprême a déclaré que la clause de résolution de différends entre l'Etat et l'investisseur contenue dans les traités bilatéraux avec la Chine, la Finlande, l'Allemagne, le Venezuela, le Royaume-Uni et les Etats-Unis était contraire à la constitution de l'Equateur⁸. De même, en 2008, le Venezuela a dénoncé son traité bilatéral avec les Pays-Bas⁹.

Ces phénomènes de rejet auraient pu paraître relativement marginaux s'ils ne s'étaient pas accompagnés, dans les Etats les plus développés, d'un débat public portant un regard critique sur l'arbitrage en matière d'investissements dont la vigueur, sinon la violence, ne laisse de surprendre¹⁰. Aux Etats-Unis, le traité-type de 2004 a pu paraître très en retrait par rapport à la logique de protection du modèle précédent¹¹. Le traité-type américain, dont la nouvelle version de 2012 ne s'écarte pas substantiellement de celle de 2004, demeure cependant très protecteur des investissements si on le compare à celui que certains voudraient voir adopter en Europe. Sur le continent européen, le transfert de compétence à l'Union européenne, opéré par le Traité de Lisbonne en 2009, a suscité une intense polémique sur la position que l'Europe doit adopter à l'égard des investissements étrangers. La vigueur du débat s'explique en premier lieu par le fait que les intérêts des Etats de l'Union européenne ne sont pas alignés.

⁷ Sur les questions de droit transitoire que pose la dénonciation de la Convention de Washington, v. par ex. F. MANTILLA-SERRANO, « The Effect of Bolivia's Withdrawal From the Washington Convention : Is BIT-Based ICSID Jurisdiction Foreclosed? », *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 22, n° 8, août 2007 ; E. GAILLARD, « The Denunciation of the ICSID Convention », *New York Law Journal*, vol. 237, n° 122, 26 juin 2007 ; E. GAILLARD, « Anti-Arbitration Trends in Latin America », *New York Law Journal*, vol. 239, n° 108, 5 juin 2008.

⁸ CNUCED, « Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims », *IIA Issues Note*, n° 2, décembre 2010.

⁹ « Venezuela's Withdrawal from ICSID, What it Does and Does not Achieve », *Investment Treaty News*, 13 avril 2012.

¹⁰ Pour une position extrême à ce sujet, pour cette raison même particulièrement audible, v. par ex. le pamphlet « Profiting from Injustice – How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom », *Corporate Europe Observatory/Transnational Institute*, 27 novembre 2012, dont les propos, qui relèvent d'une rhétorique *ad hominem* souvent proche de la diffamation, ont été repris dans « Profiting from Crisis – How Corporations and Lawyers are Scavenging Profits from Europe's Crisis Countries », *Corporate Europe Observatory/Transnational Institute*, mars 2014.

¹¹ V. S.M. SCHWEBEL, « The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty: an Exercise in the Regressive Development of International Law », *TDM* 2 (2006).

L'AVENIR DES TRAITÉS DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

Les Etats de l'Est de l'Europe, qui ont déjà eu souvent l'occasion d'occuper la position de défendeur dans ce type de procédures¹², sont généralement beaucoup plus réservés que ceux de l'Ouest de l'Europe sur l'intérêt d'une protection forte des investisseurs. Elle s'explique en second lieu par l'appropriation récente du sujet par des courants de pensée altermondialistes, ou purement nationalistes, dans les Etats traditionnellement exportateurs de capitaux. Le fait que ces Etats aient récemment été poursuivis dans certaines affaires, comme c'est le cas dans les affaires *Vattenfall* en Allemagne¹³ ou dans l'affaire *Serter* en France¹⁴, a nourri ces courants hostiles à la protection des investissements internationaux. Mais c'est sans doute la négociation par l'Union européenne d'un traité de libre-échange entre l'Europe et les Etats-Unis, comportant un volet de protection des investissements¹⁵, qui a déchaîné les passions les plus irraisonnées. Sur un fond d'anti-américanisme latent, la presse généraliste, mais aussi certaines élites, ont laissé libre cours au fantasme selon lequel la propension à l'activisme contentieux des entreprises américaines allait s'abattre sur les Etats européens. En termes populistes, c'est le spectre de l'« assignation de la France par Coca Cola » qui est ainsi agité. Dans ce contexte, la constatation que la nécessité de maintenir tel quel un système conçu pour protéger l'investisseur étranger contre des mesures susceptibles d'intervenir en violation du droit international dans l'Etat d'accueil de l'investissement ne va pas de soi fait figure d'euphémisme.

Dans le même temps, de nouvelles puissances se départissent de leur réticence traditionnelle à l'égard de l'arbitrage international comme mode de règlement des conflits relatifs aux investissements. Le revirement le plus spectaculaire à ce sujet est celui de la Chine qui, après avoir longtemps limité le recours à l'arbitrage à la détermination du montant d'une éventuelle expropriation, a récemment adopté une politique très protectrice des investissements consistant à étendre, de la manière la plus traditionnelle, le recours à l'arbitrage à tout différend susceptible de s'élever

¹² Par exemple, la République tchèque a été défenderesse dans plus de vingt affaires au cours des vingt dernières années, dont dans les célèbres affaires *CME c. République tchèque* (CNUDCI), *Saluka c. République tchèque* (CNUDCI) ou *Eastern Sugar B.V. c. République tchèque*, aff. SCC n° 088/2004, ces dernières ayant été toutes introduites sur le fondement du traité bilatéral entre la République tchèque et les Pays-Bas. Dans la même période, la Pologne a été partie à une quinzaine d'arbitrages et la Hongrie et la Slovaquie ont été parties à plus d'une dizaine d'arbitrages d'investissement chacune.

¹³ Dans la première affaire, *Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Allemagne*, aff. CIRDI n° ARB/09/6, la société suédoise a fait valoir qu'en raison des nouveaux règlements environnementaux, sa centrale électrique au gaz près de Hambourg ne pouvait fonctionner qu'à deux-tiers de son potentiel. Les parties ont trouvé un accord et Vattenfall a retiré sa demande en août 2010. Dans la deuxième affaire, *Vattenfall AB et all c. Allemagne*, aff. CIRDI n° ARB/12/12, actuellement en cours, l'investisseur suédois a attaqué l'Allemagne à la suite de l'adoption de sa politique nucléaire prévoyant la fermeture anticipée des centrales nucléaires, dont celles de Vattenfall, avant 2022. Les deux affaires ont été introduites sur le fondement du traité sur la Charte de l'énergie.

¹⁴ CIRDI, *Erbil Serter c. France*, aff. n° ARB/13/22. L'affaire, introduite par un investisseur turc, concerne la conception de coques de navires.

¹⁵ Sur le débat, v. par ex. « Le traité transatlantique s'invite dans la campagne », *Le Monde* 13 mai 2014 ; « Le traité transatlantique crée-t-il une justice qui court-circuite les Etats ? », *Libération* 16 mai 2014.

CONCLUSION

entre l'investisseur et l'Etat d'accueil sur l'application du traité¹⁶. Ce changement de politique, intervenu à la fin des années quatre-vingt-dix¹⁷, traduit le fait que la Chine se conçoit désormais davantage comme un pays exportateur de capitaux, dont il convient de protéger les investissements à l'étranger, que comme un Etat soucieux de limiter les contentieux susceptibles d'être engagés à son encontre par des investisseurs étrangers.

D'autres Etats continuent de conclure, aujourd'hui encore, des traités de protection des investissements favorables aux investisseurs dans le souci d'attirer les capitaux qui leurs sont nécessaires. C'est le cas, par exemple, du Koweït, de la Turquie, des Emirats arabes unis, du Japon, de l'Île Maurice ou encore de la Tanzanie qui ont tous conclu de nouveaux traités de protection des investissements en 2013¹⁸.

C'est donc une matière agitée de secousses telluriques dont il est demandé d'imaginer les contours futurs. Si un pari devait néanmoins être pris par l'auteur à ce sujet, il consisterait à estimer que la matière devrait conserver une importance capitale, tout en se trouvant profondément transformée. Ces transformations tiennent au rôle que l'Union européenne est désormais appelée à

¹⁶ S.W. SCHILL, « Tearing Down the Great Wall : The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China », *TDM* 1 (2009) ; E. DULAC, « The Emerging Third Generation of Chinese Investment Treaties », *TDM* 4 (2010). La première génération de traités chinois conçus sur le modèle soviétique, également suivi en Europe de l'Est, limitait le recours à l'arbitrage à la détermination du montant d'une éventuelle expropriation, v. par ex. l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Gouvernement de la République populaire de Chine en matière d'encouragement et de protection réciproques des investissements, en vigueur entre 1986 et 2009, article 10 : « 3. Par dérogation au paragraphe 2 et à défaut de règlement à l'amiable dans un délai de six mois à compter de la date de notification écrite mentionnée au paragraphe premier du présent article, les différends relatifs au montant des indemnités dues en cas de mesures d'expropriation, de nationalisation ou de toute autre mesure similaire affectant les investissements, peuvent, au choix de l'investisseur : a) soit, être soumis aux juridictions internes de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement aura été effectué ; b) soit, être soumis directement, à l'exclusion de tout autre recours, à l'arbitrage international ». Une formulation de ce type dans des traités russes a soulevé la question de savoir si l'existence même d'une expropriation était également couverte, ce qu'a accepté la sentence rendue dans l'affaire *Renta 4 S.V.S.A., et autres c. Fédération de Russie*, aff. SCC n° 024/2007, sentence du 20 mars 2009. Dans cette affaire, le tribunal était saisi sur le fondement du traité bilatéral entre la Russie et l'Espagne n'évoquant le recours à l'arbitrage que pour les différends relatifs à la détermination du montant de l'indemnisation en cas d'expropriation. Les demandeurs ont allégué que la société pétrolière russe Yukos, dans laquelle ils avaient investi, avait été expropriée par la Russie. En réponse, la Russie a soutenu que la compétence du tribunal était limitée aux questions relatives au quantum (montant et calcul des dommages-intérêts) et que la question de savoir si une expropriation avait eu lieu ne pouvait pas être résolue par voie d'arbitrage. Le tribunal a conclu qu'étant donné que les demandeurs alléguaient une expropriation et que la Russie niait toute obligation de ce chef, il s'agissait d'un litige portant sur la question de savoir si une indemnisation était due en vertu du droit international. En revanche, le Tribunal a rejeté, compte tenu de la rédaction de la clause, l'argument des demanderesse selon lequel la clause de la nation la plus favorisée du traité Russie/Espagne permettait de se référer à la clause de règlement des différends du traité Danemark/Russie, dont le champ d'application était plus large que celui du traité Russie/Espagne.

¹⁷ S.W. SCHILL, « Tearing Down the Great Wall: The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China », *op. cit.*, pp. 73, 76, 91.

¹⁸ CNUCED, *World Investment Report 2014*, p. 114, accessible sur <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>.

L'AVENIR DES TRAITÉS DE PROTECTION DES INVESTISSEMENTS

jouer en la matière (I), mais aussi, peut-on l'espérer, aux réformes qui pourraient être apportées au système pour éviter qu'il se prête aux abus que sa structure actuelle a permis de voir se développer (II).

I. LES TRANSFORMATIONS TENANT
AU TRANSFERT DE COMPÉTENCE DES ETATS EUROPÉENS A L'UNION

L'article 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, issu du Traité de Lisbonne, dispose désormais que « la politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne [...] *les investissements étrangers directs* ». Ces quelques mots, ajoutés au texte du traité dans des conditions qui permettent de penser que les Etats membres n'ont pas mesuré la portée des bouleversements qu'ils allaient entraîner, sont sans doute ceux qui auront, au cours des prochaines décennies, l'influence la plus profonde. L'Union européenne reçoit de ce fait compétence exclusive – celle dont elle dispose en matière de politique commerciale commune en vertu de l'article 3 – pour négocier les traités de protection des investissements pour autant que ceux-ci portent sur des investissements directs. Ce ne sont pas moins de 183 traités intracommunautaires et environ 1200 traités conclus entre un Etat membre et un Etat tiers¹⁹ qui relèvent désormais, pour l'essentiel, de la compétence communautaire²⁰.

C'est donc au total environ la moitié des quelques 2900 traités de protection des investissements en vigueur dans le monde qui se trouvent concernés par ce transfert de compétence. Celui-ci aura des conséquences radicales, tant pour les traités intra-européens (A) que pour les traités conclus avec des Etats tiers (B).

A. Les traités intra-européens

C'est à propos des traités conclus entre deux membres de l'Union européenne que la politique de l'Union est la plus simple. Cette politique, placée sous la responsabilité de la Direction générale Marché intérieur et Services de la Commission, consiste à réclamer leur extinction pure et simple.

La Commission a soutenu, par voie d'*amicus curiae* dans les affaires intra-européennes, que l'accession à l'Union européenne du second Etat partie au traité avait pour effet d'en entraîner automatiquement la caducité. L'argument s'est d'abord concentré sur l'idée que la matière saisie par le traité de protection des investissements est couverte par le droit de l'Union européenne, et que celui-ci constitue, selon les canons de la Convention de Vienne sur le droit des traités,

¹⁹ V. Liste des accords bilatéraux d'investissement visés à l'article 4, paragraphe 1, du règlement (UE) n° 1219/2012 du Parlement européen et du Conseil établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des Etats membres et des pays tiers, *JOUE C* 131/2, 8 mai 2013.

²⁰ La compétence relative à ces traités est en réalité une compétence mixte, partagée entre l'Union et les Etats membres. La compétence est exclusive, comme se plaît à le rappeler la Commission, pour la protection des investissements directs, par opposition aux investissements de portefeuille. Les traités couvrant aussi bien les investissements directs que les investissements de portefeuille, la compétence en la matière est en réalité mixte. La Commission en est du reste parfaitement consciente puisqu'elle plaide, à l'égard des investissements de portefeuille, pour une compétence implicite.