

## ARBITRAGE

# L'État dans l'arbitrage d'investissement

**Me Hery Frédéric RANJEVA**

*Avocat au barreau de Paris*

*Avocat associé du cabinet Foley Hoag*

Ces dernières années, les États sont de plus en plus nombreux à arriver à la conclusion que l'arbitrage d'investissement est devenu un mécanisme déséquilibré en faveur des investisseurs étrangers. C'est ainsi que plusieurs d'entre eux se sont mis à réexaminer les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements (« TBI ») auxquels ils sont parties, voire à dénoncer le traité de Washington, du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (« convention de Washington de 1965 ») créant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« CIRDI »)<sup>1</sup>.

Les critiques contre le système de l'arbitrage d'investissement dépassent le clivage États d'accueil-pays en voie de développement et États d'envoi-pays développés<sup>2</sup>. Dans cette seconde catégorie, elles commencent très souvent au sein des organisations de la société civile, avant d'atteindre péniblement les bureaux des services diplomatiques.

Bien entendu, d'aucuns contesteront l'existence de ce déséquilibre en invoquant le fait qu'il arrive que les États d'accueil soient satisfaits des résultats d'une procédure arbitrale. Ils peuvent voir les demandes indemnitaires formées contre eux rejetées entièrement ou partiellement. À cela, on peut rétorquer qu'il est fort possible de gagner une rencontre, quand bien même le terrain de jeu serait déséquilibré.

Mais, dans les faits, le problème dépasse la question de savoir s'il existe ou non un déséquilibre effectif. Il dépasse cette question parce qu'il porte sur un mécanisme juridictionnel de règlement de litiges impliquant des fonds et des

---

<sup>1</sup> <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>2</sup> G. KAHALE, III, *A Problem in Investor/State Arbitration*, TDM, vol. 6, n°1, 2009; G. Kahale, III, *Is Investor/State Arbitration Broken ?*, TDM, vol. 9, n°7, 2012

intérêts d'un État souverain. Et, en matière de mécanisme juridictionnel, il ne suffit pas de ne pas être déséquilibré ; encore faut-il être au-dessus de tout soupçon.

C'est la perception qui importe plus que la réalité.

C'est cette perception qui a fait qu'aujourd'hui, le mécanisme traditionnel de règlements des litiges d'investissement, à savoir l'arbitrage transnational, commence à perdre de sa superbe.

Ce déséquilibre se fait sentir tant au niveau du fond, qu'au niveau de la procédure.

## **I.- Les critiques sur le fond**

Sur le fond, l'essentiel des critiques tient au fait que l'interprétation, par les tribunaux arbitraux, des dispositions protectrices des investissements, telles que stipulées dans les TBI, a étendu, de manière exponentielle, la portée de ces dispositions. Cette extension n'a rien à voir avec les termes tels qu'envisagés par les rédacteurs de ces TBI.

Il faut, en effet, garder à l'esprit les conditions dans lesquelles ces TBI sont conclus. Généralement, ils ont été établis dans le seul but de créer un événement officiel justifiant une visite de hauts responsables étatiques.

C'était, notamment, le cas du TBI entre la France et Madagascar<sup>3</sup>. Il a été signé à Saint-Denis de La Réunion, lors d'une visite du président de la République de Madagascar, dans ce territoire, en juillet 2003. Ce TBI avait pour finalité de montrer la bonne volonté de Madagascar vis-à-vis des entreprises françaises. Madagascar avait donc son agenda. Pourtant, à lire les articles de ce TBI, il est évident qu'il ne s'agissait là que d'une reprise quasi intégrale du modèle français de TBI. Les apports propres de Madagascar étaient, pour ainsi dire, inexistantes.

Madagascar n'est pas un cas particulier à cet égard. C'est le lot de quasiment tous les États d'Afrique. Les accords internationaux ont tendance à n'être que des copier-coller serviles d'instruments juridiques existant par ailleurs. Or, ces instruments servant de modèles répondent à des besoins particuliers et visent des finalités qui sont parfois différentes de celles recherchées par celui qui les copie.

---

<sup>3</sup> Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Madagascar sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Saint-Denis-de-La-Réunion le 25 juillet 2003, entré en vigueur le 17 avril 2005

Ces instruments-modèles sont, surtout, manipulés par des fonctionnaires qui ne seront pas impliqués, ni dans la mise en œuvre du TBI signé, ni dans les litiges qui s’y rapportent.

Pour ne rien arranger, ces instruments-modèles sont ensuite interprétés par des arbitres, des personnes qui ont une vision différente de celle qu’avaient leurs auteurs. Dans la plupart des cas, un litige sur un TBI n’arrive en arbitrage que plusieurs années après l’entrée en vigueur dudit TBI.

C’est ainsi qu’un TBI, par définition bilatéral, pourra servir à protéger un investisseur qui ne sera pas ressortissant de l’un ou de l’autre des deux États signataires.

Une définition trop large de la notion d’investisseur profitera à d’autres.

Un investisseur qui veut investir dans un État donné a tout intérêt à bénéficier de la possibilité d’attirer cet État à l’arbitrage international en cas de litige. Or, s’il est ressortissant d’un État qui n’a pas conclu de TBI avec l’État hôte un TBI, il ne pourra pas le faire. Dans ce cas, la meilleure solution est de prendre la nationalité d’un autre État, partie à un TBI avec l’État sur le territoire duquel il veut investir.

Dans plusieurs États, la nationalité d’une personne morale est fonction de son siège social. Une personne morale a la nationalité du pays sur le territoire duquel se trouve son siège social. Dès lors, il est simple de créer et de faire siéger dans un État donné une personne morale qui sera la maison-mère de la société qui investira effectivement dans un autre État.

C’est le cas, par exemple, des Pays-Bas où siègent de nombreuses maisons-mères de sociétés, contrôlées par des investisseurs d’autres nationalités, qui vont investir dans les pays avec lesquels ce royaume a conclu ses multiples TBI.

C’est aussi le cas prévu par le TBI entre la France et Madagascar. L’article 1 (3) de ce TBI définit les « sociétés » comme « toute [s] personne [s] morale [s] constituée [s] sur le territoire de l’une des Parties contractantes, conformément à la législation de celle-ci, y possédant [leur] siège social, ou contrôlée [s] directement ou indirectement par des nationaux de l’une des Parties contractantes, ou par des personnes morales possédant leur siège social sur le territoire de l’une des Parties contractantes et constituées conformément à la législation de celle-ci ».

En application de cette stipulation, des Russes, qui voudraient investir à Madagascar et souhaitant bénéficier de la possibilité d’aller à l’arbitrage international, pourraient se contenter de créer une personne morale en France, qui serait la maison-mère de la filiale opérant à Madagascar.

Ce « *treaty-shopping* », qui contredit on ne peut plus clairement les exigences d’une nationalité effective, conduit à ce que, sans le savoir, les deux

États signataires ont créé des mesures protectrices qui vont servir à d'autres personnes que leurs ressortissants respectifs.

La clause dite de la nation la plus favorisée est une autre voie d'extension de la portée des stipulations des TBI. Tous les TBI contiennent cette clause dite de la nation la plus favorisée. Elle garantit que les parties à un traité octroient un traitement non moins favorable que celui qu'elles accordent en vertu d'autres traités identiques. Elle assure qu'un investisseur ressortissant d'une partie à TBI ou son investissement seront traités par l'autre partie « *dans des conditions non moins favorables* » qu'un investisseur ou un investissement d'un autre pays avec lequel l'État hôte a conclu un autre TBI<sup>4</sup>.

Plusieurs tribunaux arbitraux ont jugé qu'une clause de la nation la plus favorisée contenue dans un TBI permet à plaideur, investisseur privé, de bénéficier de l'acceptation à l'arbitrage CIRDI contenue dans un autre TBI conclu entre l'État défendeur et un État tiers. En d'autres termes, un État peut accepter l'arbitrage pour les ressortissants d'un État donné et le refuser pour ceux d'un autre ; mais, s'il existe une clause de la nation la plus favorisée dans les deux TBI, alors son refus n'a plus la moindre valeur.

À se demander alors pourquoi il n'a pas exprimé son refus de l'arbitrage. Le fait est qu'au moment de rédiger ces TBI, leurs rédacteurs n'avaient aucune idée de la façon dont les tribunaux arbitraux allaient les interpréter.

## **II.- Les critiques sur la procédure**

Les critiques qui s'adressent à l'arbitrage transnational, dans le domaine procédural, sont nombreuses. Elles portent sur la quasi-impossibilité pour l'État défendeur de déposer des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé qui l'attire à l'arbitrage. Elles portent aussi sur l'admission des tiers financeurs, ces organismes privés qui financent l'arbitrage d'un investisseur privé et qui, ensuite, sont payés par prélèvement d'une partie de la sentence rendue<sup>5</sup>.

Néanmoins, pour éviter une dispersion des idées, nous allons nous en tenir essentiellement à la négation de la nature polymorphe et composite de l'État.

Un État, fut-il le mieux organisé et le plus démocratique, n'est pas un bloc monolithique. C'est un assemblage de plusieurs administrations, ayant chacune son personnel, sa culture et son agenda. Et rien n'est plus égoïste, ni plus jaloux de ses prérogatives, qu'une administration. Il suffit qu'un litige concerne les actions de

---

<sup>4</sup> OECD (2004), "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/02, OECD Publishing.

<sup>5</sup> R. Goodman, *A Tilted Procedural Playing Field: The Arena of Investor-State Arbitration* in Liber Amirocum William Laurence Craig, LexisNexis, Paris, 2016, p. 83-110.

plus d'une administration pour que la défense des intérêts de l'État devienne très compliquée.

Or, quasiment tous les règlements d'arbitrage appliquent aux États les mêmes délais que ceux prévus pour les personnes physiques et les sociétés commerciales.

Il faut, pourtant, savoir qu'une réclamation contre un État n'est jamais simple ou limitée. Prenons l'exemple d'une réclamation formée par l'opérateur d'une mine, à la suite d'une expropriation ou d'un refus de permis. Ce litige va porter sur un projet vieux de plusieurs dizaines d'années, avec des milliers d'actes intervenus par plusieurs autorités administratives successives. Ces actes ont été émis par des services de ministères différents.

La société privée demanderesse va patiemment préparer sa réclamation, puis la notifier au gouvernement. Il faut du temps pour que cette notification soit prise en considération à sa juste valeur. Il faut encore que son récipiendaire sache ce que c'est, puis identifie quels sont les ministères responsables et quelles sont les personnes qui peuvent connaître l'historique du litige. Parfois, s'agissant d'une mine, il faut se renseigner auprès des agences environnementales et auprès des autorités décentralisées. Ensuite, une fois qu'on arrive à avoir une idée plus ou moins précise de la situation, il faut choisir les conseils qui vont assumer la défense.

Or, une notification d'arbitrage est déposée entre les mains du président de la République, du premier ministre ou des ministres des Affaires étrangères, de la Justice ou des Finances.

Les centres d'arbitrages prévoient, dans leur règlement, que la notification d'arbitrage déclenche le délai dans lequel le défendeur devra déposer une réponse à la demande. Par exemple, le règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale prévoit un mois pour une réponse. Ce délai d'un mois est tout simplement absurde pour un État défendeur. Il est intenable<sup>6</sup>.

Bien entendu, les règlements d'arbitrage autorisent généralement une extension du délai pour répondre. Mais, s'agissant d'un État défendeur, le délai de réaction se compte en mois, pas en semaines, encore moins en jours.

Le plus difficile à accepter est que, dans le cas encore une fois de la Chambre de commerce internationale, la demande d'extension du délai de réponse doit s'accompagner, pour être recevable, des commentaires sur le nombre des arbitres et leurs choix, ainsi que de la désignation des arbitres. Faute de quoi, les arbitres seront nommés d'office par la cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Cela signifie que, pratiquement, l'État

---

<sup>6</sup> Article 5 (2) du Règlement d'arbitrage de la CCI.

défendeur ne pourra pas désigner celui qu'il voudra voir siéger dans le tribunal arbitral.

La récusation d'un arbitre désigné est aussi limitée dans le temps. La récusation est recevable dans les trente jours de la nomination de l'arbitre contesté ou de la connaissance des faits justifiant la demande. Ce délai de trente jours est, une fois de plus, extrêmement court et pratiquement intenable pour un État défendeur.

Or, en matière d'arbitrage, la constitution du tribunal arbitral est la clef de voûte d'une défense réussie. Ne pas pouvoir participer à la constitution du tribunal arbitral revient à être privé de l'essentiel de sa défense.

Les mêmes contraintes temporelles, avec les conséquences identiques, existent aussi, à quelques changements près, dans le règlement d'arbitrage de la CNUDCI<sup>7</sup>, celui qui sert pour l'immense majorité des arbitres *ad hoc*. Le seul règlement d'arbitrage qui tienne compte des contraintes de l'État défendeur pour organiser sa défense est celui du CIRDI. L'État défendeur dispose de quatre-vingt-dix jours, à compter du dépôt de la demande d'arbitrage, ce qui est un plus raisonnable<sup>8</sup>.

Outre les règlements des centres d'arbitrage, il faut aussi reconnaître que les arbitres siégeant dans les tribunaux arbitraux sont assez peu perméables aux contraintes temporelles des États. Très souvent, on voit des délais de procédure qui sont trop courts, obligeant les parties à solliciter régulièrement des prorogations.

### **III.- Les réactions étatiques contre les dérives du mécanisme de règlement des litiges transnationaux**

Les réactions des États contre le système de l'arbitrage d'investissement, tel qu'il s'est développé ou qu'il a dérivé ces dernières décennies, ont mis du temps à se faire jour. La prise de conscience n'est pas arrivée du jour au lendemain.

Les premières critiques étatiques sont venues des États du Sud, en particulier de ceux de l'Amérique latine. Ils ont vécu les premières sentences condamnant les États à de gros montants d'indemnisation. Dans les États du Nord, ceux dont sont ressortissants les investisseurs, les critiques étatiques ont mis du temps à émerger. Dans un premier temps, ces critiques étaient limitées dans les sphères universitaires et autres tenants des pensées altermondialistes. Puis, en particulier, lorsque l'Allemagne a connu le traumatisme de l'affaire Vattenfall<sup>9</sup>, les

<sup>7</sup> Articles 7(1), 9(2) et 13(1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

<sup>8</sup> Article 38 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

<sup>9</sup> Le groupe suédois Vattenfall, opérant dans l'industrie énergétique, a attiré l'Allemagne à l'arbitrage CIRDI, pour contester la décision de sortir du nucléaire. La demande de Vattenfall se montait à plus

autorités étatiques ont pris conscience de l'exposition des États au risque d'une réclamation privée qui va critiquer leurs choix politiques.

Désormais, les nouveaux modèles de TBI intègrent les leçons durement apprises ces dernières années. Les clauses sont mieux rédigées, de façon à limiter les extensions. Les définitions des notions d'investisseur et d'investissement, notions qui font permettre ou non l'invocation du TBI par une personne privée, sont plus restreintes. De même, de nos jours, les clauses dites de la nation la plus favorisée cessent peu à peu d'être des portes grandes ouvertes pour ignorer les choix des États.

Cependant, ces changements intervenus dans les TBI restent limités. Pour modifier un traité bilatéral, il faut que les deux États signataires soient d'accord. Il faut donc trouver un point d'entente entre les deux qui sont de statures inégales, avec des objectifs différents. C'est loin d'être une simple formalité.

De manière plus radicale, les réactions étatiques se font aussi jour dans les accords d'investissement multilatéraux. Les projets de traités de protection d'investissement entre le Canada et les pays de l'Union européenne, ainsi qu'entre les États-Unis d'Amérique et les pays de l'Union européenne, proposent un schéma nouveau de règlement des litiges entre État d'accueil et investisseur privé. Le différend sera soumis à l'arbitrage, mais ce dernier rendu par des arbitres issus d'un corps fonctionnarisé et préconstitué<sup>10</sup>. Dans le même ordre d'idées, ces dernières années, l'Union africaine prépare un code panafricain des investissements qui vise à adopter des normes d'inspiration africaine<sup>11</sup>. Ce projet de code propose notamment qu'en face des normes de protection des investissements figurent les obligations des investisseurs et que les différends soient résolus par l'arbitrage africain.

Les réactions étatiques sont les bienvenues au vu des dérives constatées. Elles sont aussi attendues dans la simple mesure où le mécanisme de l'arbitrage d'investissement a été voulu par les États. Dès lors qu'il cessait de les satisfaire, une correction ne peut qu'intervenir. Cependant, aussi bénéfiques soient ces corrections, il reste encore plusieurs milliers de TBI, conçus sur les modèles en vogue dans les années 1990-2010. Ceux-là seront encore là pour un bout de temps encore.

---

de 4 milliards d'euros. La décision de l'Allemagne, une décision politique, était prise au lendemain de la catastrophe de Fukushima qui avait mis en exergue la dangerosité du nucléaire.

<sup>10</sup> L'accord économique et commercial global (AEGC) ou Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) est un traité international de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada, signé le 30 octobre 2016

<sup>11</sup> African Union / Economic Commission for Africa, document *E/ECA/COE/35/18. AU/STC/FMEPI/EXP/18(II)*. *Distr.:General*. 26 March 2016.