
Le Règlement des Différends entre Investisseurs et Etats Rétrospective de la politique de l'UE et comparaison avec l'ALENA - Actualité du propos dans le cadre du CETA

Auteur : Vandormael, Mathilde

Promoteur(s) : Dehousse, Franklin

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en gestion

Année académique : 2016-2017

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/2654>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

Le Règlement des Différends entre Investisseurs et Etats

Rétrospective de la politique de l'UE et comparaison avec l'ALENA - Actualité du propos dans le cadre du CETA

Mathilde VANDORMAEL

Jury

Promoteur :

Franklin DEHOUSSE, Professeur

Année académique 2016-2017

Lecteur :

Joseph THARAKAN, Professeur

Mémoire présenté en vue de
l'obtention du diplôme de
Master en droit, à finalité
spécialisée en gestion

INTRODUCTION	3
PREMIERE PARTIE : LES CLAUSES <i>INVESTOR STATE DISPUTE SETTLEMENT</i>	5
CHAPITRE 1ER : LE MECANISME ; SON EMERGENCE, SES RAISONS D'ETRE ET SES IMPACTS	5
SECTION 1ERE : PRESENTATION	5
SECTION 2 : LES AVANTAGES DU RECOURS A L'ARBITRAGE <i>ISDS</i>	8
SECTION 3 : LES PRINCIPALES CONTESTATIONS DU SYSTEME <i>ISDS</i>	9
CHAPITRE 2 : ANALYSE STATISTIQUE ET EMPIRIQUE DE L'<i>ISDS</i>	10
SECTION 1ERE : TENDANCES GENERALES	11
SECTION 2 : DOMAINES D'UTILISATION	12
SECTION 3 : LE COUT DE L'ARBITRAGE	13
CHAPITRE 3 : L'<i>ISDS</i> DANS LE CADRE DE L'<i>ALENA</i>	14
SECTION 1ERE : POURQUOI AVOIR CHOISI L'<i>ALENA</i> COMME BASE DE L'ETUDE PRATIQUE	14
SECTION 2 : ANALYSE DU CHAPITRE SUR L'INVESTISSEMENT	15
SOUS-SECTION 1 : LES REGLES SUBSTANTIELLES DE PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT	17
SOUS-SECTION 2 : LES REGLES PROCEDURALES DE PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT	19
SOUS-SECTION 3 : ILLUSTRATION	23
SECTION 3 : CRITIQUES	24
CHAPITRE 4 : L'<i>ISDS</i> FAVORISE-T-IL REELLEMENT L'INVESTISSEMENT ? REPONSES DES	
ETUDES ECONOMETRIQUES	27
SECTION 1ERE : PREMIERE ETUDE : BERGER, BUSSE, NUNNENKAMP ET ROY	28
SECTION 2 : SECONDE ETUDE : ARMSTRONG ET NOTTAGE	31
SECTION 3 : LES COMMENTAIRES DE YACKEE	32
SECONDE PARTIE : LES MECANISMES DE REGLEMENT DES DIFFERENDS ENTRE	
INVESTISSEURS ET ETATS DANS LES TRAITES AVEC L'UNION EUROPEENNE	34
CHAPITRE 1ER : LE MODELE CLASSIQUE DES CLAUSES <i>ISDS</i> EN EUROPE ANTE LISBONNE	34
SECTION 1ERE : DISTINCTION ENTRE LIBERALISATION DE L'INVESTISSEMENT ET	
PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT	35
SECTION 2 : LES TRAITES BILATERAUX D'INVESTISSEMENT	35
SOUS-SECTION 1: PROTECTIONS SUBSTANTIELLES DANS LES TBI	36
SOUS-SECTION 2 : PROTECTIONS PROCEDURALES DANS LES TBI	38
SECTION 3 : CRITIQUES	39
CHAPITRE 2 : LE CHANGEMENT DE COMPETENCE SUITE AU TRAITE DE LISBONNE	40
SECTION 1ERE : NOUVELLE COMPETENCE DE L'UE	41
SECTION 2 : POINT DE VUE DES ACTEURS EUROPEENS SUR L'EXERCICE DE LA COMPETENCE	
NOUVELLE	42

SECTION 3 : POSITIONNEMENT OFFICIEL ; ANALYSE DU MANDAT DE NEGOCIATION OBTENU PAR LA COMMISSION POUR NEGOCIER LES ACCORDS AVEC L'INDE, SINGAPOUR ET LE CANADA.....	46
CHAPITRE 3 : NOUVELLE VERSION DU MECANISME DANS LE CADRE DU CETA.....	50
SECTION 1ERE : PRESENTATION DE L'INVESTMENT COURT SYSTEM.....	50
SOUS-SECTION 1 : LES GARANTIES SUBSTANTIELLES DU CETA.....	51
SOUS-SECTION 2 : LES GARANTIES PROCEDURALES DU CETA.....	52
CHAPITRE 4 : L'ICS REpond-IL AUX CONTESTATIONS DE L'ISDS ?	55
SECTION 1ERE : LES CONTESTATIONS.....	55
SECTION 2 : OPPORTUNITE D'UN MECANISME DE REGLEMENT DES DIFFERENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ETATS.....	60
CONCLUSION	65
BIBLIOGRAPHIE	67

INTRODUCTION

Le 13 janvier 2015, la Commission européenne publiait les réponses de la consultation organisée afin de récolter l'opinion publique sur le mécanisme de règlement des différends entre Investisseurs et Etats (en abrégé, RDIE) tel qu'intégré dans le projet du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (en abrégé, PTCI). « La consultation », constate la Commissaire européenne chargée du commerce, Cecilia Malmström, « montre clairement l'existence d'un énorme scepticisme par rapport à l'instrument RDIE »¹. Depuis plusieurs années déjà, l'Union européenne a pris l'habitude d'intégrer ces clauses *Investor State Dispute Settlement* (en abrégé, *ISDS*). Celles-ci permettent à l'investisseur étranger qui estime que l'Etat manque à ses engagements de protection de saisir un tribunal arbitral *ad hoc* pour trancher le différend. En d'autres termes, les investisseurs étrangers bénéficient d'un mécanisme de règlement des différends qui leur est propre et les soustrait à la compétence des juridictions domestiques. Les contestations ont contraint l'Union européenne à se positionner par rapport à une éventuelle réforme de sa politique de protection de l'investissement. A l'heure de la conclusion de l'accord de libre-échange avec le Canada (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*), il convient alors de s'interroger : La politique européenne en matière d'investissement répond-elle, dans le cadre du *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (en abrégé, *CETA*), aux contestations portées à l'égard du mécanisme arbitral *Investor State Dispute Settlement* (en abrégé, *ISDS*)? Cette interrogation constitue la problématique centrale de notre exposé. Toutefois, elle ne peut, selon nous, être résolue sans passer au préalable par une analyse complète du mécanisme *ISDS*. Dans un souci de clarté, nous ferons l'usage d'un plan en deux parties.

La première partie a pour objectif de fournir au lecteur les informations utiles à la compréhension du mécanisme *ISDS* dans son ensemble. Pour ce faire, cette partie est scindée en quatre chapitres. Le premier présente de manière théorique les clauses *ISDS*. Le deuxième chapitre analyse de manière statistique le mécanisme de règlement des différends. Le troisième chapitre joint une dimension pratique à notre étude, en présentant le mécanisme arbitral tel qu'il existe dans l'Accord de libre-échange nord américain (en abrégé, *ALENA*).

¹ Communiqué de presse de la Commission européenne, « Présentation ce jour d'un rapport sur la consultation concernant la protection des investissements dans les négociations commerciales UE-Etats-Unis » du 13 janvier 2015, disponible sur : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-3201_fr.htm, visité la dernière fois le 28 avril 2017.

Ces analyses théorique, statistique et pratique sont enfin accompagnées, d'une présentation d'études économétriques. Le quatrième chapitre que cette présentation constitue nous permet ainsi, au terme de la première partie, d'appréhender le mécanisme *ISDS* dans sa globalité.

La seconde partie change de perspective et s'intéresse à l'Union européenne en tant qu'acteur politique en matière d'investissement. Cette partie se subdivise également en quatre chapitres. Le premier présente la position des Etats membres de l'UE antérieurement au traité de Lisbonne. Nous verrons l'étendue de la protection octroyée aux investisseurs par les Etats membres jusqu'en 2007. Le deuxième chapitre s'intéresse au changement de compétence afférent au traité de Lisbonne. En effet, suite à ce dernier, l'UE s'arroge la compétence de la protection de l'investissement laquelle était initialement propre aux Etats membres. A ce stade, les connaissances acquises grâce à l'approche chronologique des deux premiers chapitres nous serviront de point de repère. De la sorte, nous serons en mesure de déterminer, dans le troisième chapitre, dans quelle mesure l'UE se détache - ou non - de sa vision initiale de la protection de l'investisseur dans le *CETA*. Dans l'affirmative, nous aborderons comme piste de changement l'hypothèse que le *CETA* se rapproche davantage du modèle de l'ALENA. A ce titre, nous nous pencherons sur la connexité des contestations qui existent à l'encontre du mécanisme *ISDS* sur les deux continents. Le quatrième et dernier chapitre se nourrit des contestations présentées au chapitre précédent et évalue si celles-ci ont été prises en compte dans le cadre du *CETA*. De la sorte, nous serons en mesure de répondre à notre énoncé de départ : La politique européenne en matière d'investissement répond-elle, dans le cadre du *CETA*, aux contestations liées au mécanisme arbitral institué par le biais des clauses *Investor State Dispute Settlement*? Nous concluons sur ce résultat sans oublier de questionner l'opportunité, à l'heure actuelle, de l'inclusion de mécanismes juridictionnels ou arbitraux de protection de l'investissement. Ces deux parties sont complémentaires, la première apporte les connaissances nécessaires à la seconde. Pour la première partie, la stabilité due au temps écoulé depuis la mise en place des mécanismes *ISDS* nous permet d'adopter un point de vue davantage constatif. Tandis que la seconde, en raison du caractère récent du *CETA*, nous permet d'être plus proche des enjeux politiques et d'en adresser une critique contemporaine.

PREMIERE PARTIE : LES CLAUSES *INVESTOR STATE DISPUTE SETTLEMENT*

Dans cette première partie, nous tenterons de présenter une image complète du mécanisme des clauses de Règlement des Différends entre Investisseurs et Etats (en abrégé, RDIE), plus souvent utilisées sous leur homonyme anglais *Investor State Dispute Settlement* (en abrégé, *ISDS*). A cette fin, nous poserons le décor en étudiant l'émergence, les raisons d'être et les conséquences de ces clauses *ISDS* (Chapitre 1). Ensuite nous nous pencherons sur les chiffres que représentent l'*ISDS* (Chapitre 2). Nous donnerons un sens plus pratique à cette étude en présentant le mécanisme des clauses *ISDS* dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord américain (Chapitre 3). Nous terminerons enfin notre étude théorique, chiffrée et pratique, par une analyse économétrique (Chapitre 4). Nous obtiendrons de la sorte une image complète clé pour la suite de l'exposé.

CHAPITRE 1ER : LE MECANISME ; SON EMERGENCE, SES RAISONS D'ETRE ET SES IMPACTS

Ce premier chapitre a pour objectif d'introduire le lecteur au mécanisme *ISDS*. A cet effet nous présenterons l'arbitrage Investisseur-Etat de manière théorique. Nous placerons ce mécanisme dans son contexte historique avant d'en énoncer brièvement les avantages et inconvénients.

SECTION 1ERE : PRESENTATION

Les mécanismes de protection de l'investissement sont le cœur même des traités bilatéraux d'investissement (en abrégé, TBI) et un chapitre important des accords de libre-échange (en abrégé, ALE). Il figure dans la plupart de ces accords, parmi les mécanismes de protection, un système de règlement des différends entre Investisseurs et Etats². Dans un souci de clarté nous nous référons à ce mécanisme de règlement des différends tout à fait singulier sous l'acronyme anglais *ISDS* (*Investor State Dispute Settlement*). De manière générale, l'insertion de clauses *ISDS* offre aux investisseurs étrangers la possibilité d'attirer devant un tribunal

² *BIT* est l'acronyme de *Bilateral Investment Treaty* et *FTA* de *Free Trade Agreement*. Par ailleurs, Les deux accords de libres échanges majeurs sur base desquels les clauses *ISDS* ont été actionnées sont l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA ou *NAFTA*) et le traité sur la Charte de l'Énergie.

arbitral *ad hoc* l'Etat qui nuirait à leur investissement. En d'autres termes, si un Etat adopte une norme législative ou réglementaire, l'investisseur qui s'estime exproprié en raison de celle-ci a la faculté de demander compensation à l'Etat à l'origine du préjudice, directement devant un tribunal arbitral. Celui-ci ressemble au tribunal arbitral constitué pour les litiges commerciaux³. De la sorte, il est uniquement mis en place pour le litige en question et composé de trois juges, l'un choisi par l'Etat, l'autre par l'investisseur et le dernier par eux ensemble⁴. Il diffère cependant de l'arbitrage commercial en raison de la nature des questions soulevées : l'arbitrage commercial traite de questions d'intérêts privés, là où l'arbitrage entre investisseur et Etat, par nature, soulève des questions d'intérêt public.

Le premier traité bilatéral d'investissement fut conclu par l'Allemagne et le Pakistan en 1959⁵. Dans le courant des années soixante, les Pays-Bas, l'Italie, la Belgique et le Luxembourg imitent cette pratique, qui devient alors commune en droit international de l'investissement⁶. Cette invention européenne⁷ s'explique en majeure partie par le contexte historique. Les années soixante marquent, pour le continent européen, le début d'une vaste période de décolonisation. Les Etats nouvellement indépendants deviennent capables de nationaliser les propriétés, désormais étrangères, se trouvant sur leur territoire. Ces nationalisations s'accompagnent souvent de l'expropriation, en toute souveraineté et légalité⁸, des investisseurs étrangers. Les Etats européens sont, déjà à cette époque, de grands exportateurs de capitaux. Ils éprouvent alors le besoin de sécuriser leur investissement dans ces pays devenus instables. En effet, l'investisseur européen n'y bénéficie d'aucune garantie

³ OCDE, Document de travail de l'investissement international, « Améliorer le mécanisme de Règlement des Différends entre Investisseurs et Etats : vue d'ensemble », février 2006.

⁴ R. WELLHAUSEN, « Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7(1), 2016, pp. 117 à 135.

⁵ Les premiers *BIT* ne contiennent pas de mécanisme *ISDS* prévoyant le recours à un tribunal arbitral. Il faut attendre la création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (en abrégé, CIRDI) pour que le règlement du différend ait lieu par le biais de l'arbitrage. En 1959 il est fait référence au fait que les parties peuvent saisir la CIJ. Voir sur ce sujet : A. DE NANTEUIL, *Droit International de l'Investissement*, Paris, A. Pedone, 2014, pp. 42 à 44. Ainsi que : J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, Oxford, 2nd éd., 2015, pp. 97 à 98. C. TIETJE, et F. BAETENS, « The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership », *étude réalisée pour le Ministère des affaires étrangères néerlandais*, 2014, pp. 20 à 21.

⁶ C. LEBEN, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Louvain-La-Neuve, Bibliothèque des hautes études internationales de Paris, 2006, p. 14.

⁷ C. McLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 26.

⁸ Voir la déclaration adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 1er mai 1974 : 3201 (S-VI). *Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*, disponible sur <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>, visité la dernière fois le 31 mars 2017.

contre une éventuelle expropriation. Quand bien même celle-ci serait avérée, l'investisseur est contraint, pour obtenir une compensation, à recourir au système judiciaire national. Or, ce dernier est contestable à plus d'un titre : faible stabilité politique, non-respect du principe de légalité, partialité⁹. Il est compréhensible que ces sources d'insécurité rendent l'Etat récemment indépendant peu attractif pour un investisseur étranger, lequel préférera logiquement investir là où ses droits seront garantis. A l'inverse, l'Etat a également un intérêt à accepter l'usage des clauses *ISDS*. Les Etats subissent à leur tour un préjudice si les investisseurs n'envisagent pas leur territoire comme lieu d'investissement. S'ils veulent éviter une absence totale d'investissement, due à la situation de leur pays, ces Etats sont contraints à offrir des garanties. Dans ce contexte, offrir une alternative au système judiciaire national constitue, pour les Etats, une source potentielle d'investissement¹⁰. En résumé, les TBI, offrant l'arbitrage *ISDS*, ont émergé de cette volonté de concilier, à la fois les intérêts des Etats nouvellement indépendants et ceux des investisseurs européens. L'accès à l'arbitrage n'est d'ailleurs accessible qu'aux investisseurs étrangers. S'agissant à ce stade d'une simple introduction au mécanisme *ISDS*, nous analyserons plus concrètement leur application dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord américain (Chapitre 3) et au niveau de la politique européenne (Seconde partie).

Une partie de la doctrine déduit de l'apparition du mécanisme des clauses *ISDS* une continuation de la période coloniale¹¹. Ce courant doctrinal avance le raisonnement suivant : les clauses sont insérées dans le but de protéger l'investisseur, or ce dernier est souvent issu de pays développés, de sorte que ces clauses offrent un moyen à l'investisseur d'influencer la politique de l'Etat nouvellement indépendant. Ainsi, l'investisseur étranger qui se trouve face à une législation nationale l'empêchant de gérer son activité comme il le souhaite peut tenter d'obtenir une compensation devant un tribunal arbitral privé. Si l'Etat craint que sa mesure engendre le paiement d'une compensation, il aura tendance à revoir la législation litigieuse. Selon ce raisonnement, les clauses *ISDS* sont un instrument d'influence sur la politique des pays pauvres ou peu développés. Cependant, l'asymétrie qui semble caractériser les avantages

⁹ T. SCHULTZ, et C. DUPONT, « Investment arbitration : promoting the rule of law or over empowering investors ? », *European journal of international law*, vol. 25(4), 2014, p. 1147.

¹⁰ Y-K. KIM, « States Sued : Democracy, the Rule of Law, and Investor State Dispute settlement (ISDS) », *International Interactions*, avril 2016, pp. 1 à 26.

¹¹ T. SCHULTZ, et C. DUPONT, « Investment arbitration : promoting the rule of law or over empowering investors ? », *European journal of international law*, vol. 25(4), 2014, p. 1147.

de l'*ISDS* ne témoigne pas *de facto* d'un abus de la part des Etats développés¹². Une multitude de facteurs peuvent expliquer ce phénomène. Les litiges peuvent notamment être justifiés en raison des conditions insatisfaisantes de sécurité encadrant l'investissement. Cela peut s'expliquer par la quantité d'investissement, il paraît logique que plus le flux d'investissement vers un Etat est élevé, plus cet Etat est susceptible d'être la cible d'un recours à l'arbitrage¹³. Si on peut trouver un fondement à l'argument néocolonial pour expliquer l'émergence des clauses *ISDS*, la viabilité de celui-ci dans le contexte actuel est incertaine. Les parties aux accords utilisant l'*ISDS* sont désormais sur un même pied d'égalité, tant du point de vue de leur développement économique que du point de vue de la fiabilité de leur système judiciaire, comme en témoigne l'accord de libre-échange entre le Canada et l'Union européenne (*CETA*).

SECTION 2 : LES AVANTAGES DU RECOURS A L'ARBITRAGE *ISDS*

En 2015, il existait à peu près 3000 traités bilatéraux d'investissement ainsi qu'un nombre croissant de traités de libre-échange qui contenaient un mécanisme *ISDS*¹⁴. Cette abondante utilisation du recours au mécanisme arbitral confère à notre sujet une dimension considérable, surtout en raison des critiques émises à son encontre. Toutefois, avant de nous pencher sur celles-ci, il nous semble plus approprié de commencer par présenter les aspects positifs du recours à l'arbitrage. A cet effet, il convient de distinguer le point de vue de l'investisseur et celui de l'Etat ; les avantages pour le premier n'étant pas similaires à ceux du second.

Du côté de l'investisseur, le mécanisme *ISDS* lui permet, avant tout, de contourner les juridictions étatiques¹⁵. Il s'en suit divers avantages. Premièrement, sans compter la garantie qu'offre le mécanisme contre la partialité¹⁶, le by-pass des juridictions étatiques épargne à l'investisseur l'attente caractéristique des procédures devant les juridictions nationales^{17/18}. Le

¹² S. FRANCK, « Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration », *North Carolina Law Review*, vol. 86, 2007, pp. 26 à 35.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Document de travail de la Commission européenne, Le règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE) quelques faits et chiffres, 2015.

¹⁵ J. KOKOTT et C. SOBOTTA, « Investment Arbitration and EU Law », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, pp. 4 à 5.

¹⁶ S. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, pp. 1599 à 1600.

¹⁷ En raison notamment de l'encombrement des cours et tribunaux.

¹⁸ N. HACHEZ et J. WOUTERS, « International Investment Dispute Settlement in the 21 century: Does the preservation of the public interest require an alternative to the arbitral model ? », *Cambridge University Press*, 2012, pp. 417 à 449.

deuxième avantage touche à la nature même des parties au litige. L'investisseur peut attirer, directement devant le tribunal arbitral, l'Etat qu'il estime à l'origine de son préjudice. Ceci lui épargne alors le recours aux mesures diplomatiques propres au règlement des différends entre Etats¹⁹. S'il en était différemment, l'investisseur devrait solliciter l'Etat de sa nationalité pour que ce dernier exerce l'action²⁰. L'investisseur n'est de la sorte plus tributaire de la bienveillance de l'Etat pour agir, ce qui lui offre une garantie supplémentaire²¹. Enfin, bien que les coûts liés à l'arbitrage soient élevés, il peut se révéler dans certains cas moins onéreux que le système judiciaire national. En effet, l'investisseur voit son litige tranché à court délai, sans possibilité d'appel et sans exposer de potentiels frais supplémentaires lié au fait qu'il méconnaîtrait les règles gouvernant la juridiction étrangère²².

Du côté de l'Etat, les avantages ne sont pas aussi clairs. En concédant à l'investisseur la faculté de le poursuivre devant un tribunal arbitral, l'Etat espère augmenter le flux d'investissement sur son territoire. En d'autres termes, l'Etat revêt son plus bel habit pour séduire l'investisseur dans l'espoir qu'il y débourse son capital²³. L'Etat n'a cependant aucune garantie que l'investissement augmentera *de facto*. Cette relation particulière fera l'objet du chapitre 4 ; nous étudierons s'il existe une corrélation entre l'instauration de mécanismes de protection tel l'*ISDS* et le flux d'investissement dans les Etats parties aux accords.

SECTION 3 : LES PRINCIPALES CONTESTATIONS DU SYSTEME *ISDS*

Le mécanisme de règlement des différends entre Investisseurs et Etats soulève de multiples interrogations. A ce stade, nous les énonçons de manière théorique, nous verrons plus tard comment elles trouvent à s'appliquer dans des cas concrets. Tout d'abord, l'entrave à la souveraineté de l'Etat et plus précisément à sa capacité de légiférer - en raison des pressions que l'investisseur peut exercer sur l'Etat d'accueil de l'investissement - constitue la plus vive

¹⁹ C. LEBEN, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Louvain-La-Neuve, Bibliothèque des hautes études internationales de Paris, 2006, p. 9 à 21.

²⁰ N. HACHEZ et J. WOUTERS, « International Investment Dispute Settlement in the 21 century: Does the preservation of the public interest require an alternative to the arbitral model ? », *Cambridge University Press*, 2012, pp. 417 à 449.

²¹ C. TIETJE, et F. BAETENS, « The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership », *étude réalisée pour le Ministère des affaires étrangères néerlandais*, 2014, p. 22.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

objection au mécanisme *ISDS*²⁴. A côté de celle-ci, le potentiel manque d'indépendance et d'impartialité des arbitres est souvent mis en exergue²⁵. L'insuffisante transparence qui encadre le processus arbitral est à son tour décriée comme inapproprié aux contestations dont l'Etat est partie²⁶. L'absence d'une procédure de révision²⁷ est contestée en raison du manque de cohérence qu'il engendre au sein du système arbitral²⁸. Il est également allégué que les clauses *ISDS* violent les principes d'égalité des citoyens et de non-discrimination, étant donné l'ouverture du mécanisme aux seuls investisseurs étrangers. Le mécanisme de l'arbitrage de type *ISDS* en tant que tel est aussi remis en question du point de vue de la légitimité d'utiliser une pratique commerciale pour régler un différend avec une entité publique²⁹. Nous verrons comment ces contestations trouvent à s'appliquer en analysant d'abord, la protection qu'octroie les clauses *ISDS* dans le cadre de l'ALENA (Chapitre 3) et, plus tard, leur appréhension par l'Union européenne (Seconde partie).

CHAPITRE 2 : ANALYSE STATISTIQUE ET EMPIRIQUE DE L'*ISDS*

L'analyse statistique et empirique à laquelle nous nous livrons dans ce chapitre nous permettra de juger de l'ampleur du mécanisme *ISDS* dans le contexte actuel. Nous espérons de la sorte répondre aux questions que le lecteur a pu se poser à la suite de la présentation théorique.

²⁴ Y-K. KIM, « States Sued : Democracy, the Rule of Law, and Investor State Dispute settlement (ISDS) », *International Interactions*, avril 2016, pp. 1 à 26. Y-K. KIM, « States Sued : Democracy, the Rule of Law, and Investor State Dispute settlement (ISDS) », *International Interactions*, avril 2016, pp. 1 à 26. R. GEIGER, « Les procédures d'arbitrage dans les accords d'investissement de l'Union européenne. L'enjeu des traités transatlantiques », *Revue internationale de droit économique*, 2015/4 p. 456. C. TIETJE, et F. BAETENS, « The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership », *étude réalisée pour le Ministère des affaires étrangères néerlandais*, 2014, pp. 39 à 48.

²⁵ N. HACHEZ et J. WOUTERS, « International Investment Dispute Settlement in the 21 century: Does the preservation of the public interest require an alternative to the arbitral model ? », *Cambridge University Press*, 2012, pp. 9 à 12.

²⁶ *Ibidem*.

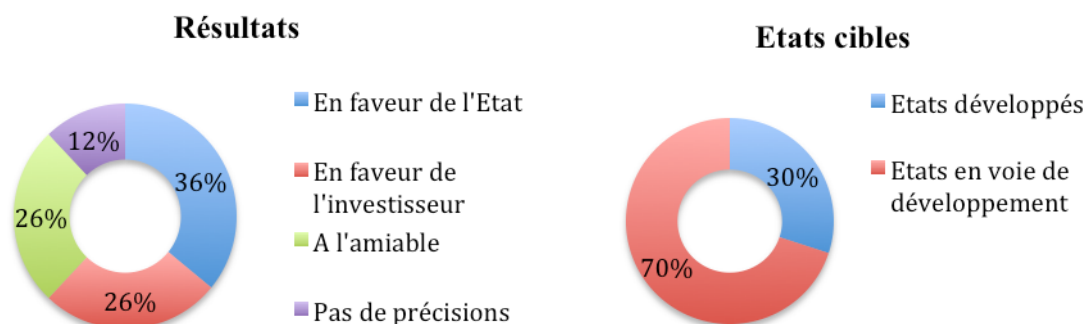
²⁷ Il existe quelques moyens de remise en cause des décisions arbitrales mais pas de procédure d'appel à proprement parler. A ce sujet : OCDE, Document de travail sur l'investissement international, « Améliorer le mécanisme de Règlement des Différends entre Investisseurs et Etats : vue d'ensemble », 2006.

²⁸ S. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, pp. 1604 à 1606 ; C. YANNACA SMALL, « Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats : vue d'ensemble », *Document de travail de l'OCDE sur l'investissement international*, 2006, pp. 9 à 16, disponible sur <https://www.oecd.org/fr/chine/38046824.pdf>, visité la dernière fois le 3 avril 2017.

²⁹ A. MILLS, « Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration », *Journal of International Economic Law*, vol. 14, 2011, pp. 488 à 489.

SECTION 1ERE : TENDANCES GENERALES

De manière générale, le nombre de litiges survenus en raison d'une clause *ISDS* n'a cessé d'augmenter ces dernières années³⁰. Il est donc important de prendre en compte le résultat des affaires, étant donné que leur augmentation entraîne des conséquences budgétaires pour les Etats. En 2015, la Commission des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (en abrégé, CNUCED) estimait le nombre de litiges survenus par le biais d'un mécanisme *ISDS* à 696. Parmi ces demandes d'arbitrage, 444 affaires ont été résolues, 36% en faveur de l'Etat, 26% en faveur de l'investisseur et 26% des affaires ont été résolues à l'amiable³¹. Si les Etats gagnent plus souvent que les investisseurs, ces statistiques sont à considérer avec prudence. L'arbitrage n'est pas toujours soumis à une obligation de publication des décisions. De plus, l'investisseur sera considéré gagnant alors même qu'aucune compensation monétaire ne lui est octroyée ou que celle-ci est considérablement inférieure à la demande initiale. Il en va de même pour lorsque l'Etat sera considéré vainqueur car la demande de l'investisseur est rejetée pour des raisons procédurales. En outre, un Etat est considéré comme « gagnant » tout simplement lorsqu'il n'est pas condamné, donc qu'il n'est juste « pas perdant ».



La plupart des litiges ont lieu en raison des traités bilatéraux d'investissement, de la Charte européenne sur l'Énergie, ou de l'ALENA. En ce qui concerne les Etats cibles de l'investissement, 70% des Etats sont considérés comme en voie de développement³². Il existe donc environ 30% de plaintes dirigées envers les Etats développés. Parmi ces 30%, les litiges les plus communs sont ceux entre Etats européens dans le cadre de l'application de la Charte sur l'Énergie.

³⁰ CNUCED, « Investor State Dispute Settlement : Review of Developments in 2015 », 2015, disponible sur http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d4_en.pdf, visité la dernière fois le 31 mars 2017.

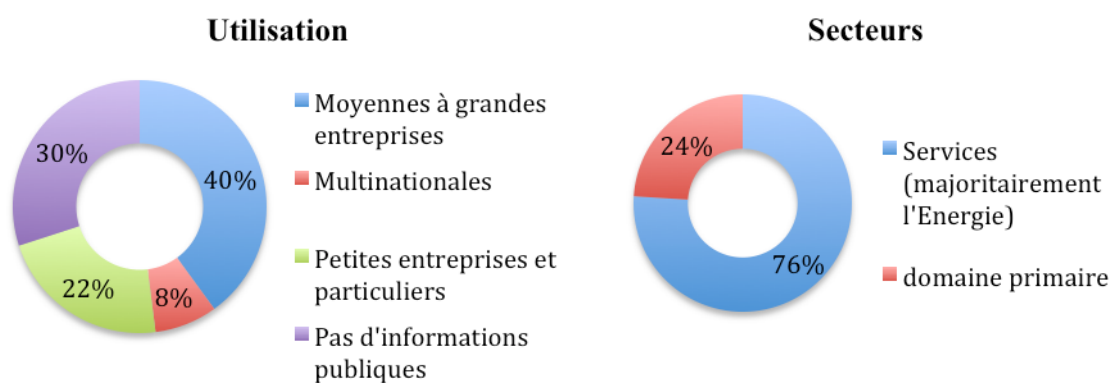
³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

SECTION 2 : DOMAINES D'UTILISATION

En ce qui concerne les secteurs clés dans lesquels l'arbitrage survient, 76% des affaires ont lieu dans le domaine des services. Plus précisément, les trois domaines majeurs sont : en premier lieu, la fourniture d'électricité et de gaz ; en second lieu, la construction ; en troisième lieu, les services financiers et d'assurance³³. Au niveau de la fourniture de gaz et d'électricité, le premier chef de contestation des investisseurs est la prise de normes législatives dans le secteur de l'énergie renouvelable. Les autres contestations relèvent du domaine primaire de production.

Selon une étude récente³⁴, la majeure partie des investisseurs qui font usage du mécanisme *ISDS* sont originaires des Etats-Unis. Ils sont suivis par le Canada, l'Italie, les Pays-Bas, l'Angleterre, l'Espagne et la France. Ils proviennent, par conséquent, essentiellement de pays développés³⁵. Les investisseurs représentent principalement les moyennes et grandes entreprises ainsi que des multinationales. Plus précisément, près de la moitié des investisseurs sont issus d'entreprises employant au minimum 500 personnes. Ceci s'explique par le coût élevé que représente l'arbitrage. Les particuliers et petites entreprises contribuent cependant à près d'un quart des recours à l'*ISDS*.



³³ *Ibidem*.

³⁴ S. FRANCK, « Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration », *North Carolina Law Review*, vol. 86, 2007 pp. 49 et s.

³⁵ *Ibid.* pp. 29 à 30.

SECTION 3 : LE COUT DE L'ARBITRAGE

Le coût élevé de l'arbitrage est un désavantage souvent mis en avant par les détracteurs du mécanisme *ISDS*³⁶. Il est perçu comme un frein à l'utilisation de l'arbitrage par les particuliers et les petites entreprises. Selon les chiffres de l'OCDE, le coût moyen pour les deux parties à l'arbitrage, à l'exclusion des frais d'avocat, s'élève à 8 millions de dollars américains³⁷. Ils peuvent toutefois s'élever à près de 30 millions de dollars. Il convient d'insister sur le fait que l'Etat, quand bien même il serait le « vainqueur » de l'arbitrage *ISDS*, devrait toujours supporter les frais de procédure et de conseil. Ces coûts élevés et inévitables si l'Etat est attrait devant le tribunal arbitral, constituent pour les détracteurs du mécanisme *ISDS*, une nouvelle atteinte à la capacité de réguler³⁸. Certes, les arbitres pourraient octroyer au vainqueur de l'arbitrage une compensation pour les frais de procédure et de conseil, toutefois, la pratique démontre que cette répercussion des coûts sur le perdant est rare³⁹. De plus, lorsque les arbitres utilisent de cette faculté, le montant qu'ils octroient pour couvrir ces frais sont en moyenne éloignés de la réalité des sommes dépensées⁴⁰. Nous analyserons si le *CETA* a pris en compte ce désavantage *supra*⁴¹.

La problématique de la différence entre le montant demandé et alloué est intéressante à plus d'un titre. Une étude récente établit une différence considérable entre ces deux montants⁴². Dans l'affaire *Methanex contre Etats-Unis*⁴³, le montant demandé s'est élevé à 1 milliard d'euros, alors que, en définitive, aucune compensation n'a été octroyée⁴⁴. Dans l'affaire *Feldman contre Mexique*⁴⁵, la demande s'est élevée à 50 millions et la reconnaissance de faute

³⁶ L. POULSEN, J. BONNITCHA et J. YACKEE, « Transatlantic Investment Treaty Protection », *CEPS Special Report*, n° 102, 2015, pp. 17 à 24. Dans le même sens : S. FRANCK, « Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration », *North Carolina Law Review*, vol. 86, 2007, pp. 49 et s.

³⁷ Sur l'estimation des coûts, voy. : D. GAUKRODGER et K. GORDON, « Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community », *OECD Working Papers on International Investment*, 2012, pp. 58 à 60.

³⁸ S. FRANCK, « Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration », *North Carolina Law Review*, vol. 86, 2007, pp. 66 à 67.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Partie 2, Chapitre 4, Section 1.

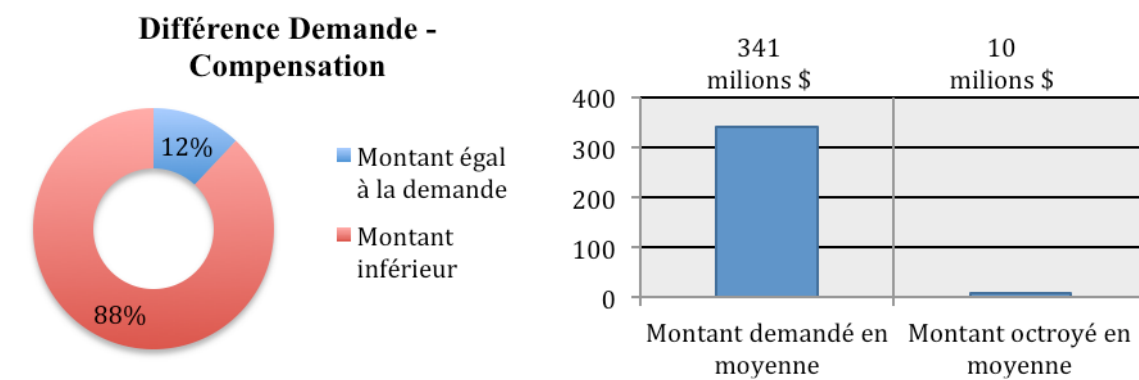
⁴² *Ibid.* pp. 49 et s.

⁴³ *Methanex Corporation c. Etats-Unis d'Amérique*, CNUDCI, 3 août 2005.

⁴⁴ S. FRANCK, « Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration », *North Carolina Law Review*, vol. 86, 2007, pp. 49 et s.

⁴⁵ *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, (aussi connu comme l'affaire « *Marvin Feldman v. Mexico* »), CIRDI, 16 décembre 2002.

a entraîné une compensation de 9 millions de dollars. En réalité, seules 12% des affaires affichent un montant demandé égal à ce qui est reçu. Dans les autres cas, ce montant est inférieur⁴⁶. En moyenne, les demandes s'élèvent à 341 millions de dollars américains et les compensations à 10 millions. Il convient dès lors de tenir compte de cette différence lorsqu'on envisage les risques liés à l'arbitrage pour les Etats.



CHAPITRE 3 : L'ISDS DANS LE CADRE DE L'ALENA

Dans ce chapitre, nous analyserons les libellés de l'ALENA traitant du mécanisme prévu par les clauses *ISDS*. Ainsi, nous serons en mesure d'adopter un point de vue plus pratique et cerner ce que ces clauses *ISDS* impliquent pour les Investisseurs et les Etats parties à un accord les utilisant.

SECTION 1ERE : POURQUOI AVOIR CHOISI L'ALENA COMME BASE DE L'ETUDE PRATIQUE ?

Avant toute chose, il est essentiel d'expliquer pourquoi nous avons choisi l'ALENA comme point de départ. Il existe trois raisons majeures qui nous ont conduits à choisir le modèle *ISDS* établi dans l'ALENA comme base d'analyse pratique. Premièrement, ce traité constitue une référence, tant en raison de l'importance des parties qui le composent, qu'en raison du nombre de litiges survenus en son nom. Plus de cinquante litiges ont été tranchés dans le cadre du chapitre onze de l'ALENA. Ce nombre est un des plus élevés qu'on puisse trouver dans les traités de libre-échange, ce qui fait de l'ALENA un acteur important dans le développement du droit international de l'investissement. Deuxièmement, tandis que les clauses d'arbitrage

⁴⁶ S. FRANCK, « Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration », *North Carolina Law Review*, vol. 86, 2007, pp. 49 et s.

pour régler les différends entre Investisseurs et Etats demeuraient auparavant uniquement utilisées dans les traités bilatéraux d'investissement, l'ALENA applique ce mécanisme à une échelle pluri-étatique. Il est de la sorte le premier traité de libre-échange américain réellement effectif et s'inscrit parmi les plus grands du monde⁴⁷ à inclure un mécanisme *ISDS*⁴⁸. Troisièmement, L'ALENA, par son caractère matriciel, a servi de repère à de nombreux traités postérieurs, et a ainsi favorisé le développement du droit international de l'investissement⁴⁹. Pour ces raisons, nous avons jugé nécessaire de l'analyser en profondeur, tant dans ses aspects positifs que négatifs, ce qui nous permettra, par la suite, d'établir comment l'Union européenne s'en est éventuellement inspirée ou détachée (Seconde partie).

SECTION 2 : ANALYSE DU CHAPITRE SUR L'INVESTISSEMENT

L'objectif premier de l'ALENA est d'améliorer l'économie du Canada, des Etats-Unis et du Mexique en éliminant les barrières au commerce et à l'investissement qui augmentent le coût des échanges⁵⁰. Un moyen d'atteindre cet objectif figure dans le chapitre onze de l'ALENA.

Ce chapitre traite exclusivement de l'investissement⁵¹, il résulte d'un compromis entre d'une part les Etats-Unis et le Canada, pays développés, et d'autre part le Mexique, pays émergent.

⁴⁷ Selon le gouvernement des Etats-Unis, le montant total des transactions relatives au commerce de biens et services sous ce traité de libre échange a atteint plus de 12 milles milliards de dollars en dix ans. Voir les fiches d'informations disponibles sur site du gouvernement américain pour le détail des chiffres, disponible sur <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/archives/2004/july/nafta-decade-success>, visité la dernière fois le 16 avril.

⁴⁸ P. FOY et R. DEANE, « Foreign Investment Protection under Investment Treaties: Recent Developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement », *Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, 2001, p. 302.

⁴⁹ Point de vue partagé également dans : J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, Oxford, 2nd éd., 2015 p. 113.

⁵⁰ M. STAFF et C. LEWIS, « Arbitration under Nafta Chapter 11 : Past, Present, and Future », *Houston Journal of International Law*, vol. 25, 2003, pp. 302 à 333.

⁵¹ L'article 1139 de l'ALENA définit l'investissement tombant sous le champ d'application du chapitre 11. Ainsi libellé : « investissement désigne: a) une entreprise; b) un titre de participation d'une entreprise; c) un titre de dette d'une entreprise (i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou (ii) lorsque l'échéance originelle du titre de dette est d'au moins trois ans, mais n'englobe pas un titre de dette, quelle que soit l'échéance originelle, d'une entreprise d'État; d) un prêt à une entreprise (i) lorsque l'entreprise est une société affiliée de l'investisseur, ou (ii) lorsque l'échéance originelle du prêt est d'au moins trois ans, mais n'englobe pas un prêt, quelle que soit l'échéance originelle, à une entreprise d'État; e) un intérêt dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de partager les revenus ou les bénéfices de l'entreprise; f) un intérêt dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de recevoir une part des actifs de cette entreprise au moment de la dissolution, autre qu'un titre de dette ou qu'un prêt exclu de l'alinéa c) ou d); g) les biens-fonds ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou d'autres objets commerciaux; et h) les intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire, par exemple en raison: (i) de contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la Partie, notamment contrats clé en main ou contrats de construction ou concessions, ou (ii) de contrats dont la rémunération dépend en grande partie de la production, du chiffre d'affaires ou des bénéfices d'une entreprise; mais ne désigne pas i) les créances découlant

Dès les négociations de l'accord, les vues divergèrent quant à l'inclusion d'une possibilité d'arbitrage entre Investisseurs et Etats. D'un côté, le Mexique n'est pas en faveur de l'ajout de clauses *ISDS*, préférant régler les différends entre Investisseurs et Etats au sein des juridictions étatiques⁵². De l'autre côté, le Canada, d'abord, et les Etats-Unis, ensuite, défendirent l'ajout de ces clauses dans le traité. En définitive, la vision canadienne l'a emporté⁵³. Par ailleurs, ce bref aperçu historique corrobore le point soulevé précédemment selon lequel l'*ISDS* est un mécanisme généralement sollicité par les investisseurs issus de pays riches et développés⁵⁴.

L'ALENA met en place une procédure qui permet aux Etats parties à l'accord de saisir un tribunal arbitral *ad hoc* lorsqu'un investisseur étranger, ressortissant d'un des trois Etats, s'estime lésé par une mesure prise par un autre Etat contractant⁵⁵. A l'issue de l'arbitrage, l'Etat peut être condamné à octroyer à l'investisseur une compensation pécuniaire. Les arguments en faveur du mécanisme *ISDS* sont ceux que nous avons exposés brièvement au chapitre premier. Il s'agit de la volonté de contourner les juridictions étatiques et les désavantages y afférant⁵⁶. D'une part, nous retrouvons les arguments de perte de temps, du manque de confidentialité, du recours à la protection diplomatique⁵⁷. D'autre part, figure également le manque de confiance en l'impartialité des juges nationaux⁵⁸. Les parties craignent qu'en saisissant la juridiction de l'Etat d'accueil de l'investissement, celle-ci décide

uniquement: (i) de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services par un ressortissant ou une entreprise sur le territoire d'une Partie à une entreprise située sur le territoire d'une autre Partie; ou (ii) l'octroi de crédits pour une opération commerciale, telle que le financement commercial, autre qu'un prêt visé à l'alinéa d); ou j) toute autre créance à l'exclusion des intérêts visés aux alinéas a) à h) »

⁵² S. DE LA PARA, et S. PUIG, « Is Investment Arbitration Good or Bad for Developing Countries? The Mexican Experience in the North American Free Trade Agreement Context. », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 61 à 106. Dans le même sens : R. LEVIN, S. MARIN, « NAFTA Chapter Eleven : Investment and Investment Disputes », *Kluwer Law International*, 1996, p. 6.

⁵³ S. McBRIDE, «Recovering Sovereignty : NAFTA chapter 11 Dispute Settlement procedures and the Issue of Public-Private authority», *Canadian Journal of Political Science*, vol. 39(4), 2006, pp. 755 à 775.

⁵⁴ *Infra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1.

⁵⁵ Cette procédure est prévue par l'article 1117 de l'ALENA. Pour plus d'informations sur ce point, voy. : N. SEARS, « NAFTA Chapter 11 : Are the dispute resolution procedures worth the investment », *Law & Business Review of the Americas*, 2014, pp. 1 à 4. En ce sens : R. SANDOVAL, « Chapter Eleven : Investments under North American Free Trade Agreement », *Saint Mary's Law Journal*, 1994, pp. 4 à 5.

⁵⁶ R. LEVIN, S. MARIN, « NAFTA Chapter Eleven : Investment and Investment Disputes », *Kluwer Law International*, 1996, p. 1.

⁵⁷ Seuls les Etats sont en général compétents pour saisir d'autres Etats lors d'un litige international. Dans le cadre de l'ALENA les investisseurs particuliers ont le droit de saisir directement un tribunal de leur requête à l'encontre d'un Etat. Ceci a été confirmé suite à l'affaire *Metalclad Corporation c. Mexique*, CIRDI, 30 août 2000.

⁵⁸ R. LEVIN, S. MARIN, « NAFTA Chapter Eleven : Investment and Investment Disputes », *Kluwer Law International*, 1996, p. 6.

presque automatiquement en faveur de son Etat et des politiques d'intérêt général ou économique qu'il poursuit, sans se soucier des intérêts de l'investisseur étranger⁵⁹. Le mécanisme *ISDS* devrait alors attirer les investisseurs qui ont, par ce biais, des garanties de sécurité supplémentaires⁶⁰.

En ce qui concerne le texte même du chapitre onze de l'ALENA, il est scindé en trois parties distinctes : la partie A énonce les règles substantielles, la partie B examine les règles procédurales et la dernière partie C renvoie à quelques définitions. Nous les aborderons en suivant l'ordre du traité, d'abord les règles substantielles (Sous-section 1) et ensuite les règles procédurales (Sous-section 2). Les définitions n'occuperont pas une partie définie mais seront analysées tout au long du chapitre.

SOUS-SECTION 1 : LES REGLES SUBSTANTIELLES DE PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT

En résumé, les règles substantielles énoncent que l'investisseur a le droit de voir son investissement traité de manière juste, équitable et conforme aux règles de droit international⁶¹ et selon les principes du traitement national⁶², et de la nation la plus favorisée⁶³. Il est également assuré que toute expropriation qui ne tombe dans le champ d'une exception doit donner lieu à une compensation⁶⁴. Ces règles protégeant l'investisseur sont tout à fait classiques, et sont à ce titre, présentes dans la plupart des TBI insérant des clauses *ISDS*⁶⁵.

Le premier principe du *traitement national* enjoint à l'Etat d'accueil de l'investissement de traiter l'investisseur étranger comme il traiterait les investisseurs nationaux sur son territoire⁶⁶. Ce premier principe accompagne inéluctablement le principe de la *nation la plus favorisée*, lequel étend automatiquement au bénéficiaire de la clause tous les avantages qu'octroie l'Etat

⁵⁹ N. SEARS, « NAFTA Chapter 11 : Are the dispute resolution procedures worth the investment », *Law & Business Review of the Americas*, 2014, pp. 1 à 4.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Article 1105 de l'ALENA.

⁶² Article 1102 de l'ALENA.

⁶³ Article 1103 de l'ALENA.

⁶⁴ Article 1110 de l'ALENA.

⁶⁵ C. LEBEN, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Louvain-La-Neuve, Bibliothèque des hautes études internationales de Paris, 2006, p. 15.

⁶⁶ Pour plus de précisions sur la notion de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée, voy. : C. CREPET DAIGREMONT, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », dans C. LEBEN, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Louvain-La-Neuve, Bibliothèque des hautes études internationales de Paris, 2006, pp. 107 à 162.

d'accueil de l'investissement aux Etats tiers⁶⁷. L'inclusion de clauses de *traitement juste et équitable* est plus difficile à définir en raison de ses contours vagues. Il est fait référence, contrairement à ce que nous verrons dans le cadre des TBI européens⁶⁸, au « *customary international law minimum standard of treatment* »^{69/70}. Ce principe de conformité aux standards minimums garantis par le droit international coutumier n'est pas, à sa simple lecture, révélateur d'une protection claire. Par conséquent, les contours dans le texte initial de l'ALENA restent vagues, ce qui engendre parfois des interprétations discordantes, lesquelles atténuent donc la sécurité juridique.

L'investisseur bénéficie d'un droit à une compensation pécuniaire en cas d'expropriation. L'ALENA prévoit, contrairement à ce que nous verrons dans le cadre des TBI européens, que l'expropriation s'étend tant aux expropriations directes qu'indirectes. Toutefois, les critères pris en compte pour établir l'expropriation indirecte sont stricts, ce qui fait en sorte que sa compensation soit rare en pratique⁷¹. La jurisprudence restreint volontairement cette notion afin de préserver au mieux la capacité de l'Etat à réguler⁷². Il y a un caractère quasi-automatique entre l'expropriation ou la nationalisation et la compensation. Il est prévu que certaines expropriations puissent avoir lieu dans l'intérêt général, cependant même si elles sont à ce titre légitimes, elles ne suppriment pas le droit de l'investisseur d'obtenir compensation. Pour déterminer le montant de la compensation, l'arbitre peut uniquement prendre en compte la valeur de l'expropriation ; à l'inverse de ce qui est prévu dans TBI européens, les dommages punitifs ne peuvent en faire l'objet⁷³. De plus, l'évaluation de celle-

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Supra* p. 43.

⁶⁹ Article 1105 de l'ALENA. Voy à ce sujet : P. FOY et R. DEANE, « Foreign Investment Protection under Investment Treaties: Recent Developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement », *Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, 2001, pp. 311 à 331.

⁷⁰ La traduction française de cette précision du principe du traitement juste et équitable : 'conformément aux standards minimums garantis par le droit international coutumier'

⁷¹ Article 1110 de l'ALENA.

⁷² Affaire *Pope & Talbot Inc. c. gouvernement du Canada*, CNUDCI, 20 juin 2000 : « ...une simple atteinte ne constitue pas une expropriation; il faut qu'il y ait un degré élevé de privation des droits de propriété fondamentaux » ; Affaire *S.D. Myers* : « les expropriations impliquent généralement la privation des droits de propriété; les réglementations [constituent] une moindre atteinte » ; Affaire *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, CIRDI, 16 décembre 2002 : « l'action réglementaire n'avait pas privé le requérant du contrôle de sa société, gêné directement les opérations internes de la société ou évincé le requérant de sa place d'actionnaire majoritaire. Le requérant est libre de poursuivre d'autres lignes d'activité commerciale...Il a, certes, été effectivement empêché d'exporter des cigarettes...mais cela n'équivaut pas à une privation du contrôle de sa société ».

⁷³ Article 1135 de l'ALENA.

ci se fait à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié⁷⁴. Cette valeur est déterminée suivant plusieurs critères mentionnés dans le traité tels que la valeur de l'investissement pour une entreprise en *going concern*⁷⁵, la valeur de l'actif ou la valeur fiscale déclarée⁷⁶.

Il convient de porter une attention particulière au mécanisme d'*amicus curiae*. Ce dernier offre aux parties tierces au litige entre l'Investisseur et l'Etat, qui estiment avoir un intérêt à l'affaire en cours, la faculté de se faire entendre. Dans le cadre de l'ALENA les plaintes *amicus curiae* sont déjà admises sous conditions⁷⁷. De la sorte, les organisations non gouvernementales peuvent assister à l'arbitrage et émettre leur opinion⁷⁸. L'accueil de ces plaintes devrait atténuer les critiques liées au manque d'implication de la société civile dans le litige arbitral et en augmenter la légitimité. Il n'existe cependant aucune garantie que les commentaires des parties tierces soient pris en compte par les arbitres.

SOUS-SECTION 2 : LES REGLES PROCEDURALES DE PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT

Après l'ébauche des règles substantielles relatives au mécanisme *ISDS* de l'ALENA, il reste à en préciser les règles procédurales. Concrètement, la procédure peut être réglée par trois corps de règles au choix des parties⁷⁹ : soit les règles de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (en abrégé, CNUDCI⁸⁰), soit la Convention du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (en abrégé, CIRDI⁸¹), soit le Mécanisme supplémentaire du CIRDI⁸². En réalité toutefois, la convention du CIRDI ne peut être utilisée pour les litiges relatifs au chapitre onze car les Etats-Unis en

⁷⁴ Article 1110 de l'ALENA.

⁷⁵ Il s'agit d'une technique de valorisation qui considère la valeur de l'investissement pour une entreprise dans l'optique que l'entreprise ne sera pas liquidée, mais continuera son activité sur le long terme.

⁷⁶ R. SANDOVAL, « Chapter eleven : Investment under the North American Free Trade Agreement », *Saint Mary's Law Journal*, vol. 25, 1994, p. 4.

⁷⁷ Article 1128 de l'ALENA ; Commission de libre-échange de l'ALENA, « Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation », 2003, disponible sur www.state.gov/documents/organization/38791.pdf, visité le 29 mars 2017.

⁷⁸ C. KNAHR, « Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration », *Oxford Arbitration International*, vol. 23, 2007.

⁷⁹ Article 1120 de ALENA.

⁸⁰ L'acronyme anglais *UNCITRAL* (*United Nations Commission on International Trade Law*) est également régulièrement utilisé.

⁸¹ L'acronyme anglais *ICSID* (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) est également régulièrement utilisé.

⁸² Article 1120 de l'ALENA.

sont les seuls signataires⁸³. Il nous semble utile, dans ce contexte, de préciser ce que constituent le CIRDI et la CNUDCI.

Le CIRDI a été créé suite à l'accord multilatéral de Washington le 18 mars 1965⁸⁴. Sur le plan institutionnel, il est lié au système de la Banque mondiale. Cette institution est clé pour deux raisons. Premièrement, elle a établi la majorité des règles relatives aux différends entre investisseurs et Etats⁸⁵. Deuxièmement, une partie considérable des litiges en droit international de l'investissement se déroule en son sein⁸⁶. A cet effet, il convient de préciser que le CIRDI n'est pas une juridiction *per se*, il s'agit uniquement du forum dans le cadre duquel les tribunaux arbitraux peuvent s'établir. Ainsi, le CIRDI met en place deux mécanismes : soit le mécanisme général reposant sur la convention CIRDI, soit le Mécanisme supplémentaire. La première procédure est caractérisée par une phase de conciliation préalable et, en cas d'échec de cette dernière, par un arbitrage suivant les règles de la Convention de Washington. La seconde procédure date de 1978 et se caractérise également par une phase de conciliation préalable à l'arbitrage⁸⁷. Les règles sont assez semblables à celles de la première procédure. Toutefois, ce Mécanisme supplémentaire trouve son utilité en tant qu'il permet à l'arbitrage de s'appliquer aux Etats non signataires de la convention de Washington. Le Mécanisme supplémentaire étend, en quelque sorte, le champ d'application de cette convention par le biais de textes distincts⁸⁸. Cette seconde procédure n'est cependant pas tout à fait similaire à la première. Certaines provisions de la Convention de Washington ne trouvent pas leur équivalent au sein du Mécanisme supplémentaire. Ainsi dans le cadre du Mécanisme supplémentaire, les sentences ne sont pas exécutoires de plein droit, alors que l'inverse est expressément prévu par la Convention de Washington⁸⁹. En outre, la procédure en annulation est absente du Mécanisme supplémentaire⁹⁰.

⁸³ M. STAFF et C. LEWIS, « Arbitration under Nafta Chapter 11 : Past, Present, and Future », *Houston Journal of International Law*, vol. 25, 2003, pp. 302 à 333.

⁸⁴ Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, conclue à Washington le 18 mars 1965, entrée en vigueur le 14 octobre 1966.

⁸⁵ A. DE NANTEUIL, *Droit International de l'Investissement*, Paris, A. Pedone, 2014, pp. 215 à 221.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Article 53 de la Convention de Washington de 1965 : « (1) La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence conformément à ses termes, sauf si l'exécution en est suspendue en vertu des dispositions de la présente Convention. ».

⁹⁰ Article 52 de la Convention de Washington de 1965.

A côté du CIRDI, le règlement de la CNUDCI est également souvent utilisé⁹¹. Les parties sont libres de demander l'application de ce mécanisme dans leurs procédures arbitrales *ad hoc*. La CNUDCI est liée à la Cour Permanente d'Arbitrage à laquelle il est fait plusieurs fois référence dans le texte du règlement⁹². Les parties peuvent décider que l'arbitrage se déroulera au sein de cette Cour⁹³. Toutefois, il s'agit là uniquement d'une faculté, le règlement pouvant s'appliquer en dehors de ses murs⁹⁴. En termes de chiffres, le règlement CNUDCI est moins utilisé que les procédures du CIRDI, mais il constitue tout de même un outil majeure⁹⁵.

Une fois le corps de règle décidé, les parties doivent se mettre d'accord sur le lieu de l'arbitrage⁹⁶. Généralement, dans un souci de neutralité, le litige sera réglé sur le territoire de l'Etat qui n'est pas partie au différend. Le libellé de l'ALENA soumet à une période d'attente préalable la possibilité de se plaindre devant le tribunal arbitral. Le premier délai consiste en l'obligation préalable, pour les parties, de tenter de parvenir à un accord par le biais de la médiation ou de la conciliation⁹⁷. Le second délai est absolu : aucune plainte ne peut être portée devant le tribunal avant l'écoulement d'un délai de six mois depuis l'apparition supposée du dommage⁹⁸. Il est judicieux de prendre en compte ces délais dans le cadre de notre analyse de la protection octroyée par l'*ISDS*, car, en toute logique, plus ceux-ci sont stricts, moins l'investisseur est en mesure d'amener sa plainte devant le tribunal arbitral et moins il est considéré comme protégé.

Dans la même optique, il est important de se pencher sur les éventuelles conditions matérielles qui doivent être remplies pour que l'investisseur puisse saisir le tribunal arbitral. En effet, plus les conditions à satisfaire sont nombreuses, moins le mécanisme de résolution des différends peut lui sembler attractif. Ainsi, l'ALENA prévoit que l'investisseur et l'Etat

⁹¹ Article 1120 de l'ALENA.

⁹² A. DE NANTEUIL, *Droit International de l'Investissement*, Paris, A. Pedone, 2014, pp. 215 à 221.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Pour retrouver toutes les informations relatives à la CNUDCI et au CIRDI, consulter A. DE NANTEUIL, *Droit International de l'Investissement*, Paris, A. Pedone, 2014, pp. 215 à 221. Voir également pour ce qui concerne l'ALENA : P. FOY et R. DEANE, « Foreign Investment Protection under Investment Treaties: Recent Developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement », *Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, 2001, pp. 308 à 309.

⁹⁶ Article 1130 de l'ALENA.

⁹⁷ Article 1118 de l'ALENA.

⁹⁸ Article 1120 de l'ALENA.

doivent donner leur consentement préalable à l'arbitrage et au respect des règles de l'ALENA⁹⁹. Il est aussi requis que l'investisseur abandonne son droit d'amener le litige devant les juridictions étatiques¹⁰⁰. Ces consentements doivent être formulés par écrit et suivant des procédures strictes¹⁰¹.

Le litige est attribué à un panel composé de trois arbitres : les deux premiers arbitres sont choisis par les parties au différend et le troisième, qui est l'arbitre président, est choisi conjointement par elles ensemble. En cas de désaccord, les parties peuvent éventuellement avoir recours au Secrétaire Général¹⁰² du CIRDI afin qu'il désigne les arbitres qui seront dès lors compétents pour rendre une sentence¹⁰³.

Le mécanisme ISDS prévu dans l'ALENA ne prévoit pas *per se* un mécanisme d'appel. Cette absence de possibilité de révision est une contestation récurrente chez les détracteurs du mécanisme¹⁰⁴. Il est toutefois prévu qu'une partie au différend puisse soumettre la décision de l'organe arbitral au Secrétaire Général du CIRDI ou de la CNUDCI, au choix des parties, pour annulation¹⁰⁵. Ceci diffère bien d'une procédure d'appel étant donné que l'organe du CIRDI ou de la CNUDCI est, au plus, en mesure d'annuler la décision du tribunal, pour ensuite soumettre l'affaire à un second panel d'arbitres¹⁰⁶.

Contrairement à ce que nous verrons dans le cadre des accords bilatéraux d'investissement conclus du côté européen, l'ALENA ne contient pas de clauses dites 'parapluies'¹⁰⁷. Ces clauses permettent, lorsqu'un investisseur est partie à un traité avec un Etat, d'élargir le recours à l'arbitrage aux manquements d'origine purement contractuelle, lui épargnant l'utilisation du système judiciaire national¹⁰⁸. Leur insertion favorise l'investisseur qui voit

⁹⁹ Article 1122 de l'ALENA.

¹⁰⁰ Article 1121 de l'ALENA.

¹⁰¹ Article 1121 et 1122 de l'ALENA.

¹⁰² Le Secrétaire Général du CIRDI est l'organe de gestion principal relatif au règlement de différends.

¹⁰³ Article 1123 de l'ALENA.

¹⁰⁴ S. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, pp. 1606 à 1610.

¹⁰⁵ Il est fait référence aux règles 52 et 55 des règles de procédure pour l'arbitrage du CIRDI. Pour une version commentée de ces règles, voir : G. DELAUME, « ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules) », *Berkeley Journal of International Law*, 1986, pp. 218 à 229.

¹⁰⁶ Article 1136 (3) b de l'ALENA.

¹⁰⁷ *Infra* Partie 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2.

¹⁰⁸ J. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, Oxford, 2nd éd., 2015 pp. 301 à 307.

son champ de protection élargi aux litiges survenus dans le cadre de ses relations contractuelles avec les autorités publiques de l'Etat d'accueil¹⁰⁹. L'ALENA ne contient pas de telles provisions. Ainsi, le modèle du traité nord américain se montre moins favorable à l'investisseur, à l'inverse de ce qui est prévu dans le modèle des TBI européens (Seconde partie).

SOUS-SECTION 3 : ILLUSTRATION

A ce stade, il nous semble utile d'illustrer notre propos d'un exemple simplifié fictif. Ainsi nous serons en mesure d'avoir une image concrète du contexte dans lequel se déploie le mécanisme *ISDS*. Une société d'investissement américaine désire investir au Mexique. Elle obtient là-bas une concession de marché public en suivant les formalités administratives requises par le gouvernement mexicain. La concession de marché public est un investissement au regard de la définition donnée dans l'ALENA¹¹⁰. Une fois la concession obtenue, la société d'investissement met en place une seconde société mexicaine laquelle sera chargée d'exécuter ce marché public. La société d'investissement américaine a donc investi, en capital notamment, pour mettre en place cette seconde société. La société américaine s'est également exposée à des frais de constitution, d'engagement du personnel, d'ordre juridique pour constituer cette société conformément au droit mexicain. La société mexicaine est ainsi mise sur pied et s'occupe de la concession de marché public. Suite à des changements politiques au sein du gouvernement mexicain, ce dossier de concession de marché public est remis sur la table. Le gouvernement souhaite désormais attribuer le marché à une autre société. Il avance l'argument que le marché n'était pas licite au départ (problème de validité du contrat) et que de surcroît la société n'effectuait pas correctement ses obligations (problème relatif à l'exécution du contrat). En définitive, le marché est attribué à une autre société. Dans ce cas, la société d'investissement américaine peut faire usage du mécanisme prévu dans le chapitre onze de l'ALENA et prétendre à une compensation pécuniaire pour l'expropriation qu'elle aurait subi. Le mécanisme s'enclenche alors et il ressort de la décision du panel d'établir s'il y a lieu d'octroyer une somme pécuniaire au titre de dédommagement à la société ou s'il s'agissait d'un manquement dans son chef ne qualifiant pas cette dernière pour

¹⁰⁹ P. FOY et R. DEANE, « Foreign Investment Protection under Investment Treaties: Recent Developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement », *Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, 2001, pp. 304 à 306.

¹¹⁰ Article 1139 (h) de l'ALENA.

compensation¹¹¹. La compensation pécuniaire dont il est question est réglée par le texte de l'ALENA. Il est prévu que l'évaluation de celle-ci se fasse à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié¹¹². La société américaine a de la sorte réglé son différend sans passer par les juridictions mexicaines. Ceci implique, d'une part, qu'elle a évité le recours à la protection diplomatique, par essence discrétionnaire. D'autre part, elle a épargné les coûts de conseil qu'elle aurait dû exposer si elle était ignorante du système étranger. Enfin, l'entreprise américaine n'a pas eu à craindre le jugement présumé partial d'une juridiction nationale.

SECTION 3 : CRITIQUES

Si le mécanisme *ISDS* instauré dans le cadre de l'ALENA est similaire dans sa définition à ce que nous avons étudié précédemment, il est utile de vérifier si les critiques énoncées dans la partie théorique s'y retrouvent à leur tour.

Le secret qui entoure la procédure d'arbitrage figure parmi les critiques récurrentes que nous avons énoncées dans le chapitre premier. L'ALENA semble sujet à cette préoccupation. La confidentialité est en effet de rigueur. Il n'existe pas de mécanisme automatique de publication des informations relatives à l'arbitrage du chapitre onze, ce qui déplaît aux détracteurs de l'arbitrage *ISDS*¹¹³.

Au regard l'atteinte à la capacité de réguler des Etats, il apparaît que le mécanisme *ISDS* prévu dans l'ALENA soit sujet à la critique¹¹⁴. En effet, si nous nous penchons sur quelques litiges passés, il apparaît que l'ALENA a rendu, à tout le moins, plus difficile la prise de décisions relatives à l'intérêt général ou le maintien de celles-ci. Nous retrouvons plusieurs exemples de ces difficultés en matière environnementale. L'affaire *Methanex corp. c. USA*¹¹⁵ témoigne de cette tendance. L'entreprise canadienne *Methanex* s'est plainte de la mesure prise par le gouverneur de Californie, laquelle interdisait un additif au pétrole sous le couvert que

¹¹¹ Exemple inspiré de R. LEVIN et S. MARIN, « NAFTA Chapter Eleven : Investment and Investment Disputes », *Kluwer Law International*, 1996, pp. 9 à 23.

¹¹² Article 1110 de l'ALENA.

¹¹³ M. STAFF et C. LEWIS, « Arbitration under Nafta Chapter 11 : Past, Present, and Future », *Houston Journal of International Law*, vol. 25, 2003, pp. 307 à 333.

¹¹⁴ C. LEBEN, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Louvain-La-Neuve, Bibliothèque des hautes études internationales de Paris, 2006, pp. 163 à 183.

¹¹⁵ *Methanex Corporation c. Etats-Unis d'Amérique*, CNUDCI, 3 août 2005.

cet additif nuit, lorsqu'il s'intègre à la nappe phréatique, à la qualité de l'eau¹¹⁶. L'affaire s'est toutefois soldée par la perte de l'entreprise canadienne. L'affaire *Ethyl corp. c. Canada*¹¹⁷ fait également état de cette problématique. Il était question d'une entreprise américaine (*Ethyl corporation*) qui exportait au Canada une composition chimique nommée 'MMT'. Cette entreprise prétendait à une compensation de la part du gouvernement canadien qui avait interdit l'importation de tels composés chimiques¹¹⁸. Avant que le litige ne puisse aboutir, le Canada a revu sa législation en autorisant désormais l'importation de MMT au Canada. Toutefois, il convient de souligner que, dans cette affaire, seule l'importation était bannie alors que la production de MMT sur le sol canadien restait autorisée, ce qui atténue l'argument de la protection de l'intérêt général. Enfin, une décision similaire a été rendue dans l'affaire *SD Myers*¹¹⁹, laquelle concerne l'interdiction d'importer un composé chimique sur le territoire canadien. La compagnie américaine *SDM* a reçu compensation pour cette mesure. Dans les deux dernières affaires, l'élément qui posait problème était celui de l'existence d'une discrimination. Cependant, quand bien même aucune discrimination n'est établie, l'Etat peut être tenu de payer une compensation aux investisseurs s'il exproprie par un acte législatif ou réglementaire l'investisseur¹²⁰. L'investisseur étranger a dès lors un moyen de pression pouvant peser lourd sur le sens des décisions gouvernementales. Ces cas tendent donc à confirmer, dans la pratique, que la capacité de légiférer des Etats peut être mise en difficulté en raison du mécanisme *ISDS*. Cette tendance suscite la critique d'une partie substantielle de l'opinion publique, laquelle défend l'amélioration de la protection de l'intérêt général et réclame à ce titre une modification de l'accord. Néanmoins, on peut s'interroger sur l'opportunité d'une telle modification de l'accord dans la mesure où il existe déjà, à l'intérieur même du chapitre onze de l'ALENA, des dispositions garantissant le maintien de standards élevés en matière environnementale ou de protection sociale¹²¹. Toutefois, en raison du manque de précision et de moyens de contraintes attachés à ces articles, de telles dispositions ressortent plus de déclarations d'intention que de normes proprement juridiques.

¹¹⁶ G. AGUILAR ALVAREZ, « The new face of arbitration treaty : Nafta Chapter 11 », *Yale Journal of International Law*, vol. 28, 2003, pp. 379 à 381.

¹¹⁷ *Ethyl Corporation c. gouvernement du Canada*, CNUDCI, 15 avril 1997.

¹¹⁸ Pour une analyse plus détaillée de l'affaire, voy. : T. WILSON, « Trade Rules: Ethyl Corporation v. Canada (NAFTA Chapter 11) Part II: Are Fears Founded? », *Law and Business Review of the Americas*, 2000, pp. 1 à 33.

¹¹⁹ *S.D. Myers, Inc. c. gouvernement du Canada*, CNUDCI, 13 novembre 2000.

¹²⁰ Article 1110 (1) de l'ALENA.

¹²¹ Voy. Article 1001 (4) de l'ALENA; Article 1106 (6) ; Article 1114 de l'ALENA.

Dans le prolongement de cette critique, il est également fait état du manque de sécurité juridique qu'engendre la procédure *ISDS*. Le libellé ambigu du texte de l'ALENA participe à cette insécurité. De la sorte, l'Etat n'est pas en mesure de savoir au préalable si la mesure qu'il souhaite adopter, par exemple, pour sauvegarder l'environnement, est considérée expropriatrice ou non et cela est dû, en large partie, au texte même de l'ALENA. L'article encadrant ce que constitue une expropriation est vague et transfère ainsi à l'arbitre la tâche de compléter, sous couvert d'interprétation, le texte¹²². Ces concepts sont interprétés au fil des différents panels constitués pour régler des litiges. Etant donné la nébulosité des concepts, il ressort des sentences des interprétations divergentes voire contradictoires. Il en résulte une incohérence qui n'est pas corrigée par un mécanisme d'appel. Un élément important témoigne de cette flexibilité du texte. Il est généralement fait référence au critère de traitement *juste et équitable* de l'investissement étranger pour déterminer si la mesure prise par le gouvernement est constitutive d'une expropriation ou non. Or, ce concept est intrinsèquement porteur d'insécurité juridique dans la mesure où sa définition précise n'existe pas et doit être appréciée dans chaque cas d'espèce¹²³.

Pour pallier à ce déficit de cohérence, la Commission de libre-échange, instituée pour le bon fonctionnement de l'ALENA, s'est vue reconnaître la compétence de publier des notes sur la manière dont il convient d'interpréter certaines dispositions de l'accord¹²⁴. Elle a fait usage de cette faculté le 31 juillet 2001 en définissant plus précisément les contours du principe du 'traitement juste et équitable'¹²⁵. Ces interprétations ont caractère obligatoire, ce qui leur confère une importance clé pour la pratique¹²⁶. La Commission s'est également intéressée aux autres contestations soulevées, notamment celles relatives au manque de transparence. Ces interprétations participent à une mise en balance des intérêts des Etats et des investisseurs en leur offrant davantage de sécurité juridique. Elles restreignent également le champ de protection des investisseurs en empêchant les arbitres de faire entrer dans le concept de *juste*

¹²² Voy à ce sujet : P. FOY et R. DEANE, « Foreign Investment Protection under Investment Treaties: Recent Developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement », *Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, 2001, p. 309.

¹²³ *Ibid.*, p. 300.

¹²⁴ Article 1131 de l'Alena.

¹²⁵ Interprétation de la Commission de libre-échange du 31 juillet 2001, disponible sur <https://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf>, visité la dernière fois le 7 avril 2017. P. FOY et R. DEANE, « Foreign Investment Protection under Investment Treaties: Recent Developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement », *Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, 2001, pp. 329 à 330.

¹²⁶ Article 1131(2) de l'ALENA.

et équitable des interprétations trop extensives¹²⁷. Le contexte dans lequel elles s'inscrivent est intéressant. Les Etats-Unis ont, à cette époque, été pour la première fois défendeurs aux litiges et ont dû octroyer aux investisseurs étrangers des compensations. Auparavant, les entreprises américaines n'ont joui que de la position de demandeur ce qui permet de comprendre pourquoi une protection large et des termes vagues n'indisposaient pas cette partie. Mais, suite à ce changement de situation, il apparaît alors qu'il n'est plus dans leur intérêt d'avoir une protection aussi vaste des investisseurs car les Etats-Unis peuvent eux-mêmes désormais en subir les conséquences¹²⁸. En ce qui concerne le mécanisme d'interprétation obligatoire en tant que tel, il semble efficace et engendre de nombreuses répercussions positives¹²⁹. L'utilisation croissante de ce moyen paraît à ce titre opportun pour améliorer la cohérence du système arbitral¹³⁰.

Là où les maîtres mots des procédures arbitrales sont secret et confidentialité, on s'aperçoit que l'interprétation de la Commission de libre échange adopte une position plutôt favorable à la transparence. La Commission déduit du texte de l'ALENA l'absence d'une obligation de confidentialité, ainsi qu'une obligation de publier quelques informations relatives aux litiges¹³¹. Ainsi, le principe devient la publication des documents relatifs aux litiges. Il est uniquement admis par exception la confidentialité de ces informations¹³².

CHAPITRE 4 : L'ISDS FAVORISE-T-IL REELLEMENT L'INVESTISSEMENT ?

REPONSES DES ETUDES ECONOMETRIQUES

¹²⁷ S. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, pp. 1604 à 1606.

¹²⁸ Cette remarque est également émise par : F. FONTANELLI, et G. BIANCO, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014, pp. 235 à 238. Ainsi que : G. AGUILAR ALVAREZ, « The new face of arbitration treaty : Nafta Chapter 11 », *Yale Journal of International Law*, vol. 28, 2003, pp. 366 à 368.

¹²⁹ S. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, pp. 1604 à 1606.

¹³⁰ Point de vue partagé au niveau européen par : J. KUIJPER, I. PERNICE, « Investor-State Dispute Settlement (ISDS) provisions in the EU's international investment agreements », *Etude réalisée pour le Parlement européen, département politique extérieure*, 2014, pp. 69 à 70.

¹³¹ Commission de libre-échange de l'ALENA, « Interpretation notes » du 31 juillet 2001, disponible sur <https://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf>, visité la dernière fois le 7 avril 2017.

¹³² G. KAUFMANN-KOHLER, « Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law », dans E. BACHAND et E. GAILLARD, *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*, Montréal, JurisNet, 2011, pp. 181 à 194.

A ce stade, le mécanisme a été abordé de manière théorique, statistique et pratique. Nous procéderons dans ce chapitre à l'étude des répercussions des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et Etats dans la vie économique des parties. Ainsi nous serons en mesure de comprendre l'enjeu pour les investisseurs et les Etats de l'insertion des clauses *ISDS* dans les accords qui gouvernent leur relation. Nous verrons alors, en opportunité, si l'inclusion de ces mécanismes en vaut le prix. Nous avons tenté de répondre à la question de l'existence de répercussions sur le flux d'investissement suite à l'inclusion de protections telles l'insertion d'un mécanisme *ISDS*. Pour y parvenir, nous avons repris les résultats des études économétriques réalisées par plusieurs économistes. Un premier constat peut déjà être mis en exergue: il existe une divergence marquée sur la question. Certains économistes interprètent les résultats comme favorisant l'investissement, là où d'autres aboutissent à une absence de corrélation entre les deux phénomènes. C'est dans ce climat doctrinal partagé que nous avons décidé d'exposer les études qui à nos yeux présentent le plus de précision et d'intérêt par rapport à notre thèse. Nous étudierons en premier lieu l'étude réalisée par Berger en 2013¹³³. En deuxième lieu, nous aborderons l'étude d'Armstrong et Nottage¹³⁴. En troisième lieu, nous nous pencherons sur l'analyse plus générale que fait Yackee sur base des résultats d'une dizaine d'études¹³⁵.

SECTION 1ERE : PREMIERE ETUDE : BERGER, BUSSE, NUNNENKAMP ET ROY¹³⁶

Nous avons choisi cette étude pour plusieurs raisons. Premièrement, si certains économistes ne traitent que des traités bilatéraux d'investissement ou uniquement des accords de libre-échange, Axel Berger s'intéresse aux protections de l'investissement dans les deux contextes. Deuxièmement, la présente étude n'aborde pas de manière globale les mesures de protection de l'investissement mais distingue au contraire chaque provision et étudie son impact de manière isolée sur l'investissement. Or, notre thèse s'intéressant principalement aux mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et Etats, il est tout à fait essentiel

¹³³ A. BERGER, M. BUSSE, P. NUNNENKAMP, M. ROY, « Do trade and investment agreements lead to more FDI? Accounting for key provisions inside the black box », *International Economics Policy*, 2013, pp. 247 à 275.

¹³⁴ S., ARMSTRONG, et L., NOTTAGE, « The Impact of Investment Treaties and ISDS Provisions on Foreign Direct Investment: A Baseline Econometric Analysis », *Sydney Law school Legal studies Research paper*, 2016, pp 1 à 26.

¹³⁵ J. YACKEE, « Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence », *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, 2010, pp. 397 à 442.

¹³⁶ A. BERGER, M. BUSSE, P. NUNNENKAMP, M. ROY, « Do trade and investment agreements lead to more FDI? Accounting for key provisions inside the black box », pp. 247 à 275.

de pouvoir isoler l'impact de l'inclusion d'un mécanisme *ISDS* isolément. Ainsi l'étude distingue les conséquences sur l'investissement des accords conclus contenant des clauses *ISDS* et ceux dont elles sont absentes. L'étude atteint un niveau de précision des plus souhaitable en recourant à la classification de J. Yackee¹³⁷. Il distingue ainsi les conséquences de l'inclusion d'un mécanisme *ISDS* dit "fort" "moyen" ou "faible". Un mécanisme *ISDS* fort permet à l'investisseur d'intenter de manière unilatérale un recours par la voie de l'arbitrage. L'*ISDS* qualifié de moyen soumet l'arbitrage au consentement préalable des parties sur certains aspects comme le montant en jeu. Enfin, l'*ISDS* faible ne garantit pas à l'investisseur qu'il pourra y recourir sans obtenir au préalable le consentement des deux parties. En résumé, l'*ISDS* est classé de manière croissante entre faible, moyen et fort, selon la sévérité des conditions à remplir pour pouvoir l'utiliser.

En un mot, l'étude d'Axel Berger analyse l'impact sur l'investissement dans les TBI et ALE entre 1978 et 2004 de deux mécanismes de protection. D'une part, il étudie les conséquences de l'inclusion d'un mécanisme *ISDS*. D'autre part, il analyse les répercussions de l'inclusion d'un principe de traitement national et de la nation la plus favorisée. Ce choix est pertinent étant donné que ce sont les mécanismes de protection les plus couramment utilisés, tant dans les TBI que dans les ALE. Il combine ensuite ces protections entre elles, pour avoir une vision dynamique plus proche de la réalité. Ainsi, l'étude tente de démontrer si l'investisseur sera davantage enclin à investir là où il bénéficie de garanties telles l'*ISDS*. Dans l'affirmative, l'inclusion de clauses *ISDS* serait justifiée, dans la mesure où il en résulterait une véritable augmentation du flux d'investissement.

Axel Berger utilise un modèle gravitationnel¹³⁸ pour réaliser l'examen de variations d'investissement comme variable dépendante. Il teste ainsi, au moyen d'une équation,

¹³⁷ Classification de Yackee : « *Strong treaties contain effective host state pre-consents to investor-initiated arbitration for a wide variety of treaty-related disputes, including disputes over the vaguest treaty promises, such as promises of "fair and equitable treatment," into which almost any claim of mistreatment by the host state can plausibly be inserted. These pre-consents must be effective in the sense that investors are able to unilaterally initiate binding arbitration over a large range of issues without any further consent or acquiescence by the host state. Weak treaties either contain no effective pre-consents to investor-initiated arbitration, contain pre-consents only for very limited kinds of disputes (most pre-1989 BITs with Communist countries), or contain unenforceable promises to arbitrate investment disputes that require some further manifestation of consent to arbitrate by the host state.* ». J. YACKEE, « Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment? », *Law & Society Review*, vol. 42, 2008, p. 814.

¹³⁸ Il s'agit d'un modèle inspiré de la gravité développée en physique par Newton. Ce modèle permet, sur base d'une équation, de déterminer les flux d'investissements entre deux points, en fonction de circonstances données.

plusieurs hypothèses en fonction de critères précis. Ces critères sont : l'existence ou non d'un accord de protection de l'investissement, l'insertion d'un mécanisme de règlement des différends de type *ISDS* ou non, l'existence de mesures antidiscriminatoires comme le principe du traitement national et de la nation la plus favorisée ou non, l'existence des deux caractères ensemble ou isolément. Il distingue le critère de l'*ISDS* en trois niveaux selon qu'il est considéré comme fort, moyen ou faible. L'étude est réalisée sur base d'un échantillon de 28 Etats exportateurs de capitaux et 83 Etats d'accueil et utilise à cet effet les chiffres officiels de la CNUCED-

Les résultats démontrent que l'existence d'un TBI ou d'une ALE entre deux parties offrant une protection de l'investissement a un impact positif sur le flux d'investissement. Ainsi, lorsqu'il n'existe pas de mesures antidiscriminatoires, ni de mécanisme *ISDS*, l'impact est négatif. L'inclusion de mesures non-discriminatoires uniquement a un impact positif sur l'investissement. Il n'en est en revanche pas de même de l'inclusion d'un mécanisme *ISDS*. En effet, considéré isolément, L'*ISDS* n'a pas un impact significatif. Par ailleurs, il est intéressant de noter que, d'une part, le mécanisme *ISDS* aura une répercussion positive sur le flux d'investissement uniquement lorsqu'il est couplé avec les mesures non discriminatoires. D'autre part, les différenciations entre *ISDS* faible et fort fournissent des résultats surprenants. Un mécanisme *ISDS* fort a des répercussions négatives sur l'investissement alors qu'un mécanisme *ISDS* faible a des répercussions positives. Il ne semble donc pas exister de corrélation entre le degré de protection offert et l'investissement généré.

En résumé, l'insertion de principes antidiscriminatoires est plus importante au niveau de l'augmentation des investissements que ne le sont les mécanismes de règlement des différends. Ces principes se suffisent à eux-mêmes alors que les clauses *ISDS* ne seront utiles que si elles sont couplées à ces derniers. En outre, une fois insérées, les clauses *ISDS* semblent avoir un impact modéré et uniquement, étonnement, lorsque la protection offerte l'est par l'*ISDS* faible. Ces résultats semblent donc attester d'un impact assez insignifiant de l'*ISDS* sur la génération d'un flux d'investissement. Ainsi, les Etats qui souhaitent accroître le flux d'investissement sur leur territoire devraient conclure des ALE ou TBI où l'accent est mis sur la sécurité juridique et la prévisibilité. Par exemple, il conviendrait de garantir de manière précise les mesures antidiscriminatoires telles le principe du traitement national et de la nation

la plus favorisée, et non sur l'*ISDS*. Nous allons voir si ces résultats sont comparables à ceux de la seconde étude, réalisée par Armstrong et Nottage.

SECTION 2 : SECONDE ETUDE : ARMSTRONG ET NOTTAGE¹³⁹

L'étude questionne l'opportunité d'inclure un mécanisme *ISDS* pour favoriser l'investissement. Il s'agit donc du même sujet que celui d'Axel Berger. Les auteurs de l'étude sont conscients des divergences existant en doctrine sur l'impact des mécanismes de règlement des différends. Ils en connaissent les raisons. Parmi celles-ci ils dénoncent : le manque de données disponibles en raison du secret qui entoure souvent l'arbitrage, la divergence en terme de rigueur dans les études réalisées, les méthodes employées sont différentes, les critères pris en compte ne sont pas tous semblables. La prise de conscience de ces divergences a poussé les auteurs à prendre en compte une multitude de facteurs d'erreur pour amener une image plus proche de la réalité. Cette étude emploie le même système de classification que la précédente, à savoir celle de Yackee¹⁴⁰.

L'objectif de l'étude est similaire à celui de l'étude d'Axel Berger : les auteurs tentent d'évaluer s'il existe une corrélation entre la présence d'un mécanisme de règlement des différends et l'afflux d'investissement sur un territoire. Elle actualise toutefois celle réalisée par Berger en couvrant une période de 1985 à 2014. Les mêmes variables sont utilisées, nous retrouvons donc comme variable dépendante le flux d'investissement. L'étude s'éloigne de la précédente par le choix du modèle d'analyse adopté. Le *Knowledge-Capital Model*¹⁴¹ est préféré au modèle gravitationnel. De la sorte, les auteurs se concentrent sur le comportement de l'entreprise multinationale lorsqu'elle décide d'investir. L'étude tente d'évaluer quels critères auront plus d'influence sur la décision d'investissement. Parmi les facteurs susceptibles d'avoir des répercussions sur la décision, la présence d'un mécanisme de type *ISDS* est prise en compte.

¹³⁹ S., ARMSTRONG, et L., NOTTAGE, « The Impact of Investment Treaties and ISDS Provisions on Foreign Direct Investment: A Baseline Econometric Analysis », *Sydney Law school Legal studies Research paper*, 2016, pp 1 à 26.

¹⁴⁰ J. YACKEE, «Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment? », *Law & Society Review*, vol. 42, 2008, p. 814.

¹⁴¹ Contrairement au modèle gravitationnel, le *Knowledge-Capital Model* se concentre davantage sur l'entreprise en tant que telle. Il se demande comment les décisions d'investissement sont prises par les multinationales, quels sont les facteurs qui les influencent. Ce modèle étudie comme le modèle gravitationnel, les différents flux d'investissement entre deux points en fonction de ces facteurs.

De manière générale, les accords de protection ont un impact positif sur l'investissement. Comme Berger, l'impact des mécanismes *ISDS* faibles est plus important que celui des mécanismes *ISDS* forts. La tendance est à la diminution de l'impact de l'*ISDS* au fil des années. Une source d'explication, selon l'auteur, est qu'il existe désormais une grande quantité de TBI et ALE offrant des mécanismes de protection. Ainsi, les Etats, même s'ils accordent ces traitements favorables aux investisseurs, ne sont plus spécialement préférés à d'autres Etats par les investisseurs, dans la mesure où ces autres Etats prévoient également généralement des mécanismes de protection. Ils souffrent donc d'une compétition qui entraîne une diminution de l'impact des mécanismes de protection sur l'investissement.

Les résultats des deux études présentées ne permettent donc pas d'établir une véritable corrélation entre l'insertion de clauses *ISDS* et le niveau d'investissement. Les détracteurs du mécanisme verront dans les résultats obtenus un argument pour leur inefficacité : une protection *ISDS* forte a un impact nul voir négatif sur l'investissement, il n'est donc pas utile d'insérer de tels mécanismes. Les défenseurs du mécanisme y verront tout de même un impact général positif, lequel prône en faveur de l'inclusion de ces clauses. Nous verrons dans la section suivante si Yackee, spécialiste des questions de l'impact des accords internationaux sur le flux d'investissement, est en mesure d'apporter quelques clarifications.

SECTION 3 : LES COMMENTAIRES DE YACKEE¹⁴²

Avant toute chose, Yackee fait lui aussi état des divergences de résultat que démontrent les études menées sur la corrélation entre la présence d'un traité de protection de l'investissement et le flux d'investissement. Il passe en revue une multitude d'études empiriques et économétriques, lesquelles témoignent tant d'une corrélation positive¹⁴³, que d'une absence d'impact¹⁴⁴. Il explique ce manque d'homogénéité par la faible qualité des informations et données de départ, ainsi que par la difficulté d'isoler l'impact d'un accord de protection de l'investissement des autres facteurs pris en compte par l'investisseur dans le processus décisionnel.

¹⁴² J. YACKEE, « Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence », *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, 2010.

¹⁴³ Tel est le cas notamment des études de : Salacuse et Sullivan, Neumayer et Spess, Egger et Pfaffermay, Kerner.

¹⁴⁴ Tel est le cas notamment des études de : Hallward-Driemeer, Aisbet, Yackee et Berger.

Bien que les études de J. Yackee que nous avons sélectionnées ne se focalisent pas uniquement sur l'*ISDS*, elles apportent des informations nouvelles et pertinentes pour notre exposé, notamment sur la perception des accords par les investisseurs concernés¹⁴⁵. Premièrement, il étudie si la présence d'un accord de protection de l'investissement diminue le 'risque politique' ressenti par l'investisseur. Deuxièmement, il interroge les compagnies d'assurances – lesquelles garantissent les investisseurs contre les aléas négatifs qui pourraient accabler leur investissement – sur le fait de savoir si la présence d'un TBI est importante pour elles. Troisièmement, il questionne des grandes compagnies américaines afin de cerner si la présence de TBI est clé lorsqu'ils prennent la décision d'investir.

Les résultats démontrent une faible importance des TBI chez les trois acteurs interrogés. Le risque politique ne diminue pas automatiquement par la présence d'un TBI, c'est le résultat livré par deux compagnies qui évaluent ces risques politiques¹⁴⁶. Les compagnies d'assurance ne tiennent compte que de manière sporadique de la présence ou non d'un TBI. Enfin, les entreprises auxquelles Yackee a fait appel témoignent d'une faible importance de la présence d'un TBI dans le processus décisionnel. A cet effet, un investisseur issu d'une grande compagnie américaine énonce que les TBI sont importants lorsqu'un litige éclate, toutefois, au stade de la prise de décision d'investir, leur présence n'est pas capitale. Selon lui, aucun investissement n'a été entravé par la seule raison qu'il n'existait pas de TBI entre les deux parties. Ces résultats participent à l'affirmation des études précédentes : les mécanismes de protection, tel l'*ISDS*, n'influencent pas - avec certitude du moins - les flux d'investissement entre les parties à l'accord de protection.

¹⁴⁵ J. YACKEE, « Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence », *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, 2010.

¹⁴⁶ Référence faite à : PRS Group (acronyme de Political Risk Services) et BERI S.A (acronyme de Business environment risk intelligence).

SECONDE PARTIE : LES MECANISMES DE REGLEMENT DES DIFFERENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ETATS DANS LES TRAITES AVEC L'UNION EUROPEENNE

Dans cette seconde partie, nous retracerons l'évolution de la politique de l'Union européenne au regard des clauses *ISDS*. A cet effet nous diviserons notre travail en quatre chapitres. Nous aborderons les différentes positions que l'Union européenne a pu adopter par le passé (Chapitre 1) jusqu'à aujourd'hui avec une attention particulière au tournant majeur que constitue le Traité de Lisbonne (Chapitre 2). Cette rétrospective nous présentera un aperçu général du mécanisme dans les traités européens. De cette manière, dans un premier temps, nous évaluerons dans quelle mesure les Etats membres de l'UE ont adopté une politique éloignée de l'ALENA (Chapitre 1). Dans un second temps, nous verrons comment l'Union européenne en tant qu'entité compétente depuis le traité de Lisbonne (Chapitre 2) s'est potentiellement rapprochée du mécanisme prévu dans l'ALENA, notamment dans les accords récents, tel l'accord de libre-échange conclu avec Singapour et le Canada. Nous nous pencherons essentiellement sur la politique qu'aborde l'UE dans le *CETA* (Chapitre 3). Il sera alors pertinent d'analyser ce revirement politique au regard des conséquences potentielles pour l'investisseur et pour l'Etat. Nous évaluerons ce revirement politique et tenterons de répondre à notre problématique de départ : L'*ICS* tel que prévu dans le *CETA* répond-il aux contestations portées à l'encontre de l'*ISDS* (Chapitre 4).

CHAPITRE 1ER : LE MODELE CLASSIQUE DES CLAUSES ISDS EN EUROPE ANTE LISBONNE

Après avoir procédé aux clarifications d'usage (Section 1^{ère}), nous analyserons précisément les TBI européens au regard des protections procédurales et substantielles qu'ils offrent. Ceci nous permettra alors d'avoir une première idée de comment les Etats membres de l'UE protègent l'investissement (Section 2), avant d'évaluer celle-ci. Pour ce faire, nous utiliserons l'acquis de la première partie, notamment de l'analyse de l'ALENA comme point de repère. Nous effectuerons les rapprochements qui conviennent avec ce dernier. (Section 3). Ainsi, nous serons en mesure d'avoir une image de la politique d'investissement *ante* Lisbonne tant d'un point de vue historique que dans une perspective de droit comparé.

SECTION 1ERE : DISTINCTION ENTRE LIBERALISATION DE L'INVESTISSEMENT ET PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT

Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne¹⁴⁷, on ne peut réellement parler d'une politique européenne commune au regard des accords internationaux sur l'investissement. Pourtant, l'Union européenne exerce déjà un rôle dans la conclusion d'accords relatifs à l'investissement ; les Etats membres ne sont pas complètement souverains en la matière¹⁴⁸. Avant toute explication, une distinction importante pour la suite de l'exposé entre la phase de *libéralisation* et celle de la *protection* de l'investissement doit être mise en exergue. L'Union européenne, avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, ne dispose pas d'une compétence spécifique en matière de protection des investissements. Pour autant, l'UE, avant 2009, a déjà conclu des accords traitant de l'investissement dans le cadre de la politique commerciale commune. Il n'existe toutefois pas de paradoxe car ces derniers concernent la libéralisation des investissements. La libéralisation des investissements se préoccupe uniquement de l'accès au marché sans s'attarder sur les protections de l'investissement. Ainsi, l'UE n'est pas compétente pour inclure dans ces accords un mécanisme de règlement des différends entre Investisseurs et Etats. En résumé, il faut bien distinguer la phase d'établissement de l'investissement, qui concerne la libéralisation et relève de la compétence de l'UE, de la phase post-établissement de l'investissement, qui concerne la protection de l'investissement, dont l'*ISDS* fait partie, et relève à ce titre de la compétence des Etats membres.

SECTION 2 : LES TRAITES BILATERAUX D'INVESTISSEMENT

Nous ne pouvons parler, avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, d'une politique commune européenne en matière de protection de l'investissement¹⁴⁹. Le paysage européen est composé d'une multitude de traités bilatéraux d'investissement (en abrégé, TBI), chacun étant rédigé par l'Etat membre à son gré, et selon son propre modèle. Comme nous l'avons mentionné dans la première partie, ces TBI sont nés en Europe, où ils sont largement utilisés. Les chiffres illustrent bien cette implication européenne : Les Etats membres ont conclus environ 1400 traités bilatéraux d'investissement, alors qu'il en existe au total environ 3000

¹⁴⁷ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1er décembre 2009.

¹⁴⁸ Voir : A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 197 à 210.

¹⁴⁹ Voy. : P. STRIK, *Shaping the single european market in the field of foreign direct investment*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 78 à 90.

dans le monde. Si nous nous replongeons dans le contexte historique de leur apparition (présenté *infra*), les TBI sont destinés à garantir l'investissement au départ des pays développés vers les pays en voie de développement¹⁵⁰. A ce titre, ces accords sont, au niveau des droits substantiels qu'ils confèrent, relativement asymétriques. En d'autres mots, les obligations sont majoritairement à charge de l'Etat d'accueil de l'investissement alors que les protections sont essentiellement en faveur de l'investisseur, sans prise en compte effective des intérêts de l'Etat en voie de développement¹⁵¹. Au niveau du contenu des TBI, nous aborderons, comme pour l'ALENA, les règles substantielles (Sous-section 1) et ensuite les règles procédurales (Sous-section 2) qui y figurent.

SOUS-SECTION 1: PROTECTIONS SUBSTANTIELLES DANS LES TBI

Les TBI sont, contrairement aux ALE (comme l'ALENA), exclusivement conclus pour protéger les investissements. Ainsi, le texte, bien plus court que celui des ALE, s'attarde sans détour à la protection des investisseurs. De par l'intitulé même des TBI, il convient de garder à l'esprit qu'il s'agit d'une multitude de traités bilatéraux et non d'un modèle unique européen. Cependant, nous avons tenté d'extraire de l'abondance de ces accords les traits saillants qu'ils partagent. En outre, certains modèles étatiques, tel que le modèle néerlandais, sont souvent adoptés par d'autres Etats, ce qui nous permet de les considérer comme base commune de notre analyse¹⁵². A cela s'ajoute que les TBI suivent majoritairement un modèle établi par l'OCDE¹⁵³, ce qui participe à leur uniformité¹⁵⁴.

¹⁵⁰ C. TITI, « International Investment Law and the European Union : Towards a New Generation of International Investment Agreements », *European Journal Of International Law*, vol. 26(3), 2015, pp. 647 à 651.

¹⁵¹ F. FONTANELLI, et G. BIANCO, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014, pp. 220 à 246.

¹⁵² Cette méthode de groupement des TBI est également adoptée par : F. FONTANELLI, et G. BIANCO, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014, pp. 211 à 246.

¹⁵³ Il est fait référence à la « *draft convention on protection of foreign assets* » de l'OCDE de 1962, révisée en 1967, disponible sur <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/39286571.pdf>, visité la dernière fois le 31 mars 2017. Voir à ce sujet : P. STRIK, *Shaping the single european market in the field of foreign direct investment*, Modern studies in european law, Hart Publishing, 2014, pp. 138 à 143. Ainsi que : C. TITI, « International Investment Law and the European Union : Towards a New Generation of International Investment Agreements », *European Journal Of International Law*, vol. 26(3), 2015, pp. 647 à 651.

¹⁵⁴ F. FONTANELLI, et G. BIANCO, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014, pp. 211 à 246.

Cette précision étant faite, nous pouvons effectuer l'analyse des protections substantielles généralement rencontrées dans le modèle européen des TBI. Le dénominateur commun des protections est composé de cinq facteurs. Premièrement, il est prévu d'appliquer aux investissements le traitement national ainsi que celui de la nation la plus favorisée. Deuxièmement, il est fait référence au principe du traitement juste et équitable. Troisièmement, les TBI énoncent une protection totale ainsi qu'une garantie de sécurité à l'égard des investissements. Quatrièmement, il est interdit à l'Etat d'accueil de l'investissement d'adopter des mesures discriminatoires envers l'investisseur étranger. Dernièrement, il est prévu des mesures compensatoires en cas d'expropriation de l'investisseur¹⁵⁵. Ces protections peuvent être rendues effectives, le cas échéant, au sein des tribunaux arbitraux expressément destinés à régler les différends entre Investisseurs et Etats. Les standards les plus élevés de protection de l'investisseur se retrouvent dans le modèle néerlandais. A ce titre, la doctrine fait parfois référence au *Dutch Gold Standard*¹⁵⁶.

Comme déjà exposé par ailleurs¹⁵⁷, les principes du *traitement national* et de la *nation la plus favorisée* participent tous deux à garantir à l'investisseur étranger qu'il ne subira aucune discrimination. D'une part, le principe du traitement national garanti à l'investisseur étranger un traitement égal à celui des investisseurs nationaux. D'autre part, le principe de la nation la plus favorisée enjoint à l'Etat d'accueil de réserver à l'investisseur les conditions les plus favorables, qu'il octroierait à un quelconque autre investisseur¹⁵⁸. Ces deux principes sont énoncés dans les TBI sans définition détaillée.

Contrairement aux principes précédents qui s'évaluent en fonction des standards nationaux et dépendent des protections accordées au niveau national, le principe du *traitement juste et équitable* est autonome. Il s'estime en termes absolus¹⁵⁹. Si l'utilisation de ce principe est fréquente, il n'est pas tout aussi courant d'en obtenir une définition claire et uniforme. Ce

¹⁵⁵ Le point de vue que ces cinq facteurs constituent le dénominateur commun de la protection des investissements dans les TBI européens est également partagé par : L. RADICATI DI BROZOLO, et F. IORIO, « Arbitration Under Investment Protection Agreements between the EU and Non-Member States », SSRN, 2015, pp. 1 à 36.

¹⁵⁶ F. FONTANELLI, et G. BIANCO, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014, pp 211 à 246.

¹⁵⁷ *Supra*, Partie 1, Chapitre 3, Section 2, Sous-section 1.

¹⁵⁸ P. STRIK, *Shaping the single european market in the field of foreign direct investment*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 138 à 143.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

manque de précision confère ainsi, comme nous l'avons déjà mentionné dans le cadre de l'ALENA¹⁶⁰, un vaste pouvoir d'appréciation aux arbitres, ce qui nuit tant à la sécurité juridique qu'à la cohérence du système arbitral dans son ensemble. La tendance dans les TBI européens est de coupler presque de manière systématique une expropriation, qu'elle soit directe ou indirecte, avec une compensation pécuniaire en faveur de l'investisseur exproprié¹⁶¹. Il n'est donc prévu aucune condition supplémentaire, contrairement à ce qui est prévu dans l'ALENA, pour obtenir compensation d'une expropriation indirecte. Ceci bénéficie logiquement à l'investisseur qui voit son champ de protection élargi.

SOUS-SECTION 2 : PROTECTIONS PROCEDURALES DANS LES TBI

Les TBI européens sont caractérisés, de manière générale, par un texte court et peu précis, conférant aux parties une grande liberté. Ces caractéristiques se reflètent dans les règles procédurales encadrant l'arbitrage Investisseurs-Etats. Le choix des parties est prédominant : elles peuvent ainsi choisir les règles, le lieu, les délais qui s'appliqueront au litige, sans conditions. Toutefois, dans la plupart des litiges, les parties se réfèrent aux forums de règles tels ceux du Centre International pour le Règlement des Différends (CIRDI), de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI), de la Chambre de commerce internationale (CCI) ou encore de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS)¹⁶². En dehors de la procédure en annulation prévue par le forum de règles de la CIRDI, il n'existe en général aucun mécanisme d'appel dans les TBI européens¹⁶³. Le choix des arbitres revient également aux parties au différend. Ce choix est clé pour les parties qui estiment souvent qu'il existe une corrélation entre le choix de l'arbitre et l'issue du litige¹⁶⁴. Ils sont à ce titre souvent choisis en fonction de leur tendance à juger en faveur ou défaveur de l'Etat ou de l'investisseur et non de leurs qualités intrinsèques¹⁶⁵. Une majorité de TBI contient des clauses parapluies. Pour rappel, ces clauses enjoignent à l'Etat d'accueil de l'investissement de respecter les obligations spécifiques auxquelles il est partie dans le cadre

¹⁶⁰ *Supra*, Partie 1, Chapitre 3, Section 2, Sous-section 1.

¹⁶¹ F. FONTANELLI, et G. BIANCO, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014, pp 211 à 246.

¹⁶² S. WOOLCOCK, « The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty », *Étude demandée par la Commission du commerce international du Parlement européen*, 2010, pp. 46 à 56.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ Voir D. GAUKRODGER, et K. GORDON, « Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community », *OECD Working Papers on International Investment*, 2012, pp. 43 à 45.

¹⁶⁵ S. WOOLCOCK, « The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty », *Étude demandée par la Commission du commerce international du Parlement européen*, 2010, pp. 46 à 56.

de sa relation avec l'investisseur étranger¹⁶⁶. Ces clauses sont intéressantes pour l'investisseur car elles lui permettent de saisir le tribunal arbitral en cas de manquement contractuel de la part l'Etat d'accueil. De la sorte, l'investisseur peut contourner les juridictions étatiques dans des domaines initialement fermés à l'arbitrage.

SECTION 3 : CRITIQUES

Dans les TBI européens, ne figure généralement aucune obligation de communication au public des informations relatives au litige en cours. Le principe est d'ailleurs que l'arbitrage se déroule à huis clos¹⁶⁷. La comparaison avec l'ALENA est à cet égard intéressante : le chapitre onze prévoit expressément la communication de la majorité des documents soumis au tribunal arbitral et aménage la possibilité d'entendre des parties extérieures au litige par le biais de l'*amicus curiae*¹⁶⁸. La protection accordée dans les TBI est asymétrique¹⁶⁹. A ce titre, les TBI sont rédigés en faveur des investisseurs, lesquels jouissent d'une grande protection, sans que la sauvegarde de la capacité de l'Etat de réguler soit prise en compte. Le manque de précision et de définition du principe du traitement juste et équitable ou de l'expropriation indirecte participe à l'insécurité juridique¹⁷⁰. En effet, les contours de ces intitulés sont vagues et renvoient ainsi à l'arbitre le pouvoir de décider des comportements étatiques qui tombent dans le champ d'application de ces concepts. Il en résulte une incertitude pour les Etats qui ne sont pas en mesure de savoir ce qui constitue ou non une mesure expropriatrice ou injuste et inéquitable. Dans cette lignée, les Etats deviennent réticents à adopter de nouvelles normes législatives ou réglementaires qui peuvent constituer un motif d'arbitrage¹⁷¹. Cette problématique est d'autant plus grave lorsque les mesures en question concernent l'intérêt général. C'est ce problème auquel il est fréquemment fait référence sous le concept de "*regulatory chill*"¹⁷². Les Etats devraient connaître à l'avance les contours précis des

¹⁶⁶ *Supra*, Partie 1, Chapitre 3, Section 2, Sous-section 2.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ Article 1128 de l'ALENA.

¹⁶⁹ S. WOOLCOCK, « The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty », *Étude demandée par la Commission du commerce international du Parlement européen*, 2010*op.cit.*, pp. 46 à 56.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ C. TIETJE, et F. BAETENS, « The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership », *étude réalisée pour le Ministère des affaires étrangères néerlandais*, 2014, pp. 39 à 48.

¹⁷² *Ibidem*.

dispositions qui pourraient être contestées¹⁷³. Pour cela, l'UE doit abandonner l'habitude prise de rédiger des textes courts et peu précis, pour adopter des textes plus longs et détaillés porteurs de sécurité juridique¹⁷⁴. L'imprécision de la rédaction des principes des TBI suscite inévitablement un transfert de pouvoir définitionnel étendu aux arbitres chargés d'interpréter ces dispositions. Etant donné l'absence d'une autorité à laquelle cette tâche serait confiée, comme cela était prévu dans l'ALENA, les arbitres doivent en effet effectuer cette tâche dans chaque cas d'espèce. Ces interprétations d'auteurs multiples et dans des contextes variés participent à une incohérence, laquelle entraîne comme nous l'avons déjà mentionné¹⁷⁵, de l'insécurité juridique¹⁷⁶. En effet, il est fréquent que les arbitres rendent des sentences contradictoires voire incompatibles en raison d'interprétations divergentes d'un même principe¹⁷⁷. Deux possibilités pourraient rendre le système plus cohérent : Premièrement, l'attribution à une autorité de la compétence d'interpréter de manière obligatoire le texte des TBI¹⁷⁸ ; deuxièmement, l'instauration d'un mécanisme d'appel¹⁷⁹. Aucune de ces deux pistes n'a cependant été explorée dans le cadre des TBI européens.

CHAPITRE 2 : LE CHANGEMENT DE COMPETENCE SUITE AU TRAITE DE LISBONNE

Dans ce chapitre nous étudierons le changement de compétence introduit par le Traité de Lisbonne. Par ce dernier, l'UE devient compétente pour la protection des investissements directs étrangers. Nous verrons dans quelle mesure l'UE se positionne face à cette compétence et comment elle compte l'utiliser. Nous ferons l'état des divergences qu'il existe

¹⁷³ C. HENCKELS, « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP », *Journal of International Economic Law*, 2016, pp. 34 à 36.

¹⁷⁴ S. WOOLCOCK, « The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty », *Étude demandée par la Commission du commerce international du Parlement européen*, 2010, pp. 46 à 56.

¹⁷⁵ *Supra*, Partie 1, Chapitre 3, Section 2, Sous-section 3.

¹⁷⁶ D. GAUKRODGER, K. GORDON, « Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community », *OECD Working Papers on International Investment*, 2012, pp. 58 à 60.

¹⁷⁷ S. WOOLCOCK, « The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty », *Étude demandée par la Commission du commerce international du Parlement européen*, 2010, pp. 46 à 56.

¹⁷⁸ Piste également exploitée par : S. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, pp. 1604 à 1606.

¹⁷⁹ Sur l'opportunité d'instaurer un mécanisme d'appel, voy. : C. YANNACA SMALL, « Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats : vue d'ensemble », *Document de travail de l'OCDE sur l'investissement international*, 2006, disponible sur <https://www.oecd.org/fr/chine/38046824.pdf>, visité la dernière fois le 3 avril 2017, pp. 9 à 16.; S. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, pp. 1606 à 1610.

sur ce point entre les institutions. Enfin, nous présenterons le mandat de négociation obtenu par la Commission pour négocier les accords de libre-échange avec Singapour et le Canada, afin d'élucider le positionnement officiel de l'UE. Ainsi, nous aurons un premier aperçu de l'orientation de la politique européenne. Nous pourrions alors évaluer dans quelle mesure l'UE se distingue de la pratique initiale des Etats membres et, de ce fait, tenter d'en extraire les raisons motivant ce revirement.

SECTION 1ERE : NOUVELLE COMPETENCE DE L'UE

Le paysage, au préalable couvert par les TBI, change profondément suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Il est inséré à l'article 207 TFUE une nouvelle compétence qui élargit le cadre de la politique commerciale commune de l'Union européenne. Cet article est libellé comme suit :

« La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, *les investissements étrangers directs*¹⁸⁰, l'uniformisation des mesures de libéralisation, la politique d'exportation, ainsi que les mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping et de subventions. La politique commerciale commune est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union. »

L'UE devient de la sorte compétente de manière exclusive¹⁸¹ pour la protection des investissements directs étrangers, compétence qui relevait auparavant, en raison du principe d'attribution, des compétences des Etats membres¹⁸². Il nous paraît dès lors intéressant d'examiner la position de l'Union européenne face à cette nouvelle compétence. En effet, l'Union est désormais en mesure de s'éloigner des modèles des TBI ou de s'en rapprocher. Elle jouit de la liberté d'innover comme de se retrancher derrière les pratiques des Etats membres. Il est donc essentiel de voir comment l'UE aborde cette compétence nouvelle. A cet égard, il faut noter l'absence d'une vision commune à toutes les institutions européennes¹⁸³. Il

¹⁸⁰ Nous soulignons.

¹⁸¹ Le caractère exclusif de la compétence est déduit de l'article 3(1) TFUE.

¹⁸² Pour plus de développements sur le changement de compétence, voy : M. BUGENBERG, « The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics », dans *International Investment Law and EU Law*, Berlin, Springer, 2011, pp. 29 à 42.

¹⁸³ Sur ce point : P. STRIK, *Shaping the single european market in the field of foreign direct investment*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 78 à 90.

est par conséquent nécessaire de distinguer le point de vue de la Commission, du Parlement, et des Etats membres.

SECTION 2 : POINT DE VUE DES ACTEURS EUROPEENS SUR L'EXERCICE DE LA COMPETENCE NOUVELLE

La nouvelle compétence de négociation des accords relatifs à la protection de l'investissement offre à la Commission un outil supplémentaire pour améliorer l'économie de l'UE, en suscitant un investissement croissant. Dans cette optique d'augmenter l'investissement, la Commission souhaite, d'une part, offrir aux investisseurs étrangers une protection de taille, afin qu'ils trouvent en l'Union européenne un partenaire d'investissement des plus attractifs¹⁸⁴. Il n'est donc pas question de protéger la capacité de réguler des Etats mais plutôt de garantir aux investisseurs des standards à tout le moins égaux à ceux présents dans les TBI pour attirer l'investissement¹⁸⁵. D'autre part, la Commission se positionne en faveur des investisseurs européens qui investissent à l'étranger¹⁸⁶. Ainsi, elle souhaite offrir à ces derniers une grande sécurité regardant leurs investissements dans les Etats tiers cocontractants de l'UE. La Commission s'exprime en ce sens lorsqu'elle déclare « *ensure that no EU investor would be worse off than they would be under Member States BIT's* »¹⁸⁷

Bien que la Commission soit l'acteur phare des négociations, le Parlement européen est, suite au traité de Lisbonne, devenu co-législateur. Son consentement est désormais essentiel à l'effectivité des accords portant sur les investissements¹⁸⁸. En raison des divergences d'intérêts entre la Commission et le Parlement, l'UE a naturellement échoué à adopter une

¹⁸⁴ Pour plus de développements sur le passage de la pratique bilatérale des Etats membres à une véritable politique européenne, Voy : C. TITI, « International Investment Law and the European Union : Towards a New Generation of International Investment Agreements », *European Journal Of International Law*, vol. 26(3), 2015, pp. 639 à 661.

¹⁸⁵ Voy. La communication de la Commission du 7 juillet 2010 : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », COM/2010/0343 final ; commentée par : A. REINISCH, « The EU on the investment Path - Quo vadis Europe ? The future of EU BIT's and other Investment Agreements » *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12, 2014, pp. 8 à 9.

¹⁸⁶ F. FONTANELLI, et G. BIANCO, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014, pp 214 à 224.

¹⁸⁷ Voir la communication de la Commission du 7 juillet 2010 : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », 7 juillet 2010, COM/2010/0343 final.

¹⁸⁸ Suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le Parlement européen est codécideur au côté de la Commission. Son accord est donc nécessaire pour la conclusion des traités d'investissement, comme mentionné à l'article 218(6) TFUE. Il bénéficie donc *de facto* d'un véritable droit de veto.

position commune quant à l'exercice de sa nouvelle compétence en matière d'investissements directs étrangers. Ce *dissensus* au sein même de ses propres institutions peut porter préjudice à l'Union à la table des négociations avec les Etats tiers. Le point de divergence concentrant les tensions concerne la capacité de réguler des Etats. En effet, contrairement à la Commission qui met la priorité sur la protection des investisseurs, le Parlement défend une politique de protection de l'investissement qui n'entrave pas la capacité de réguler des Etats¹⁸⁹. Il ne tolère pas que la protection de l'investisseur se fasse au détriment de l'intérêt général, plus précisément des normes environnementales, de santé, de travail. Le Parlement se montre ainsi réticent au mécanisme de protection offert par les clauses *ISDS* tel qu'inclus dans les TBI et tel que défendu par la Commission¹⁹⁰. En effet, comme mentionné précédemment, le mécanisme *ISDS* pourrait, au terme d'un litige, enjoindre à un Etat membre de verser à un investisseur une somme d'argent public au titre de compensation¹⁹¹. En résumé, pour le Parlement européen, la Commission devrait davantage prendre en compte le droit de l'Etat de légiférer, sans se focaliser à outrance sur la protection de l'investisseur étranger¹⁹².

Les Etats membres ont, dans un premier temps, tenté de défendre leur compétence passée et ainsi d'argumenter dans le sens d'une limitation de la nouvelle compétence européenne. Premièrement, les Etats allèguent que la nouvelle compétence de l'Union européenne est restreinte à l'admission, et non la protection, des investissements sur le sol européen¹⁹³. Deuxièmement, Les Etats membres estiment que seuls les investissements directs sont

¹⁸⁹ Il est utile de garder à l'esprit que le Parlement européen est composé de députés élus au suffrage universel dans chaque Etat membre. Le Parlement européen joue le rôle d'intermédiaire entre les volontés politiques des Etats membres et celles de l'UE. Dès lors, si les Etats membres sont insatisfaits de la politique européenne, le Parlement sera sans doute un des vecteurs de diffusion de ce ressenti.

¹⁹⁰ C. HENCKELS, « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP », *Journal of International Economic Law*, 2016, pp. 34 à 36.

¹⁹¹ C. TITI, *International Investment Law and the European Union : Towards a New Generation of International Investment Agreements*, *European Journal Of International Law*, vol. 26(3), 2015, pp. 639 à 661. A. MILLS, « Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration », *Journal of International Economic Law*, vol. 14, 2011, pp. 469 à 503.

¹⁹² A titre illustratif, voy. Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, 2010/2203, paragraphe 6 : « [Le Parlement] se félicite de la communication de la Commission intitulée «Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux» mais souligne que, plutôt que de se concentrer essentiellement sur la protection de l'investisseur, elle devrait mieux évoquer le droit de protéger la capacité de réglementation publique et de respecter l'obligation de l'Union de se doter d'une politique cohérente en matière de développement ».

¹⁹³ A. REINISCH, « The EU on the investment Path - Quo vadis Europe ? The future of EU BIT's and other Investment Agreements » *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12, 2014, p. 4. Ainsi que dans le même sens : F. FONTANELLI, et G. BIANCO, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014, pp. 211 à 246.

couverts, à l'exclusion donc des investissements de portefeuille^{194/195}. Ces deux arguments, s'ils sont admis entraînent *de facto* la qualification de compétence partagée et la conclusion de traités mixtes en la matière¹⁹⁶. Bien que ces arguments aient pu trouver un écho favorable au vu de l'interprétation généralement stricte des compétences de l'UE en matière de politique commerciale par la CJUE¹⁹⁷, ainsi qu'au vu du texte précis de l'article 207 TFUE – lequel ne vise que les investissements directs étrangers – la Commission ne les a pas retenus¹⁹⁸. De cette façon, la compétence de l'UE s'étend bien de la libéralisation à la protection et couvre autant les investissements directs étrangers que les investissements de portefeuille¹⁹⁹.

Une fois la compétence des Etats membres déniée par la Commission, ceux-ci ont continué à défendre leur position en tentant d'influencer l'exercice de la nouvelle compétence de l'UE. Ainsi, il n'est pas surprenant que les Etats membres aient suggérés à la Commission qu'elle s'inspire des pratiques issues des traités bilatéraux existants dans l'exercice de sa compétence de protection des investissements²⁰⁰. La Commission, comme nous l'avons énoncé, partage cet avis : elle estime que la compétence de l'UE devrait être exercée sans amoindrir les protections offertes précédemment par les Etats membres. Toutefois, les Etats membres souhaitent aussi que les protections offertes aux investisseurs n'atténuent pas leur capacité de réguler. A une époque où les pays initialement exportateurs de capitaux sont également la cible des recours à l'arbitrage, il est logique qu'ils défendent un modèle moins protecteur des investisseurs^{201/202}. La dynamique du mécanisme institué par les clauses *ISDS* laisse aux Etats

¹⁹⁴ Les investissements de portefeuille sont « des investissements à court terme focalisés sur le taux de retour sur investissement, sans contrôle dans la gestion, et présentant un caractère en partie spéculatif », S. WOOLCOCK, « The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty », *Étude demandée par la Commission du commerce international du Parlement européen*, 2010, pp. 46 à 56.

¹⁹⁵ P. CARDWELL, *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era*, T.M.C. Asser Press, 2011, pp. 405 à 406.

¹⁹⁶ *Ibid.* pp. 416 à 416.

¹⁹⁷ Voir CJUE, Opinion 1/94, 15 novembre 1994, dans le domaine des services où la CJUE adopte une interprétation restrictive de la compétence de l'UE.

¹⁹⁸ A. REINISCH, « The EU on the investment Path - Quo vadis Europe ? The future of EU BIT's and other Investment Agreements » *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12, 2014, pp. 4 à 5.

¹⁹⁹ *Ibidem.* Dans le même sens : A. REINISCH, « The European Union and Investor-State Dispute Settlement : From Investor-State arbitration to permanent investment court » *Center for International Governance Innovation*, 2016, p. 3.

²⁰⁰ C. TITI, « International Investment Law and the European Union : Towards a New Generation of International Investment Agreements », *European Journal Of International Law*, vol. 26(3), 2015, pp. 641 à 643.

²⁰¹ Voir sur la corrélation : C. HENCKELS, « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP », *Journal of International Economic Law*, 2016, pp. 27 à 50. Dans le même sens ; K. GORDON et J. POHL, « Investment treaties over time-Treaty practice and interpretation in a changing world », *OECD Working Papers on International Investment*, 2015, pp. 9 à 11.

membres un sentiment d'impuissance, vu qu'il ne leur reste plus qu'à abandonner leur politique nationale ou déboursier l'argent public en cas de sentence favorable à l'investisseur. A ce titre, les Etats membres se sont interrogés sur la possibilité de subordonner la procédure d'arbitrage à leur consentement préalable, en sus du consentement de la Commission et du Parlement européen²⁰³. Ce consentement des Etats membres est cependant uniquement nécessaire aux accords mixtes²⁰⁴, il paraît alors essentiel de voir quelle qualification est retenue au sein de l'Union pour les accords sur l'investissement international. La compétence de l'Union européenne a récemment été adressée dans le cadre de l'Accord de libre-échange avec Singapour²⁰⁵. La Commission a saisi la CJUE d'une demande d'avis quant à la qualification de l'accord²⁰⁶. La CJUE doit se prononcer et déterminer si cet accord constitue un traité mixte ou s'il relève de la compétence exclusive de l'UE. A ce stade, la qualification de traité mixte a été retenue par l'avocate générale²⁰⁷. Elle avance que cet accord relève de la compétence de l'UE comme celle des Etats membres²⁰⁸. Si la CJUE suit son avis, l'accord devrait être ratifié par l'UE et par chacun des Etats membres²⁰⁹. Cette décision est importante pour les accords ultérieurs, lesquels seront probablement soumis au même régime²¹⁰.

²⁰² Ceci s'inscrit dans la même logique que ce que nous avons mentionné *infra* pp. 29 à 30 dans le cadre de l'ALENA.

²⁰³ A. REINISCH, « The Future Shape of EU Investment Agreements », *ICSID Review*, Vol. 28, 2013, pp. 179 à 196.

²⁰⁴ Article 4 TFUE énonce les compétences partagées. L'article 3 TFUE énonce les compétences exclusives, dont fait partie la politique commerciale commune.

²⁰⁵ Accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour, 2014.

²⁰⁶ Procédure d'avis 2/15, en vertu de l'article 218 paragraphe 11 TFUE, 10 juillet 2015.

²⁰⁷ Voy. Conclusions de l'Avocat général Sharpston, dans la procédure d'avis 2/15, publiées le 21 décembre 2016, disponible sur <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186494&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=324328>, visité la dernière fois le 17 avril 2017.

²⁰⁸ Voir le communiqué de presse de la CJUE relatif aux conclusions de l'Avocat général Sharpston (publiées le 21 décembre 2016), dans la procédure d'avis 2/15, disponible sur <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-12/cp160147fr.pdf>, visité pour la dernière fois le 28 mars 2017.

²⁰⁹ La CJUE devrait trancher la question à la fin du mois de mai prochain.

²¹⁰ B. HERISSET, « L'Union européenne est-elle compétente pour ratifier seule l'accord de libre-échange avec Singapour ? », *Dalloz actualités*, 2017, pp. 1 à 3.

SECTION 3 : POSITIONNEMENT OFFICIEL ; ANALYSE DU MANDAT DE NEGOCIATION OBTENU PAR LA COMMISSION POUR NEGOCIER LES ACCORDS AVEC L'INDE, SINGAPOUR ET LE CANADA

L'UE s'est officiellement positionnée par rapport à la compétence nouvelle dans le cadre du mandat obtenu par la Commission pour les négociations de l'accord de libre-échange avec l'Inde, Singapour et le Canada²¹¹. A la table des négociations, l'UE est contrainte d'adopter une vision unique. Ce mandat de négociation nous permet ainsi de voir si les vues initiales de la Commission de préserver les hauts standards de protections ont perduré, ou si les préoccupations du Parlement regardant l'atteinte à la capacité de réguler des Etats ont pesé dans la balance.

A première vue, il apparaît dans le mandat que les standards élevés de protection des TBI européens sont maintenus^{212/213} ; il est fait référence aux principes de traitement juste et équitable, de traitement national et de la nation la plus favorisée ainsi qu'à l'octroi d'une compensation presque automatique en cas d'expropriation²¹⁴. Il ne ressort par ailleurs aucune influence quelconque de l'ALENA sur la politique européenne de protection de l'investissement²¹⁵. Cette tendance témoigne de l'absence de prise en compte des contestations portées par le Parlement européen et les Etats membres. De la sorte, les critiques émises à l'encontre de la protection accrue des investissements étrangers, y compris le mécanisme *ISDS*, continuent à s'appliquer au niveau européen.

²¹¹ Recommandation de la Commission au Conseil visant à autoriser la Commission à engager des négociations en vue d'un accord d'intégration économique avec le Canada, Doc. 9036/09, 2009, disponible sur <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9036-2009-EXT-2/fr/pdf>, visité la dernière fois le 19 avril 2017. ; Complété par : Recommandation de la Commission au Conseil relative à la modification des directives de négociation pour la conclusion d'un accord d'intégration économique avec le Canada, afin d'autoriser la Commission à engager des négociations, au nom de l'Union, au sujet des investissements, Doc. 18201/10, 2011, disponible sur <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12838-2011-EXT-2/fr/pdf>, visité la dernière fois le 19 avril 2017.

²¹² Voy. Recommandation de la Commission au Conseil relative à la modification des directives de négociation pour la conclusion d'un accord d'intégration économique avec le Canada, afin d'autoriser la Commission à engager des négociations, au nom de l'Union, au sujet des investissements, Doc. 18201/10, 2011, disponible sur <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12838-2011-EXT-2/fr/pdf>, visité la dernière fois le 19 avril 2017, « Objectif : prévoir le plus haut niveau de protection et de sécurité possible au niveau juridique pour les investisseurs européens au Canada ... chercher à renforcer l'attrait de l'Europe en tant que destination des investissements étrangers »

²¹³ A. REINISCH, « The Future Shape of EU Investment Agreements », *ICSID Review*, vol. 28, 2013, pp. 179 à 196.

²¹⁴ A. REINISCH et L. STIFTER, « European Investment Policy and ISDS » *SSRN*, 2014, pp. 5 à 7.

²¹⁵ A. REINISCH, « The Future Shape of EU Investment Agreements », *ICSID Review*, vol. 28, 2013, pp. 179 à 196.

S'il est vrai que le modèle des TBI a été retenu au stade des négociations, il n'en est cependant pas de même dans les versions finales des accords conclus, tant avec Singapour qu'avec le Canada. Il nous paraît alors dès lors opportun, dans un premier temps, de questionner les raisons de ce changement soudain. Dans un second temps, nous analyserons, dans le cadre du *CETA*, les véritables changements effectués au niveau des protections procédurales comme substantielles. Déjà en 2013, la Commission se félicite, dans un communiqué de presse²¹⁶, de l'inclusion dans le *CETA* de clauses de sauvegarde de l'intérêt général, notamment de protection de l'environnement et des normes sociales, ce qui témoigne d'un changement curieux de position²¹⁷. Au vu de ce que nous avons énoncé plus tôt²¹⁸, la Commission ne devrait en effet pas se réjouir d'une définition précise de ces notions, lesquelles atténuent la protection de l'investisseur. *A contrario*, ces définitions précises auraient dû être acclamées par le Parlement européen²¹⁹.

Ce revirement curieux nous amène à nous questionner sur les motifs qui ont présidé à ce changement. Une première raison pourrait résider dans le fait que le Canada soit partie à l'ALENA. L'influence de l'ALENA dans le *CETA* est bien présente²²⁰. Le texte du *CETA* converge vers davantage de protection de la capacité de réguler comme le préconise l'ALENA et non les TBI européens²²¹. Toutefois, une seconde hypothèse défendue par la

²¹⁶ Communiqué de presse de la Commission européenne « EU and Canada strike free trade deal », 18 octobre 2013, disponible sur <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=973>, visité la dernière fois le 1er avril 2017., « *The EU and Canada have also reaffirmed their strong commitment to the principles and objectives of sustainable development in trade. This means that the investment and trade should not develop at the expense of the environment, but rather foster mutual supportiveness between economic growth, social development, and environmental protection.* ».

²¹⁷ F. FONTANELLI, et G. BIANCO, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014, pp 228 à 246.

²¹⁸ Communication de la Commission du 7 juillet 2010 : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », 7 juillet 2010, COM/2010/0343 final.

²¹⁹ F. FONTANELLI, et G. BIANCO, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014, pp 228 à 246.

²²⁰ Voy. Notamment : Articles 8.6 ; 8.7 ; 8.12 ; 8.38 du *CETA*.

²²¹ Article 8.9 du *CETA* : « 1. Pour l'application du présent chapitre, les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que 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. 2. Il est entendu 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 d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section. »

doctrine énonce que l'UE a tendu vers davantage de protection des Etats suite aux critiques émises par la société civile à l'encontre des mécanismes de protection tel l'*ISDS* dans le cadre des négociations du PTCI^{222/223}. Une troisième piste de compréhension de ce revirement réside dans le fait que l'accord avec le Canada est conclu entre deux parties développées. De la sorte, comme nous l'avons expliqué précédemment, lorsque l'UE est uniquement exportatrice de capitaux envers les pays en voie de développement, l'UE a tout intérêt à ce que ses investisseurs soient protégés par des standards élevés exprimés de manière large²²⁴. Le recours aux protections des TBI s'expliquerait ainsi par le caractère asymétrique de la relation avec les Etats en voie de développement. Ces motivations ne seraient plus présentes lorsque l'Union européenne négocie avec le Canada en raison du caractère symétrique de leurs rapports.

La piste de la prise en compte des griefs de la société civile mérite à nos yeux une plus ample investigation. A cette fin, il convient de se replonger dans le contexte des négociations du Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement (PTCI) et plus particulièrement au chapitre sur l'investissement incluant un mécanisme de type *ISDS*. Pour rappel, une des principales critiques à l'encontre de l'*ISDS* réside en l'atteinte qu'il porte à la capacité de réguler des Etats. Dans cette optique, l'inclusion d'un mécanisme *ISDS* soumet l'ambition législative de l'Etat à une pression qui peut l'empêcher d'adopter les mesures qui conviendraient pour sauvegarder l'intérêt général. Il n'est donc pas illogique que l'arbitrage *ISDS*, tel que présenté dans les TBI européens, entraîne de vives contestations de la part de la société civile²²⁵. Ces oppositions se sont clairement manifestées au cours des négociations du Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement (PTCI)²²⁶. Au cours de ces négociations, le climat anti-PTCI, relayé ardemment par les médias a contraint la Commission

²²² Voir les résultats des consultations publiques initiées par la Commission européenne, du 27 mars et du 13 juillet 2014 dans le cadre du PTCI, publiées sous forme de rapport le 13 janvier 2016

²²³ A. REINISCH, « The European Union and Investor-State Dispute Settlement : From Investor-State arbitration to permanent investment court » *Center for International Governance Innovation*, 2016, pp. 13 à 14.

²²⁴ C. HENCKELS, « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP », *Journal of International Economic Law*, 2016, pp. 27 à 50 ; J. KUIJPER, I. PERNICE, « Investor-State Dispute Settlement (ISDS) provisions in the EU's international investment agreements », *Etude réalisée pour le Parlement européen, département politique extérieure*, 2014, pp. 14 à 15.

²²⁵ Voir les résultats des consultations publiques initiées par la Commission européenne, du 27 mars et du 13 juillet 2014, publiées sous forme de rapport le 13 janvier 2016.

²²⁶ Pour une analyse des réponses aux consultations sur le PTCI voir : M. BAUER, « Campaign-triggered mass collaboration in the EU's online consultations: the ISDS-in-TTIP case », *European view*, vol. 14, 2015, pp. 121 à 129.

à interrompre les négociations pour soumettre le chapitre sur l'investissement à l'opinion publique. La Commission a alors organisé les consultations publiques portant notamment sur ce chapitre, lequel contient, comme nous l'avons dit, un arbitrage *ISDS*. Dans ce contexte d'opinions publiques majoritairement opposées à l'*ISDS*, et puisque le *CETA* a été qualifié par la Commission elle-même de traité mixte, il a donc été jugé nécessaire de revoir ce mécanisme pour être en capacité d'obtenir l'approbation du Parlement européen, puis des Etats membres²²⁷. Certes, ce rapport critique s'inscrit dans le cadre des négociations du PTCI, mais en raison des recommandations du Parlement européen²²⁸, il semble que l'opposition qu'il manifeste s'étend au *CETA*²²⁹.

Les contestations de la politique commerciale commune en matière d'investissement ont par conséquent amené la Commission à innover et présenter un modèle supposé plus acceptable pour les parties, en tant qu'il ne porterait pas atteinte au droit de réguler des Etats, dans le cadre du *CETA*. C'est donc ce nouveau modèle qui concentrera notre attention dans le prochain chapitre, afin d'analyser dans quelle mesure l'UE a intégré les arguments des protestataires.

²²⁷ Cela dépend de la qualification de traité mixte. Le *CETA* a été qualifié de traité mixte, Voy : Décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part, 2016, disponible sur <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10972-2016-REV-1/fr/pdf>, visité la dernière fois le 19 avril 2017.

²²⁸ Commission du commerce international du Parlement européen, Rapport contenant les recommandations à la Commission européenne concernant les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI), 1^{er} juin 2015, n° 2014/2228, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0175+0+DOC+XML+V0//EN>, visité la dernière fois le 20 avril 2017. : « (xviii) *to ensure that agreement on any dispute settlement mechanism regarding investment protection must take into account the results of the public consultation on investor-state dispute settlement (ISDS), be fully transparent and democratically accountable, explicitly state the Member States' right to regulate and under no circumstances restrict or hinder legislators from passing and enforcing laws both in the area of employment and in the area of social policy for their countries; a state-to-state dispute settlement system between the EU and the US – both of which have fully functional legal systems and a sufficient level of investment protection to guarantee legal security – is another appropriate tool for addressing investment disputes; the inclusion of any form of private arbitration courts in TTIP must be ruled out; »*

²²⁹ S. DUMANOIR, « Vers une renégociation de l'accord économique et commercial global (AECG) entre l'Union européenne et le Canada ? Le mécanisme de règlement des différends par l'arbitrage entre investisseur et Etat en question », *Revue du Marché commun et de l'UE*, 2016, pp.132 à 141.

CHAPITRE 3 : NOUVELLE VERSION DU MECANISME DANS LE CADRE DU *CETA*

Nous passerons en revue les négociations qui ont menés au choix de l'*Investment Court System* dans le *CETA*. Nous étudierons, à cet effet, les contradictions existantes au sein des différentes institutions. Ensuite nous analyserons, comme nous l'avons fait précédemment pour l'ALENA²³⁰, les garanties substantielles et procédurales que ce mécanisme offre. Nous insisterons sur les rapprochements et distinctions qui existent entre l'*Investment Court System* (en abrégé, *ICS*) et la politique des TBI ou de l'ALENA. Ainsi, nous aurons le bagage nécessaire pour répondre à notre problématique de départ dans le chapitre suivant.

SECTION 1ERE : PRESENTATION DE L'INVESTMENT COURT SYSTEM

Face aux critiques émises à l'encontre du mécanisme instaurant un arbitrage *ad hoc* pour régler les litiges entre investisseurs étrangers et Etat, la Commission européenne s'est penchée sur la faisabilité d'une modification du chapitre sur l'investissement du contenu dans le *CETA*. En raison de sa nature de traité mixte, le consentement du Parlement européen ainsi que celui de chaque Etat membre individuellement est requis pour que ce traité de libre-échange avec le Canada puisse être pleinement effectif. Vu l'opposition qu'il connaît au sein de la société civile et des parlements nationaux, l'obtention d'un tel consentement ne peut être envisagé sans renégociation du chapitre sur l'investissement. Le mécanisme institué dans le texte définitif du *CETA* est celui de l'*Investment Court System*', mécanisme hybride, entre l'arbitrage et la juridiction permanente. S'il s'agit bien du mécanisme retenu dans la version finale du *CETA*, il n'en a pas toujours été question. Jusqu'en 2014, le texte du *CETA* prévoyait un mécanisme classique *ISDS* se rapprochant de la politique européenne dans le cadre des TBI²³¹. Ceci rejoint notre propos antérieur : le texte du *CETA* a dû être remanié suite aux contestations de la société civile survenues dans le cadre du PTCl. A cet effet, la Commission a expressément commencé des consultations publiques afin de récolter l'avis de l'opinion publique sur le passage de l'*ISDS* à l'*ICS*²³².

²³⁰ *Supra*, Partie 1, Chapitre 3, Section 2, Sous-section 1 et 2.

²³¹ Pour un commentaire détaillé de la proposition telle que énoncée en 2014, voir : REINISCH, A. et STIFTER, L., « European Investment Policy and ISDS » *SSRN*, 2014, pp. 4 à 7.

²³² La Commission européenne a lancé une consultation publique en décembre 2016, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=233, visité la dernière fois le 6 avril 2017.

Cette proposition de juridiction a dans un premier temps émergé dans l'enceinte socio-démocrate du Parlement européen²³³. Plus particulièrement, c'est la branche allemande qui a porté cette requête²³⁴. Ceci se comprend assez logiquement lorsqu'on sait que le gouvernement allemand, au même titre que le gouvernement autrichien, a rejeté, en 2014, la proposition d'inclure un mécanisme de type *ISDS* dans le PTCI²³⁵. Le Parlement a dans un second temps, en 2015, adopté une résolution appelant à l'établissement d'une telle institution²³⁶, laquelle a finalement été concrétisée dans le *CETA*.

SOUS-SECTION 1 : LES GARANTIES SUBSTANTIELLES DU CETA

Le principe du *traitement national* et de *la nation la plus favorisée* sont inclus dans le texte du *CETA*, comme ils l'étaient dans les TBI européens et l'ALENA. Ils engendrent les mêmes obligations. A cet égard, nous renvoyons le lecteur aux développements émis *infra*²³⁷. Le principe du *traitement juste et équitable* mérite une attention toute particulière dans le cadre du *CETA*. Traditionnellement, ce principe est une source d'interprétations variées, ce qui participe à l'insécurité juridique et l'incohérence du système arbitral. Ainsi, nous avons vu que, dans le cadre des TBI européens²³⁸, il faisait l'objet de fortes critiques. L'ALENA a initialement subi le même sort, avant que les contours du traitement juste et équitable soient

²³³ A. REINISCH, « The European Union and Investor-State Dispute Settlement : From Investor-State arbitration to permanent investment court » *Center for International Governance Innovation*, 2016, pp. 8 à 9.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ Résolution du Conseil fédéral à l'occasion de la Consultation publique de la Commission européenne sur les modalités d'un accord de protection des investissements avec arbitrage investisseur-Etat dans les négociations sur un commerce transatlantique et partenariat d'investissement entre l'UE et les Etats-Unis, 1^{er} juillet 2014, disponible sur http://www.bremische-buergerschaft.de/drs_abo/2014-07-02_Drs-18-1465_d1029.pdf, visité la dernière fois le 20 avril 2017., « *Der Bundesrat hält spezielle Investitionsschutzvorschriften und Streitbeilegungsmechanismen im Verhältnis Investor und Staat zwischen der EU und den USA für verzichtbar und mit hohen Risiken verbunden. Gründe dafür sind insbesondere: Beide Partner gewährleisten für Investoren einen hinreichenden Rechtsschutz vor unabhängigen nationalen Gerichten. Durch Investor-Staats-Schiedsverfahren können allgemeine und angemessene Regelungen zum Schutz von Gemeinwohlzielen, die in demokratischen Entscheidungen rechtsstaatlich zustande gekommen und rechtmäßig angewandt wurden, ausgehebelt oder umgangen werden. Investitionsschutzabkommen können eine Absenkung hoher Schutzniveaus in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Arbeit, Verbraucher, Umwelt und Förderung der kulturellen Vielfalt bewirken, dies insbesondere durch Regelungen zum Schutz vor und Schadenersatz bei direkter und indirekter Enteignung...* »

²³⁶ 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, 2015, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+XML+V0//FR>, visité la dernière fois le 20 avril 2017.

²³⁷ *Supra* Partie 1, Chapitre 3, Section 2 Sous-section 1 et Partie 2, chapitre 1, Section 2, Sous-section 1.

²³⁸ *Supra* Partie 1, Chapitre 3, Section 4 et Partie 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 3.

redessinés de manière contraignante²³⁹. Le *CETA* progresse par rapport à ces deux modèles en établissant une liste presque exhaustive des comportements qui constituent une violation du principe²⁴⁰.

L'expropriation est définie au moyen d'une liste à l'article 8.12 du *CETA*, complétée par une annexe²⁴¹. Si elle est avérée, l'expropriation entraîne une compensation pécuniaire. Le texte plus précis du *CETA*, autant au regard de ce qui constitue une expropriation, que de ce qui est couvert par la compensation s'éloigne de la pratique des TBI. Contrairement à la coutume européenne des TBI, le *CETA* accorde à l'expropriation indirecte des contours clairs. Pour rappel, les TBI étaient caractérisés par une compensation en cas d'expropriation directe comme indirecte, sans plus de conditions. Il semble que le *CETA* s'inspire de la pratique de l'ALENA²⁴² en définissant dans une annexe au traité ce qui constitue ou non une expropriation indirecte susceptible de donner lieu à compensation. Dans cette lignée, le *CETA* n'autorise pas les arbitres à octroyer des dommages et intérêts punitifs²⁴³.

SOUS-SECTION 2 : LES GARANTIES PROCEDURALES DU CETA

Le *CETA* rompt avec la tradition des TBI européens en insérant des conditions limitant le champ d'application du recours à l'arbitrage. Nous avons énoncé que, logiquement, plus le nombre de conditions à remplir pour soumettre le litige à l'arbitrage sont élevées, moins l'investissement est protégé. C'est bien dans cette perspective que le *CETA* s'inscrit en obligeant les parties à d'abord recourir à un mode alternatif de résolution des litiges telle la

²³⁹ *Supra* Partie 1, Chapitre 3, Section 4.

²⁴⁰ C. TIETJE, et F. BAETENS, « The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership », *étude réalisée pour le Ministère des affaires étrangères néerlandais*, 2014, pp. 63 à 64.

²⁴¹ Référence à l'annexe 8-A : « 2. Pour déterminer si une mesure ou une série de mesures d'une Partie, dans une situation de fait spécifique, constituent une expropriation indirecte, il est nécessaire de procéder à un examen au cas par cas fondé sur les faits, qui tient compte, entre autres, des facteurs suivants : a) l'impact économique de la mesure ou de la série de mesures, même si le seul fait qu'une mesure ou série de mesures d'une Partie aient un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement ne suffit pas à établir qu'il y a eu expropriation indirecte; EU/CA/Annexe/fr 122 b) la durée de la mesure ou de la série de mesures d'une Partie; c) l'étendue de l'atteinte portée par la mesure ou la série de mesures en cause aux attentes spécifiques et raisonnables sous-tendant l'investissement; d) la nature de la mesure ou de la série de mesures, notamment leur objet, contexte et but. 3. Il est entendu que, sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, notamment en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte. »

²⁴² *Supra* Partie 1, Chapitre 3, Section 2, Sous-section 1.

²⁴³ Article 8.39 du *CETA*.

médiation ou la conciliation. Le *CETA* est à cet égard comparable à l'*ALENA*. Il s'éloigne de ce dernier en établissant un mécanisme permanent de médiation, faisant ainsi de cette voie une véritable alternative à l'arbitrage.

Par ailleurs, la procédure de sélection des arbitres²⁴⁴ est sans doute le changement le plus novateur de l'*ICS* prévu par le *CETA*. D'une part, les arbitres sont choisis par un comité composé de manière égale par les représentants compétents pour l'Union européenne et le Canada. Ces quinze arbitres, une fois choisis, ont vocation à siéger de manière permanente pour un mandat de cinq ans renouvelable²⁴⁵. Les quinze arbitres sont des nationaux de l'UE, du Canada et de pays tiers à concurrence de cinq arbitres par groupe géographique. Les arbitres s'apparentent aux juges nationaux en raison notamment des qualifications qu'ils doivent posséder. Il ne s'agit point d'un expert sans connaissances juridiques, l'arbitre doit posséder les mêmes compétences que celles requises à la fonction de juge étatique²⁴⁶. Si tel n'est pas le cas, l'arbitre peut tout de même être désigné s'il est reconnu comme un éminent juriste. Le fonctionnement du tribunal se fait sur base tripartite. Pour chaque affaire, trois arbitres sont désignés ; un arbitre par groupe géographique²⁴⁷. Chaque division ainsi composée s'occupe du litige qui lui a été attribué. A cet égard, la procédure d'attribution des cas aux arbitres mérite une attention particulière : là où l'arbitrage classique permet aux parties de choisir les arbitres traitant de leur cas²⁴⁸, l'*ICS* attribue de manière tout à fait aléatoire les affaires soumises aux arbitres²⁴⁹. Ainsi, les parties ne peuvent définir à l'avance quelles seront les personnes qui vont décider de leur sort. La vocation à siéger pour un mandat de cinq ans pour les arbitres et l'impossibilité pour les parties à la dispute de choisir l'arbitre écartent l'*ICS* du mécanisme traditionnel prévu sous l'arbitrage *ISDS*. Ces changements sont censés remédier au problème du manque d'indépendance et d'impartialité des arbitres dénoncés dans le mécanisme des clauses *ISDS*.

Bien qu'un mécanisme d'appel ne soit pas formellement institué dans le *CETA*, il est prévu la possibilité d'instaurer un tel organe. S'il devenait effectif, il permettrait d'assurer une

²⁴⁴ Article 8.27 du *CETA*.

²⁴⁵ Article 8.27 (2) du *CETA*.

²⁴⁶ Article 8.27 (4) du *CETA*.

²⁴⁷ Article 8.27 (6) du *CETA*.

²⁴⁸ Article 9 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

²⁴⁹ Article 8.27 (7) du *CETA*.

meilleure homogénéité et une plus grande cohérence, menant au fil des décisions, à davantage de sécurité juridique et contribuerait à l'amélioration de la garantie de la capacité des Etats à légiférer. Cependant, cela n'est possible que sous la condition implicite de la publication de ces décisions. Nous verrons si la transparence a été améliorée dans le cadre du *CETA*, par opposition à l'opacité caractéristique des TBI européens. Il n'y a toutefois pas que des aspects positifs à l'instauration d'un mécanisme d'appel, puisqu'il rend *de facto* les procédures plus longues et onéreuses²⁵⁰. Néanmoins, ces désavantages nous semblent relativement faibles par rapport aux avantages de cohérence et de sécurité juridique²⁵¹.

Dans la version présentée en 2014, le *CETA* contenait les clauses parapluies, autorisant l'investisseur à utiliser le mécanisme ISDS en cas de manquement purement contractuel de l'Etat d'accueil de l'investissement. Comme nous l'avons présenté *supra*²⁵² ces clauses favorisent l'investisseur, lequel peut éviter le système judiciaire national également en cas de simple manquement contractuel. Ces clauses étaient généralement présentes dans les TBI européens et absentes de l'ALENA. La version définitive du texte du *CETA* a abandonné l'inclusion de ces clauses parapluies. Cette démarche s'inscrit dans la ligne des initiatives réduisant la protection des investisseurs initialement contenue dans les TBI.

Le mécanisme d'*ICS* prévu dans le *CETA* accorde aux intérêts particuliers une attention toute spécifique. Le mécanisme de l'*amicus curiae* est introduit pour permettre aux tiers au litige de participer à la discussion²⁵³. Généralement l'Etat dont l'investisseur est le national utilise cette provision, mais d'autres organisations possédant un intérêt à la cause peuvent également participer au litige. Ainsi, les ONG et autres groupements non étatiques ont un accès privilégié au litige qui les concerne. Ces mécanismes figurent dans l'ALENA mais demeurent absents des TBI européens²⁵⁴. Il s'agit donc d'un changement de perspective qui fait croître la place accordée à la société civile dans les discussions et ainsi la légitimité de l'arbitrage²⁵⁵.

²⁵⁰ C. YANNACA SMALL, « Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats : vue d'ensemble », *Document de travail de l'OCDE sur l'investissement international*, 2006, disponible sur <https://www.oecd.org/fr/chine/38046824.pdf>, visité la dernière fois le 3 avril 2017, pp. 9 à 16.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² *Supra* Partie 1, Chapitre 3, Section 2 Sous-section 2 et Partie 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2.

²⁵³ Article 8.38 du *CETA*.

²⁵⁴ *Supra* Partie 2, Chapitre 1, Section 2, Sous-section 2.

²⁵⁵ J. KUIJPER, I. PERNICE, « Investor-State Dispute Settlement (ISDS) provisions in the EU's international investment agreements », *Etude réalisée pour le Parlement européen, département politique extérieure*, 2014, pp. 99 à 100.

CHAPITRE 4 : L'ICS REPOND-IL AUX CONTESTATIONS DE L'ISDS ?

Ce dernier chapitre se concentre principalement sur notre problématique et tente d'y apporter des pistes de réponse. A cet effet, nous reprendrons successivement les cinq chefs de contestations les plus importants portés à l'égard de l'ISDS et abordées tout au long de cette étude : Premièrement, l'atteinte à la capacité de réguler des Etats, et partant, le manque de sécurité juridique ; deuxièmement, l'incohérence du système ; troisièmement, la politique de confidentialité ; quatrièmement, la discrimination entre les investisseurs étrangers et nationaux, mais également entre les investisseurs étant donné le coût prohibitif de l'arbitrage ; cinquièmement, et dernièrement, l'absence d'une possibilité de réexaminer une décision rendue par une instance d'appel. Dans ce contexte, nous examinerons si les cinq préoccupations ont été suffisamment prises en compte dans le cadre du CETA. Nous concluons ensuite par une appréciation de la réponse apportée par l'UE qui, bien que personnelle, n'en reste pas moins fondée sur l'analyse scientifique et la plus rigoureuse possible de la problématique que cette étude ambitionnait. Plus particulièrement, nous nous interrogerons sur l'opportunité d'inclure un tel mécanisme dans le cadre de traités conclus entre pays développés.

SECTION 1ERE : LES CONTESTATIONS

Nous avons identifié au total, parmi les plus importants à nos yeux, cinq motifs de désapprobation : Premièrement, l'atteinte à la capacité de réguler des Etats ; deuxièmement, l'incohérence du système ; troisièmement ; la politique de confidentialité ; quatrièmement, la discrimination entre les investisseurs étrangers et nationaux, mais également entre les investisseurs étant donné le coût prohibitif de l'arbitrage ; cinquièmement l'absence d'une possibilité de réexaminer une décision rendue par une instance d'appel. Ces cinq critiques s'imbriquent les unes aux autres inéluctablement. Ainsi, l'absence d'un mécanisme d'appel et la politique de confidentialité empêche l'uniformisation des décisions, et participent ainsi à l'incohérence du système, laquelle est porteuse d'insécurité juridique, ce qui atténue la capacité de réguler des Etats. Néanmoins, nous examinons séparément ces cinq points afin de pouvoir apporter une réponse claire à notre problématique initiale : La politique européenne en matière d'investissement répond-elle, dans le cadre du *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (en abrégé, CETA), aux contestations portées à l'égard du mécanisme arbitral *Investor State Dispute Settlement* (en abrégé, ISDS) ?

Les objections dont nous faisons état sont désormais partiellement supportées par les institutions européennes. Ceci est d'autant plus remarquable pour la Commission européenne qui a longtemps eu coutume de défendre les mérites de l'*ISDS*, lequel a été utilisé pendant presque 60 ans. Sa position est toute différente aujourd'hui : elle admet les critiques et les utilise pour élever l'*ICS* au rang de réforme nécessaire au vu des 'challenges' auxquels doit faire face l'*ISDS*²⁵⁶. La Commission souligne : « *The current ad hoc ISDS system implies high costs and administrative burden for the EU and EU Member State governments when challenged by foreign investors. This adds to the lack of predictability and risk of inconsistency of decisions rendered against the EU or EU Member State* »²⁵⁷.

Nous nous permettons de douter que la création de l'*ICS* anéantisse les craintes liées à l'atteinte à la capacité de réguler des Etats. En effet, si les juges sont désormais indépendants et non plus choisis par les parties, le libellé des dispositions reste à certains égards imprécis, leur laissant de la sorte une grande marge d'appréciation par rapport à ce qui constitue une expropriation et engendre l'octroi d'une compensation²⁵⁸. Ceci engendre de l'insécurité pour l'Etat, qui n'est *a priori* pas en mesure de savoir si la législation qu'il adopte constitue un motif d'arbitrage, potentiellement onéreux si la juridiction décide qu'il y a atteinte au droit de propriété de l'investisseur étranger. Partant de ce propos, l'Etat risque d'être réticent à adopter des mesures dans la zone grise que constitue la frontière entre la promotion de l'intérêt général et l'expropriation des investisseurs. Pour pallier à ce problème, une solution serait de circonscrire au maximum le pouvoir d'appréciation des juges quant à la notion d'expropriation. Bien que le texte témoigne d'une initiative en ce sens, il subsiste dans le texte du *CETA* de nombreuses locutions vagues²⁵⁹. Celles-ci doivent être précisées, par le biais des

²⁵⁶ Voy. la déclaration de la Commission européenne sur les problèmes de l'*ISDS* de novembre 2013 : « Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements », disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf, visité la dernière fois le 8 avril 2017.

²⁵⁷ Commission européenne, « *inception impact assessment* », 2016, disponible sur http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_trade_024_court_on_investment_en.pdf, visité la dernière fois le 9 avril 2017.

²⁵⁸ Voy. Au sujet de la nécessité d'adopter des mesures précises et un texte clair dans les traités de libre échange pour restreindre les possibilités d'atteinte à la capacité de réguler des Etats : C. HENCKELS, « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP », *Journal of International Economic Law*, 2016, pp. 27 à 50.

²⁵⁹ A titre illustratif, Annexe 8-A (3) : « Il est entendu que, sauf dans les rares cas où l'impact de la mesure ou de la série de mesures est si grave à la lumière de son objet qu'il semble manifestement excessif, les mesures non discriminatoires d'une partie qui sont conçues et appliquées pour protéger les objectifs légitimes d'intérêt général, tels que la santé, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte »

juges, avant de pouvoir être utilisées. Cependant, il faut malgré tout souligner les initiatives prises dans le cadre du *CETA*. L'accord a par ailleurs introduit une autre piste de résolution du problème en insérant des clauses pour la protection de l'intérêt général. On retrouve, dans le chapitre huit traitant de l'investissement, une disposition garantissant la capacité de réguler des Etats dans des domaines variés tels la santé et l'environnement²⁶⁰. Notons que cette pratique est déjà utilisée dans le cadre de l'*ALENA*²⁶¹. A cet égard, nous avons précédemment mentionné notre doute par rapport à l'efficacité concrète de ces clauses lorsqu'elles ne sont accompagnées d'autres développements. Le verbe seul ne semble en effet pas être la protection la plus efficace - ou du moins appropriée - lorsqu'on souhaite protéger la capacité de l'Etat à réguler. Malgré cette initiative trop modeste, le *CETA* se distingue plus efficacement des TBI, en définissant avec précision le principe de *traitement juste et équitable*²⁶². Cette démarche est à saluer dans la mesure où la disposition contient une liste presque exhaustive des comportements qui constituent une violation du traitement juste et équitable²⁶³. Ceci renforce la sécurité juridique ainsi que la prévisibilité nécessaire aux Etats pour assurer l'efficacité du processus législatif. Cette démarche évoque un rapprochement avec l'*ALENA* ; le principe a lui aussi fait l'objet de clarifications dans ce traité²⁶⁴. Alors que

²⁶⁰ Chapitre 8, section D, article 8.9 du *CETA* : « 1. Pour l'application du présent chapitre, les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que 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. 2. Il est entendu 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 d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section. »

²⁶¹ Voy. Article 1001 (4) de l'*ALENA*; Article 1106 (6) ; Article 1114 de l'*ALENA*.

²⁶² Cette clause a uniquement été utilisée une fois auparavant, à savoir dans le traité de libre-échange avec Singapour.

²⁶³ Chapitre 8, section D, article 8.10 du *CETA* : « 1. Chaque Partie accorde, sur son territoire, aux investissements visés de l'autre Partie et aux investisseurs en ce qui concerne leurs investissements visés, un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales conformément aux paragraphes 2 à 7. 2. Une Partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable prévue au paragraphe 1 lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue, selon le cas :

- a) un déni de justice dans les procédures pénales, civiles ou administratives;
- b) une violation fondamentale du principe de l'application régulière de la loi, y compris une violation fondamentale de la transparence, dans les procédures judiciaires et administratives;
- c) un cas d'arbitraire manifeste;
- d) une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses;
- e) un traitement abusif des investisseurs, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement;
- f) un manquement à tout autre élément de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable adopté par les Parties conformément au paragraphe 3 du présent article. »

²⁶⁴ C. HENCKELS, « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP », *Journal of International Economic Law*, 2016, pp. 34 à 36.

le libellé initial laisse aux tribunaux une grande marge d'appréciation²⁶⁵, l'ALENA s'est montré pionnier en adoptant une interprétation contraignante du principe en 2001²⁶⁶. En outre, le CETA imite l'ALENA en prévoyant un Comité institutionnel capable d'adopter des interprétations contraignantes²⁶⁷. De plus, le CETA adopte une définition du concept d'expropriation indirecte²⁶⁸. Cette notion est la bouteille à encre des traités précédents et constitue *de facto* une source majeure d'insécurité juridique ; l'initiative de définition est donc à saluer. Il est cependant regrettable que la définition renvoie à la notion « d'attentes spécifiques et raisonnables de l'investisseur »²⁶⁹, concept toujours infiniment subjectif, nécessitant l'interprétation du juge. Toutefois, l'inclusion d'une telle définition restreint de manière générale la marge d'appréciation du juge au moyen de l'application d'un test de proportionnalité²⁷⁰. Enfin, le CETA fait preuve d'innovation par rapport aux TBI et l'ALENA²⁷¹, en introduisant le « *loser pays principle* ». Nous avons mentionné *infra*²⁷² que les frais de procédure et d'avocat – souvent élevés – ne sont pas remboursés au vainqueur, qui subit de la sorte un inconvénient pécuniaire. Face à ces coûts potentiels, l'Etat risque de céder aux pressions des investisseurs qui le menaceraient d'utiliser l'*ISDS* pour contester une disposition nationale. Le CETA solutionne ce problème en assurant le remboursement des frais de conseil et de procédure exposés par l'Etat vainqueur. Les investisseurs devraient donc se montrer plus réticents à introduire une plainte à l'encontre de l'Etat.

Lorsque nous avons présentés les TBI européens, nous avons émis l'hypothèse que le manque de cohérence du système arbitral, lié à la prise de décisions divergentes des arbitres pourrait être résolu par deux moyens. La première piste pour augmenter la cohérence des sentences est l'instauration d'un organe d'interprétation, lequel restreint la liberté d'interprétation dont jouissent les arbitres. Comme nous l'avons mentionné, cette piste a bien

²⁶⁵ Article 1105(1) de l'ALENA « *Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security* ».

²⁶⁶ *Supra* Partie 1, Chapitre 3, Section 4.

²⁶⁷ J. KUIJPER, I. PERNICE, «Investor-State Dispute Settlement (ISDS) provisions in the EU's international investment agreements », *Etude réalisée pour le Parlement européen, département politique extérieure*, 2014, pp. 69 à 70.

²⁶⁸ Article 8.12 et Annexe 8-A du CETA.

²⁶⁹ Annexe 8-A du CETA. c) : « l'étendue de l'atteinte portée par la mesure ou la série de mesures en cause aux attentes spécifiques et raisonnables sous-tendant l'investissement ».

²⁷⁰ Chapitre 8, section D, article 8.12 du CETA et annexe 8-A.

²⁷¹ Article 8.39 (5) du CETA.

²⁷² *Infra* Partie 1, Chapitre 2, Section 3.

été suivie, même si quelques définitions mériteraient davantage de précisions. La seconde piste pour résoudre ce problème consiste à instaurer un mécanisme d'appel. Le *CETA* envisage cette possibilité et rompt de la sorte avec la tradition des TBI et également de l'ALENA. La Commission²⁷³, comme le Parlement européen²⁷⁴ ont supporté l'inclusion d'un mécanisme de révision. Toutefois, l'existence même de cette juridiction d'appel n'est à ce jour pas assurée dans la mesure où il est seulement prévu la possibilité de la créer. De plus, ni les compétences, ni les règles de procédures sont déterminées, il faut attendre une décision du Comité Mixte du *CETA* à cet égard.

Le manque de transparence afférant aux litiges issus des clauses *ISDS* est un grief également porté par l'opinion publique, laquelle souhaiterait connaître le poids que pèse la protection des investisseurs dans les dépenses publiques. Afin de rendre le mécanisme du *CETA* plus tolérable au sein de l'opinion publique, et de bénéficier des avantages qu'offre un mécanisme d'appel, il était alors nécessaire que l'Union européenne revoie la politique de secret intimement liée à l'arbitrage commercial. A cet effet, l'Union européenne a répondu aux attentes en faisant expressément référence dans le texte du *CETA* aux règles issues du règlement de la CNUDCI sur la transparence^{275/276}. Ce dernier enjoint aux parties de rendre publique une série de documents informatifs, notamment sur leur identité, leur secteur d'activité, leur demande, les arguments évoqués ainsi que la décision finale.

L'idée d'une nouvelle juridiction permanente supranationale soulève à son tour des questions quant au principe d'égalité et de non-discrimination. Premièrement, ce principe pourrait être violé si l'accès à la juridiction est limité aux seuls investisseurs étrangers. Pour justifier cette discrimination, les défenseurs de l'*ISDS* avancent que le système judiciaire national n'offre pas les garanties d'indépendance et d'impartialité qui conviennent à ce type de litiges. Nous examinerons le fondement de cette justification lorsque nous questionnerons l'opportunité du

²⁷³ Voy. Commission européenne, « *Concept paper : Investment in TTIP and beyond – the path for reform* », disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF, visité la dernière fois le 11 avril 2017.

²⁷⁴ Rapport du Comité de commerce international du Parlement européen « *European Parliament's recommendations to the Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)* », 2014/2228, 2014.

²⁷⁵ Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités et Règlement d'arbitrage (tel que révisé en 2010, avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

²⁷⁶ Article 8.36 du *CETA* : « 1. Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence, tel qu'il est modifié par le présent chapitre, s'applique aux procédures visées par la présente section ».

mécanisme *ICS* entre Etats développés. Deuxièmement, la discrimination pourrait être indirecte en raison des coûts élevés de l'arbitrage. Nous avons mentionné *infra* qu'en moyenne l'arbitrage *ISDS* coutait 8 millions de dollars aux deux parties, ce qui pouvait être prohibitif pour les particuliers et petites entreprises²⁷⁷.

SECTION 2 : OPPORTUNITE D'UN MECANISME DE REGLEMENT DES DIFFERENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ETATS

Bien qu'il reste quelques chefs de contestation²⁷⁸, la plupart des critiques portées à l'encontre de l'*ISDS* par la société civile ont été adressées²⁷⁹. Toutefois, bien que les progrès soient incontestables par rapport à la politique des TBI, il n'en reste pas moins que la solution de l'*Investment court system* ne nous semble pas la plus adéquate. A ce stade, nous pensons en effet pouvoir questionner la légitimité, l'utilité et la nécessité d'une telle juridiction alors que l'Union européenne et le Canada disposent tous deux de juridictions efficaces offrant des garanties d'impartialité et d'indépendance satisfaisantes²⁸⁰. Cette question se pose, du reste, autant pour le mécanisme de l'*ISDS* que pour celui de l'*ICS*. Les raisons premières de l'instauration d'un mécanisme *ISDS* sont, en effet, d'offrir des garanties à l'investisseur qui doute de la qualité du système judiciaire de l'Etat d'accueil de l'investissement. Ce motif de protection semble *a priori* désuet en raison de la qualité des parties. Pourtant, la Commission défend toujours l'inclusion d'un mécanisme *ISDS* entre Etats développés. La réponse à ce qui apparaît être une contradiction tarde à se faire entendre. Il semble que le mécanisme persiste uniquement parce qu'il est devenu coutume de l'inclure. En d'autres termes, ces clauses *ISDS* sont insérées pour la seule raison que, si elles ne le sont pas, cela pourrait rendre le traité moins intéressant en apparence pour l'investisseur. Il s'agit donc d'une réponse *a contrario* de la Commission²⁸¹, qui nous semble manquer de fondement. Le Parlement ne partage d'ailleurs pas cet avis de la Commission et voudrait entendre de véritables arguments pour l'instauration

²⁷⁷ *Infra* Partie 1, Chapitre 2, Section 3.

²⁷⁸ A titre illustratif : le coût élevé de l'*ICS*, la discrimination, un manque de précision pour certains concepts.

²⁷⁹ C. TITI, « The European Union's Proposal for an International Investment Court : Significance, Innovations and Challenges ahead », *Transnational Dispute Management*, 2016, pp. 8 à 26.

²⁸⁰ R. GEIGER, « Les procédures d'arbitrage dans les accords d'investissement de l'Union européenne. L'enjeu des traités transatlantiques », *Revue internationale de droit économique*, 2015/4, pp. 451 à 465.

²⁸¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », 2010, COM/2010/0343 final

d'un mécanisme *ISDS*, qu'il juge non nécessaire, dans le PTCI²⁸². Les mots du rapporteur du Comité sur le commerce international du Parlement européen sont sans appel : il affirme qu'un dispositif de règlement des différends n'est pas nécessaire dans le cadre du PTCI en raison du caractère développé des parties et de l'efficacité de leur système judiciaire. Il faut dès lors, selon lui, recourir aux juridictions nationales²⁸³. Cet argument énoncé dans le cadre du PTCI s'applique *mutadis mutandis* au Canada selon nous. Les gouvernements de certains Etats membres, tels l'Allemagne, l'Autriche et la France ont manifesté une opposition allant dans le même sens, en demandant la suppression des mécanismes *ISDS* au profit des juridictions nationales²⁸⁴. En résumé il existe au terme des négociations du PTCI une véritable demande, tant de la part des gouvernements nationaux que du Parlement européen de rendre les juridictions nationales compétentes pour régler les différends relatifs à l'investissement. Dans ce contexte, le choix de la juridiction permanente prévue par l'*ICS* nous paraît surprenant. Bien que ce mécanisme semble atténuer la majeure partie des griefs portés à l'encontre de l'*ISDS*, il ne répond en effet pas à la demande de rendre la compétence juridictionnelle aux cours et tribunaux nationaux.

Paradoxalement, là où ils se sont montrés opposés à un mécanisme de règlement des différends entre Investisseurs et Etats qui dérogerait à la justice aux juridictions internes nationales, le Parlement européen ainsi que les gouvernements allemands et français se sont montrés en faveur d'un tel mécanisme – à savoir l'*ICS* – dans le cadre du *CETA*²⁸⁵. La Commission européenne, défenderesse de l'*ISDS*, préfère cependant l'*ICS* à l'implication des juridictions nationales dans ces litiges²⁸⁶. Sans apporter d'autres arguments, elle défend que les systèmes judiciaires étatiques ne conviennent pas pour répondre aux demandes de manière

²⁸² Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, 2010/2203.

²⁸³ Rapport du Comité de commerce international du Parlement européen 'European Parliament's recommendations to the Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)', 2014, 2014/2228 : « *To ensure that foreign investors are treated in a non-discriminatory fashion and have a fair opportunity to seek and achieve redress of grievances, which can be achieved without the inclusion of an ISDS mechanism; such a mechanism is not necessary in TTIP given the EU's and the US' developed legal systems; a state-to-state dispute settlement system and the use of national courts are the most appropriate tools to address investment disputes* ».

²⁸⁴ M. BRONCKERS, « Is Investor–State Dispute Settlement (ISDS) Superior to Litigation Before Domestic Courts? An EU View on Bilateral Trade Agreements », *Journal of International Economic Law*, 2015, vol. 28, pp. 655 à 677.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ J. KUIJPER, I. PERNICE, « Investor-State Dispute Settlement (ISDS) provisions in the EU's international investment agreements », *Etude réalisée pour le Parlement européen, département politique extérieure*, 2014, pp. 91 à 93.

efficace²⁸⁷. L'UE a suivi la Commission en prenant l'habitude dans la rédaction des accords de protection de l'investissement d'expressément dénier l'accès aux juridictions domestiques lorsqu'est prévu le recours à l'arbitrage *ISDS*²⁸⁸. L'UE justifie l'incapacité des juridictions nationales par le fait que les Etats partenaires - Canada et les Etats-Unis - ne l'admettent pas chez eux²⁸⁹. En d'autres mots, l'UE n'étant pas capable de contraindre ses partenaires à rendre compétentes leurs juridictions internes, choisi elle aussi l'arbitrage comme seule voie de recours. La doctrine pro-*ISDS* partage cet avis et l'avance comme un argument empêchant le recours aux juridictions domestiques. Selon Baetens, par exemple, la probabilité que le Canada ou les Etats-Unis autorisent les juridictions à entendre des litiges survenus dans le cadre d'un traité est si peu probable qu'un recours à l'arbitrage, ou autre forme de juridiction supranationale, est inéluctable²⁹⁰.

Pour analyser cet argument, il faut étudier l'hypothèse émise *supra* alléguant que le Canada et l'UE possèdent tous deux des systèmes judiciaires efficaces, indépendants et impartiaux. Bien que nous ayons présenté cette prémisse de manière affirmative, il convient d'examiner s'il est en effet correct de qualifier de la sorte ces juridictions nationales. Si cette hypothèse était vérifiée, elle atténuerait la nécessité de recourir à l'arbitrage *ISDS*. La Commission européenne présente un rapport mitigé. Selon elle, un tiers des juridictions présentes dans les Etats membres sont insatisfaisantes²⁹¹. L'image ainsi présentée ne facilite donc pas l'exclusion d'un arbitrage ou d'une juridiction permanente pour régler les différends, quand bien même les parties à l'accord sont le Canada ou les Etats-Unis. Cet argument est souvent avancé par la doctrine pro-*ISDS*, à l'instar de Baetens, qui, sur base du classement du Forum économique mondial, affirme qu'il n'existe pas un droit au procès équitable pour les investisseurs devant toutes les juridictions domestiques européennes²⁹². L'instauration d'une juridiction

²⁸⁷ M. BRONCKERS, « Is Investor–State Dispute Settlement (ISDS) Superior to Litigation Before Domestic Courts? An EU View on Bilateral Trade Agreements », pp. 655 à 677.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ F. BAETENS, « Transatlantic Investment Treaty Protection – A Response to Poulsen, Bonnitcha and Yackee », *CEPS Special Report*, n°103, 2015, pp. 4 à 5.

²⁹¹ Les résultats que la Commission présente sont ceux du Forum Économique Mondial. Certaines juridictions comme celles de la Bulgarie et de la Slovaquie sont en bas de classement là où le Danemark et la Finlande occupent le haut du classement : Rapport du Forum économique mondial, 2014, disponible sur : <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/rankings/>, visité la dernière fois le 6 avril 2017.

²⁹² F. BAETENS, « Transatlantic Investment Treaty Protection – A Response to Poulsen, Bonnitcha and Yackee », *CEPS Special Report*, n°103, 2015, pp. 2 à 3.

permanente permet de la sorte à l'UE d'éviter des questionnements politiques délicats par rapport à la qualité des systèmes judiciaires au sein des Etats membres²⁹³.

Toutefois, il convient de relever les opinions discordantes exprimées au sein des institutions européennes. Si les rapports officiels de la Commission que nous avons présentés plaident en faveur de l'instauration d'un mécanisme *ISDS*, Karel De Gucht, ancien commissaire européen au Commerce, dans un commentaire officiel, fait état de la superficialité de l'utilisation d'un tel mécanisme si les parties possèdent des systèmes judiciaires aussi performants que le sont ceux des Etats-Unis et l'Union européenne²⁹⁴. Le Parlement européen a également fait preuve d'un certain illogisme : détracteur initial du mécanisme *ISDS* au profit de la compétence des juridictions nationales, il se positionne officiellement en faveur de l'*ICS*. Pourtant, le Parlement européen défend le rôle des juridictions nationales dans le cadre des négociations du PTCI²⁹⁵. Ces divergences nous font par conséquent douter de la conviction réelle des institutions lorsqu'elles se montrent en faveur de l'incompétence des juridictions nationales pour régler le sort des litiges relatifs à l'investissement.

Il existe de nombreux avantages à rendre compétentes les juridictions étatiques au lieu de poursuivre la création d'une juridiction permanente²⁹⁶. Tout d'abord, les plus petits investisseurs et non seulement les grandes entreprises et multinationales auraient les moyens juridiques et financiers pour se plaindre, ce qui n'est pas le cas dans l'*ICS* qui, comme l'*ISDS*, demande un coût élevé. Ensuite, le problème de discrimination en raison de la nationalité de

²⁹³ J. KUIJPER, I. PERNICE, « Investor-State Dispute Settlement (ISDS) provisions in the EU's international investment agreements », *Etude réalisée pour le Parlement européen, département politique extérieure*, 2014, pp. 76 à 78.

²⁹⁴ Commentaire de Karel De Gucht : « Obviously you need it when it is an agreement with a third country that does not have a properly-functioning judicial system, where one can have doubts about the rule of law. That of course is not the case, for example, with the negotiations which are probably going to start in the coming months with the United States, where you have a properly-functioning system as well as lawyers who are interested in this kind of dispute settlement, so this is an interesting question to disentangle », commentaire disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20130522&secondRef=ITEM-019&language=EN&ring=A7-2013-0124>, visité la dernière fois le 6 avril 2017.

²⁹⁵ Rapport du Comité de commerce international du Parlement européen « European Parliament's recommendations to the Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) », 2014/2228, 2014 : « to ensure that foreign investors are treated in a non-discriminatory fashion and have a fair opportunity to seek and achieve redress of grievances, which can be achieved without the inclusion of an ISDS mechanism; such a mechanism is not necessary in TTIP given the EU's and the US' developed legal systems; a state-to-state dispute settlement system and the use of national courts are the most appropriate tools to address investment dispute »

²⁹⁶ M. BRONCKERS, « Is Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Superior to Litigation Before Domestic Courts? An EU View on Bilateral Trade Agreements », *Journal of International Economic Law*, vol. 28, 2015, pp. 655 à 677.

l'investisseur serait lui aussi éliminé, étant donné que l'*ICS* n'est ouvert qu'aux investisseurs étrangers, contrairement aux juridictions nationales qui sont ouvertes à tous. Si les juridictions nationales étaient compétentes, elles pourraient également accueillir les plaintes d'organisations non gouvernementales ayant un intérêt et pas uniquement celles des investisseurs.

La présentation qui est faite notamment par la Commission des systèmes judiciaires européens est accablante et sous-estime à nos yeux la capacité des juridictions étatiques à régler des différends relatifs à l'investissement. De plus, cette impression n'est pas partagée par les investisseurs. Aux Etats-Unis, le gouvernement voit l'Union européenne comme un lieu sécurisé, où le climat pour investir est excellent²⁹⁷. Toutefois, deux Etats, la Roumanie et la Bulgarie, souffrent d'un mauvais classement. Dès lors si nous suivons l'argument que l'*ISDS* offre des garanties qui favorisent l'investissement, ces deux Etats doivent mettre en place davantage de garanties pour ne pas pâtir d'une absence d'investissement. La Roumanie et la Bulgarie sont déjà liées par un TBI avec les Etats-Unis, lesquels prévoient tous deux la possibilité de recourir à l'*ISDS*. Pourtant, l'investissement n'a pas augmenté sur leur territoire. La doctrine opposée à l'*ISDS* voit dans cet exemple, un argument de choix pour exclure les clauses *ISDS* des accords de protection de l'investissement²⁹⁸.

Il nous semble par conséquent qu'un compromis serait d'instituer une juridiction permanente dont la mission consisterait uniquement à revoir les décisions prises par les juridictions nationales, de manière à assurer la cohérence du système.

²⁹⁷ Déclaration sur le climat d'investissement, réalisée par un groupe de travail du Secrétaire d'Etat des Etats-Unis, 2014, disponible sur <https://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/2014/>, visité la dernière fois le 4 avril 2014.

²⁹⁸ Voy.: L. POULSEN, J. BONNITCHA, J. YACKEE, « Transatlantic Investment Treaty Protection », *CEPS Special Report*, n° 102, 2015, pp. 5 à 8.

CONCLUSION

La présente étude avait pour objectif de fournir aux lecteurs les instruments nécessaires pour appréhender une question : La politique européenne en matière d'investissement répond-elle, dans le cadre du *CETA*, aux contestations portées à l'égard du mécanisme arbitral *Investor State Dispute Settlement* ?

Pour y parvenir, nous nous sommes d'abord plongés dans le mécanisme de l'arbitrage entre Investisseurs et Etats dès ses débuts afin d'en cerner les raisons d'être et la portée. Nous avons évalué le mécanisme en ciblant ses avantages et ses inconvénients. Nous avons ensuite étudié les statistiques s'y rapportant avant de nous pencher sur l'application concrète du mécanisme dans l'ALENA. Ces premières étapes nous ont permis d'appréhender l'*ISDS* sous différents angles : théorique, statistique et pratique. Toutefois, l'étude n'aurait été complète si nous ne nous étions pas penchés sur les conséquences réelles qu'engendre la présence d'un mécanisme *ISDS* sur les flux d'investissement. Nous nous sommes à ce titre concentrés sur les études empiriques et économétriques réalisées par la doctrine juridico-économique. Au terme de cette première partie, nous possédions une image complète de l'*ISDS*, ce qui nous a permis d'aborder la seconde partie avec le bagage nécessaire. Dans cette seconde partie, nous avons adopté une démarche historique en déterminant quelle était la position de l'Union européenne face à la protection de l'investissement dans les TBI. En raison des connaissances acquises, notamment par le biais de l'étude de l'ALENA, nous possédions un point de comparaison fiable. Nous avons continué en étudiant la position de l'UE suite au traité de Lisbonne, pour en déterminer les changements phares. Ce cheminement chronologique nous a amené à examiner le libellé du *CETA*, lequel nous a conduits à la phase critique de notre propos. Ainsi, au terme de notre étude nous avons abordé la question suivante : La politique européenne en matière d'investissement répond-elle, dans le cadre du *CETA*, aux contestations portées à l'égard du mécanisme arbitral *Investor State Dispute Settlement* ? Pour répondre à cette dernière, nous avons isolé les cinq contestations les plus fréquemment mises en exergue par l'opinion publique, les institutions et la doctrine dans le cadre de l'ALENA, des TBI, et de la politique européenne *ante CETA*. L'investigation à laquelle nous nous sommes livrés a apporté une réponse positive. Néanmoins, si la question méritait d'être posée, nous avons jugé qu'elle ne se suffisait pas à elle-même. Il convenait d'y intégrer la question de l'opportunité

du mécanisme de règlement des différends entre Investisseurs et Etats. Ainsi, bien que nous ayons démontré que le *CETA* et, plus particulièrement, l'*Investment Court System* répondent à la majorité des critiques de l'*ISDS*, des inconvénients majeurs subsistent. En résumé, si l'*ICS* garanti davantage la capacité de réguler des Etats, la cohérence et la transparence, il n'est, selon nous, pas fondé en opportunité. Ainsi, en raison des coûts, discriminations et risques qui persistent, l'*ICS* ne fournit qu'une réponse incomplète. Un argument central pour lequel nous défendons cette position se rapporte aux contradictions que les études économétriques ont mises en exergue. Il n'existe aucune certitude à l'heure actuelle qu'un mécanisme de règlement des différends relatif à la protection de l'investissement amène quelques bénéfices à l'Etat. Dans ce contexte, il est d'autant plus difficile d'en accepter les coûts et risques. Dans cette lignée, l'utilité, voire la nécessité, de créer l'*ICS* est également affaiblie. A ce titre, une piste que nous avons envisagée est, par conséquent, de rendre compétentes les juridictions nationales pour régler le sort des litiges de protection de l'investissement. Il s'agit de la voie récemment empruntée par l'Australie, qui, après avoir évalué de manière économétrique²⁹⁹ les conséquences de l'inclusion d'un mécanisme de règlement des différends, ainsi que les coûts y afférant, a jugé qu'il n'était plus de l'intérêt de son gouvernement d'y recourir^{300/301}.

²⁹⁹ S., ARMSTRONG, et L., NOTTAGE, « The Impact of Investment Treaties and ISDS Provisions on Foreign Direct Investment: A Baseline Econometric Analysis », *Sydney Law school Legal studies Research paper*, 2016, pp. 1 à 26.

³⁰⁰ L'Australie a rejeté la proposition d'inclure un arbitrage de type ISDS dans son accord de libre-échange avec les Etats-Unis en 2013, au titre qu'ils bénéficient tout deux de systèmes judiciaires offrant les garanties nécessaires à la protection des investissements.

³⁰¹ La décision de ne pas inclure de mécanisme ISDS a été prise en 2011 par le gouvernement Gillard : *Gillard Government Trade Policy Statement, Trading our way to more jobs and prosperity* : « The Government does not support provisions that would confer greater legal rights on foreign businesses than those available to domestic businesses. Nor will the government support provisions that would constrain the ability of the government to make laws on social, environmental and economic matters in circumstances where those laws do not discriminate between domestic and foreign business. »

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

BACHAND, E. et GAILLARD, E., *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*, Montréal, JurisNet, 2011.

BONOMO, S., *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

BUGENBERG, M., GRIEBEL, J., HOBE, S. et REINISCH, A., *International Investment Law and EU Law*, Springer, 2011.

BUGENBERG, M., REINISCH, A. et TIETJE, C., *EU and investment agreements : open questions and remaining challenges*, Nomos, 2013.

CARDWELL, P., *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era*, Springer, 2011.

DIMOPOULOS, A., *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University press, 2011.

DE NANTEUIL, A., *Droit International de l'Investissement*, Paris, A. Pedone, 2014.

FRIEDLAND, P., *Arbitration clauses for international contracts*, New York, JurisPublishing, 2007.

KESSEDIJAN, C., *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement*, Paris, Panthéon-Assas Paris II, 2011.

KINNEAR, M., BJORKLUND, A. et HANNAFORD, F., *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International, 2009.

LEBEN, C., *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pedone, 2015.

LEBEN, C., *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Paris, Bibliothèque des hautes études internationales de Paris, 2006.

McLACHLAN, C., SHORE, L. et WEINIGER, M., *International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

SALACUSE, J., *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

STRIK, P., *Shaping the single european market in the field of foreign direct investment*, Oxford, Hart Publishing, 2014.

Articles de périodiques

AGUILAR ALVAREZ, G., « The new face of arbitration treaty : Nafta Chapter 11 », *Yale Journal of International Law*, vol. 28, 2003, pp. 8 à 9.

ARMSTRONG, S. et NOTTAGE, L., « The Impact of Investment Treaties and ISDS Provisions on Foreign Direct Investment: A Baseline Econometric Analysis », *Sydney Law school Legal studies Research paper*, 2016.

BAUER, M., « Campaign-triggered mass collaboration in the EU's online consultations: the ISDS-in-TTIP case », *European view*, vol. 14, 2015, pp. 121 à 129.

BAETENS, F., « Transatlantic Investment Treaty Protection – A Response to Poulsen, Bonnitcha and Yackee », *CEPS Special Report*, n°103, 2015.

BERGER, A., BUSSE, M., NUNNENKAMP, P. et ROY, M., « Do trade and investment agreements lead to more FDI? Accounting for key provisions inside the black box », *International Economics Policy*, 2013, pp. 247 à 275.

BRONCKERS, M., « Is Investor–State Dispute Settlement (ISDS) Superior to Litigation Before Domestic Courts? An EU View on Bilateral Trade Agreements », *Journal of International Economic Law*, vol. 28, 2015, pp. 655 à 677.

BUGENBERG, M., « The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics », dans *International Investment Law and EU Law*, 2011, pp. 29 à 42.

CARVALHO, P., « The sword of Damocles : Investor-State Dispute Settlement and the rule of Law », *A Journal of Public Policy and Ideas*, vol. 32(2), 2016, pp. 20 à 28.

DE LA PARA, S. et PUIG, S., « Is Investment Arbitration Good or Bad for Developing Countries? The Mexican Experience in the North American Free Trade Agreement Context. », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 4, 2005, pp. 61 à 106.

DELAUME, G., « ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules) », *Berkeley Journal of International Law*, 1986, pp. 218 à 229.

DIMOPOULOS, A., « The involvement of the EU in investor-state dispute settlement: A question of responsibilities » *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, pp. 1671 à 1720.

DUMANOIR, S., « Vers une renégociation de l'accord économique et commercial global (AECG) entre l'Union européenne et le Canada ? Le mécanisme de règlement des différends par l'arbitrage entre investisseur et Etat en question », *Revue du Marché commun et de l'UE*, 2016, pp. 132 à 141.

FONTANELLI, F. et BIANCO, G., « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014, pp. 211 à 246.

FOY, P. et DEANE, R., « Foreign Investment Protection under Investment Treaties: Recent Developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement », *Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, 2001.

FRANCK, S., « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005.

FRANCK, S., « Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration », *North Carolina Law Review*, vol. 86, 2007.

FRICKEL, B., KOTCHERLAKOTA, V., TENKORANG, F. et ELDER, B., « The Effect Of NAFTA On Trade And Investment Between Member Countries », *International Business & Economics Research Journal*, 2011, pp. 1 à 8.

GAUKRODGER, D. et GORDON, K., « Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community », *OECD Working Papers on International Investment*, 2012.

GEIGER, R., « Les procédures d'arbitrage dans les accords d'investissement de l'Union européenne. L'enjeu des traités transatlantiques », *Revue internationale de droit économique*, 2015/4, t. XXIX, 2015, pp. 451 à 465.

GORDON, K. et POHL, J., « Investment treaties over time-Treaty practice and interpretation in a changing world », *OECD Working Papers on International Investment*, 2015.

HACHEZ, N. et WOUTERS, J., « International Investment Dispute Settlement in the 21 century: Does the preservation of the public interest require an alternative to the arbitral model ? », *Cambridge University Press*, 2012, pp. 417 à 449.

HENCKELS, C., « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP », *Journal of International Economic Law*, 2016, pp. 27 à 50.

HERISSET, B., « L'Union européenne est-elle compétente pour ratifier seule l'accord de libre-échange avec Singapour ? », *Dalloz actualités*, 2017.

KIM, Y-K., « States Sued : Democracy, the Rule of Law, and Investor State Dispute settlement (ISDS) », *International Interactions*, 2016, pp. 1 à 26.

KIM, S., MILNER, H. et BERNAUER, T., « Firms' Preferences over Multidimensional Trade Policies: Global Production Chains, Investment Protection and Dispute Settlement Mechanisms », 2016.

KUIJPER, J. et PERNICE, I., «Investor-State Dispute Settlement (ISDS) provisions in the EU's international investment agreements », *Etude réalisée pour le Parlement européen*,

département politique extérieure, 2014.

KNAHR, C., « Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration », *Oxford Arbitration International*, vol. 23, 2007.

KOKOTT, J. et SOBOTTA, C., « Investment Arbitration and EU Law », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016

LAVRANOS, N., « The New EU Investment Treaties: Convergence towards the NAFTA Model as the New Plurilateral Model BIT Text? », *SSRN*, 2013.

LAVRANOS, N., « In Defence of Member States' BITs Gold Standard: The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs - A Member State's Perspective », *Transnational Dispute Management*, dans « EU, Investment Treaties, and Investment Treaty Arbitration - Current Developments and Challenges », 2013.

LEVIN, R. et MARIN, S., « NAFTA Chapter Eleven : Investment and Investment Disputes », *Kluwer Law International*, 1996, p. 6.

McBRIDE, S., « Recovering Sovereignty : NAFTA chapter 11 Dispute Settlement procedures and the Issue of Public-Private authority », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 39(4), 2006, pp. 755 à 775.

MILLS, A., « Antinomies of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration », *Journal of International Economic Law*, vol. 14, 2011.

MOURRE, A., « Are Amici Curiae the Proper Response to the Public's Concerns on Transparency in Investment Arbitration? », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5, 2006, pp. 257 à 271.

POULSEN, L., BONNITCHA, J. et YACKEE, J., « Transatlantic Investment Treaty Protection », *CEPS Special Report*, n°102, 2015

PUIG, S., et KINNEAR, M., « NAFTA Chapter Eleven at Fifteen: Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration », *ICSID Review*, vol. 25(2), 2010, pp. 225 à 267.

RADICATI Di BROZOLO, L. et IORIO, F., « Arbitration Under Investment Protection Agreements between the EU and Non-Member States », *SSRN*, 2015.

RAKHMAYIL, S. et YUCE, A., « NAFTA Effect On Company Values And Performance », *International Business & Economics Research Journal*, 2012, pp 407 à 420.

REINISCH, A., « The Future Shape of EU Investment Agreements », *ICSID Review*, vol. 28, 2013, pp. 179 à 196.

REINISCH, A., « Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration », *Journal of International Economic Law*, vol. 19, 2016.

- REINISCH, A., « The EU on the investment Path - Quo vadis Europe ? The future of EU BIT's and other Investment Agreements » *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12, 2014.
- REINISCH, A., « The Division of Powers Between the EU and Its Member States "After Lisbon" », *European Yearbook of International Economic Law*, 2011.
- REINISCH, A., « The European Union and Investor-State Dispute Settlement : From Investor-State arbitration to permanent investment court » *Center for International Governance Innovation*, 2016.
- REINISCH, A. et STIFTER, L., « European Investment Policy and ISDS » *SSRN*, 2014.
- SANDOVAL, R., « Chapter Eleven : Investments under North American Free Trade Agreement », *Saint Mary's Law Journal*, 1994, pp. 4 à 5.
- SEARS, N., « NAFTA Chapter 11 : Are the dispute resolution procedures worth the investment », *Law & Business Review of the Americas*, 2014, pp. 1 à 4.
- SCHULTZ, T. et DUPONT, C., « Investment arbitration : promoting the rule of law or over empowering investors ? », *European journal of international law*, vol. 25(4), 2014, p. 1147.
- STAFF, M. et LEWIS, C., « Arbitration under Nafta Chapter 11 : Past, Present, and Future », *Houston Journal of International Law*, vol. 25, 2003, pp. 302 à 333.
- TIETJE, C. et BAETENS, F., « The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership », *étude réalisée pour le Ministère des affaires étrangères néerlandais*, 2014.
- TITI, C., « International Investment Law and the European Union : Towards a New Generation of International Investment Agreements », *European Journal Of International Law*, vol. 26(3), 2015, pp. 639 à 661.
- TITI, C., « The European Union's Proposal for an International Investment Court : Significance, Innovations and Challenges ahead », *Transnational Dispute Management*, 2016.
- TURP, D., « L'accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et sa procédure générale de règlement des différends. », *Annuaire français de droit international*, vol. 38, 1992, pp. 808 à 822
- WELLHAUSEN, R., « Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7(1), 2016, pp. 117 à 135.
- WILSON, T., « Trade Rules: Ethyl Corporation v. Canada (NAFTA Chapter 11) Part II: Are Fears Founded? », *Law and Business Review of the Americas*, 2000.
- WOOLCOCK, S., « The EU Approach to International Investment Policy after the Lisbon Treaty », *Étude demandée par la Commission du commerce international du Parlement européen*, 2010.

YACKEE, J., « Political Risk and International Investment Law », *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2014, pp. 477 à 500.

YACKEE, J., « Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence », *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, 2010.

YACKEE, J., « Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment? », *Journal of the Law and Society association*, 2008, pp. 805 à 832.

YANNACA SMALL, C., « Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats : vue d'ensemble », *Document de travail de l'OCDE sur l'investissement international*, 2006, disponible sur <https://www.oecd.org/fr/chine/38046824.pdf>, visité la dernière fois le 3 avril 2017.

Communications et Documents de travail

** De la Commission européenne*

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux, COM/2010/0343 final

Recommandation de la Commission au Conseil relative à la modification des directives de négociation pour la conclusion d'un accord d'intégration économique avec le Canada, afin d'autoriser la Commission à engager des négociations, au nom de l'Union, au sujet des investissements, Doc. 18201/10, 2011, disponible sur : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12838-2011-EXT-2/fr/pdf>, visité la dernière fois le 19 avril 2017.

Communiqué de presse de la Commission européenne « EU and Canada strike free trade deal », 18 octobre 2013, disponible sur <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=973>, visité la dernière fois le 1er avril 2017.

Document de travail de la Commission européenne, « Le règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE) quelques faits et chiffres », 2015.

Communiqué de presse de la Commission européenne, « Présentation ce jour d'un rapport sur la consultation concernant la protection des investissements dans les négociations commerciales UE-Etats-Unis » du 13 janvier 2015, disponible sur : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-3201_fr.htm, visité la dernière fois le 28 avril 2017.

Communiqué de presse de la Commission européenne, La Commission demande aux Etats membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE, Bruxelles, 18 juin 2015, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_fr.htm, visité la dernière fois le 28 mars 2017.

Déclaration de la Commission européenne sur les problèmes de l'ISDS de novembre 2013, *Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements*, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf, visité la dernière fois le 8 avril 2017.

Commission européenne, « *Inception impact assessment* » publié par la commission européenne de 2016, disponible sur http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_trade_024_court_on_investment_en.pdf, visité la dernière fois le 9 avril 2017.

Commission européenne, « Concept paper : Investment in TTIP and beyond – the path for reform », disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF, visité la dernière fois le 11 avril 2017.

** Du Parlement européen*

Commission du commerce international du Parlement européen, Rapport contenant les recommandations à la Commission européenne concernant les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI), 1^{er} juin 2015, n° 2014/2228 disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0175+0+DOC+XML+V0//EN>, visité la dernière fois le 20 avril 2017 .

** Du Conseil européen*

Décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part, 2016, disponible sur <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10972-2016-REV-1/fr/pdf>, visité la dernière fois le 19 avril 2017.

** De la CJUE*

Communiqué de presse de la CJUE relatif aux conclusions de l'Avocat général Sharpston (publiées le 21 décembre 2016), dans la procédure d'avis 2/15, disponible sur <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-12/cp160147fr.pdf>, visité pour la dernière fois le 28 mars 2017.

Conclusions de l'Avocat général Sharpston, dans la procédure d'avis 2/15, publiées le 21 décembre 2016, disponible sur <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186494&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=324328>, visité la dernière fois le 17 avril 2017.

* *De l'OCDE*

OCDE, 'draft convention on protection of foreign assets' de 1962, révisée en 1967, disponible sur <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/39286571.pdf>, visité la dernière fois le 31 mars 2017.

OCDE, Document de travail de l'investissement international, « Améliorer le mécanisme de Règlement des Différends entre Investisseurs et Etats : vue d'ensemble », février 2006.

* *Des Nations unies*

Déclaration adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 1er mai 1974 : 3201 (S-VI). Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, disponible sur <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>, visité la dernière fois le 31 mars 2017.

CNUCED, « Investor State Dispute Settlement : Review of Developments in 2015 », 2015, disponible sur http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d4_en.pdf, visité la dernière fois le 31 mars 2017.

CNUCED, Recent trends in IIAS and ISDS, disponible sur http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf, visité la dernière fois le 6 avrils 2017.

* *Du gouvernement des Etats-Unis*

Déclaration sur le climat d'investissement, réalisée par un groupe de travail du Secrétaire d'Etat des Etats-Unis, disponible sur <https://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/2014/>, visité la dernière fois le 4 avril 2017.

Commission de libre-échange de l'ALENA, « Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation », 2003, disponible sur www.state.gov/documents/organization/38791.pdf, visité le 29 mars 2017.

Commission de libre-échange de l'ALENA, « Interpretation notes » du 31 juillet 2001, disponible sur <https://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf>, visité la dernière fois le 7 avril 2017.

Fiches d'informations sur les montants de transaction relatives au commerce de bien et services sous l'ALENA, disponible sur <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/archives/2004/july/nafta-decade-success>, visité la dernière fois le 16 avril.

Rapport du Forum économique mondial, disponible sur <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/rankings/>, visité la dernière fois le 6 avril 2017.

* *Du gouvernement fédéral allemand*

Résolution du Conseil fédéral à l'occasion de la Consultation publique de la Commission européenne sur les modalités d'un accord de protection des investissements avec arbitrage Investisseur-Etat dans les négociations sur un commerce transatlantique et partenariat d'investissement entre l'UE et les Etats-Unis, 1er juillet 2014, disponible sur : http://www.bremische-buergerschaft.de/drs_abo/2014-07-02_Drs-18-1465_d1029.pdf, visité la dernière fois le 20 avril 2017.

Législation

Accord de libre-échange nord-américain, signé le 17 décembre 1992, entré en vigueur le 1er janvier 1994.

Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses Etats membres, d'autre part, signé le 30 octobre 2016.

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007

Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités et Règlement d'arbitrage (tel que révisé en 2010, avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011, 2010/2203,

Accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour.

Jurisprudence

Metalclad Corporation c. Mexique, CIRDI, 30 août 2000.

S.D. Myers, Inc. c. gouvernement du Canada, CNUDCI, 13 novembre 2000.

Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique, (aussi connu comme l'affaire « *Marvin Feldman v. Mexico* »), CIRDI, 16 décembre 2002.

Ethyl Corporation c. gouvernement du Canada, CNUDCI, 15 avril 1997.

Methanex Corporation c. Etats-Unis d'Amérique, CNUDCI, 3 août 2005.

Pope & Talbot Inc. c. gouvernement du Canada, CNUDCI, 20 juin 2000.

CJUE, Opinion 1/94, 15 novembre 1994.

