

COLLOQUE

L'

DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

accès de l'investisseur
à la justice arbitrale

Sous la direction scientifique de
ARNAUD DE NANTEUIL

REFLEXIONS

SUR LA PROCEDURALISATION

DU DROIT INTERNATIONAL

DE L'INVESTISSEMENT

Editions A. PEDONE

AVANT PROPOS

Les textes rassemblés ici sont issus d'une journée d'études organisée à l'Université du Maine le 14 novembre 2013. Le constat à l'origine de cette manifestation est simple et partagé par tous les observateurs du droit de l'investissement : le contentieux en la matière tend à s'allonger et à se compliquer terriblement, au point que l'équilibre même du système peut se trouver menacé.

Ce phénomène n'est pas propre au droit de l'investissement. Il est même inhérent à l'existence d'un droit ou d'un système juridique, pourrait-on dire. L'engorgement, la multiplication des incidents de procédure, l'accroissement des coûts consécutif à l'allongement des instances sont autant de manifestations bien connues de tous ceux qui se confrontent, comme praticien ou comme justiciable, au fonctionnement de la justice, qu'elle soit étatique, régionale ou européenne. Or, il était loisible de penser que le recours à l'arbitrage dans le domaine des relations d'investissement pouvait permettre d'éviter ce type de dérive regrettable. Il est possible d'affirmer aujourd'hui que ce n'est pas le cas.

Le rôle du juge, donc de l'arbitre, est en effet de découvrir la vérité. Telle est en tout cas la perception traditionnelle du rôle de celui à qui les parties confient la délicate mission de trancher le litige qui les oppose. Mais en pratique, la vérité ne peut être découverte que par un juge qui est compétent pour le faire, au terme d'une procédure respectant les règles prévues à cet égard et qui présente toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité imposées par le contexte social dans lequel il s'inscrit. Voilà donc autant d'éléments que les parties peuvent avoir tout intérêt à exploiter si, précisément, elles n'ont pas d'intérêt à ce que la vérité soit connue. Il peut bien entendu s'agir de l'Etat, si par des illégalités ou comportements répréhensibles, il a porté atteinte aux droits de l'investisseur étranger et cherche alors à se soustraire aux conséquences d'un tel comportement. Mais il peut aussi s'agir de l'investisseur lui-même, dont le comportement n'est pas toujours exemplaire et qui peut tenter de tirer le maximum de profit d'un système auquel il est fréquemment reproché de ne pas suffisamment tenir compte des intérêts publics. La mission du tribunal arbitral s'éloigne ainsi parfois bien loin de la recherche de la vérité et les arbitres se trouvent désormais confrontés davantage à des questions de compétence, de recevabilité, de procédures parallèles, qu'à des questions de fond.

AVANT PROPOS

Le cœur de la question est donc ici : le fond du droit, à savoir la protection substantielle que le droit de l'investissement accorde aujourd'hui aux opérateurs économiques étrangers, ne constitue plus aujourd'hui qu'une partie assez réduite du contentieux transnational. Celui-ci se focalise davantage sur des questions purement procédurales, dont la complexité est encore accrue par le positionnement des instances, relevant à la fois du droit international et du droit interne. Cette évolution, de nouveau, n'est pas propre au droit de l'investissement. Mais elle est relativement nouvelle dans cette discipline. Faut-il la déplorer ? Pas nécessairement. Mais il faut à tout le moins l'analyser, car c'est l'ensemble du système de protection des investissements étrangers qui se trouve menacé. Peut-être est-ce là l'occasion de penser des mécanismes alternatifs, comme semblent le faire les Etats latino-américains. Peut-être aussi est-ce l'occasion de penser les remèdes qui pourraient être apportés à l'arbitrage transnational afin d'en accroître la fiabilité, la transparence et d'en renforcer ainsi encore le succès tout en répondant aux critiques légitimes qui lui sont adressées.

A travers la question de l'investissement, du déni des avantages, des obstacles procéduraux, des saisines parallèles des juridictions internes, des exceptions préliminaires, de l'impartialité des arbitres ou des coûts de l'arbitrage, c'est donc à cette question fondamentale que cet ouvrage tente d'apporter des premiers éléments de réponse.

Arnaud DE NANTEUIL

TABLE DES MATIÈRES

AVANT PROPOS	5
1. LA NOTION D'INVESTISSEMENT – ÉVOLUTIONS RÉCENTES	
PAR GUILLAUME ARÉOU	
I. UNE QUALIFICATION DE L'INVESTISSEMENT TOUJOURS CONTROVERSÉE	12
A. Une conception objective majoritaire	12
B. Des divergences persistantes quant à la portée des critères objectifs	15
II. L'EXTENSION DE LA QUALIFICATION DE L'OPÉRATION D'INVESTISSEMENT À DE NOUVEAUX SECTEURS D'ACTIVITÉS	17
A. La captation par le CIRDI des différends relatifs à la dette souveraine	17
B. Le développement des demandes d'arbitrage sur le fondement de la violation de droits de propriété intellectuelle	23
CONCLUSION	27
2. LA NOTION D'INVESTISSEMENT PROTÉGÉ : L'EXIGENCE DE CONFORMITÉ DE L'INVESTISSEMENT AU DROIT LOCAL ...	
PAR ARNAUD DE NANTEUIL	
I. L'EXISTENCE DE LA CONDITION DE RESPECT DU DROIT LOCAL	35
A. La valeur juridique de l'exigence	35
1. Une exigence non tributaire de son rappel dans les traités	35
2. Le jeu de la clause de la nation la plus favorisée et l'exigence de respect du droit local	40
B. La signification de l'exigence	42
1. L'identification du « droit de l'Etat d'accueil »	43
2. La preuve du respect du droit de l'Etat d'accueil	46
II. LA SANCTION DU NON RESPECT DU DROIT LOCAL	48
A. La sanction au stade préliminaire ?	48
1. La sanction au stade de la compétence	48
2. La sanction au stade de la recevabilité	52
B. La sanction au fond de la légalité interne de l'investissement	53
1. Une sanction au fond	54
2. Le problème de l'imposition du respect du droit local au stade de la réalisation ou de la conduite de l'opération d'investissement	56

TABLE DES MATIÈRES

3. LA CLAUSE DE DÉNI DES AVANTAGES
ET L'ACCÈS À L'ARBITRAGE EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT61
PAR DELPHINE BURRIEZ

I. LA RÉALISATION DU DÉNI DES AVANTAGES.....	66
A. L'exercice par l'Etat du droit de déni des avantages.....	67
1. Le caractère non automatique de la clause de déni des avantages.....	67
2. Les modalités d'exercice du droit de déni.....	69
B. L'appréciation par le tribunal du déni des avantages.....	73
1. L'arbitrabilité du déni des avantages.....	73
2. La répartition de la charge de la preuve.....	78
II. LES EFFETS DU DÉNI DES AVANTAGES.....	80
A. Approche pratique des effets du déni des avantages.....	81
1. L'enjeu de la reconnaissance de l'effet rétroactif du déni des avantages.....	82
2. La difficile reconnaissance d'un effet rétroactif au déni des avantages.....	83
B. Approche théorique des effets du déni des avantages.....	88

4. LES OBSTACLES À LA SAISINE DU TRIBUNAL ARBITRAL :
ANALYSE COMPARÉE DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL
ET DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT91
PAR RANA CHAABAN

I. LES OBSTACLES NÉS DE L'INCOMPÉTENCE DU TRIBUNAL DU TRAITE.....	92
A. L'incompétence <i>ratione materiae de lege lata</i>	93
1. En droit des investissements.....	93
2. En matière d'arbitrage commercial international.....	94
B. L'incompétence <i>ratione materiae de lege ferenda</i>	95
II. LES OBSTACLES NÉS DE L'IRRECEVABILITE DE LA DEMANDE.....	97
A. L'irrecevabilité résultant de l'absence de qualité d'investisseur.....	98
1. En droit des investissements.....	98
2. En matière d'arbitrage commercial international.....	101
B. L'irrecevabilité due à l'existence de clauses limitatives dans le traité.....	103

5. LA SAISINE PARALLÈLE DES JURIDICTIONS INTERNES107
PAR SABRINA CUENDET

I. LES CRITÈRES D'APPRÉCIATION DES RECOURS PARALLÈLES CONCURRENTS.....	110
A. Le caractère non convaincant des thèses déniaient la possibilité d'une interférence entre les procédures de droit interne et les procédures arbitrales..	110
1. Les difficultés tenant à l'identification d'un tribunal exclusivement compétent.....	111
2. La non pertinence du critère tenant à l'ordre juridique de rattachement des tribunaux.....	113
B. La nécessité de recourir à des critères souples dans l'appréciation de la concurrence des procédures.....	117
1. Le formalisme excessif des critères de la litispendance.....	117

L'ACCÈS DE L'INVESTISSEUR À LA JUSTICE ARBITRALE

2. Le recours préférable à des critères plus réalistes	122
II. LES MÉCANISMES D'ARTICULATION DES RECOURS PARALLÈLES CONCURRENTS.....	125
A. La rationalisation des voies de recours à la disposition des parties au litige	125
1. Les mécanismes d'encadrement de l'ordre d'engagement des procédures	125
2. Les mécanismes permettant d'organiser l'exclusivité ou la centralisation des recours	127
B. Le renforcement des pouvoirs d'administration de la procédure des instances juridictionnelles.....	130
1. Les solutions guidées par la déférence entre juridictions	130
2. Le recours aux injonctions à l'adresse des parties.....	134
6. LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE D'EXAMEN DES OBJECTIONS PRÉLIMINAIRES (OU LES <i>DISPOSITIVE MOTIONS</i>) DANS D'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT	137
PAR WALID BEN HAMIDA	
I. LA SOUMISSION D'UNE OBJECTION PRÉLIMINAIRE.....	145
A. Le domaine de l'objection préliminaire.....	145
1. Le caractère résiduel de l'objection	145
2. L'auteur de l'objection.....	146
3. Le délai pour introduire l'objection	147
4. L'objet de l'objection : compétence ou fond.....	149
5. La procédure accélérée devant le comité <i>ad hoc</i> en cas d'annulation	152
B. Le fondement de l'objection.....	153
1. « Manifestement »	154
2. « Dénué de fondement juridique » : La place des faits	155
II. LE TRAITEMENT DE L'OBJECTION	159
A. Le respect des droits de défense	159
B. La rapidité du traitement de l'objection.....	161
CONCLUSION	165
7. L'IMPARTIALITÉ DES TRIBUNAUX ARBITRAUX	167
PAR SARAH CASSELLA	
I. DES MOTIFS DE PARTIALITÉ PROPRES À L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT	171
A. Les motifs tenant au positionnement par rapport à une partie	171
1. Le positionnement en faveur d'une partie	172
2. Le positionnement à l'encontre d'une partie.....	174
B. Les motifs tenant au positionnement par rapport à l'objet de l'affaire	176
1. L'expression d'une opinion doctrinale.....	176
2. L'incompatibilité avec une autre fonction.....	177
II. LA PREUVE DE LA PARTIALITÉ : LA DIFFICILE TRANSPOSITION DE STANDARDS EXTÉRIEURS	178
A. La transposition limitée de la théorie des apparences.....	178

On dit traditionnellement de l'arbitrage qu'il est rapide, peu coûteux et discret, et sans doute est-ce pour cela qu'il s'est imposé comme le mode privilégié de règlement des différends entre investisseurs étrangers et États.

Mais l'examen de la pratique conduit à s'interroger – plus qu'un peu – sur la réalité ces vertus prétendues. Nul n'aura en effet manqué de constater que les procédures s'allongent, que les coûts augmentent dramatiquement et que la demande – légitime – de transparence se fait de plus en plus pressante. Les décisions au fond sont devenues rares, mais les ordonnances procédurales se multiplient, des exceptions préliminaires nouvelles voient régulièrement le jour et les questions de compétence et de recevabilité sont de plus en plus complexes.

C'est ce phénomène de « procéduralisation » que cet ouvrage se propose d'analyser. Sans parti pris et adoptant une approche strictement juridique, les différentes contributions s'attèlent non seulement à identifier cette incontestable tendance mais également à en étudier les raisons et les enjeux. C'est au fond la protection des investissements internationaux qui est ici au cœur du sujet – puisque sans protection juridictionnelle les règles de droit international sont peu de chose – ce qui lui confère une grande actualité à l'heure où le « grand public » commence à s'intéresser à la discipline, ce qui ne va pas du reste sans susciter une certaine méfiance.

Issu d'une journée d'études organisée à l'Université du Maine à l'automne 2013, cet ouvrage est le fruit d'un travail collectif impliquant universitaires et avocats spécialistes du droit international de l'investissement. Combinant aspects théoriques et forte dimension pratique, indissociables pour parvenir à une bonne compréhension des problèmes, il intéressera tout ceux qui sont confrontés à la discipline, dans leur activité académique ou en qualité d'avocat, de conseil ou d'arbitre.