
EN TEMPS RÉEL

Association pour le débat et la recherche

les cahiers

**Arbitrage international :
la construction de sa légitimité**

Jan Paulsson & Elie Kleiman

L’Affaire Tapie a conduit le grand public à prendre conscience de l’existence, et de l’importance, de cette voie particulière de règlement des différends qu’est l’arbitrage. Ce cahier ne traite pas des questions très spécifiques que pose ce cas particulier, mais de celui du recours à l’arbitrage dans les différends internationaux. Le recours à l’arbitrage s’est en effet imposé comme le mode alternatif privilégié de règlement des différends internationaux commerciaux et d’investissement. On reste intrigué qu’il ait fait l’objet de si peu d’analyses proprement politiques tant ses enjeux sont importants.

Rapide d’exécution, l’arbitrage international assure une grande flexibilité aux parties en leur laissant le soin de déterminer par convention l’arbitre en charge de décider leur différend. En matière d’investissement, le fait qu’il permette de dépasser les particularismes des législations nationales, et d’assurer donc un surcroît de sécurité aux investisseurs en terres étrangères, en a fait un pilier essentiel des politiques de développement. En matière commerciale, ses avantages ont de longue date conduit les autorités françaises à œuvrer en sa faveur au point d’assurer progressivement à la place parisienne une notoriété mondiale et de permettre au droit français de l’arbitrage de poser des principes aujourd’hui partagés par un grand nombre de pays.

La technique arbitrale, par son succès même, doit faire l’objet d’une analyse publique éclairée. Le débat lancé à l’occasion de « l’Affaire Tapie » relatif au recours en arbitrage pour les différends commerciaux impliquant les personnes morales d’ordre public a montré la complexité des choix qui ont été faits et la méconnaissance qu’en avait l’opinion publique. Il est normal et sain qu’un débat public ait lieu sur ce sujet spécifique.

Moins connu encore, et pourtant largement aussi important, le recours à l’arbitrage dans les différends relatifs aux investissements internationaux doit lui aussi être analysé au-delà du cercle des experts. Les enjeux pratiques sont colossaux, les évolutions déjà importantes et, là encore, des réformes sont nécessaires.

En Temps Réel poursuit ses analyses des grandes régulations internationales avec ce Cahier dédié aux enjeux et aux voies d’amélioration du recours à l’arbitrage en matière d’investissements internationaux notamment parce que ce mécanisme a joué un rôle déterminant dans la mise en œuvre de politiques de développement international. En Temps Réel se réjouit que Jan Paulsson et Elie Kleiman aient accepté de se livrer à cet exercice. Nul n’aurait pu mieux que ces spécialistes mondialement reconnus de l’arbitrage mener et présenter ces réflexions.

Les auteurs reviennent sur l’expansion considérable de l’arbitrage des investissements et les complexités techniques essentielles qui lui sont propres, et ce sans éluder jamais certaines difficultés propres à ce type de règlement des conflits. Incohérences entre certaines décisions, gestion des conflits d’intérêts, opportunité du recours à l’arbitrage pour les questions soulevant des questions d’intérêt public..., les risques pesant sur l’arbitrage international des investissements sont en effet nombreux. Ils doivent être débattus.

Les auteurs font confiance à des règles simples qu’il faut améliorer ou des comportements clairs dont il faut s’assurer du suivi pour juguler ces risques. L’essentiel des améliorations leur semble porter d’une part sur les qualités mêmes des arbitres, dont ils estiment qu’ils doivent suivre certains modèles de comportements qu’ils définissent ici avec force, clarté et autorité. Et, d’autre part, sur les processus d’élaboration de la sentence, dont ils montrent que les deux éléments cardinaux sont la transparence et la cohérence interne des sentences.

Les Etats ont considérablement accru l'efficacité du recours à l'arbitrage par la ratification d'un grand nombre de traités internationaux qui ont permis de renforcer graduellement l'effectivité de l'exécution des sentences. Jan Paulsson et Elie Kleiman, libéraux en ce point, estiment que l'autorégulation de la profession et la loi du marché suffiront maintenant à assurer que leurs recommandations seront suivies et qu'elles seront suffisamment efficaces pour permettre la poursuite du développement du recours à l'arbitrage international. En Temps Réel se réjouit de permettre au public français de se familiariser plus avant avec ce qui constitue maintenant un pan important des mécanismes de régulation internationale.

Jan Paulsson est universitaire, avocat et Président de la London Court of International Arbitration et des tribunaux administratifs de la Banque Mondiale et de la BERD.

Elie Kleiman est Avocat à la Cour et Responsable du groupe contentieux du cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer à Paris.

SOMMAIRE

Fondements de l’effectivité de l’arbitrage international	6
Pourquoi l’arbitrage international ?	6
L’essor de l’arbitrage d’investissement	9
Légitimité de l’arbitrage international à l’épreuve des qualités attendues de l’arbitre	16
Les garanties de l’impartialité : absence de conflits d’intérêts et l’indépendance d’esprit	16
Professionnalisme et intuitu personae	19
Légitimité de l’arbitrage international à l’épreuve de la transparence et de la cohérence des méthodes et solutions	26
Légitimité et transparence	26
Légitimité, rationalité et cohérence	28
Conclusion	34

Au cours des quinze dernières années, les litiges entre investisseurs étrangers et Etats souverains ont connu un développement sans précédent. Ces conflits ont pratiquement tous donné lieu à des procédures d'arbitrage international, mode de règlement des différends qui jusque-là était passé quasiment inaperçu dans la sphère public-privé internationale. A l'occasion de controverses opposant des investisseurs, souvent des multinationales, et des Etats souverains, des tribunaux constitués d'arbitres internationaux indépendants, choisis et rémunérés par les parties, se sont reconnus compétents, sur la base de traités internationaux, pour préciser la nature et le contenu des obligations internationales auxquelles sont tenus les Etats lorsqu'ils font appel aux investissements étrangers. Ils ont, le cas échéant, sanctionné les manquements par l'octroi de réparations très substantielles. Parce qu'ils se trouvent au confluent d'intérêts privés et publics, ces litiges supposent d'arbitrer en prenant en considération les attentes légitimes des entreprises multinationales comme celles de l'Etat souverain. L'importance des investissements étrangers directs dans le monde (supérieurs malgré la crise à 1 200 milliards de dollars en 2010) fait caisse de résonance et amplifie la portée de l'arbitrage international y afférent.

L'arbitrage international était déjà, et ce depuis au moins une trentaine d'années, reconnu et accepté comme le mode privilégié de règlement des différends dans le commerce international. Cette reconnaissance n'a fait que se renforcer jusqu'à être affirmée solennellement par certaines hautes juridictions étatiques, comme c'est le cas en France.

L'efficacité de l'arbitrage est l'un de ses attraits les plus notables. La Convention des Nations Unies sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 (dite Convention de New York) permet l'exécution simplifiée, sans révision au fond, des sentences arbitrales au sein des 145 Etats signataires. Ceci permet d'affirmer que l'arbitrage commercial international jouit, au moins en principe, de conditions juridiques permettant d'assurer sa pleine efficacité.

Ne serait-ce que par l'ampleur de son succès et l'importance des enjeux qui sont décidés par cette voie, l'arbitrage international ne laisse pas indifférent. Mais serait-il victime de son succès ? La multiplication des procédures n'est-elle pas un facteur de risque pour l'arbitrage ? Une crise qualitative se profile-t-elle ? Les critiques se font parfois virulentes. Citons-en quelques unes : incohérence entre décisions, confidentialité des procédures, mafia des arbitres et conseils, honoraires élevés, conflits d'intérêts... La plupart de ces critiques tiennent à une méconnaissance de l'arbitrage véritablement international. Certaines reposent sur le constat de dysfonctionnements ponctuels avérés. D'autres posent, sous des formes diverses, la question de l'opportunité du recours à l'arbitrage pour des litiges soulevant des questions d'intérêt public. On laissera de côté les querelles qui sont l'expression du dépit d'un plaideur qui a perdu son affaire. Il convient de tenir compte des critiques les plus pertinentes, des solutions pragmatiques étant le plus souvent disponibles en l'état du droit.

Au centre de la réflexion, on trouvera l'arbitre international. Il ne suffit pas d'affirmer que, de même que la femme de César doit être au-dessus de tout soupçon, l'arbitre ne doit en aucun cas donner prise au doute quant à son impartialité. Encore faut-il mettre en œuvre les principes bien établis qui régissent la matière et réformer les mentalités qui, encore, nourrissent nombre d'arrière-pensées néfastes à l'acceptation de l'arbitrage. L'arbitre ne doit pas non plus laisser douter de ses autres qualités professionnelles. C'est donc poser la question de la légitimité de l'arbitrage international à l'épreuve du professionnalisme de l'arbitre.

A l'inverse, on perçoit aussi tout l'intérêt que présente le rayonnement de l'arbitrage international. En particulier, dans le domaine de la protection des investissements internationaux, ne peut-on pas suggérer que la qualité des sentences, prolongée par l'effectivité juridique qui leur est conférée,

sera, à moyen terme, un facteur de correction des ordres juridiques internes des Etats et, à plus long terme, un moteur du développement durable ? Pour qu'il puisse en être ainsi, l'acceptation des processus d'élaboration de leurs décisions par les arbitres internationaux doit demeurer très largement majoritaire. C'est alors poser la question de la légitimité de l'arbitrage international à l'épreuve de la transparence et de la cohérence des méthodes et solutions mises en œuvre.

Nous tenterons ici de présenter des éléments de réponse réalistes et concrets aux enjeux majeurs auxquels est confronté l'arbitrage international, du fait de sa prééminence dans le règlement qui est devenue la sienne dans le règlement des différends internationaux.

FONDEMENTS DE L'EFFECTIVITE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

C'est à une raison élémentaire que l'arbitrage doit son développement pour régler les différends nés du commerce international, et plus récemment ceux qui se rapportent à la protection des investissements internationaux : il n'existe pas de tribunal international de droit commun. Le développement de l'arbitrage repose aujourd'hui sur un ensemble de traités internationaux et d'institutions internationales qui consacrent l'arbitrage comme mode privilégié de règlement des différends internationaux. L'arbitrage est ainsi devenu le mode normal de règlement des différends en matière de commerce international et d'investissement international. Le recours à l'arbitrage est aujourd'hui très largement majoritaire pour le règlement des différends internationaux. L'importance des enjeux soumis à l'arbitrage d'investissement a donné au phénomène une ampleur sans précédent au cours des quinze dernières années.

Pourquoi l'arbitrage international ?

La réponse à cette question suppose un bref rappel historique. En la forme, l'arbitrage international emprunte de nombreux traits – et notamment la dénomination – à une institution connue dans les ordres juridiques internes. Rappelons qu'on définit l'arbitrage comme le mode de règlement des différends qui consiste, pour les parties en litige, à investir un ou plusieurs tiers de leur choix de la mission de trancher leur controverse par une décision (une *sentence*) qui s'imposera à elles. Nombre des caractères propres à l'arbitrage – qui le distinguent de l'institution judiciaire – procèdent de la nécessité de conjuguer la source contractuelle de l'investiture des arbitres et l'objet juridictionnel de leur mission. L'arbitrage est hybride : contractuel et juridictionnel à la fois. Les arbitres, contrairement aux juges étatiques, sont nommés et rémunérés par les parties. Leur investiture repose sur une assise contractuelle. Il faut l'accord des parties pour recourir à l'arbitrage. Il faut l'accord des arbitres pour accepter la mission que leur confèrent les parties. L'arbitrage remplit pour autant une fonction juridictionnelle par excellence : trancher un litige. On peut parler de justice privée.

En effet, tout comme les tribunaux étatiques, les arbitres remplissent une mission juridictionnelle : dire le droit. Ils sont tenus au respect des garanties processuelles fondamentales ; leurs sentences sont assorties de l'autorité de chose jugée. En revanche, les arbitres sont dépourvus des prérogatives de puissance publique et notamment de l'*imperium*, qui permet aux juges étatiques de conférer la force exécutoire à leurs décisions et d'ordonner le recours à la force publique. C'est pourquoi on ne peut en principe assurer l'exécution des sentences arbitrales sans le concours du juge étatique, qui appréciera à ce moment la régularité de la sentence. Là s'arrêtent les similitudes entre arbitrage interne et arbitrage international.

De nombreuses différences fondamentales méritent en effet de distinguer l'arbitrage international de son lointain cousin de droit local, de sorte qu'il n'est pas exagéré de penser qu'au-delà d'un point de départ commun, l'arbitrage interne et l'arbitrage international ont connu des destinées et des évolutions qui, désormais, les distinguent à de nombreux égards. Certaines problématiques sont naturellement communes aux deux systèmes. Elles font toutefois l'objet de solutions qui peuvent différer grandement.

Un exemple simple suffit à démontrer pourquoi : supposons qu'un Etat décide d'interdire le recours à l'arbitrage pour les litiges qui n'affectent que le commerce interne. Tant qu'une telle décision souveraine n'a d'impact que sur l'ordre interne, les relations internationales ne s'en trouvent *a priori* pas affectées. Il reste que toute opération internationale impliquant l'un des ressortissants de cet Etat posera la question de la détermination du juge compétent pour connaître d'un différend éventuel. L'Etat en question voudra-t-il aussi interdire à ses ressortissants de recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges issus de leur commerce avec des parties étrangères ? Dès lors que ce commerce mettra en œuvre des relations internationales, impliquant des échanges de biens et de valeur au-delà des frontières, la solution sera risquée : le national de l'Etat en question n'aura pas toujours la possibilité d'exécuter sur place d'éventuelles condamnations prononcées par ses tribunaux contre son partenaire contractuel étranger. Il n'est pas question, dans une société mondialisée fortement interdépendante, d'imposer une compétence exclusive des tribunaux locaux sans affronter l'hostilité de la communauté internationale. Les privilèges de juridiction du droit français, qui prétendaient imposer la compétence exclusive des juges français au nom de la nationalité française d'une partie demanderesse ou défenderesse à un procès avec un étranger, ont fait long feu. Si les articles 14 et 15 du Code civil – qui prévoient un privilège de nationalité permettant aux français d'imposer la compétence exclusive des tribunaux français – existent encore, ils ont été érodés par les nécessités du commerce international. Règlements européens, traités et également décisions jurisprudentielles, ont cantonné ces dispositions du Code Napoléon à une fonction marginale et subsidiaire des plus désuètes. Les partisans de la doctrine Calvo qui, au nom de la souveraineté étatique, prônent l'exclusivité des recours de droit local assimilent, pour des motifs politiques, à une forme d'ingérence nationale étrangère le recours à l'arbitrage international pour le règlement des litiges nés des investissements internationaux. Mais, on le verra, rien ne justifie d'opposer souveraineté et acceptation du recours à l'arbitrage : l'Etat qui limite volontairement sa souveraineté en acceptant de se soumettre à l'arbitrage international ne fait qu'exercer sa prérogative souveraine et, ce faisant, tirera de plus grands et durables bénéfices de l'acceptation de la primauté du droit sur le fait du prince. En définitive, seul un Etat fermé à tout commerce international et à tous investissements étrangers usera de ses prérogatives souveraines pour imposer aux partenaires extérieurs de ses ressortissants le recours exclusif à ses tribunaux.

Dans ce contexte libéralisé, les opérateurs du commerce international se trouvent confrontés aux trois choix suivants lorsqu'il s'agit de prévoir le juge compétent en cas de litiges avec leurs partenaires : le silence, le choix d'un tribunal étatique, le recours à l'arbitrage. Les deux premières branches de l'alternative sont autant de pistes hasardeuses. A défaut de choix d'un tribunal compétent, comme en cas de choix du tribunal étatique du pays de l'une des parties, le déséquilibre est tout à fait évident : celle des parties dont le juge ne sera pas compétent se trouvera exposée à tous les aléas d'une procédure en *terra incognita*. Dans un monde des affaires globalisé, l'épreuve du contentieux est presque toujours l'occasion pour chaque partie de chercher à plaider « à domicile ». Les avantages sont aussi évidents que multiples à se trouver, à tous points de vue, sur son terrain. Et on cause à son adversaire tout l'inconfort qu'on s'évite : plaider loin de chez soi, dans une langue étrangère, selon une procédure inconnue, différente, parfois très onéreuse, et exposant à des sanctions juridiques parfois très rigoureuses. C'est alors la course à la compétence de « son » juge. Il arrive fréquemment que les parties en litige se livrent à de véritables courses au jugement dans leurs pays respectifs. Dans ce contexte, il est souvent décisif d'avoir été le premier à

agir, quitte à bousculer les conventions et à s'affranchir des prévisions contractuelles. Les droits de certains pays dont les tribunaux se sont déclarés compétents permettent parfois d'obtenir des injonctions contre une partie ("*anti suit injunction*", littéralement « *interdiction anti-procès* ») lui interdisant de poursuivre la procédure engagée à l'étranger. Dans le même ordre d'idée, la « torpille italienne » inspirée d'une pratique judiciaire bien connue désigne la possibilité pour un plaideur d'introduire une action à titre préventif devant les tribunaux de son propre pays pour tirer partie, à fins dilatoires, de la lenteur particulière de son système judiciaire : la manœuvre permet ainsi de faire obstacle à l'avancement d'autres actions imminentes dans un autre pays de l'Union Européenne, qui seront ainsi gelées en raison des règles sur la litispendance en cas de pluralité d'actions judiciaires en Europe (règle de la priorité au tribunal premier saisi). Ces illustrations montrent que des parties avisées qui s'apprêtent à conclure un contrat sur des enjeux substantiels auront intérêt à réfléchir au choix du mode de règlement des différends à venir.

Si l'on peut envisager de choisir de porter ses litiges à venir devant une juridiction étatique située dans un Etat neutre – dont les lois accepteraient une telle prorogation volontaire de compétence sans condition de rattachement objectif – l'hypothèse est largement théorique et assez peu attrayante. Rares sont les parties qui accepteraient de renoncer à l'avantage supposé de leurs tribunaux nationaux respectifs, qu'elles troqueraient l'une et l'autre pour les aléas et particularismes d'un système juridictionnel tiers. Choisir un tribunal étatique quel qu'il soit revient toujours, en effet, à soumettre l'appréciation d'un litige international à un juge local, rarement formé à la vie des affaires, et dont la fonction n'est garante que de l'ordre juridictionnel de son pays. Ainsi, le choix du juge d'un pays tiers ne répond que très imparfaitement à une seule attente – la neutralité – parmi d'autres qui sont à notre sens tout aussi importantes.

C'est pourquoi, de manière fréquente, les parties s'accorderont pour mettre de côté toute préférence envers leurs juridictions nationales respectives et s'engager à soumettre tout litige à venir à l'arbitrage, dont il sera prévu qu'il aura son siège en dehors des pays dont les parties sont ressortissantes, ou en tous cas dans une place d'arbitrage de réputation internationale telle que Paris, Genève ou Londres.

Or quelques points sont encore à préciser qui, selon nous, confèrent à l'arbitrage international autant d'avantages déterminants par rapport au choix d'une juridiction étatique. D'abord, même si l'on considère qu'on a toujours avantage à plaider à domicile, cet avantage peut s'avérer un leurre coûteux : à supposer une décision favorable d'un juge national, celle-ci devra le plus souvent être exécutée à l'étranger. A cet égard, à l'exception des cas dans lesquels les jugements bénéficieront d'un régime favorable pour leur exécution – ainsi qu'il est prévu par exemple, au sein de l'Union Européenne – leur exécution sera dans de nombreux autres cas beaucoup plus problématique.

En comparaison, des sentences arbitrales bénéficieront du régime simplifié de la Convention de New York – au moins tout aussi favorable à l'exécution que le régime européen de libre circulation des jugements : aucune révision au fond ni appel ne sont permis. Le contrôle ne porte que sur les points de forme les plus essentiels : la réalité du consentement des parties à l'arbitrage, la régularité de la composition du tribunal, le respect par les arbitres de leur mission et notamment l'absence d'excès de pouvoir, la conformité de la procédure avec les garanties processuelles fondamentales et que sont l'égalité des parties le principe du contradictoire, le caractère obligatoire de la sentence et l'absence d'annulation de celle-ci dans le pays du siège, et enfin la vérification du caractère arbitral du différend et de la conformité de la sentence à l'ordre public selon le droit de l'Etat d'exécution.

On peut aussi ajouter que les procédures étatiques permettent la multiplication des appels et recours et accroissent la durée et les coûts du procès dans des proportions qui peuvent être tout à fait

décourageantes. Certes, on fait parfois reproche à l'arbitrage international d'être une justice onéreuse, mais l'absence d'appel et – dans la plupart des cas – de contentieux postérieur à la sentence font que la durée et les coûts en arbitrage international s'inscrivent finalement dans la moyenne. Encore faut-il comparer ce qui est comparable et garder à l'esprit que l'autre branche de l'alternative ne désignera pas forcément un contentieux étatique peu onéreux. Il arrivera souvent que l'alternative soit entre un arbitrage international et dix à quinze ans de procédure devant des juridictions étrangères représentant des coûts de procédure de plusieurs dizaines de millions d'euros.

Enfin, et cet avantage n'est pas le moindre, seul l'arbitrage international permet de trancher le différend selon une procédure véritablement adaptée aux particularismes économiques, culturels et juridiques de l'affaire, et selon les règles du droit international.

L'arbitrage commercial international s'est développé dans le prolongement de la création à Paris, entre les deux guerres mondiales, de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) et de la multiplication des échanges et des investissements internationaux liés à la reconstruction. C'est l'occasion de mentionner le rôle crucial rempli par cette institution dans la connaissance et l'acceptation de l'arbitrage international. La CCI enregistre tous les ans un nombre croissant de requêtes d'arbitrage (817 en 2009) et gère près de 1500 procédures, soit une croissance de près de 50 % sur dix ans. Les parties impliquées dans ces litiges représentent près de 130 nationalités, dont 40 % seulement sont issues de pays d'Europe du nord et de l'ouest, les autres parties du monde étant toutes significativement concernées.

Arbitrage *ad hoc* et institutionnel coexistent en arbitrage international. Le premier est purement contractuel, le second est confié à une institution particulière, comme la CCI, qui offre notamment un règlement d'arbitrage et des services complémentaires. D'autres centres d'arbitrage, notamment la London Court of International Arbitration (LCIA) ou la Stockholm Chamber of Commerce, attirent une part significative des arbitrages commerciaux. On assiste aussi à l'émergence de centres régionaux dont la réputation internationale croît rapidement. Dans tous les cas, les parties peuvent librement choisir la désignation des arbitres, le lieu, le droit applicable, la procédure. L'arbitrage *ad hoc* peut se trouver bloqué au stade de la constitution du tribunal en cas de défaut d'une partie ou désaccord. Le juge étatique peut alors prêter la main au règlement des difficultés de constitution du tribunal. En pratique, il est prudent de prévoir qu'une procédure *ad hoc* internationale sera soumise au règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) (d'ailleurs très récemment révisé :

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration.html) et de s'en remettre à la compétence de la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye ou la CCI en tant qu'autorité de désignation.

La forte crédibilité de l'arbitrage commercial international est à l'origine du choix de ce mécanisme pour régler les litiges issus des investissements internationaux. D'autres causes cependant expliquent le développement fulgurant de l'arbitrage en ce domaine.

Essor de l'arbitrage d'investissement

Pour stimuler les apports d'investissements étrangers, les Etats en développement ont considéré favorablement le recours à l'arbitrage international. L'imposition de la compétence des juridictions locales de l'Etat hôte d'un investissement étranger n'est pas une solution acceptable pour les investisseurs. La possibilité de recourir à l'arbitrage en ce domaine est devenue une garantie aussi fondamentale qu'usuelle pour l'appréciation de la sécurité juridique d'un investissement. Les

accords internationaux permettant le recours à l'arbitrage en matière d'investissements se sont ainsi multipliés. L'exercice effectif de ces recours a très largement contribué à placer ce mécanisme de règlement des différends au cœur de l'arène internationale.

Absence de tribunal permanent international de droit commun pour les litiges entre investisseurs et Etats

Les juridictions de l'ordre interne sont inadaptées pour connaître des litiges nés des investissements internationaux. L'investisseur étranger est généralement confronté à une situation dans laquelle le recours aux tribunaux du pays d'accueil de l'investissement n'est pas une solution attrayante : dans la plupart des cas, les actes ou omissions reprochés par l'investisseur s'inscrivent dans une apparence de légalité formelle au regard du droit local. A peine est-il besoin de souligner qu'en outre, le contexte politique qui préside aux situations dénoncées s'accompagne d'importants questionnements quant à l'indépendance des juridictions locales. On ne voit pas non plus que l'Etat d'accueil accepte de se soumettre aux tribunaux de l'Etat dont l'investisseur est le ressortissant. Une solution consiste-t-elle dans la soumission des deux parties aux juridictions d'un Etat tiers, supposé neutre ? C'est là une vue de l'esprit en matière internationale. Au mieux, une telle approche renonce à assurer un véritable traitement international à un litige pourtant nécessairement international. On remplace juste une souveraineté par une autre. Au pire, on devine les arrière-pensées nourries par l'une ou l'autre des parties quant aux possibilités d'influer sur le cours de la justice du pays tiers choisi.

L'absence de tribunal international permanent interdit tout recours international de droit commun. Si les parties n'ont pas conclu une convention d'arbitrage, il n'existe pas de tribunal international permanent dont la saisine permettrait aux investisseurs internationaux de demander justice à l'encontre d'un Etat souverain. Si la Cour internationale de Justice, organe de l'ONU, exerce la fonction de tribunal mondial, seuls les Etats peuvent y plaider, en demande comme en défense. Sa compétence est en effet double : elle règle, conformément au droit international, les différends juridiques qui lui sont soumis par les Etats (compétence contentieuse) et donne des avis consultatifs sur les questions d'ordre juridique que lui posent les organes de l'ONU et les institutions spécialisées dûment autorisés à le faire (compétence consultative). Ceci n'inclut pas les tribunaux arbitraux qui, en l'état du droit, ne sont pas autorisés à déférer des questions préjudicielles à la Cour. Par ailleurs, la Cour Permanente d'Arbitrage de la Haye, première organisation internationale et juridiction arbitrale permanente créée en 1899 par la première Conférence de La Haye, n'a pas, en principe, de compétence obligatoire pour les Etats.

De fait, au cours du XIX^{ème} siècle et jusqu'au début du XX^{ème} siècle, la protection diplomatique constituait le seul recours, très indirect, que reconnaissait le droit international à l'investisseur dépossédé. Il s'agissait pour celui-ci de solliciter le gouvernement de son pays afin d'obtenir une protection diplomatique qui passait par « l'élévation » du conflit au plan des relations interétatiques. L'octroi de cette forme de protection n'allait jamais de soi. L'élévation du différend était bien évidemment de nature à peser sur les relations diplomatiques, étant considérée par l'Etat d'accueil de l'investissement comme une immixtion dans ses prérogatives souveraines. La protection diplomatique était ainsi une faculté discrétionnaire pour l'Etat de l'investisseur, ce dernier ne disposant d'aucun moyen juridique pour la mettre en mouvement. A supposer d'ailleurs qu'elle fut accordée, elle pouvait aboutir à un règlement amiable ou à une procédure internationale entre les Etats concernés, l'investisseur n'ayant pas de droit de comparution.

L'acceptation de l'arbitrage international par les Etats ne posait cependant pas de problème conceptuel. Pour les litiges interétatiques, ce mécanisme est reconnu depuis fort longtemps. Une définition très précise de l'arbitrage est d'ailleurs donnée par l'article 37 de la Convention de La

Haye du 18 octobre 1907 sur le règlement pacifique des conflits internationaux : « L'arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre les États par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit. » Les États souverains connaissent et acceptent l'arbitrage pour ce qu'il est : un mécanisme juridictionnel qui repose sur une assise consensualiste et tend à assurer la prééminence du droit. Le consentement à l'arbitrage se veut ainsi une expression de souveraineté : les États ne reconnaissant aucune règle autre que celles qu'ils ont établies ou acceptées, accepteront l'intervention dans leurs différends des arbitres qui tirent leur investiture de l'accord préalable des parties au litige. Le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges entre investisseurs et États ne posait donc pas de difficulté insurmontable. C'est dans ce contexte qu'institué par un traité multilatéral, le CIRDI a apporté une dimension institutionnelle à l'arbitrage international d'investissement.

La Convention de Washington du 18 mars 1965 et le CIRDI

Il est bien connu que l'essor actuel de l'arbitrage international dans le domaine de la protection des investissements internationaux doit sa vigueur aux accords de promotion de l'investissement qui se sont multipliés entre pays exportateurs d'investissement et pays non industrialisés, pour favoriser le développement des derniers en posant les bases juridiques permettant l'afflux des capitaux étrangers. En effet, quelle sécurité offriraient des accords envisageant la promotion des investissements, sans garanties procédurales permettant de soumettre les différends à des juges impartiaux ? Comment susciter la confiance des investisseurs, sans mécanisme assurant l'effectivité de la protection des capitaux qu'ils apportent ? L'arbitrage international est apparu comme la réponse permettant d'assortir la protection des investissements internationaux d'un mécanisme fiable de règlement des différends.

Au cas particulier, c'est un mécanisme d'arbitrage véritablement international qui a été retenu avec la création du CIRDI. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a été institué, sous l'égide de la Banque Mondiale, par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la Convention CIRDI ou de Washington) signée le 18 mars 1965. La Convention a été élaborée par les Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (la Banque mondiale). La Convention CIRDI est entrée en vigueur le 14 octobre 1966, après avoir été ratifiée par 20 pays. Elle est en vigueur entre 143 pays – seule la Bolivie et l'Équateur l'ont dénoncée en 2007 en réaction à des sentences arbitrales. Le CIRDI est dirigé par un conseil d'administration, formé d'un représentant de chaque État ayant ratifié la Convention de Washington et présidé par le président de la Banque mondiale. Le secrétariat du CIRDI, élu par le conseil d'administration, constitue l'intermédiaire entre les parties au différend et le tribunal arbitral.

Le mécanisme du CIRDI permet de soumettre un différend juridique entre un État et un investisseur à un tribunal arbitral qui statuera conformément au droit international, dans un cadre détaché de tout droit national comme de toute juridiction nationale. L'arbitrage CIRDI n'est soumis à aucune loi nationale d'arbitrage : il est exclusivement régi par la Convention de Washington et le Règlement d'arbitrage du CIRDI. L'arbitrage CIRDI se déroule ainsi sans intervention judiciaire ni pendant la procédure, ni à l'issue de celle-ci. Une fois la sentence rendue, l'efficacité du système CIRDI est redoutable : aucune intervention judiciaire n'est requise. Seules les irrégularités les plus grossières peuvent faire l'objet d'un recours en annulation qui est interne au CIRDI, devant un comité *ad hoc* de trois membres nommés par le CIRDI. Il n'y a pas de révision au fond. Une fois rendue, une sentence doit être exécutée par l'État comme une décision définitive de son propre droit. Il existe, à côté du mécanisme CIRDI, un mécanisme supplémentaire qui permet de recourir à la procédure du CIRDI, dans l'hypothèse où ne sont pas remplies les conditions de compétence tenant à la nationalité qu'impose la Convention. D'autres mécanismes d'arbitrage international

d'investissement sont également fréquemment utilisés. Certains traités renvoient ainsi au règlement d'arbitrage *ad hoc* de la CNUDCI. D'autres renvoient à l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm. Par ailleurs, certains contrats d'investissements comprennent des clauses d'arbitrage classiques, notamment des clauses d'arbitrage selon le Règlement CCI.

Arbitrage sans lien contractuel direct entre Etat et investisseur

C'est la présence dans un grand nombre de traités internationaux de clauses qui prévoient le recours à l'arbitrage international pour les différends nés à l'occasion des investissements réalisés au sein d'un pays signataire du traité par un investisseur ressortissant d'un autre pays signataire, qui constitue le socle du développement contemporain de l'arbitrage international d'investissement. Un réseau unique de traités internationaux permet ainsi la soumission des litiges entre investisseurs et Etats d'accueil à l'arbitrage international, notamment devant le CIRDI.

Caractéristique fort remarquable : l'arbitrage prévu dans ces traités n'exige pas un lien contractuel direct entre Etat et investisseur. C'est l'un des traits les plus notables de cette procédure arbitrale internationale : la possibilité de recourir à l'arbitrage international alors même qu'aucune clause d'arbitrage ne lie l'investisseur et l'Etat hôte. En effet, une multitude de traités bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements (TBI) signés entre Etats récepteurs et Etats exportateurs d'investissement permettent à un investisseur ressortissant d'un Etat signataire d'un tel TBI de recourir à l'arbitrage international contre l'Etat d'accueil de l'investissement. Ces traités bilatéraux ont été multipliés dans la deuxième moitié du vingtième siècle, en réaction aux nationalisations visant notamment des concessions pétrolières décidées par les gouvernements de nouveaux Etats devenus indépendants, et dans le cadre de la libéralisation des investissements au sein des Etats de l'ancien bloc communiste. On en dénombre aujourd'hui plus de 2000. (La CNUCED – Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement – tient une liste des TBI accessible sur son site www.unctad.org/.) La France a conclu plus de 100 TBI dont 90 sont en vigueur. L'Union européenne, dont les instances reconnaissent la nécessité de protection des investissements au moyen de garanties de sécurité juridique par rapport au comportement des pays d'accueil : « Les TIB garantissent notamment aux investisseurs un traitement loyal, équitable et non discriminatoire, une protection contre l'expropriation illégale et un droit de recours direct auprès d'instances d'arbitrage international. Les États de l'UE sont les principaux utilisateurs des TIB au niveau mondial, avec un nombre total d'environ 1 200 traités bilatéraux déjà conclus. » (http://ec.europa.eu/luxembourg/news/frontpage_news/181_2010_fr.htm). Depuis l'adoption du traité de Lisbonne, l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive en matière d'investissements étrangers directs, ce qui fait d'elle le négociateur unique de tout nouvel accord d'investissement avec des pays tiers. Une réflexion est en cours en vue d'assurer le régime transitoire avec les TBI existant en Etats membres et pays tiers, avec l'objectif du maintien en vigueur de tous les TBI.

Il importe de bien comprendre que la particularité du recours fondé sur la méconnaissance des droits reconnus à un investisseur par un TBI est de ne reposer que sur le traité et le droit international. Il en résulte qu'un investisseur qui se plaint d'un manquement aux garanties de protection des investissements étrangers posées par un TBI signé entre l'Etat dont il est ressortissant et l'Etat hôte de l'investissement, pourra – et ce sans avoir noué le moindre lien contractuel avec l'Etat d'accueil – invoquer à l'encontre de celui-ci le bénéfice de la protection de l'investissement tel que garanti aux termes du TBI et selon le droit international. Mieux encore, sans avoir conclu de convention d'arbitrage avec l'Etat, il pourra porter sa réclamation directement devant un tribunal arbitral dont il demandera la constitution en application du mécanisme de règlement des différends stipulé au TBI – arbitrage CIRDI ou *ad hoc*. C'est en 1987 que, pour la première fois, un Tribunal arbitral s'est reconnu compétent en vertu de la clause d'arbitrage prévue dans un traité : il s'agissait

de l'affaire *AAPL c. Sri Lanka* et le TBI en question était celui liant Hong Kong et le Sri Lanka. Depuis lors, la majorité des arbitrages internationaux en matière des investissements sont introduits sur la base de clause d'arbitrage stipulée dans des TBI.

L'accès à la juridiction arbitrale prévu par le traité suppose donc que l'investisseur fasse valoir qu'il a fait un investissement protégé par le traité, que le gouvernement de l'Etat hôte a manqué au traité, et que ce manquement ouvre droit à indemnisation selon les critères du droit international. Il existe bien sûr des subtilités : la condition de nationalité du demandeur peut faire débat ; on peut admettre à certaines conditions que la filiale de droit local d'une société de la nationalité de l'Etat signataire du TBI puisse agir au CIRDI ; l'intervention dans la relation d'investissement de personnes morales de droit public de l'Etat d'accueil peut être problématique car celles-ci doivent alors avoir été spécialement désignées par l'Etat au CIRDI. Enfin, le litige doit être relatif à un investissement, notion que la Convention CIRDI n'a pas définie. On considère qu'un investissement doit répondre à cinq éléments : un apport en argent ou en biens ; un retour en termes de profits ; un risque pris par les parties ; une certaine durée ; l'opération doit revêtir une certaine importance pour le développement de l'Etat hôte.

La possibilité pour l'investisseur de se prévaloir d'une compétence arbitrale alors qu'il n'est signataire d'aucune convention d'arbitrage repose sur le mécanisme propre aux clauses de règlement des différends que comportent les TBI. Ces clauses expriment en effet le consentement à l'arbitrage des Etats signataires : l'Etat d'accueil a d'ores et déjà donné son consentement à l'arbitrage que tout investisseur éligible à former une réclamation fondée sur le traité pourra initier. En introduisant une requête d'arbitrage, l'investisseur manifeste son consentement à l'arbitrage CIRDI, acceptant ainsi l'offre de recourir à l'arbitrage formulée par l'Etat. Les juristes de droit civil sont coutumiers des mécanismes de sollicitation permanente ou de stipulation pour autrui, qui permettent à un absent au moment de l'émission de l'offre ou de l'expression de l'engagement, d'en revendiquer le bénéfice par une déclaration de volonté ultérieure. Ce mécanisme n'en a pas moins dans un premier temps fortement impressionné les juristes de *common law* pour lesquels le cadre contractuel est un sanctuaire dans lequel on ne pénètre pas sans avoir formalisé un consentement clair. Pour autant, nul ne songe sérieusement aujourd'hui à contester la possibilité pour un investisseur d'engager une procédure arbitrale sur la base du consentement à l'arbitrage d'ores et déjà exprimé par l'Etat d'accueil de l'investissement.

Des traités multilatéraux contiennent aussi des clauses d'arbitrage ouvertes aux investisseurs. C'est notamment le cas de l'ALENA (NAFTA) entre les Etats-Unis, le Canada et le Mexique, qui ouvre la voie de l'arbitrage selon le mécanisme supplémentaire CIRDI ou selon le Règlement CNUDCI. C'est également le cas du Traité sur la Charte de l'Energie.

Complications procédurales

Un facteur de complication peut se présenter – et se présente assez régulièrement – lorsqu'en parallèle d'une réclamation fondée sur le droit international et les garanties d'un TBI, un investisseur peut également revendiquer des droits de nature contractuelle. L'hypothèse, fréquente, résulte de l'existence d'un contrat d'investissement signé entre l'investisseur et l'Etat. Or, si le contrat d'investissement peut prévoir que les litiges en résultant ressortiront à la compétence des tribunaux étatiques locaux, il n'est pas rare que le contrat prévoit le recours à l'arbitrage international, devant le CIRDI ou d'autres types d'arbitrage comme le Règlement d'arbitrage de la CCI ou une procédure d'arbitrage *ad hoc* soumise au règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il convient de garder à l'esprit une séparation de principe des fondements : le tribunal arbitral qui sera saisi du litige contractuel sera investi sur une base distincte de celle qui pourra le cas échéant former la matière d'un différend parallèle noué en application du traité et du droit international. Il y a bien

là matière à complications potentielles, notamment en présence dans les traités de ce que la pratique désigne sous l'appellation *umbrella clauses*.

Ces clauses « parapluie » garantissent à l'investisseur que dans tous les cas l'Etat d'accueil respectera les engagements qu'il a pris en considération desquels l'investisseur a fondé sa décision d'investir. Les engagements en question sont, aux termes de la plupart des TBI, non seulement de nature contractuelle (contrat d'investissement) mais également des engagements unilatéraux (autorisation d'investissement, actes gouvernementaux divers). Ces engagements concernent généralement les questions qui présentaient pour l'investisseur une importance déterminante en vue de la faisabilité du projet : stabilité fiscale, convertibilité monétaire, transfert des revenus, tarifs, accès à des facilités portuaires, etc. Toutes ces considérations participent des attentes légitimes de l'investisseur. Pratiquement, cela signifie que tout manquement allégué par un investisseur à l'encontre d'un Etat, auquel il serait reproché d'avoir méconnu ses engagements, contractuels ou unilatéraux, est susceptible de faire l'objet d'une double grille de lecture : au droit local applicable à l'appréciation de la régularité d'une décision administrative ou d'un comportement contractuel, s'ajoute le droit international. Mieux encore, l'appréciation de la régularité internationale du comportement de l'Etat est délocalisée puisque le différend peut être porté par l'investisseur devant des arbitres internationaux siégeant en dehors du pays d'accueil. La prolifération des *umbrella clauses* dans les TBI multiplie les cas d'accès à l'arbitrage fondé sur les principes du droit international. Le traité sur la Charte de l'Energie qui lie l'Union Européenne et plus de 50 Etats, contient également une *umbrella clause*. Cela complique aussi singulièrement les procédures en ouvrant une pluralité d'options et de fondements aux plaideurs.

Le développement des arbitrages d'investissement

A partir de la crise connue par l'Argentine en 2001 et, dans son prolongement, à l'occasion de transitions politiques et de bouleversements économiques constatés dans d'autres pays d'Amérique du sud ainsi que sur les autres continents, la remise en cause des investissements internationaux au nom de la souveraineté étatique est devenu un phénomène mondial, amplifié par l'importance des investissements étrangers directs dans le monde. Dans la majorité des cas, c'est sur la base de la compétence arbitrale prévue dans les traités bilatéraux – et non dans des contrats d'investissement – que des tribunaux arbitraux ont été conduits à trancher les différends nés de ces investissements en faisant application des dispositions des traités, telles qu'interprétées selon le droit international.

La CNUCED annonce dans son dernier rapport sur l'investissement dans le monde des apports mondiaux d'investissements étrangers directs (IED) supérieurs à 1 200 milliards de dollars et anticipe entre 1 300 et 1 500 milliards de dollars en 2011, puis 1 600 à 2 000 milliards de dollars en 2012. Le recul significatif enregistré en 2009 – soit une baisse de l'ordre de 30% avec 1 200 milliards d'IED par rapport aux 1 700 milliards de dollars constatés en 2008 – semble ainsi faire place à une lente reprise. Il est toutefois notable que si les pays continuent à libéraliser et à promouvoir l'investissement étranger, davantage de mesures réglementaires prises au nom d'objectifs de politique publique sont également à l'ordre du jour. Il y a donc là matière à davantage de différends, dès lors que se posera très régulièrement, s'agissant des investissements en cours, la question de la conformité des mesures de régulation prises par les gouvernements avec les engagements internationaux souscrits par les Etats en contemplation desquels les apports d'investissement ont été faits.

Au vu de l'importance des investissements étrangers directs, il est significatif que ce soit par voie d'arbitrage que se régleront l'immense majorité des litiges qui pourront survenir entre investisseurs s'estimant lésés par un changement des règles du jeu et des Etats mettant en avant leur souveraineté et des impératifs d'intérêt public.

Il n'a échappé à aucun observateur de la vie internationale que des tribunaux arbitraux n'ont pas hésité à retenir la responsabilité des Etats à l'encontre desquels ils ont constaté des violations aux engagements souscrits aux termes des TBI. Des condamnations à des dommages-intérêts de montants parfois significatifs, ont été prononcées. La proportion de condamnations retenues contre les Etats est inférieure à celle des décisions qui rejettent les demandes de l'investisseur : dans environ 40 % des cas il a été donné raison à ce dernier. Plusieurs raisons à cela : d'abord, les règlements amiables ; on observe une réelle tendance au règlement amiable de ces différends, dont un pourcentage élevé – supérieur à 30 % – connaît une issue transactionnelle après quelques étapes procédurales décisives. Ensuite, certaines demandes ne sont pas nécessairement le fait d'investisseurs réels dépossédés de leur avoir, mais s'inscrivent davantage dans une mouvance spéculative. Enfin, et c'est compréhensible, il s'agit d'un contentieux complexe et savant, le droit international supposant la réunion de conditions juridiques nombreuses pour engager la responsabilité d'un Etat.

Les enjeux économiques que soulèvent les différends relatifs aux investissements internationaux se chiffrent très souvent en centaines de millions de dollars, les réclamations dépassant très largement le cap du milliard de dollars n'étant pas rares. L'observation de la tendance des condamnations prononcées permet de relever que les sentences qui donnent raison aux investisseurs s'établissent entre 30 et 50 % des sommes demandées – ceci est loin d'être négligeable compte tenu de l'ampleur des réparations parfois demandées et de la nature technique de la démonstration relative à la quantification du préjudice. Le nombre d'affaires est passé de quelques dizaines en cumulé au cours de la période 1950-1995 à plusieurs dizaines d'affaires nouvelles par an au cours des quinze dernières années. C'est ainsi que le CIRDI a enregistré en moyenne plus de 10 affaires nouvelles par an entre 1997 et 2001, pour dépasser le rythme de plus d'une vingtaine d'affaires nouvelles par an à partir de 2002 : 37 nouvelles plaintes ont été enregistrées durant son année record de 2007, et encore 27 et 25 respectivement en 2009 et 2010. On observe que si certaines années passées ont permis de constater la concentration de demandes à l'encontre de certains Etats, tels que l'Argentine notamment, les statistiques récentes montrent une assez grande répartition des requêtes d'arbitrage : 40 % concernent l'Amérique latine, puis viennent les pays d'Europe centrale et d'Europe de l'est, avant l'Afrique et le Moyen Orient et l'Asie. Aux cas pendants devant le CIRDI, qui font l'objet de publications statistiques, il faut ajouter les affaires portées devant des tribunaux arbitraux confidentiels.

Les domaines touchés par l'arbitrage des investissements sont multiples et variés : les concessions pétrolières et minières viennent en tête ; les grands projets de construction et d'infrastructure viennent ensuite, suivis par les secteurs des transports et logistique, du tourisme, de l'alimentaire et de la finance. Les litiges surviennent fréquemment dans le prolongement de privatisations à la suite desquelles l'opérateur sera privé des conditions qui devaient assurer la faisabilité du projet : troubles sociaux en raison de l'augmentation des prestations confiées à l'opérateur étranger auxquels le gouvernement répond par un gel des tarifs (distribution de l'eau, autoroutes, etc.) ; une privatisation est suivie d'une « renationalisation », qui elle-même cède la place à une nouvelle privatisation ; un complexe hôtelier est confisqué privant l'opérateur durablement de son avoir, etc.

En définitive, on constate aisément la convergence de facteurs qui ne pouvaient pas manquer d'attirer l'attention de tous les acteurs de la vie internationale : des relations d'investissement qui sont au confluent d'intérêts privés et publics ; des litiges qui soulèvent d'épineuses questions où sont invoquées avec force et conviction les attentes légitimes des parties prenantes, entreprises multinationales et Etats souverains ; des enjeux politiques, sociaux, économiques et financiers colossaux. Ce faisceau d'éléments, rapporté à l'importance des investissements étrangers directs dans le monde a nécessairement donné un retentissement significatif aux différends relatifs aux investissements et placé l'arbitrage international à l'avant-scène.

LEGITIMITE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL A L'EPREUVE DES QUALITES ATTENDUES DE L'ARBITRE

L'arbitre est au cœur de l'arbitrage. Contrairement à un juge étatique, l'arbitre n'est en fonction que par la volonté des parties. Aucun statut ne le protège ni ne lui confère un rang supérieur : seule sa fonction, celle de juger, et la responsabilité qui est la sienne, celle d'un prestataire de services, justifie qu'un ensemble de droits et devoirs le distingue des parties en litige et de leurs conseils. Un adage résume l'importance de la question : « tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage » !

S'agissant des qualités attendues des arbitres internationaux, l'article 14 de la Convention CIRDI peut passer pour un modèle du genre : « Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions ». Au-delà même de l'absence de tout conflit d'intérêts, on attend d'un candidat arbitre une véritable indépendance d'esprit, condition de l'impartialité, vertu première de l'arbitre. On songe encore à la rigueur intellectuelle et morale, à la connaissance du secteur, du droit, des langues, des cultures, à l'expérience dans la fonction envisagée (co-arbitre, arbitre unique, président), à l'autorité personnelle, à la diplomatie, et de plus en plus, à la disponibilité.

Les garanties de l'impartialité : absence de conflits d'intérêts et l'indépendance d'esprit

La logique qui prévaut en matière d'arbitrage international est de s'en tenir à des principes simples : l'arbitre ne doit en aucun cas donner matière à douter de son impartialité ni de son indépendance d'esprit. Selon l'article 57 du Règlement d'arbitrage du CIRDI la récusation sera encourue lorsque les arbitres ne remplissent pas les conditions de l'article 14 de la Convention CIRDI, à savoir présenter une haute considération morale, une compétence reconnue et toute garantie d'indépendance.

Des principes directeurs ont été publiés en 2004 sous l'égide de l'International Bar Association (IBA), association professionnelle qui regroupe des juristes du monde entier. Il s'agit des IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. L'application de ces IBA Guidelines est également suivie et un intéressant rapport fait le point sur les cinq années d'application dans différents pays (le tout est disponible sur le site <http://www.ibanet.org/>). Ces directives posent quelques principes d'interdiction qui doivent conduire un arbitre pressenti à décliner la proposition dans tous les cas (*red list*, concernant les conflits d'intérêts irréductibles) ou à faire une révélation des circonstances de nature à susciter un éventuel motif d'empêchement en vue de recueillir le consentement éventuel des parties sans lequel la mission ne saurait être acceptée (*waivable red list*) ou au moins de leur donner l'occasion d'exercer une demande de récusation (*orange list*). La *green list* énumère certains cas les plus courants dans lesquels l'absence de révélation est permise. Les exemples donnés dans ces listes ne sont naturellement pas exhaustifs. Les *Guidelines* sont dépourvues de caractère obligatoire. Néanmoins, étant le fruit des efforts conjugués de praticiens réputés de l'arbitrage international, elles constituent un indicateur précieux du consensus des experts.

La récusation des arbitres est généralement confiée à une institution arbitrale ou au tribunal du siège de la procédure arbitrale. Il arrive également régulièrement qu'au terme d'une procédure arbitrale,

la partie perdante manifeste sa déception par un recours judiciaire destiné à faire annuler la sentence ou en paralyser l'exécution, en soulevant notamment un défaut d'impartialité ou d'indépendance d'un arbitre. La jurisprudence des tribunaux en matière de récusation et d'annulation constitue un précieux indicateur. Mise à part la London Court of International Arbitration (LCIA), les institutions arbitrales ne publient pas systématiquement la motivation des décisions rendues en matière de récusation. La CCI, par exemple, publie des statistiques annuelles dans lesquelles on trouve le nombre de récusations demandées et acceptées.

En France, les juridictions se sont prononcées très régulièrement et encore récemment à propos de procédures arbitrales qui fournissaient différentes illustrations des diverses facettes de la problématique liée à l'exigence d'impartialité de l'arbitre. C'est à la perception du risque de manque d'impartialité d'un arbitre que s'attache la jurisprudence française, bien fixée depuis une dizaine d'année. Cette approche repose sur un équilibre de bon sens : il ne s'agit pas d'exiger des arbitres qu'ils n'aient aucun lien avec les parties ou les conseils qui les nomment. Il est en revanche fondamental que toute personne pressentie pour être arbitre fasse état de ces liens. La violation de l'obligation de révélation des arbitres donne généralement lieu à la censure prononcée des juridictions. L'obligation de révélation est des plus larges : toute circonstance de nature à affecter le jugement de l'arbitre et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance qui sont de l'essence même de sa fonction arbitrale.

Il ne se conçoit bien évidemment pas qu'un arbitre accepte de siéger sans avoir préalablement révélé aux parties l'existence et la nature des relations qui l'unissent personnellement à l'une ou l'autre des parties. C'est le plus souvent l'imprécision et non l'absence de révélation par un arbitre qui donne lieu à censure judiciaire – au cas particulier l'annulation de la sentence pour irrégularité de constitution du tribunal arbitral. Ainsi, il est insuffisant de la part d'un arbitre de révéler qu'il a été régulièrement désigné comme arbitre par un groupe de sociétés sans préciser qu'il l'avait été, au cas particulier, à plus de 30 voire 50 reprises avec une fréquence et une régularité s'étalant sur une longue période. Il s'agissait d'affaires dans le secteur de la grande distribution où les contrats-type mentionnent nommément certains arbitres « maison ».

Enfin, il est fréquent que les professionnels de l'arbitrage international exercent ou aient exercé au sein de structures internationales : il se pose en ce cas le problème du conflit d'intérêts entre la mission d'arbitre et les fonctions de conseil exercées par certains associés de l'arbitre, parfois dans d'autres pays. Les tribunaux français ont annulé la sentence rendue par un tribunal arbitral dont le président n'avait pas fait une révélation complète des liens entre une des parties et la firme internationale d'avocats dont il n'était d'ailleurs pas associé, mais seulement *of counsel*, c'est-à-dire consultant interne (Paris, 12 févr. 2009, n° 07/22164, Sté Tecnimont, après cassation pour une question technique, l'affaire est toujours pendante). L'affaire est intéressante car on peut se demander si elle n'introduit pas une présomption de connaissance par l'arbitre des liens d'affaires intéressant les autres membres de la structure dans laquelle il exerce. Il en résulterait un devoir d'investigation renforcé, qui n'est pas non plus insurmontable en raison des technologies électroniques disponibles.

Plus délicate est la question des liens d'affaires entre un arbitre et les conseils de l'une des parties. Il a même été jugé par la Cour d'appel de Paris qu'un arbitre qui n'avait pas assez souligné l'existence et la nature de ses liens avec les conseils de la partie l'ayant nommé a manqué à son obligation de révélation intégrale. La déclaration de l'arbitre, qui avait mis en avant l'absence de lien organique entre lui et le cabinet d'avocats, a été jugée par la Cour comme insuffisante aux motifs que « *le défaut d'indépendance peut résulter des rapports qu'un arbitre entretient non seulement avec l'une des parties à l'instance, mais également avec son conseil, dès lors qu'il s'agit de relations d'intérêts et qu'elles ne revêtent pas un caractère purement occasionnel* » (Paris, 9 sept. 2010, n° 09/16182,

Cts Allaire, affaire faisant l'objet d'un pourvoi en cassation). Ces circonstances sont représentatives de la réalité de la vie des juristes d'affaires et soulignent la difficulté que pose l'existence d'indépendance d'esprit. La pratique veut parfois que les conseils, davantage que les parties, choisissent les arbitres. Rien n'interdit à un avocat d'avoir ses préférences et de nommer souvent les mêmes arbitres. Par ailleurs, la nature des liens peut prendre d'autres formes, notamment un travail de consultant extérieur avec un cabinet d'avocats. La question délicate est de savoir à partir de quel seuil, l'arbitre estimera devoir révéler la fréquence des nominations d'arbitres et autres consultations qu'il doit aux relations qu'il entretient avec les conseils de la partie qui le nomme. Dans le doute, il semble que la sagesse oblige à une révélation intégrale de toute forme de collaboration. A cet égard, il est inopérant de faire valoir qu'aucune circonstance liée à la position personnelle de l'arbitre, souvent universitaire ou avocat – et moralement irréprochable – ne permettrait de soupçonner un risque de sujétion ou de subordination. De même, la notoriété des relations ne vaut pas dispense de révélation.

On peut se demander si le devoir de divulgation est absolu et porte sur toute circonstance quelle qu'en soit la nature. L'obligation s'étend-elle à des relations de nature amicale ou sentimentale ? Chacun décidera en conscience. Le Tribunal Fédéral suisse a reconnu en 2008 le particularisme de la communauté de l'arbitrage international, estimant que les garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité s'analysent en tenant compte des spécificités de l'arbitrage international qui constitue un cercle restreint où les rencontres sont fréquentes. Affirmant la pertinence des *Guidelines IBA*, sans pour autant leur reconnaître valeur de loi, le Tribunal reconnaît que « *la circonstance qu'un arbitre est en relation avec un autre arbitre ou le conseil de l'une des parties dans le cadre d'une association professionnelle ou sociale* » est expressément rangée dans la « liste verte » des situations non susceptibles de créer un doute légitime sur l'indépendance des arbitres ni d'obliger à révélation (Gazette du Palais 2 et 3 juillet 2008).

Une autre forme de biais peut, en matière d'arbitrage d'investissement, s'attacher aux positions doctrinales prises par un juriste pressenti comme arbitre. De nombreux arbitres internationaux ont une activité académique. Le risque de se voir opposer ses écrits dans le cadre d'une procédure de récusation n'est pas vain. On peut comprendre que le cumul des pratiques d'arbitre et de conseil soit parfois un exercice périlleux sur ce terrain : un même juriste qui défendrait, en tant que conseil, telle interprétation d'une clause d'un traité (par exemple la définition d'un investissement ou l'effet d'une *umbrella clause*) dans un sens favorable aux intérêts de son client serait-il libre, statuant dans une autre affaire où il siège en tant qu'arbitre à propos d'un autre traité, d'adopter une interprétation différente ? Suffit-il au juriste de retirer sa toque de conseil et se recouvrir le chef de celle d'arbitre pour recouvrer sa pleine liberté d'esprit à l'égard de la question ? Considérons un juriste qui, dans une gazette juridique savante, commente une sentence à laquelle il n'a participé en aucune qualité, et s'exprime en termes sévères au point de suggérer qu'en aucun cas il ne peut se rallier au raisonnement juridique retenu : a-t-il ainsi exprimé un biais définitif au point de laisser penser qu'il ne pourrait en aucun cas aborder l'esprit ouvert une problématique voisine dans une autre affaire, concernant un autre traité d'investissement et d'autres faits ? Tout ceci est affaire de circonstances, souvent particulières. En matière d'opinions juridiques, pourquoi douter *a priori* des facultés d'ouverture d'esprit et d'honnêteté intellectuelle de juristes éminents qui savent précisément faire le départ entre différentes affaires ?

De fait, la sélection des arbitres qui seront pressentis pour un dossier d'investissement commence souvent par une réflexion sur les positions doctrinales exprimées par les intéressés au regard des questions juridiques soulevées. Faut-il aller jusqu'à faire peser sur les arbitres une obligation de révélation de leur bibliographie sensible ? Faudrait-il alors réserver cette obligation à certains cas – les cas où la doctrine est partagée – et non ceux où la doctrine est unanime ou très largement majoritaire. Et même en cette hypothèse, où commencerait le partage ? L'obligation s'étendrait-elle

à tout arbitre ou seulement au président ? Cela n'est *a priori* pas raisonnable. S'agissant de la prise de positions académiques ou liées aux circonstances professionnelles, la question ne relève en principe pas de l'obligation de révélation mais, davantage, de l'obligation de motivation de la sentence au regard des circonstances de l'espèce et de cohérence des solutions avec la construction du droit international.

En définitive, l'existence d'un courant d'affaires, direct ou indirect, entre l'arbitre (ou ceux avec qui il est en communauté d'exercice professionnel) et les parties (ou leurs conseils) n'interdit pas d'accepter une mission d'arbitre. En revanche, cette acceptation doit s'accompagner d'une révélation permettant utilement à l'autre partie de décider si ces circonstances sont de nature à affecter le jugement de l'arbitre et à provoquer un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance. Pour le dire autrement, la révélation doit être de nature à mettre l'autre partie en mesure d'exercer son droit de récusation.

Professionnalisme et *intuitu personae*

La légitimité des arbitres est un enjeu complexe. Professionnels compétents, la plupart des juristes internationaux savent quelles sont les chausse-trappes des procédures arbitrales. Ils sont expérimentés et rompus à la conduite d'audiences complexes et la rédaction des différents actes de la vie d'une procédure arbitrale : procès-verbaux divers, actes de mission, ordonnances de procédure, sentences qui peuvent être intérimaires, partielles et définitives. L'adage « Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage » est une formule évocatrice et puissante qui résume tout le débat : on a vu que tant sur le plan de l'éthique que sur celui de l'apparence, l'arbitre doit se garder de susciter le doute quant à son impartialité et son indépendance. La légitimité de l'arbitrage est également conditionnée par les compétences professionnelles des arbitres. C'est, en d'autres termes, se poser la question de la qualité des arbitres.

Un des particularismes de l'arbitrage tient à ce que les arbitres sont en principe choisis par les parties. Ce n'est qu'à défaut que la désignation par une autorité de désignation extérieure aux parties intervient. Selon le cas il s'agira d'une institution arbitrale (par exemple la CPA, le CIRDI, la CCI, etc.) ou il pourra s'agir de l'autorité judiciaire d'un pays (on parle alors de juge d'appui). Lorsque le CIRDI désigne un arbitre, il le sélectionne sur la liste établie par les Etats. Il peut aussi, avec le consentement des parties, proposer un arbitre hors liste.

L'une des difficultés de perception pour l'opinion, habituée au service public de la justice, est qu'un arbitre n'est pas titulaire d'un statut officiel. Si l'arbitre remplit la mission d'un juge, il n'en a pas le statut. Son office naît et prend fin avec sa mission. L'arbitre est uni aux parties par un lien dont la nature est contractuelle. Toute la complexité est là : juges privés, des arbitres vont trancher le bien-fondé, la légalité, la compatibilité avec le droit international d'actions et omissions imputables à un Etat souverain. Dès lors, il arrive, notamment sous l'effet de pressions populaires et de poussées de fièvres souverainistes, que les gouvernements d'Etats dont la responsabilité est engagée pour remise en cause des conditions dans lesquelles des investissements avaient été réalisés, cèdent à la tentation de critiquer les arbitres. On ajoutera qu'aux Etats-Unis, une tendance comparable, certes minoritaire, a pu être relevée. Depuis que des investisseurs étrangers ont recherché la responsabilité de l'Etat hôte américain, dans le cadre du traité ALENA, certains ont reproché aux tribunaux arbitraux leur défaut de légitimité, attaquant notamment le manque de transparence de la procédure arbitrale.

Faut-il déduire de l'existence de critiques, certaines très isolées et excessives, la conclusion que l'arbitrage est inadapté à la résolution des différends relatifs aux investissements ? En l'absence d'un tribunal international permanent spécialisé en investissements internationaux, l'arbitrage international est la seule solution qui permet de s'en remettre à la règle de droit. On devine aisément

le long et difficile parcours que supposerait d'accomplir le projet de création d'une cour internationale des investissements dans le cadre des Nations Unies. Outre les innombrables questions statutaires et institutionnelles qu'il s'imposerait de régler, il faudrait également réunir le consentement de tous les Etats pour aménager des passerelles avec la Convention CIRDI, les autres traités multilatéraux et les milliers de traités bilatéraux et contrats d'investissements concernés. Par ailleurs, pour intéressantes qu'elles soient, les méthodes alternatives de règlement des différends qui n'aboutissent pas à une décision contraignante mais à une solution négociée, ne présentent qu'un intérêt limité dès lors que leur efficacité dépend de la volonté des parties. Ces méthodes volontaires demandent à être explorées, comme d'ailleurs le prévoient toujours les TBI en subordonnant l'introduction de la procédure arbitrale à une période dite « *cooling off* » qui, comme son nom l'indique, vise à permettre aux esprits de se calmer et de tenter une négociation. Mais, dès lors qu'il sera nécessaire – et il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école – de faire trancher le différend par un tribunal constitué de juges impartiaux faisant application des règles de droit applicables, seul l'arbitrage international offre à l'heure actuelle et pour encore longtemps, un for approprié.

Faire œuvre utile supposera davantage de réfléchir et travailler à l'amélioration de la légitimité de l'arbitrage en poursuivant les axes décrits : qualité et professionnalisme des arbitres ; qualité et cohérence des décisions.

L'arbitre, prestataire de services professionnels

L'arbitre est un prestataire de services. La qualification de contrat de louage d'ouvrage paraît, au moins en droit français, appropriée. L'arbitre est rémunéré par les parties avec lesquelles il est lié par un contrat. Ce contrat, distinct de la convention d'arbitrage, résulte de l'acceptation de sa mission par l'arbitre. Le contrat expire lorsque le tribunal est dessaisi, généralement par le prononcé de la sentence – ou plus rarement par l'expiration de la durée de la mission sans renouvellement. Chacun des arbitres est donc personnellement engagé contractuellement envers chacune des parties. Sa responsabilité contractuelle pourra être recherchée par celles-ci.

La mission qui lui est confiée, les devoirs contractuels et aussi éthiques qui l'accompagnent, supposent que l'arbitre démontre un savoir-faire particulier. Il se doit de faire preuve de professionnalisme dans la manière dont il s'acquitte de sa mission. Cette remarque vaut indépendamment du statut – l'arbitre peut en effet être en activité ou retraité – ou de la fréquence des missions : tout arbitre doit, pour la durée de chaque mission d'arbitrage, se comporter en professionnel exigeant. On entend par « professionnel » une « personne de métier », un « spécialiste », soit le contraire d'amateur ou dilettante (Le nouveau Petit Robert de la langue française, 2007). Un Haut magistrat français en appelait très récemment « aux mérites du professionnalisme » des juges (Le Monde, 9-10 janvier 2011). A cet égard, rien ne distingue l'arbitre du juge. Il en remplit la fonction juridictionnelle. Il est donc un organe de la justice, et en particulier de la justice internationale. Considérer l'arbitre sous l'angle du caractère professionnel de la mission juridictionnelle qu'il assume de mener à bien, permet de mesurer l'importance significative des devoirs qui sont les siens.

Une enquête du Queen Mary School of International Arbitration à Londres publiée pour l'année 2010 conclut qu'une préoccupante proportion de 50 % des personnes sondées se sont déclarées déçues par la manière dont les arbitres se sont acquittés de leur mission. Hâtons-nous de préciser que comme tout travail de sondage, celui-ci doit être considéré avec grande prudence. Ce n'est donc qu'à titre indicatif que nous mentionnons cette étude. Il en résulte que dans seulement 20 % des cas, l'appréciation négative était liée au fait que la partie avait perdu l'arbitrage. Les autres causes de mécontentement mentionnées ont trait à une excessive souplesse des arbitres ou leur défaut de contrôle du déroulement de la procédure. Le ralentissement de la procédure imputé aux arbitres est fréquemment mentionné, ainsi que le temps mis par ceux-ci pour rendre la sentence après la clôture

des débats et la mise de l'affaire en délibéré. La pauvreté du raisonnement ainsi que la méconnaissance du secteur dans lequel les parties opèrent ont également été mentionnées régulièrement parmi les causes de déception. De manière tout à fait révélatrice, les critiques relatives au manque d'impartialité ou d'indépendance ou l'onérosité de la procédure étaient tout à fait minoritaires. (L'enquête est disponible à l'adresse internet : <http://www.arbitrationonline.org/research/2010/index.html>). Nous reviendrons plus bas sur certaines de ces critiques.

Intéressons-nous d'abord aux devoirs de l'arbitre sous l'angle des qualités de fond qu'on attend d'un juriste d'affaires international. Viennent à l'esprit les attentes en termes de compétence, expérience, formation permanente, actualisation des connaissances, spécialisation. On présume de la part des arbitres expérimentés la connaissance du droit international, des secteurs économiques concernés, des rouages de la mécanique arbitrale et des exigences posées par les diverses législations des pays avec lesquels l'arbitrage et la sentence auront des points de contact : pays du siège, des parties, du ou des lieux d'exécution présumés. La connaissance des secteurs – et notamment des particularismes économiques de certains litiges – ne va pas toujours de soi. Nous ajouterons que juge de la vie des affaires internationales, il ne suffit pas que l'arbitre dispose d'un important bagage théorique. On attend généralement aussi d'un arbitre une connaissance et une expérience de la vie des affaires. Il est ainsi arrivé de constater, non sans gêne, que certaines sentences manifestaient une incompréhension significative des caractéristiques économiques d'un secteur industriel. C'est d'ailleurs l'une des critiques formulées dans l'enquête Queen Mary. D'autres sentences – heureusement rares – ont également été remarquées par l'inexactitude du raisonnement retenu pour quantifier les réparations accordées, ce qui peut conduire à de significatives insuffisances d'indemnisation, voire en sens opposé, à une double compensation du préjudice. En définitive, on se souviendra que la marque du professionnalisme est de savoir mesurer ses propres limites.

C'est également sur le terrain de l'organisation et de l'anticipation de sa charge de travail que les exigences du professionnalisme doivent être démontrées. L'arbitre doit faire face au problème de l'occupation : gérer son temps et les conflits entre les priorités. Aucun obstacle conceptuel ne s'oppose à l'exercice à temps plein des métiers de conseil ou d'universitaire, voire des deux, en plus de la gestion d'une charge d'arbitre international. Mais là encore, l'éthique professionnelle de l'arbitre lui impose de savoir prendre la mesure de son rythme de travail et de ses déplacements et engagements existants, afin de demeurer apte à rendre les services qu'on attend de lui. Il est, hélas, devenu habituel de constater que certains arbitres internationaux parmi les plus occupés manquent de disponibilité de manière préoccupante. Ceci a une incidence directe sur le suivi de la procédure, les conférences de procédure, les dates d'audience, les délais des délibérations et de rédaction des sentences. On se prend même à douter que certains puissent matériellement prendre connaissance du dossier en temps utile pour prendre les décisions relatives à l'orientation de la procédure – ce qui suppose une prise de connaissance rapide des questions posées par les prétentions des parties. Il est dès lors également permis de douter – encore une fois, c'est aussi une affaire de perception – de ce que ces mêmes arbitres auront personnellement examiné le dossier en vue des audiences.

L'arbitre doit en effet être préparé pour faire face à la réalité de la vie procédurale. Les dossiers sont volumineux, les questions complexes. Les pièces des dossiers représentent souvent des milliers de pages, des centaines de documents contractuels et techniques. Certains conseils, peu familiers de l'arbitrage international, suivent les habitudes procédurales propres aux juridictions nationales devant lesquelles ils plaident habituellement. Ceci peut constituer une dérive lorsqu'on est confronté à une approche jusqu'au-boutiste en matière de *discovery of documents*. Il existe des Règles de l'IBA sur la question (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration –

2010) ; ces règles sont équilibrées et permettent de trouver un juste milieu afin de répondre aux besoins des procédures internationales (http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx). Mais encore faut-il, pour faire une juste application de ces règles, assez généralement reconnues et acceptées, que les arbitres soient au fait des questions posées pour apprécier la pertinence d'une demande de production de documents.

On ajoutera que, du fait de certains plaideurs, de nombreuses procédures se trouvent émaillées d'incidents, voire de provocations. Certaines tactiques n'ont d'autre but que de pousser les arbitres à la faute. Leur reprocher un préjugé, ou une rupture du principe d'égalité entre les parties permettra de préparer d'éventuels recours judiciaires ultérieurs. On parle ainsi régulièrement de dérives et de tactiques de *guerilla*. Le plus souvent, la réponse tient à l'autorité et la personnalité de l'arbitre, qui naviguera entre les écueils avec d'autant plus d'aisance ou du moins de légitimité qu'il maîtrisera son dossier. Un autre aspect de la réalité procédurale de l'arbitrage international tient à la procédure d'audition des témoins et experts. Celle-ci remplit une fonction fondamentale dans l'arbitrage international, qui présente un savant dosage entre mode accusatoire pur (*cross-examination* par les conseils des parties) et tradition inquisitoriale continentale dans laquelle le juge pose les questions. Le particularisme de la procédure arbitrale internationale suppose une intime connaissance du dossier, ne serait-ce que pour identifier l'essentiel et le pertinent, dans un domaine où il arrive qu'il ne soit pas de l'intérêt des plaideurs de simplifier les débats.

La disponibilité

S'agissant en particulier de la disponibilité, la CCI est à l'origine d'une initiative qui mérite d'être soulignée. Il est demandé désormais aux arbitres pressentis de remplir une déclaration faisant état de leurs missions d'arbitre en cours. Chaque candidat doit, en effet, signer ce qui suit : « *Je confirme, sur la base des informations actuellement à ma disposition, que je peux consacrer le temps nécessaire pour mener cet arbitrage avec diligence, efficacité et conformément aux délais prévus par le Règlement. Je comprends l'importance d'achever l'arbitrage aussi vite qu'il sera raisonnablement possible de le faire et que la Cour de la CCI prendra en considération la durée et la conduite de la procédure au moment de fixer mes honoraires (article 2(2) de l'Appendice III du Règlement). Mes engagements professionnels actuels sont indiqués ci-après pour l'information de la Cour de la CCI et des parties.* » ; l'intéressé doit ensuite indiquer son activité professionnelle principale et le nombre d'affaires en cours dans lesquelles il intervient. Le rappel de motifs qui ont inspiré cette petite révolution dans le monde de l'arbitrage international n'est pas inutile car ce qui touche l'arbitrage CCI, première institution d'arbitrage international mondiale, est forcément révélateur d'une tendance de fond. Citons la communication de la CCI sur ce sujet : « *Dans le nouveau paragraphe consacré à la disponibilité, l'arbitre est invité à confirmer qu'il peut consacrer le temps nécessaire à l'affaire. Cet ajout a pour but d'inciter les arbitres à réfléchir soigneusement à leur disponibilité avant leur nomination ou leur confirmation par la Cour de la CCI, ainsi que d'encourager une plus grande transparence, sur ce point, à l'égard des parties engagées dans l'arbitrage. L'expérience a montré qu'une évaluation irréaliste par l'arbitre du temps qu'il peut consacrer à l'affaire peut être source de retards, exiger de la Cour qu'elle accorde des prolongations répétées des délais fixés conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI et frustrer les parties des décisions promptement rendues et mûrement réfléchies qu'elles sont en droit d'attendre. De tels retards étant aussi fâcheux que coûteux, la CCI, en tant que principale institution mondiale d'arbitrage international, a jugé qu'il était de sa responsabilité de s'attaquer au problème. [...] La Cour attache une grande importance au respect par les tribunaux arbitraux des délais prescrits par le Règlement d'arbitrage de la CCI. Les arbitres nommés ou confirmés conformément à ce règlement doivent, tout au long de l'affaire, pouvoir effectuer leur travail dans ces délais. La grande majorité des arbitres n'ont pas besoin qu'on leur rappelle la nécessité*

d'évaluer de manière réaliste le temps qu'ils peuvent consacrer à une affaire. Ce n'est hélas pas le cas pour tous, et la Cour espère que l'accent mis sur la question dans la nouvelle Déclaration d'acceptation, de disponibilité et d'indépendance de l'arbitre réduira le risque de retards indus dans la conduite des arbitrages de la CCI »

(<http://www.iccwbo.org/collection34/folder332/id34688/langtype1036/printpage.html?newsxml=&articlexsl=>). À peine est-il besoin de rappeler que ces nouvelles exigences ne sauraient rester lettre morte, dès que la CCI fait, semble-t-il, un usage de plus en plus sévère des prérogatives de l'article 12.2 de son Règlement d'arbitrage : « Article 12 Remplacement des arbitres (...) 2. Il y a également lieu à remplacement à l'initiative de la Cour, lorsqu'elle constate qu'il [l'arbitre] est empêché *de jure* ou *de facto* d'accomplir sa mission, ou qu'il ne remplit pas ses fonctions conformément au Règlement ou dans les délais impartis ».

On peut aller jusqu'à soutenir que la disponibilité de l'arbitre est une condition essentielle et déterminante du choix d'un candidat à la fonction d'arbitre. L'arbitre, qu'il siège seul ou comme membre d'un Tribunal arbitral et en ce cas qu'il soit co-arbitre ou président, doit être disponible et le rester pendant toute la durée de la procédure. Les motifs mis en avant par la CCI et rappelés ci-dessus insistent sur les retards. La problématique déborde largement le cadre de l'arbitrage CCI et atteint l'arbitrage d'investissement où l'on constate, au CIRDI comme en arbitrage *ad hoc*, un allongement de la durée des procédures. Le droit au procès dans un délai raisonnable est en effet un droit fondamental applicable à l'arbitrage. La méconnaissance de cette garantie de bonne justice soulève notamment la question de la responsabilité civile des arbitres et des institutions d'arbitrage. Une autre question mérite aussi d'être posée, qui découle de l'exigence de disponibilité : c'est celle de l'exécution personnelle par l'arbitre de sa mission.

La mission de l'arbitre est *intuitu personae*

Si l'arbitre doit être disponible, encore faut-il qu'il emploie sa disponibilité à l'exécution personnelle de la tâche qui lui est confiée. Or tous les arbitres ne sont pas égaux devant l'appréciation de leur disponibilité. Certains sont arbitres professionnels ; leur activité est tout entière dédiée à l'exercice du métier de juge privé. Ils ont des associés, des collaborateurs, des secrétariats, des bibliothèques étoffées et des moyens de production et de communication modernes. Il s'agit de professionnels organisés. Ils enseignent, publient, et exercent souvent avec le statut d'avocat même s'ils acceptent rarement d'occuper d'autres fonctions que celle d'arbitre. D'autres sont arbitres occasionnels. Parmi ceux-là, on trouve des spécialistes de l'arbitrage, qui consacrent une importante partie de leur activité à la représentation des intérêts de leurs clients dans des procédures d'arbitrage ; d'autres sont des avocats généralistes. Tous ont généralement une importante charge de travail, mais jouissent également des ressources d'équipes importantes et de moyens sophistiqués. On trouve aussi parmi les arbitres occasionnels toutes sortes de professionnels (professeurs de droit, comptables, ingénieurs, experts, hommes d'affaires) et bien sûr également des retraités de l'enseignement, de la magistrature ou d'autres carrières qui acceptent occasionnellement une mission d'arbitre sans pour autant être adossés à une structure professionnelle. C'est dire que la plus grande variété règne.

C'est dire, aussi, que pour les plus organisés, la disponibilité risque de s'apprécier à l'aune des moyens dont ils disposent, et notamment de la faculté de déléguer une partie de leur travail. La question est délicate. On voit fréquemment les tribunaux arbitraux se doter de l'assistance d'un ou d'une secrétaire. Il ne s'agit pas d'un « quatrième arbitre ». La fonction de secrétaire du tribunal est d'abord administrative. Nul ne contestera qu'il est de l'intérêt des parties que l'arbitre, qui a légitimement d'autres occupations, soit secondé par l'équivalent d'un secrétariat-greffe disponible et attentif aux besoins du suivi quotidien d'une instance arbitrale. Assurer ce type de prestation accessoire est tout simplement indispensable dans certains dossiers complexes et lourds. Mais il

arrive très fréquemment que le rôle d'assistant du tribunal aille au-delà de l'accomplissement d'une simple fonction de « service support ». Il sera parfois demandé au secrétaire du tribunal de mener à bien toutes sortes de tâches plus ou moins substantielles : résumer des mémoires, rédiger des notes sur les pièces, sur les rapports d'experts et témoignages, préparer des projets d'ordonnance, des projets de sentence... Ceci est-il ou non acceptable ? La question est délicate et peut faire l'objet d'arguments en faveur de l'une et l'autre des positions, notamment compte tenu de l'analogie avec certains systèmes judiciaires qui reconnaissent un rôle très substantiel aux assistants (*clerks*) des juges. Tout en observant que le rôle du secrétaire pourra, le cas échéant, être substantiel en ce qu'il influencera probablement l'issue du litige, nous pensons que la mission de l'arbitre est strictement personnelle et qu'elle ne peut être déléguée au-delà de l'accessoire qui constitue une aide à la prise de décision, mais une aide seulement et non la décision elle-même. Quant à la délégation au secrétaire du tribunal de la rédaction de la sentence après délibérations orales et accord des arbitres sur la teneur des motifs et de la décision, celle-ci gagnerait dans tous les cas à être révélée préalablement aux parties en vue de recueillir leur acceptation.

L'autorégulation

Qu'implique, concrètement, pour l'arbitre l'exercice personnel de ses fonctions ? Tout d'abord, la conscience d'exercer une fonction exigeante. La mission d'arbitre est un « *nobile officium* ». Il s'agit d'une véritable charge qui impose à celui qui l'accepte davantage de devoirs que de droit. Cette responsabilité se confère par l'effet d'un lien de confiance ; au nom de celui-ci, elle doit continuer de se mériter pendant toute la durée de la mission. La confiance en l'aptitude du candidat arbitre à s'acquitter de sa mission est fondamentale ; elle ne doit pas se trouver altérée par les évolutions de la procédure ; elle doit également résister à l'épreuve de la lecture de la sentence.

Il faut accepter une forme de contrôle de la performance, ne serait-ce que par le jeu d'une émulation professionnelle forte, autrement dénommée « *peer pressure* ». L'arbitre ne jouit en tant que tel d'aucun statut corporatiste particulier. Il est donc nécessaire d'accepter qu'à l'occasion de chaque mission d'arbitre, pendant toute la durée de chacune d'entre elles, l'arbitre soit soumis à l'évaluation permanente de ses co-arbitres, des institutions d'arbitrage, des conseils et des parties – sans même parler des tribunaux et commentateurs des décisions.

La question de la nomination des arbitres pose un défi majeur d'autorégulation. On peut sérieusement s'interroger si laisser la porte ouverte à des nominations d'arbitres unilatérales et incontrôlables est justifié, au nom du principe d'autonomie de la volonté. Les dérives peuvent en effet donner lieu à un certain cynisme, la nomination d'arbitres partisans ne trouvant en l'état d'autre garde-fou que l'aptitude des autres arbitres à passer outre les comportements les plus partiels et déloyaux. En l'état, la plupart des acteurs de la communauté arbitrale ont tendance à ranger le cas de l'arbitre partisan dans la catégorie fourre-tout des dysfonctionnements certes regrettables, mais néanmoins acceptables. C'est partir du point de vue que les excès se corrigent en général d'eux-mêmes, et que les cas les plus pathologiques ne justifient pas de brider la liberté de choisir les arbitres. Certes, la faculté de choisir les arbitres est toujours un avantage. Toutefois, lorsque l'exercice du droit de choisir un arbitre dégénère en abus procédural – notamment si l'arbitre est partial et obstructif – il est légitime de se rappeler qu'en choisissant l'arbitrage international, les parties ont voulu s'en remettre à un tribunal indépendant et investi du pouvoir de trancher leur différend conformément aux garanties procédurales essentielles. L'arbitre partisan est, à cet égard, un corrupteur du système. La partie qui l'a nommé l'est tout autant. Il ne serait dès lors pas absurde de considérer que – au moins en matière d'investissements internationaux, où l'intérêt public est en cause – la nomination des arbitres – ou au moins celle du président – pourrait être déléguée à une autorité de nomination insoupçonnable, sauf en cas de volonté contraire des parties.

En l'état, il importe surtout de faire savoir que les usagers avisés de l'arbitrage international savent que faire triompher sa thèse exige d'emporter la conviction de deux sur trois des arbitres. La meilleure façon de convaincre le président du tribunal de la confiance qu'accorde une partie à ses propres arguments est encore de nommer un arbitre de réputation solide et dont le comportement sera réellement neutre. Ces arbitres existent ; les spécialistes de l'arbitrage international les connaissent. Si, de ce fait, on confère un certain caractère élitiste à l'arbitrage international, faut-il vraiment y voir matière à critiquer ? Eu égard aux enjeux significatifs que ces arbitres ont la charge de régler en dernier ressort par une sentence qui bénéficiera d'une quasi-libre circulation mondiale par l'effet de la Convention de New York ou s'exécutera dans le pays d'accueil de l'investissement par l'effet de la Convention de Washington, n'est-il pas normal et même préférable de vouloir s'assurer le concours d'arbitres véritablement professionnels et indépendants ? Il en va de la crédibilité de l'institution arbitrale, au même titre que la nomination des juges au sein des hautes juridictions internationales et internes garantit la fiabilité du système qui en dépend.

Il s'opère également une autorégulation, par l'effet des mécanismes concurrentiels sur le marché de l'arbitrage international. On constate l'existence d'une communauté de praticiens de l'arbitrage international. Par un phénomène de prise de conscience collective propre aux groupements spontanés d'opérateurs professionnels dont les intérêts convergent, les membres de cette communauté se reconnaissent non seulement entre eux, mais admettent la nécessité d'une autorégulation. Cette communauté, parce qu'elle met en présence les praticiens du droit de l'arbitrage international, joue le rôle d'un marché. L'offre et la demande sont en effet susceptibles de se rencontrer en la personne des arbitres et conseils.

Précisons qu'il s'agit d'une communauté informelle. On y constate des regroupements en associations multiples (la plus internationale d'entre elles étant sans doute l'International Council for Commercial Arbitration – ICCA, <http://www.arbitration-icca.org>). Les praticiens se regroupent par régions, tranches d'âge, secteurs, etc. Cette communauté n'est organisée ni en ordre ni en corporation. Elle évolue en permanence, avec ses usages, ses colloques, ses publications, son « soft law » (voir le travail de l'IBA mentionné ci-dessus). Bien que l'accès soit parfaitement libre et l'activité totalement transparente, il n'est pas rare d'être confronté à l'incompréhension de « ceux qui n'en sont pas » : les références à une coterie, un club d'admiration mutuel, voire une mafia fusent ! Ces expressions, qui expriment le plus souvent un ressenti flou, peuvent correspondre à toutes sortes de situations. Imaginons : le conseil généraliste qui ignore les spécificités de l'arbitrage international qu'il prétend traiter comme un contentieux devant les juridictions étatiques dont il a l'habitude ; l'arbitre occasionnel dont l'entêtement partisan lui vaut d'être mis en minorité dans un délibéré ; la haine vigilante du confrère atrabilaire qui pour rien au monde ne voudrait faire partie d'un club qui l'accepterait pour membre... Le problème n'est évidemment pas dans le fait que des praticiens qui partagent des intérêts communs se réunissent de temps à autre pour échanger sur des sujets d'actualité et assurer leur promotion. Le monde de l'arbitrage international s'est professionnalisé et, par voie de conséquence, est devenu concurrentiel. Les grandes places d'arbitrage que sont Paris, Genève et Londres sont également en situation de concurrence, chacune faisant valoir les avantages de son droit de l'arbitrage et des institutions d'arbitrage qui y sont situées. C'est une évolution dont il faut tenir compte. Il en résulte une saine émulation, qui pousse au dépassement de soi. Pour le dire autrement, l'effet concurrentiel est assurément une garantie pour l'arbitrage international et ceux qui y ont recours.

Ainsi, serait-il absurde et contre-productif de vouloir renforcer la régulation de l'arbitrage. S'agissant d'une activité libérale profondément marquée par l'autonomie de la volonté, sauf fraude ou manquements relevant des recours reconnus et dans l'ensemble efficaces, l'arbitrage n'a pas besoin d'une autorité disciplinaire. L'arbitre évolue entre regard critique de ses pairs, co-arbitres et conseils, et l'attention que portent les juridictions de recours aux comportements défailants.

L'arbitrage a besoin de modèles de comportement. Tout arbitre est potentiellement un modèle positif pour ses pairs. La sanction du marché devrait dans la plupart des cas être suffisante.

Ce qui précède souligne le devoir de préparation personnelle qui pèse sur l'arbitre. Il va de soi que ces considérations ont une incidence sur les coûts de la procédure. Mais à l'inverse, une procédure mal gérée ou mal préparée par les arbitres donnera lieu à d'autres problèmes, souvent plus graves et plus onéreux encore. A ceux qui verraient dans ces propos une incitation au ralentissement et au renchérissement de la procédure, on répondra qu'il n'en est rien. Les délais de procédure et de prononcé de sentence trouvent notamment leur cause dans les calendriers surchargés des arbitres. Il appartient aux parties, à leurs conseils, aux arbitres et aux institutions d'arbitrage de contribuer à l'autorégulation de la procédure et des coûts. Mais n'oublions pas non plus l'adage tiré de la sagesse populaire selon lequel : « le bon marché est toujours trop cher ». La qualité de l'arbitrage à un prix. Le juste prix s'appréciera surtout à l'aune de la qualité de la sentence, pour l'une et l'autre partie. Mais qu'est-ce qu'une bonne sentence ?

LEGITIMITE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL A L'EPREUVE DE LA TRANSPARENCE ET DE LA COHERENCE DES METHODES ET SOLUTIONS

Au-delà de la maîtrise de la procédure et des pièges de la vie professionnelle, il importe que les parties comprennent le processus d'élaboration de la sentence. La rationalité des solutions est fondamentale. La qualité de la rédaction de la sentence, l'exactitude de l'exposé factuel et procédural, l'exactitude dans la référence aux éléments probatoires essentiels, la rigueur du raisonnement, le soin apporté à la précision de la motivation, l'absence de contradiction dans les motifs : toutes ces considérations sont fondamentales. Les arbitres chevronnés sont rompus à l'exercice consistant à respecter toutes les garanties formelles qui font qu'une sentence sera le plus souvent à l'abri d'une annulation.

La rationalité de la sentence remplit un rôle essentiel dans l'acceptation de l'arbitrage. Pour les parties en litige, le sentiment d'avoir été entendu et compris est au moins aussi important que la satisfaction de l'emporter. C'est bel et bien ce sentiment qui conditionne l'acceptation de la sentence par les parties. Or, cette acceptation est d'une importance absolument déterminante. Il n'est pas exagéré de penser que nombre de recours judiciaires postérieurs aux sentences arbitrales ont pour cause un défaut de compréhension de la sentence au moins autant que le mécontentement d'avoir perdu son procès.

Nous insisterons ici sur deux séries de considérations qui se rapportent à la légitimité de l'arbitrage dans le domaine particulier du droit des investissements étrangers : la première se rapporte à la transparence ; la seconde a trait au couple rationalité et cohérence.

Légitimité et transparence

A la différence de l'arbitrage commercial, où la confidentialité est présumée – le plus souvent à tort – l'arbitrage d'investissement fait l'objet d'une forte attente d'ouverture et de transparence. L'enquête Queen Mary déjà citée fait état d'une croyance erronée de la part de 50 % des personnes interrogées en l'application d'une règle tacite de confidentialité en l'absence d'une clause spéciale la prévoyant dans le règlement ou la convention d'arbitrage. Cette perception erronée de la part de la moitié des personnalités interrogées est probablement plus largement répandue encore. La plupart des législations sur l'arbitrage sont silencieuses à propos de la confidentialité de l'arbitrage à de très

rare exceptions près (on peut citer l'Espagne et Nouvelle-Zélande – et, depuis le décret (n°2011-48) du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, la France mais seulement s'agissant de l'arbitrage interne, la confidentialité ne se présument pas en matière internationale). Certains tribunaux ont pu, y compris en France et en Angleterre, reconnaître dans certains cas une confidentialité de principe, sur le fondement de l'efficacité des affaires, notamment pour répondre à des abus en ordonnant des injonctions. Mais, en 2004, la Cour d'appel de Paris a refusé l'octroi de dommages-intérêts pour violation prétendue d'une obligation générale de confidentialité en droit français de l'arbitrage international faute d'avoir démontré son existence et son fondement (Paris, 22 janvier 2004, Nafimco). La Cour suprême de Suède a écarté toute règle générale en ce sens en 2000 (affaire Bubank). En Australie, il a été reconnu que l'intérêt public prime sur la confidentialité (affaire Esso Plowman en 1995). En définitive, le seul secret qui paraisse absolu en arbitrage est partagé avec celui auquel sont tenus les juges : c'est le secret des délibérations. Quoiqu'il en soit en droit, une pratique internationale majoritaire en matière d'arbitrage commercial continue de s'en tenir à une discrétion marquée, asymptote à une quasi-confidentialité de fait.

L'arbitrage international en matière d'investissements obéit à une logique inverse. De plus en plus, on attend une transparence importante relativement aux affaires pendantes et à leur déroulement. La raison tient au fait que l'arbitrage d'investissement est mixte : une partie est un investisseur privé, l'autre un Etat souverain. Or, le cadre procédural a été emprunté à celui de l'arbitrage commercial international destiné à la résolution de litiges entre opérateurs commerciaux. Ce cadre ne prévoyait tout simplement pas la dimension de l'intérêt public qui est propre aux litiges d'investissement. Les différends se rattachent à des projets dont l'importance est souvent très significative pour l'économie et la société de l'Etat d'accueil. La transposition ne saurait donc être totale : des adaptations sont nécessaires pour répondre à l'attente forte de transparence qui est ainsi exprimée. Procéduralement, cette attente s'exprime à trois niveaux : la connaissance de l'existence des procédures, l'accès de tiers à la procédure, la publicité des décisions. Tout cela ne va forcément sans difficulté.

S'agissant de la publication de l'information de l'existence même d'une procédure, la pratique du CIRDI remplit en partie cette attente. Le site internet du CIRDI permet de connaître le dépôt d'une requête d'arbitrage et l'état d'avancement des procédures en cours. En revanche, les arbitrages d'investissement soumis à d'autres mécanismes, tels que les arbitrages *ad hoc* CNUDCI, ne sont pas systématiquement connus.

L'accès des tiers à la procédure est une problématique qui a connu une évolution significative, avec la réforme des règles du CIRDI en 2006. Le règlement CIRDI prévoit la possibilité d'autoriser des parties dites non contestantes à fournir des éclairages sur des questions de droit ou de fait. Ce recours à l'institution de l'*amicus curiae*, emprunté au modèle américain, permet à un tiers autorisé de déposer des mémoires devant le tribunal arbitral. L'affaire Methanex, qui est une procédure engagée sur le fondement de l'ALENA devant le CIRDI sur la base du mécanisme supplémentaire, a permis de faire évoluer les esprits sur ces questions (décision du 15 janvier 2001 sur l'admissibilité des *amicus curiae* briefs, www.naftaclaims.com/disputes_us/disputes_us_6.htm). On justifie ces interventions par l'idée que le tribunal arbitral doit être parfaitement éclairé lorsqu'il est amené à trancher des questions qui touchent directement à l'intérêt public. L'intervention d'*amici curiae* n'est en revanche pas exempte d'alourdissement et de ralentissement de la procédure. L'ouverture de l'audience au public est également une possibilité, notamment en prévoyant des retransmissions sur un canal de diffusion privé.

Admettre des tiers en qualité de parties à l'arbitrage pose, en revanche, un double problème : à supposer même qu'on réforme les mécanismes arbitraux existants, qui ne permettent pas une telle extension, il faut s'interroger sur les conséquences d'une telle ouverture de la procédure à des intervenants volontaires à titre de partie. Permettre au public d'assister aux débats et permettre à des

tiers de contribuer à la discussion par le dépôt de mémoires relatifs à des questions d'intérêt général est une chose. Ouvrir l'instance à de nouvelles parties poserait des questions procédurales complexes dont l'inconvénient pour les principaux intéressés au différend – les signataires du TBI – excéderait de loin l'avantage qu'en retirerait l'intérêt public en général et l'élaboration du droit international en particulier. Il s'agit de ne pas perdre de vue l'objectif qui est de rendre justice. Si la maison de verre est transparente aux regards, il n'est pas pour autant question de l'ouvrir aux quatre vents. La bonne administration de la justice doit primer.

Enfin, le contenu des décisions devrait pouvoir être systématiquement publié, sauf volonté contraire des parties. C'est actuellement la solution contraire qui prévaut. Le contenu des décisions et sentences n'est *a priori* pas public, sauf accord exprès et préalable des parties. La Convention CIRDI prévoit ainsi que « *le Centre ne publie pas la sentence sans le consentement des parties* » (article 48.5). En revanche l'article 48.4 du Règlement d'arbitrage dans sa rédaction nouvelle de 2006, prévoit que le centre « *inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal* ». Le CIRDI s'est engagé dans un projet de diffusion de sa jurisprudence en vue d'en garantir un accès aussi large que possible. Ce projet, de nature collaborative puisqu'il suppose la contribution positive des parties et de leurs conseils, mérite d'être salué comme une contribution majeure à la connaissance du droit international et encouragé. Même lorsque des considérations de confidentialité imposent de s'en tenir à une publication par extrait, l'accès à la motivation des décisions est en soi une aide précieuse pour la compréhension des méthodes d'élaboration du droit international de l'investissement. Il est permis de faire un parallèle avec la politique de publication par la CCI, depuis les années 1970, des sentences rendues par des tribunaux arbitraux statuant en application de son règlement d'arbitrage : les décisions publiées en une forme expurgée pour rendre anonymes les parties, permettent d'accéder au raisonnement des arbitres relativement à des problématiques juridiques d'intérêt général.

En outre, des initiatives privées permettent d'avoir accès, notamment en ligne, à nombre de décisions rendues en matière d'investissement (par exemple, le site ITA Investment Treaty Arbitration : <http://ita.law.uvic.ca/about.htm>). Il est reconnu majoritairement que la publicité des sentences contribue positivement à l'acceptation par tous les usagers de l'arbitrage international d'investissements sur l'interprétation et l'application des TBI. Cette publicité est de nature à contribuer fortement à la cohérence et la prévisibilité des décisions en la matière.

Légitimité, rationalité et cohérence

La rationalité de la motivation d'une sentence et sa cohérence au regard de la jurisprudence internationale est essentielle en arbitrage d'investissement et conditionne en grande partie l'acceptation de l'issue du litige. On peut y voir une autre conséquence, au-delà de la sphère du différend particulier : c'est l'effet d'entraînement positif que peut produire l'arbitrage international. L'acceptation par les Etats condamnés pour manquement au droit international, de la légitimité du processus arbitral au terme duquel leur responsabilité a été établie, contribue au renforcement du principe de prééminence du droit. À long terme, on ne peut exclure que la mise en conformité des ordres institutionnels et juridiques de ces Etats contribuera à leur développement. C'est en ce sens que l'arbitrage international répond non seulement à l'idéal de justice, mais également aux objectifs de développement des économies et des sociétés auxquels les Etats hôtes ont souscrit aux termes de leurs TBI. L'acuité de la question a pour cause certaines réactions d'hostilité manifestées par des Etats dans le contexte de procédures d'arbitrage devant le CIRDI.

Quelques réactions d'hostilité aux effets limités

En mai 2007, la Bolivie a notifié au CIRDI sa dénonciation de la Convention de Washington, avec effet dans les six mois, comme le permet l'article 71 du traité. La Bolivie est donc sortie du système CIRDI début novembre 2007, même si les effets transitoires d'une telle dénonciation sont évidemment un peu plus compliqués. La dénonciation est la conséquence d'une affaire *Aguas del Tunari c. Bolivie* portée devant le CIRDI en 2002, à la suite de la résiliation d'un contrat de concession de distribution d'eau et d'assainissement de la ville de Cochabamba, donné en 1999 à un consortium de droit néerlandais contrôlé par le groupe nord-américain Bechtel. L'augmentation des tarifs de l'eau consécutive à la privatisation donna lieu à de violentes et graves réactions populaires. Les élections de 2006 ont été suivies d'une politique de nationalisation de l'économie bolivienne, et notamment des « utilities » sur fond de critique des multinationales étrangères. L'épisode CIRDI de l'affaire s'est conclu par un désistement conjoint de la part des protagonistes après que le tribunal arbitral eut retenu sa compétence en 2005, et que les parties eurent trouvé un arrangement amiable. Le changement radical de politique d'investissement constaté en Bolivie n'a pas épuisé ses conséquences, puisqu'en mai 2010, les autorités boliviennes ont décidé de nationaliser le secteur de l'énergie électrique au détriment d'investisseurs étrangers, et notamment français. L'accord bilatéral franco-bolivien de 1989 applicable prévoit le recours à l'arbitrage et notamment une procédure d'arbitrage *ad hoc* soumise au Règlement de la CNUDCI – ce qui constitue généralement la branche d'une alternative habituelle dans les TBI notamment lorsque la Convention CIRDI ne lie pas encore l'autre partie au moment de la signature. La dénonciation du système CIRDI par la Bolivie n'emporte donc pas soustraction de cet Etat à tout arbitrage international puisque demeure l'arbitrage *ad hoc* CNUDCI.

La dénonciation du mécanisme CIRDI par la Bolivie traduit une réaction d'hostilité partagée par quelques Etats d'Amérique latine. L'Equateur a également dénoncé la Convention CIRDI. L'Argentine n'a pas émis de dénonciation mais a multiplié les recours et difficultés d'exécution sur les sentences des tribunaux arbitraux qui ont retenu sa responsabilité. Il faut ajouter qu'aux Etats-Unis d'Amérique également, dans le cadre de différends élevés en application du traité ALENA, l'arbitrage international a pu faire l'objet de certaines manifestations d'incompréhension. On peut en effet craindre que cette hostilité vise, au-delà du CIRDI, l'arbitrage international comme mode de règlement des différends relatifs aux investissements. Mais en l'état – on l'a vu avec l'exemple ci-dessus – les traités bilatéraux prévoient généralement à titre subsidiaire le recours à l'arbitrage *ad hoc*. Or, la dénonciation de la vingtaine de TBI en vigueur – voie autrement plus radicale diplomatiquement – n'a été décidée par aucun gouvernement. L'efficacité juridique d'une dénonciation d'un TBI est certes problématique, compte tenu notamment de clauses qui prévoient une durée minimale déterminée, de longs préavis de dénonciation et surtout une clause de maintien en vigueur pour de longues périodes supplémentaires, ces stipulations ayant précisément pour objet de protéger les investissements antérieurs à l'expiration ou la dénonciation du TBI.

Il est donc permis d'espérer qu'au-delà de la question de communication – dénoncer le système CIRDI est évidemment porteur d'un message souverainiste à l'adresse de l'électorat local et de ses relais d'opinion – les gouvernements qui ont dénoncé la Convention CIRDI ont pris un risque mesuré, et demeurent conscients de la possibilité de susciter de nouveaux investissements internationaux lorsque les considérations souverainistes seront passées au second plan. Quoiqu'il en soit, ces affaires sud-américaines illustrent l'importance cruciale qui s'attache à ce que les méthodes mises en œuvre par les centres d'arbitrage et les tribunaux arbitraux présentent toutes les garanties de rigueur.

La cohérence des solutions

La vague de mesures d'urgence prononcées en Amérique latine dans les années 2000, dont les effets ont privé les investisseurs des conditions en considération desquelles ils s'étaient engagés en réponse aux vastes programmes de privatisations lancés dix ans plus tôt, a contraint nombre d'investisseurs à initier des actions, fondées sur des traités différents. Un des particularismes des litiges d'investissements réside dans l'effet de multiplication de litiges qui, sans qu'ils soient par définition identiques, présentent des similitudes importantes, notamment au regard des mécanismes juridiques qui sont mis en œuvre. Les clauses des TBI présentent souvent de nombreuses similitudes. Le besoin de cohérence des solutions vient de là.

Des tribunaux arbitraux différents connaîtront, à de multiples reprises, de questions d'interprétation de dispositions de TBI identiques ou analogues. Si l'unification des solutions représente un idéal souhaitable, l'absence de cour régulatrice des investissements internationaux dresse néanmoins un obstacle insurmontable en l'état. Concrètement, rien n'interdit à un tribunal arbitral d'interpréter telle clause d'un BIT dans un litige entre un investisseur et un Etat de manière radicalement différente voire contraire à celle retenue par un autre tribunal statuant à propos du même traité, à l'occasion d'un différend entre un autre investissement et le même Etat.

Il n'existe pas en arbitrage de règle du précédent (*stare decisis*) qui veut qu'un tribunal soit lié par la décision d'un autre tribunal sur des règles identiques et sur des faits matériellement comparables. On pourrait se dire, comme c'est le cas en arbitrage commercial international, que le risque d'incohérence dans les résultats n'est qu'un inconvénient secondaire, car les parties ont accepté en connaissance de cause les limites inhérentes à l'arbitrage, parmi lesquelles figure l'absence de contrôle de la cohérence des sentences rendues entre des parties différentes sur des thèmes similaires.

Mais cette approche ne tient pas compte des considérations d'intérêt public propres à la matière, suffisamment démontrées par l'ampleur des troubles sociaux majeurs constatés dans les pays intéressés. Ces considérations d'intérêt public ont d'ailleurs des prolongements directs sur le fond des litiges car l'un des moyens de défense invoqués par les Etats à titre de cause exonératoire de responsabilité est l'état de nécessité. Or, les cas de recours en annulation portés devant le CIRDI montrent bien que le contrôle des sentences ne traite pas des incohérences de fond. Les griefs sont strictement limités par l'article 52 de la Convention CIRDI : constitution irrégulière du Tribunal ; violation d'une règle fondamentale de procédure ; corruption ; excès de pouvoir manifeste (tant sur la compétence que sur le fond) et défaut de motivation. Une erreur dans l'application du droit n'entre dans aucun de ces cas d'ouverture. La contradiction de motif ne constitue pas une invitation à reprendre la motivation lorsque celle-ci est perfectible mais compréhensible ; elle est limitée aux cas de défaut de rationalité.

Certains suggèrent qu'une réforme du CIRDI pourrait avantageusement introduire une procédure d'appel. Il est loin d'être évident qu'un progrès en résulte. On évoque aussi, pour l'avenir, un mécanisme de recours préjudiciel devant une juridiction permanente internationale.

En l'état, la seule solution immédiatement efficace est de promouvoir la connaissance des solutions dégagées en droit de l'arbitrage international d'investissement et, à défaut de jurisprudence contraignante, l'adhésion à une méthode rationnelle et commune.

C'est ainsi que si l'on admet que les décisions préalablement rendues par d'autres tribunaux CIRDI n'ont pas d'effet obligatoire à l'égard d'un tribunal saisi d'une affaire, il faudrait au moins un consensus pour reconnaître que des solutions incohérentes rendues en présence de faits similaires ne seraient en principe pas bénéfiques à la légitimité du système de règlement des différends relatifs aux TBI. On réservera, naturellement, la possibilité légitime de motiver spécialement une solution

différente eu égard à des différences factuelles ou juridiques pertinentes. Mais il convient de reconnaître les mérites significatifs d'une méthodologie rationnelle commune, qui doit au moins contraindre un tribunal arbitral à se rattacher à la tradition coutumière du droit international. Un certain nombre de questions communes à de nombreuses affaires peuvent bénéficier d'une telle approche. C'est en particulier le cas en matière de compétence du CIRDI, avec les questions de la définition d'un investissement, le critère de nationalité, l'interprétation de la clause de la nation la plus favorisée ou de la *umbrella clause*. Sur les questions de fond, les notions susceptibles de bénéficier de l'effet d'entraînement d'une jurisprudence sont : la notion d'expropriation directe et indirecte, et celle de traitement juste et équitable notamment au regard de l'excuse d'état de nécessité. Ce dernier point, en particulier, fait l'objet de vifs débats, les Etats souhaitant faire évoluer le critère d'appréciation objectif habituellement retenu, pour faire reconnaître un critère subjectif susceptible d'être adapté aux circonstances et notamment à l'état de nécessité. On songe aussi à des questions purement juridiques d'interprétation des dispositions de la Convention CIRDI relatives au droit applicable, et notamment aux places respectives du droit international et du droit de l'État d'accueil ; ou encore l'articulation (recevabilité, préjudice réparable) de l'action en réparation d'un actionnaire et celle de la société. Toutes ces questions gagneraient à être abordées d'une manière uniforme, ce qui serait un facteur de prévisibilité des solutions et, à plus long terme, de prééminence du droit.

Légitimité et mise en conformité des Etats avec la prééminence du droit

Il est permis de penser que l'élaboration progressive d'une jurisprudence sur les questions rappelées ci-dessus sera un facteur de progrès important. Les tribunaux arbitraux, sans être juridiquement liés, estiment majoritairement qu'il est conforme à l'intention des parties au sens du système CIRDI de rendre des sentences cohérentes avec l'ensemble des décisions rendues sur des questions similaires dans d'autres affaires. C'est donc l'autonomie de la volonté des parties – investisseurs et Etats – qui tient lieu de socle à la recherche de solutions cohérentes. Chaque tribunal a néanmoins le pouvoir de faire dérailler le système : hormis l'hypothèse d'un vice de la sentence emportant annulation, aucun contrôle juridictionnel ne pourra être exercé. On perçoit aisément, à l'aune de ces enjeux, toute l'importance que revêt la question de la composition d'un tribunal arbitral.

Il reste encore à persuader les Etats en litige avec des investisseurs étrangers qu'ils sont gagnants, sur le long terme, à accepter l'application de la règle de droit international. C'est un fait, les Etats réagissent avec irritation lorsqu'un investisseur étranger prétend - et pire encore, lorsqu'un tribunal international juge - qu'ils ont violé leurs obligations. Mais ils ne peuvent prétendre qu'il s'agit d'un affront à leur souveraineté lorsqu'ils ont eux-mêmes librement consenti à la compétence internationale de ce tribunal arbitral. Nul, pas même un Etat, ne saurait prétendre être juge et partie. L'invocation de la souveraineté pour se soustraire à la compétence internationalement reconnue par traité présente une incohérence majeure : accepter, par traité, la compétence arbitrale correspond à l'exercice par l'Etat de sa souveraineté ; la limitation qui en résulte, manifestée notamment par l'acceptation du mécanisme procédural dans toutes ses conséquences y compris l'exécution spontanée de la sentence, est encore un attribut de la souveraineté.

Au-delà du cas particulier qui donne lieu à une sentence arbitrale, les critères établis pour l'appréciation de la régularité internationale des comportements étatiques auront peut-être, on peut le souhaiter, une influence sur le droit local et le comportement des Etats concernés. Chaque sentence qui fait une application rationnelle et cohérente des principes du droit international peut être considérée comme une enclave d'état de droit au sein de l'ordre juridique de l'Etat d'accueil intéressé. En effet, un trait notable du mécanisme CIRDI est de prévoir que toute sentence est directement exécutoire et dispensée de toute procédure d'exequatur. Une sentence CIRDI produit, à l'égard de l'Etat, les mêmes effets qu'une décision définitive de son ordre juridictionnel. Certes, sur

le terrain de l'exécution, l'Etat pourra encore faire valoir son immunité – bien qu'en pratique, l'effectivité des sentences CIRDI soit accrue par l'« effet Banque Mondiale ». Sur le plan juridique, la sentence CIRDI pénètre bel et bien l'ordre juridictionnel de l'Etat, sans qu'il soit besoin d'aucune formalité. C'est encore souligner, au vu des effets directement attachés à la sentence CIRDI, toute l'importance qu'il faut attacher à la qualité des sentences arbitrales au nom de l'exemplarité, positive ou négative, qui en découle.

Exemple de l'obligation de traitement juste et équitable

A cet égard, la jurisprudence qui a accordé une indemnisation à des investisseurs sur la base de violation des clauses de traitement juste et équitable contenues dans les TBI présente un intérêt majeur. Son importance, en tant qu'expression d'un standard d'appréciation des exigences de la prééminence du droit pour le traitement par les Etats hôtes de leurs investisseurs, n'est pas douteuse. Il s'agit, très schématiquement, d'indemniser l'investisseur au regard des attentes qu'il pouvait légitimement fonder quant au maintien de l'environnement juridique si, de façon objective, ces attentes ont été frustrées par un acte de gouvernement postérieur à l'investissement. Si l'on démontre que la reconnaissance de l'application de l'obligation de traitement juste et équitable répond au principe de prééminence du droit, on démontre aussi que la mise en œuvre de cette obligation conventionnelle par les tribunaux arbitraux est forcément légitime pour tout Etat qui proclame son attachement à la prééminence du droit. Dit autrement, le degré de résistance d'un Etat à une sentence légitime mesure le degré de conformité de son gouvernement aux exigences de l'état de droit. Cette théorie a été décrite par certains auteurs allemands et américains.¹

Le droit à un traitement juste et équitable est devenu l'une des principales garanties de la protection des investissements internationaux. Cette règle est, en tant que telle, universellement acceptée. On la trouve dans nombre de traités conclus par des Etats dont les économies sont en développement – de même que dans des législations internes destinées à promouvoir l'investissement. Le droit à un traitement juste et équitable se trouve fréquemment invoqué – et retenu – dans les différends entre investisseurs et Etats. La fréquence du recours à cette garantie et l'effectivité qui lui est reconnue, ont nécessairement conduit les commentateurs à vouloir préciser le contenu normatif que recouvre la notion, qui n'est pas forcément explicite. Il est de la responsabilité des tribunaux arbitraux de faire montre de rigueur dans le maniement de cette règle, d'une importance majeure en tant qu'expression d'un standard d'appréciation des exigences de la prééminence du droit pour le traitement par les Etats hôtes de leurs investisseurs. A cette condition, l'arbitrage international peut constituer, pour les Etats intéressés, un instrument de mesure de leur degré de conformité interne aux exigences de l'état de droit. Les condamnations prononcées sur le fondement d'un manquement à l'obligation de traitement juste et équitable, loin de reposer sur une vague norme internationale exogène, sont en réalité le plus souvent en accord avec les normes internes des Etats et se rattachent juridiquement, tout comme les tribunaux arbitraux qui les prononcent, à la force obligatoire des traités internationaux qu'ils ont signés. Le respect de ces traités et l'effectivité des protections qu'ils assurent en termes de recours juridictionnel et de garantie de la prévisibilité et de la stabilité des solutions est tout aussi favorable aux investisseurs qu'aux Etats dont les attentes légitimes sont ainsi prises en compte.

¹ V. not. Schill, <http://www.iilj.org/publications/documents/2006-6-GAL-Schill-web.pdf>

Pour l'essentiel, le principe de prééminence du droit tel qu'il se traduit dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux en matière d'investissement recoupe les grandes garanties procédurales et institutionnelles : ainsi pour s'assurer du respect de l'obligation de traitement juste et équitable, les arbitres s'attacheront à caractériser les indices d'une séparation effective des pouvoirs au sein des institutions de l'Etat d'accueil, l'existence et l'effectivité de recours juridictionnels pour la reconnaissance des droits individuels et le contrôle des décisions administratives, la sécurité juridique, la protection des attentes légitimes et le respect des garanties procédurales dans les procédures civiles et administratives. Dans le même temps, ces critères de contrôle des garanties fondamentales procédurales et institutionnelles reconnaissent aux Etats suffisamment de marge de manœuvre pour mettre en œuvre leurs politiques et réagir aux circonstances nouvelles et situations d'urgence. Il est néanmoins notable que l'obligation de traitement juste et équitable aura nécessairement une influence sur la manière dont tout Etat d'accueil devra se comporter s'il est tenu de faire évoluer son cadre réglementaire par rapport à celui qui prévalait au moment où l'investissement a été réalisé. On peut aller jusqu'à soutenir que les exigences qui découlent de l'obligation de traitement juste et équitable devraient obliger tout Etat à mettre son ordre juridique interne en adéquation avec les standards internationaux tenus pour conformes au concept de prééminence du droit.

On peut penser qu'une telle approche du principe de traitement juste et équitable sera bénéfique sur le long terme à la croissance et au développement des économies et sociétés des Etats hôtes d'investissements. Le facteur contributif de l'état de droit au progrès économique est souligné par les économistes. Les principes tels que la hiérarchie des normes, la séparation des pouvoirs, la proclamation des libertés et des droits, le contrôle juridictionnel (dont le contrôle de constitutionnalité) et la clarté du droit ont une influence positive sur l'initiative privée, créatrice de richesses, en libérant les échanges commerciaux et rationalisant les relations avec l'Etat. Il est généralement admis que ces aspects sont fortement liés à la croissance économique. L'exemple du traité ALÉNA est éclairant : le Mexique, en devenant partie à ce traité, s'est exposé à des réclamations, dont certaines ont emporté sa condamnation ; mais le Mexique s'est défendu avec compétence, n'a pas encouru de pertes démesurées, et a exécuté les condamnations mises à sa charge. En comparaison, les avantages du traité de libre-échange se quantifient en centaines de milliards de dollars. Cette philosophie est partagée par la Banque Mondiale et l'Union européenne.

A cet égard, l'application qui est faite de la règle d'obligation de traitement juste et équitable en arbitrage international est pleinement justifiée en ce qu'elle aboutit à la mise en conformité des Etats d'accueil avec le concept de prééminence du droit. Il peut notamment être postulé que tout Etat signataire d'un TBI est présumé avoir voulu que ses propres institutions contribuent aux objectifs de développement et de promotion de l'investissement étranger qui sont ceux du traité. De même, on peut présumer que l'attente légitime de l'investisseur est de bénéficier du cadre juridique protecteur de l'état de droit. Cette interprétation téléologique, faisant le lien entre les garanties de traitement juste et équitable accordées à la lettre des traités bilatéraux et les objectifs de promotion de l'investissement exprimés aux termes des préambules de ces mêmes traités, renforcent s'il en était besoin le fondement consensuel de l'obligation souscrite et de l'obligation de réparation qui s'attache à sa violation. On peut donc conclure que la mise en œuvre des clauses de traités d'investissement garantissant un traitement juste et équitable répond aux attentes légitimes de l'investisseur et à celles de l'Etat d'accueil : au premier elle assure une protection effective contre la remise en jeu des conditions en contemplation desquelles il s'est engagé ; au second elle rappelle le principe de prééminence du droit dont le respect s'impose afin de retrouver la confiance des investisseurs étrangers.

CONCLUSION

L'explosion fulgurante du nombre des procédures d'arbitrage international au cours de la décennie écoulée et l'importance des enjeux qui s'y règlent exposent ce mode de règlement des différends à des attentes accrues. Son caractère contraignant tire toute sa force de la volonté des parties et des législations favorables dans de nombreuses places internationales. Son effectivité est démultipliée par le faisceau de traités internationaux qui assurent l'exécution des sentences. C'est encore sur le socle de traités internationaux que l'arbitrage international s'est imposé comme un instrument essentiel du droit international de l'investissement. Les Etats souverains ont pris conscience de l'importance majeure du phénomène. L'Union européenne le reconnaît comme instrument essentiel d'un mécanisme contraignant visant à assurer la sécurité juridique des investissements internationaux.

C'est aussi parce qu'il est efficace que l'arbitrage suscite des critiques de la part d'Etats auxquels il a été rappelé, au terme d'un examen méthodique et rigoureux des éléments du litige, qu'ils avaient engagé leur responsabilité internationale et devaient en réparer les conséquences.

La mise en cause de la responsabilité internationale d'Etats devant des tribunaux arbitraux internationaux ne fait pas affront à la souveraineté des Etats : tout au contraire, elle en procède et l'honore. Les Etats exercent leur prérogative souveraine lorsqu'ils s'engagent à respecter un mécanisme juridictionnel contraignant ; de l'exercice du droit de s'y engager, naît l'obligation de s'y conformer.

Les Etats acceptent de souscrire ces engagements internationaux parce que ceux-ci servent leurs intérêts. Tout Etat qui prétend participer en paix au développement des échanges entre les peuples sait qu'il doit consentir à l'élémentaire limitation de souveraineté qui consiste à accepter de se soumettre au droit international et aux décisions des tribunaux compétents pour l'appliquer. Il y va de la qualité de sa signature internationale. Il est d'autant moins crédible de vouloir dénigrer l'universalité des protections reconnues aux investisseurs dans les traités bilatéraux d'investissement que les accords conclus dans les rapports sud-sud comportent très exactement les mêmes garanties.

Dans ce contexte, certains Etats confrontés à l'issue défavorable d'une procédure ont pensé s'en prendre à l'arbitrage international. Pour compréhensible que soit la déception de quiconque perd son procès, il faut se garder d'oublier que l'arbitrage international n'est pas plus parfait que ne l'est le reste du monde. Nul observateur rationnel de l'arbitrage international n'est en mesure de prétendre qu'il existerait un biais défavorable aux Etats. Nombre d'investisseurs pourraient témoigner de la rigueur de la méthode analytique propre au raisonnement juridique en droit international, dont les exigences se sont souvent traduites par des refus d'indemnisation.

L'arbitrage international, en matière d'investissement et plus généralement de commerce international, est un mode de règlement des différends qui a atteint l'âge adulte ; il s'agit aujourd'hui, pour une communauté de juristes internationaux spécialisés et compétents de démontrer leur professionnalisme. Les arbitres internationaux sont parfois confrontés à des reproches mettant en cause des questions de conflits d'intérêts, de partialité ou de dépendance économique ; on peut aussi occasionnellement leur faire grief d'être victimes de leur succès et de ne pas savoir accorder à chaque différend toute l'attention et la disponibilité qu'il exige.

Nous ne pensons pas que les critiques formulées soient toujours légitimes, loin s'en faut. Mais la seule réaction rationnelle – et donc adulte – à la critique est de saisir l'opportunité que fournissent ces critiques afin de démontrer, par l'exemple, qu'elles n'ont pas de fondement.

Accepter un degré de transparence important est devenu une réalité de l'arbitrage d'investissement. Cette transparence devra naturellement toujours être mise en balance avec les exigences d'une bonne administration de la justice.

Juges privés en raison de la nature de leur investiture, les arbitres sont investis d'une mission d'intérêt public. Rendre justice n'est pas une simple prestation de service. S'agissant du métier de juger, les exigences d'éthique, de rigueur et d'indépendance d'esprit sont indispensables. Il s'y ajoute celles qui relèvent du savoir-faire et de la méthode, alliées à une réelle disponibilité et une grande force de travail. Il faut, aussi, faire œuvre de droit, et poursuivre l'œuvre d'élaboration d'une jurisprudence raisonnée et cohérente. Celle-ci contribue au développement de la prééminence du droit et rappelle aux Etats la force de leurs engagements librement consentis. Elle permet aux Etats, en se mettant en conformité avec les garanties qu'ils ont souscrites, de respecter le pacte de confiance qui sous-tend l'investissement international et leur propre développement social et économique.

C'est dire que, pour les parties comme pour les arbitres, prendre le risque d'affaiblir la légitimité de l'arbitrage international en tant que mode de règlement des différends revient à priver d'efficacité le seul instrument effectif de la prééminence du droit. C'est vouloir s'en prendre à la prééminence du droit elle-même.