



2023 PARIS

Lettre d'information

N°15, avril 2023



Entretien avec Eduardo Silva Romero

*Co-responsable du groupe mondial Arbitrage International de Dechert
Président de l'Institut du droit des affaires internationales de la CCI
Professeur émérite, Université de Rosaire (Bogotá, Colombie)*

1) L'arbitrage d'investissement (et le droit de l'investissement dans son ensemble) ont été fortement critiqués ces dernières années. Quelles en sont les raisons

et comment votre pratique peut en être affectée ?

L'arbitrage d'investissement est, et a toujours été, une institution fragile. Cette fragilité a été mise en évidence ces dernières années avec, par exemple, les arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne dans les affaires *Achmea* et *Komstroy* qui, en réalité, signifient la fin de l'arbitrage d'investissement basé sur des TBI intra-UE. Un autre exemple est la perte de confiance croissante des États dans l'arbitrage d'investissement, qui a conduit des États à mettre fin à leurs traités bilatéraux d'investissement (Inde et Indonésie, entre autres) et/ou à se retirer du traité sur la Charte de l'énergie (Italie ou, plus récemment, France).

Les États et les entités étatiques étant les utilisateurs les plus insatisfaits du système d'arbitrage des investissements, les principales critiques sont, pour n'en citer que quelques-unes, l'absence de transparence du processus décisionnel, le sentiment que les arbitres manquent d'indépendance, la durée excessive et le coût élevé des procédures d'arbitrage, l'incohérence des décisions des tribunaux arbitraux, ainsi que les montants élevés accordés aux investisseurs à titre de dommages-intérêts. Cela ne signifie pas pour autant que l'arbitrage d'investissement est en voie de disparition. Tant qu'il y aura des investissements, il y aura des différends en matière d'investissement. Et ces différends doivent recevoir une solution. Alors que certains États ont eu recours à l'exclusion pure et simple de l'arbitrage dans leurs TBI (par exemple, le TBI Brésil-Mozambique), d'autres ont choisi de reformuler leurs TBI pour assurer une symétrie accrue entre les États et les investisseurs.

En conséquence, ma pratique quotidienne, à ce jour, a été à peine affectée, voire pas du tout, car les États continuent de recourir au système d'arbitrage d'investissement en dépit des critiques formulées à son encontre. Ainsi, alors que la Bolivie et l'Équateur ont mis fin à leurs TBI ces dernières années, la Colombie et le Venezuela ont conclu un nouveau TBI en février de cette année, tandis que le Mexique est devenu partie à la Convention CIRDI en 2018 avant que l'Équateur n'y adhère à nouveau en 2021. De même, l'arbitrage d'investissement intra-UE a continué d'exister et les tribunaux arbitraux continuent d'affirmer leur compétence à l'égard de ces demandes.

Dans ce numéro

Entretien avec
Eduardo Silva
Romero

Rapport du webinaire
sur les
investissements
internationaux

Rapport du webinaire
sur entreprises et
droits de la personne
humaine

Tableau des
événements du
150^{ème}
anniversaire

.....

Ceci étant dit, la fin des TBI intra-UE en 2020, ainsi que, plus généralement, la perte de confiance croissante dans le système d'arbitrage d'investissement, conduiront très certainement au déclin de l'arbitrage d'investissement tel que nous le connaissons aujourd'hui.

2) L'arbitrage d'investissement a toujours oscillé entre contrat et traité. Voyez-vous une nouvelle tendance à préférer l'arbitrage contractuel à l'arbitrage conventionnel, et quelles en sont les raisons ?

Les arbitrages d'investissement portent souvent sur des questions découlant d'un contrat commercial international - généralement connu sous le nom de « contrat d'État » - conclu entre une société internationale (c'est-à-dire un contractant étranger) d'une part, et un État ou une entité étatique d'autre part, dans le cadre d'un projet donné, souvent à long terme, devant être réalisé sur le territoire de l'État. Ces contrats d'État contiennent généralement une clause de règlement des différends en faveur des tribunaux nationaux de l'État ou d'un arbitrage institutionnel, qu'il s'agisse de la CCI ou d'une autre institution. Cela a donné lieu à des questions de compétence et/ou de recevabilité devant les tribunaux arbitraux, qui doivent trancher le conflit entre les réclamations contractuelles et les réclamations conventionnelles, en particulier dans les cas où le TBI contient une clause dite « parapluie » qui, au moins en théorie, sert à élever les réclamations contractuelles au niveau des réclamations conventionnelles. Les tribunaux d'investissement sont connus pour adopter une approche différente de ces questions, ce qui a conduit à l'incertitude et, à mon avis, a contribué à l'insatisfaction générale à l'égard du système d'arbitrage d'investissement.

Je suis fermement convaincu qu'à long terme, nous assisterons à une augmentation des arbitrages commerciaux internationaux fondés sur des contrats d'État. Bien que ces arbitrages ne soient pas qualifiés d'« arbitrages d'investissement » puisqu'ils ne découlent pas d'un traité d'investissement, ils portent souvent sur des questions d'investissement, et le contractant étranger pourra invoquer un certain nombre de mécanismes de protection pour sauvegarder son projet d'investissement. Par exemple, les clauses de force majeure et de *hardship* permettront, dans certaines circonstances, à un entrepreneur étranger de maintenir l'équilibre de son contrat à long terme avec l'État dans les cas où des changements politiques ou économiques sont survenus et ont rendu l'exécution du contrat excessivement onéreuse.

En résumé, l'arbitrage commercial international découlant de contrats d'État constituera une alternative solide à l'arbitrage d'investissement actuel. Il peut garantir l'égalité entre les parties en prévoyant, notamment, que l'État ne soumettra pas tout litige en découlant à ses propres tribunaux, que les principes généraux du droit international s'appliqueront au litige, ou même en incluant une clause de stabilisation qui protégera le contrat contre tout changement dans la législation nationale de l'État.

3) Vous avez été l'un des premiers à soutenir le 150^e anniversaire de l'ILA. Selon vous, quels sont les défis que le droit des investissements et l'arbitrage doivent relever dans un avenir proche, et avec quels moyens ?

L'arbitrage d'investissement, et plus généralement le droit des investissements, est, à mon avis, déjà en train de subir un changement fondamental. De nombreux États se sont engagés à reformuler leurs TBI afin d'accorder des droits et une protection non seulement à l'investisseur étranger, mais aussi à l'État, et d'imposer des obligations à l'investisseur, telles que la compliance. Cela signifie que les arbitrages devront peut-être s'adapter à l'augmentation des demandes reconventionnelles de la part des États. Ces nouveaux TBI tiennent également de plus en plus compte des préoccupations climatiques et, plus généralement, du développement durable. Ces améliorations sont essentielles à la survie de l'arbitrage d'investissement.

RAPPORT DU WEBINAIRE SUR LES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX :

Le droit international des investissements en recon(quête) de sa légitimité

Natalia Chaeva, *Docteure en droit, juriste d'entreprise et membre du Comité de communication ADI/ILA 2023*

Les interrogations autour du droit international des investissements ont pris, aujourd'hui, une ampleur particulière, et ce sont précisément la légitimité et la pertinence de cette matière qui ont fait l'objet du Livre blanc sur les investissements internationaux préparé par Claire Crépet Daigremont et Arnaud de Nanteuil (coordinateurs) avec le comité de pilotage dont la composition est [ici](#). Le 3 avril 2023, ce Livre blanc a été discuté lors du webinaire par un panel de juristes de renom venant d'horizons et de cultures juridiques différents.

Les principaux défis identifiés par ce travail collectif sont la nécessité d'une meilleure prise en compte des droits de la personne humaine, du droit de l'environnement et du développement durable, le besoin d'un équilibre satisfaisant entre le besoin de protection de l'investissement international et celui de protéger les droits de l'État hôte, ainsi que l'universalité géographique des règles face au développement des instruments régionaux. Toutefois, le droit des investissements que nous connaissons n'a pas vocation à disparaître, puisque celui-ci subsistera dans des secteurs traditionnels (comme celui des ressources naturelles) et les différends relatifs aux investissements continueront à être portés devant des tribunaux arbitraux internationaux.

Les discussions ont été structurées autour de trois axes de réflexion dont nous allons présenter ici quelques points clés.

En premier lieu, l'exigence de prise en compte des intérêts d'acteurs autres que les investisseurs et les États, et en particulier des communautés locales, a été soulignée. Les nouveaux traités relatifs aux investissements créent plus d'obligations à la charge des investisseurs. On constate aussi une ouverture de l'arbitrage relatif à l'investissement aux parties tierces (les règlements d'arbitrage CIRDI de 2012 et 2022). Cependant, les obligations des investisseurs ne sont pas invocables à l'instance arbitrale et les communautés affectées sont exclues de la prise de décision par le tribunal arbitral. Il a été suggéré que l'État hôte de l'investissement serait le mieux placé pour maintenir l'équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des communautés locales, en conditionnant l'investissement étranger au respect des droits de la personne humaine. Aussi, les contrats d'État pourraient être modelés de sorte que l'implication locale des investisseurs puisse dicter l'étendue de leur protection juridique.

En second lieu, la prise en compte des intérêts publics peut passer par une exclusion des objectifs de politique générale des requêtes d'arbitrage relatif à l'investissement, comme cela est prévu notamment par le modèle d'accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers du Canada de 2021. De même, l'exclusion des mesures de sécurité nationale est visée spécialement par les clauses de sécurité essentielles insérées dans le modèle des Etats-Unis de 2012. Un orateur a souligné la nécessité d'assister les États en voie de développement dans l'élaboration de règles internes pertinentes. Il a été évoqué, enfin, qu'on assiste à une renaissance des contrats d'État. Ces instruments ont le mérite de porter des règles bien définies, adaptées aux activités d'une entreprise en particulier dans le contexte restreint d'un État hôte spécifique. Plusieurs intervenants ont néanmoins insisté sur le fait que, d'une part, ces contrats doivent rester internationalisés et, d'autre part, le droit international des investissements ne peut pas être transformé en droit des contrats, puisque cela aurait un impact sur les intérêts des communautés affectées, et plus généralement l'intérêt général. En même temps, un traité multilatéral relatif aux investissements portant sur les règles de fond paraît encore irréaliste compte tenu des échecs historiques. La tendance est aujourd'hui au régionalisme avec une ambition d'arriver à une certaine compréhension plurilatérale de quelques notions fondamentales.

En matière du règlement des différends, les apports sont attendus du Groupe de travail III de la CNUDCI dont les derniers développements ont permis d'adopter un code de conduite pour les arbitres et des règles pour la médiation avec un guide pratique. Comme il a été rappelé par un intervenant, l'arbitrage relatif aux investissements devrait davantage s'inspirer de l'arbitrage commercial pour ce qui concerne notamment son efficacité et la prise en compte du devoir de vigilance de l'investisseur. Enfin, l'arbitrage en matière d'investissement devra aborder des questions nouvelles telles que les actifs numériques.

En guise de conclusion au webinaire, chaque membre du panel a émis quelques recommandations. Ont été évoqués notamment les progrès en termes d'exécution des sentences arbitrales, de possibilités de faire des demandes reconventionnelles sur le fondement d'obligations des investisseurs susceptibles de former une cause d'action, l'interaction entre le droit public et l'arbitrage international, etc.. Pour reprendre les propos d'un orateur, il serait surtout important d'identifier quelques sujets clés qui nécessitent d'être traités en priorité.

RAPPORT DU WEBINAIRE SUR ENTREPRISES ET DROITS DE LA PERSONNE HUMAINE

Lisa Aerts, *Doctorante à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, membre du Comité de communication ADI/ILA 2023*

Le 20 avril, à quelques jours près du 10^{ème} anniversaire de l'effroyable effondrement du Rana Plaza, se réunissait un éminent panel autour de la problématique « Entreprise et droits de la personne humaine ». Si ce triste anniversaire souligne toute l'importance du sujet, il permet également de mettre en perspective le chemin parcouru et les difficultés à venir soulignées par le [Livre blanc](#) servant de base aux débats préparé par Catherine Pédamon et Humberto Cantú (coordinateurs) et un comité de pilotage international.

La prolifération des textes, leur nature multiple et leur application à de nombreux domaines soulignent la complexité du sujet et le besoin d'une approche ordonnée et cohérente. Une première question porte bien évidemment sur la nature de ces normes. La future directive européenne a inauguré un changement de paradigme au sein du droit international, passant d'une ère de *soft law* à une ère de *hard law*, de sanction et de réparation. Si au niveau national, la France avait été pionnière, de nombreux États l'ont suivie comme l'Allemagne, la Suisse, la Norvège et bientôt la Belgique. Cet arsenal juridique national sera crucial pour assurer l'application des normes internationales. Cependant, une autre problématique est immédiatement apparente : celle de la cohérence. Le panel, tout comme le Livre blanc, souligne et regrette des incohérences, parfois même des contradictions, entre les différents textes. Il faut alors s'interroger sur le modèle à adopter : doit-on conserver cette hétérogénéité permettant une certaine flexibilité dans les approches, doit-on harmoniser ou uniformiser ?

Un témoignage du monde professionnel éclaire les avantages et les inconvénients de chaque hypothèse. Si les multinationales craignent les disparités de normes complexifiant leur organisation et les exposant à des risques variant d'un État à un autre, elles peuvent également faire face à des conceptions culturelles et sociales si diamétralement opposées qu'une approche unique serait impossible et nierait ces caractéristiques. Ainsi, certaines entreprises appellent de leurs vœux un cadre normatif contraignant plus cohérent, assurant une sécurité juridique plus grande sans pour autant imposer une seule et unique vision (généralement occidentale) du travail. En cela, le panel souligne qu'un ensemble de législations « *smart mixte* » rassemblant mesures volontaires et contraignantes, intégrant particularismes locaux et besoins d'un cadre commun est indispensable. Ce délicat équilibre entre le transnational, l'international, le national et le local, l'obligatoire et le volontaire reste encore à trouver.

Si le cadre normatif est encore amené à évoluer, les moyens permettant le règlement des différends entre les entreprises et les populations et la sanction des violations des droits de la personne humaine demeurent également à définir. Si les Points de contact de l'OCDE ont été mentionnés dans le débat, d'autres solutions ont également été discutées. Les tribunaux nationaux sont évidemment amenés à jouer un rôle important, mais, à la lumière des récents procès, la question de la compétence des juridictions doit être clarifiée. Selon le panel, il faut s'assurer que les tribunaux de l'État de la maison mère (ou chef de file de la chaîne de valeur), mais également du lieu du dommage puissent être saisis. Au-delà du contentieux national, l'arbitrage peut aussi être considéré comme une méthode de règlement des différends appropriée. Cependant, pour ne pas perpétuer les écueils qui sont régulièrement reprochés à ces procédures, il faut assurer une grande transparence et permettre aux parties de choisir des arbitres rompus aux caractéristiques de ce type de litiges.

Si le projet d'instrument juridiquement contraignant concernant les activités des sociétés transnationales et des droits de l'homme, aujourd'hui encore en préparation au sein des Nations Unies, s'est donné pour but de répondre à toutes ces problématiques, le fil conducteur du débat aura souligné l'urgence de la situation de manière à faire émerger des solutions sans attendre le groupe de travail onusien qui, créé un an après l'effondrement du Rana Plaza, reste encore indécis quant aux mesures opportunes au 10^{ème} anniversaire de l'accident.

PROGRAMME DU 150EME ANNIVERSAIRE

Rappel : Les inscriptions pour le Symposium des 18, 19 et 20 juin 2023 sont encore possibles et se termineront le 31 mai 2023. Vous pouvez vous inscrire aux webinaires et au Symposium en ligne et/ou au Symposium en présence [ici](#).

Le tableau ci-dessous tente de donner une vue synthétique de tous les évènements que nous organisons en 2023. Le mieux est quand même de consulter la page des webinaires et de l'évènement de Paris sur notre site internet

<https://www.ilaparis2023.org/webinaires/>

<https://www.ilaparis2023.org/paris-2023-evenement-hybride/>

PROGRAMME DE EVÉNEMENTS DU 150ÈME ANNIVERSAIRE		
NB:VEUILLEZ NOTER QUE LES HORAIRES SONT CET		
JANVIER	FÉVRIER	MARS
12/01 - 13H-16H30 VERS UNE PLUS GRANDE LÉGITIMITÉ DU DROIT INTERNATIONAL LE RÔLE DES PARLEMENTS	01/02 - 12H-16H ANTROPOCÈNE	07/03 - 13H-16H GOUVERNANCE MONDIALE
24/01 - 14H-17H L'ÉNERGIE	14/02 - 14H-17H LES ODD AU-DELÀ DE 2030	16/03 - 14H-17H ALIMENTATION AGRICULTURE
AVRIL	MAI	JUIN
03/04 - 14H-17H LES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX	04/05 - (HORAIRE À CONFIRMER) LA SANTÉ	18-19-20 JUIN SYMPOSIUM (ÉVÈNEMENT HYBRIDE)
20/04 - 14H-17H ENTREPRISE ET DROITS DE LA PERSONNE HUMAINE	16/05 - 14H-17H LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION	
25/04 - 14H-17H L'OCCÉAN	23/05 - 14H-17H LES DÉFIS DU NUMÉRIQUE POUR LE DROIT INTERNATIONAL 31/05 - 14H-17H LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	
JUILLET	AOÛT	SEPTEMBRE
05/07 - 14H-17H L'ÉTAT CIVIL	24/08 - 14H-17H LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	04/09 - (HORAIRE À CONFIRMER) L'ESPACE EXTRA-ATMOSPHÉRIQUE
12/07 - 14H-17H L'AVENIR DU DROIT DU TRAVAIL		12/09 - 14H-17H CRIMES DE MASSE ET IMPUNITÉ
		14/09 - 14H-17H LES DROITS DE LA PERSONNE HUMAINE
		25/09 - 14H-17H LE DROIT AU SERVICE DE LA DÉMOCRATIE ET DE L'ÉTAT DE DROIT
OCTOBRE	NOVEMBRE	DÉCEMBRE
19/10 - 14H-17H LES MIGRATIONS	02/11 - (HORAIRE À CONFIRMER) LA FINANCE INTERNATIONALE	14/12 JOURNÉE DE CLÔTURE
	14/11 - 14H-17H LA FISCALITÉ	
	21/11 - 14H-17H LE PATRIMOINE CULTUREL	

<https://www.ilaparis2023.org/>

La lettre d'information ADI/ILA 2023 n°16 sera publiée après le Symposium de juin.