

**LEBEN, CHARLES (DIR.), LE CONTENTIEUX ARBITRAL
TRANSNATIONAL RELATIF À L'INVESTISSEMENT,
LOUVAIN-LA-NEUVE, ANTHEMIS, 2006**

*Par Rémi Bachand**

L'augmentation phénoménale des traités bilatéraux d'investissement (TBI) au cours des quinze ou vingt dernières années a signifié une croissance égale des arbitrages sous l'égide, notamment, du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Ces arbitrages sont d'une conséquence importante sur ce que quelques-uns pourraient appeler la gouvernance mondiale dans la mesure où ils ont un impact direct sur la façon dont les richesses et le pouvoir décisionnel sont distribués entre les différents acteurs de l'ordre international. En effet, plusieurs de ces arbitrages concernent des sujets aussi politiques que le régime de taxation¹, la gestion des déchets², voire de déchets contaminés³, l'interdiction de produits considérés comme nocifs pour l'environnement⁴, la gestion des quotas d'exportation imposés suite à un accord commercial⁵, la gestion de lieux culturels protégés par l'UNESCO⁶ ou encore la gestion du service postal⁷. Récemment, ce sont les mesures prises par l'Argentine pour juguler tant bien que mal la crise économique ayant culminé en décembre 2001 qui ont été visées par plus d'une trentaine de requêtes d'investisseurs. Selon ces

* Professeur en droit international au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

¹ *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique* (2002), Affaire n° ARB(AF)/99/1, 42 I.L.M. 625, en ligne : CIRDI <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC587_En&caseId=C175>. Composition du tribunal : Konstantinos D. Kerameus, Grèce (président), Jorge Covarrubias Bravo, Mexique (arbitre), David A. Gantz, États-Unis (arbitre).

² *Metalclad Corporation c. Mexique* (2000), Affaire n° ARB(AF)/97/1, 40 I.L.M. 36, en ligne : CIRDI <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_En&caseId=C155>. Composition du tribunal : Elihu Lauterpacht, Grande-Bretagne (président), Benjamin R. Civiletti, États-Unis (arbitre), José Luis Siqueiros, Mexique (arbitre).

³ *S.D. Myers inc. c. Canada* (2000/2002), 40 I.L.M. 408, en ligne : MAECI : <<http://www.international.gc.ca/assets/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/MyersPA.pdf>> (ALÉNA/CNUDCI). Composition du tribunal : Bryan P. Schwartz, Edward C. Chiasson, J. Martin Hunter.

⁴ *Methanex c. États-Unis* (2005), 44 I.L.M. 1345, en ligne : United States Department of State : <<http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>> (CNUDCI). Composition du tribunal : V.V.Vider (président), W. Micheal Reisman (arbitre) et J. William F. Rowley (arbitre).

⁵ *Pope & Talbot c. Canada* (2001/2002), 41 I.L.M. 1347 (CNUDCI) en ligne : MAECI <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/pope_archive-fr.asp> (CNUDCI).

⁶ Dans une décision qui commence à dater, il est vrai, mais qui continue à faire parler d'elle : *Southern Pacific Properties (Middle East) c. Égypte* (1992), Affaire n° ARB/84/3, 32 I.L.M. 933 en ligne : CIRDI <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC671_En&caseId=C135>. Composition du tribunal : Eduardo Jimenez De Arechaga, Uruguay (président), Mohamed Amin Elabassy El Mahdi, Égypte (arbitre) et Robert F. Pietrowski Jr., États-Unis (arbitre).

⁷ *UPS of America c. Canada* (2007), en ligne : MAECI <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/parcel_archive-fr.asp> (CNUDCI). Composition du tribunal : Kenneth Keith (président), Ronald A. Cass (arbitre) et Yves Fortier (arbitre).

requêtes, les actions argentines étaient contraires aux obligations attribuées à ce pays par différents TBI⁸. Derrière chacun de ces cas, on s'en aperçoit, se dissimulent des enjeux politiques qui concernent la façon dont la société va décider de la façon dont la cohabitation sera assurée et la manière dont les richesses seront partagées à l'intérieur de celle-ci.

Le livre *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, rédigé sous la direction du professeur Charles Leben de l'Université Paris II, réunit plusieurs textes présentés lors d'une journée d'étude tenue à Paris en mai 2004 sur ce thème. L'ouvrage, tout en n'abordant qu'assez peu les conséquences politiques de ces arbitrages, fait un remarquable tour d'horizon de leurs enjeux juridiques qui finissent par influencer directement les sphères politiques, économiques et sociales.

En plus d'un survol historique de l'arbitrage international et de la protection de l'investissement international fait par le professeur Leben lui-même et qui sert d'introduction, le livre est divisé en deux parties. La première (*Le droit international de l'investissement au regard de la jurisprudence récente*) est constituée de quatre chapitres, dont l'un traite des tendances arbitrales récentes concernant l'expropriation indirecte (également rédigé par Charles Leben) et un autre, rédigé par Walid Ben Hamida, consacré aux fameuses clauses parapluie qui rendent contraignantes, au regard de l'ordre juridique international, la totalité des engagements pris par l'État d'accueil auprès des investisseurs étrangers⁹.

La seconde partie est plutôt consacrée à des études de cas qui ont été au centre des débats doctrinaux au cours des dernières années. En plus d'un exposé sur les multiples requêtes déposées au cours des dernières années contre l'Argentine, il y a lieu de souligner deux chapitres portant sur des développements de l'arbitrage qui en ont étonné plusieurs. Ibrahim Fadlallah, en premier lieu, nous explique les tenants et aboutissants du conflit résultant d'une situation où un contrat d'exploitation contient une disposition selon laquelle tous les différends entre les contractants devront être réglés devant les juridictions nationales, alors que le différend est également couvert par un traité d'investissement prévoyant la possibilité d'un recours en arbitrage international. Quelques chapitres plus loin, c'est au tour de Farouk Yala de nous exposer les détails de l'expansion du concept d'investissement dans les tribunaux et qui permet à des investisseurs de soumettre à l'arbitrage des différends

⁸ Voir : A.A. Escobar, « Argentina's Multiplication of Investor-State Arbitration Proceeding » dans Charles Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, à la page 219.

⁹ Sur ce sujet, voir deux sentences contradictoires sur des faits passablement semblables. Premièrement, *SGS Société générale de surveillance S.A. c. Pakistan décision sur la compétence* (2003), Affaire n° ARB/01/13, 42 I.L.M. 1290, en ligne : CIRDI <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC622_En&caseId=C205>. Composition du tribunal : Florentino P. Feliciano, Philippines (président), André J. E. Faurès, Belgique (arbitre) et J. Christopher Thomas, Canada (arbitre). Deuxièmement, *SGS c. Philippines décision sur la compétence* (2004), Affaire no ARB/02/6, en ligne : CIRDI <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC657_En&caseId=C6>. Composition du tribunal : Ahmed Sadek El-Koshery, Égypte (président), Antonio Crivellaro, Italie (arbitre), James R. Crawford, Australie (arbitre).

qui relèvent d'activités économiques qui sont de plus en plus loin de la compréhension traditionnelle de ce qu'est un investissement direct à l'étranger.

Chacune des deux parties se termine par des interventions faites par les participants à des tables rondes. Ces discussions sont en fait le moment où l'on se distance le plus d'une analyse positiviste afin de comprendre les effets politiques et sociaux de ces débats et font état de l'inquiétude de plusieurs concernant certaines avancées dans le domaine de l'arbitrage. Par exemple, s'exprimant sur de nombreuses ambiguïtés présentes dans la rédaction des TBI ou de la *Convention de Washington*¹⁰ créant le CIRDI et dont les dispositions établissent notamment les critères permettant aux tribunaux de se reconnaître compétents sur les affaires qui leur sont soumises, Geneviève Burdeau fait remarquer que l'inquiétude des États semble venir du fait « qu'il y a une certaine marge d'appréciation et que les États se trouvent entre les mains de ces arbitres qui vont apprécier le comportement requis d'eux selon les traités »¹¹. De plus, ces ambiguïtés prêtent davantage flanc à une interprétation favorable à l'investisseur du fait que, selon Philippe Kahn, « les conventions bilatérales ouvrent souvent la voie à des réclamations invoquant une expropriation indirecte alors que l'on peut se demander s'il ne s'agit pas plus simplement d'un accident banal de la vie des affaires »¹². Ceci ouvre la porte à une nouvelle donne en matière de gouvernance mondiale autant que nationale dans la mesure où

[I]es investisseurs effectivement, dans 90 % des affaires, demandent des comptes aux États sur la façon dont ils mettent en œuvre leur souveraineté, en se fondant non pas sur des engagements précis de l'État à leur égard, mais simplement sur le fait que les investisseurs sont sur le territoire de celui-ci, ce qui ne va pas sans poser problème.¹³

Ce livre met en exergue un effet de l'arbitrage international sur la gestion des richesses et des rapports sociaux dans les sociétés nationales autant que dans l'ordre international. Considérant l'importance des compensations qui sont parfois exigées des États à la suite de requêtes dont l'issue est loin de faire l'unanimité au sein du « collège invisible des internationalistes », il démontre l'importance accrue des arbitres comme nouveaux acteurs des relations internationales compétents pour donner à des dispositions grandement indéterminées (on peut évoquer les interprétations faites de la « clause de l'option irrévocable » expliquées par I. Fadlallah ou encore des notions vagues et ambiguës d'« expropriation » ou de « traitement juste et équitable ») des effets concrets sur la division des richesses. De

¹⁰ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 169, 4 I.L.M. 524 (entrée en vigueur : 14 octobre 1966).

¹¹ « Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil ; remarques de Geneviève Burdeau », dans Charles Leben, *supra* note 8 aux pp. 188-189.

¹² « Table ronde : Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil ; remarques de Philippe Kahn », dans *ibid.* à la p. 195.

¹³ « Table ronde : La place du CIRDI dans le contentieux de l'investissement international ; remarques de Brigitte Stern », dans *ibid.* à la p. 351.

façon parallèle, et à une époque où il est communément admis¹⁴ que l'indétermination du droit donne généralement plusieurs options au juge ou à l'arbitre et permet à celui-ci de rendre des jugements qui sont grandement influencés par ses propres préférences politiques ou idéologiques, cette étude met aussi en relief le fait surprenant que les juristes persistent encore bien souvent à utiliser des arguments juridiques pour invalider les positions contre lesquelles ils s'élèvent et à expliquer leurs désaccords avec telles ou telles décisions par des erreurs d'interprétation qu'auraient fait les auteurs de celles-ci alors que les mésententes concernent plutôt, bien souvent, une vision différente de ce que le droit et la société devraient être.

¹⁴ Voir notre article où nous faisons état de ce consensus au cours des 35 dernières années : Rémi Bachand, « L'interprétation juridictionnelle chez les internationalistes du XX^e siècle » (2006) 39 *Rev. B. D.I.* 173.