

La légitimité de l'arbitrage international d'investissement

Prof. Samantha Besson

L'arbitrage international d'investissement, tel qu'il est pratiqué à l'heure actuelle, souffre d'un problème de légitimité. Le problème tient à ce qu'en voulant remédier aux défaillances politiques et judiciaires des pays d'investissement et protéger les intérêts des investisseurs, on a transposé sans autre une méthode de résolution des différends entre particuliers à des litiges mettant en cause des intérêts publics. L'arbitrage d'investissement sert certes une fonction nécessaire de règlement des litiges, mais il ne peut pas répondre à long terme aux préoccupations de justice globale vis-à-vis de nombreux pays en voie de développement. L'article propose diverses mesures afin d'assurer une pesée des intérêts plus équitable entre les investisseurs et les Etats-hôtes et de contribuer sur un plan national et international au renforcement des systèmes judiciaires et politiques dans les pays en voie de développement.

Table des matières

Introduction

I. Quelques délimitations

1. La légitimité

- a. L'objet de légitimité
- b. La forme de légitimité
- c. Le type de légitimité
- d. L'origine de la légitimité

2. L'arbitrage international d'investissement

- a. L'arbitrage international et l'arbitrage national
- b. L'arbitrage international d'investissement et l'arbitrage international commercial
- c. L'arbitrage d'investissement par contrat et l'arbitrage d'investissement par traité

II. La question générale: Justice privée ou publique?

III. Quelques questions de légitimité

1. Le choix de l'arbitrage

- a. La question de la souveraineté nationale
- b. La question de la séparation des pouvoirs
- c. La question démocratique
- d. La question du contrôle international

2. Le choix de la procédure

- a. Le problème de la publicité et de la transparence
- b. Le problème de la cohérence intertemporelle
- c. L'absence de moyens de recours

3. Le choix de l'arbitre

- a. Le problème de la sélection de l'arbitre
- b. Le problème de la rémunération de l'arbitre

4. Le choix du droit

- a. La légitimité du droit étranger
- b. L'indivisibilité de l'ordre juridique
- c. La légitimité du texte juridique

IV. Quelques propositions de réforme

- 1. Vers des modalités d'arbitrage plus légitimes
- 2. Une assistance judiciaire et politique au plan national
- 3. Une assistance judiciaire et politique au plan international
 - a. Un Tribunal International d'Investissement
 - b. Le Conseil Démocratique International
 - c. Le Fonds Démocratique International de Garantie des Investissements
 - d. Le Dividende de Ressources Global

Conclusion

Introduction [^]

[Rz 1] Les 24 et 25 janvier derniers, la Cour suprême d'Ontario entendait les requêtes de deux organisations non-gouvernementales (ONG) et d'un syndicat canadiens, le *Council of Canadians*, la *Canadian Union of Postal Workers* et le *Charter Committee on Poverty Issues*, dans une affaire qui

les opposent au gouvernement canadien. Ces deux organisations contestent la légitimité constitutionnelle de la clause arbitrale du Ch. 11 de l'Accord de Libre Echange Nord-Américain (ALENA) et notamment le fait qu'elle soumette un Etat, en l'occurrence le Canada, de manière unilatérale à l'arbitrage en cas de conflit entre cet Etat et un investisseur étranger et cela au détriment des juridictions nationales compétentes¹. C'est la première fois qu'une juridiction nationale se prononce sur la constitutionnalité des clauses d'un accord de commerce international et sur la compatibilité de l'arbitrage mettant en cause un Etat avec les droits de l'homme et les principes de la démocratie et de l'Etat de droit, mais c'est la deuxième fois en très peu de temps que la légitimité du Ch. 11 ALENA est remise en cause. Il y a peu en effet c'était l'affaire *Methanex v. United States*² qui défrayait la chronique et qui aboutissait à l'élargissement du droit d'accès des ONG et autres groupes d'intérêts aux procédures d'arbitrage du Ch. 11 ALENA³. Ces deux affaires ne sont pourtant que la pointe de l'iceberg. La question de la légitimité de l'arbitrage d'investissement est désormais un sujet que le praticien de l'arbitrage ne peut plus ignorer⁴.

[Rz 2] On trouve de nombreuses analyses économiques⁵ et sociologiques⁶ de l'arbitrage. De même, les analyses juridiques de la légitimité de l'arbitrage se font de plus en plus nombreuses⁷. Pourtant, les analyses philosophiques demeurent rares⁸. Les raisons tiennent principalement à la complexité technique du domaine juridique, d'une part, et au manque de relations entre praticiens et théoriciens du droit, d'autre part. Depuis quelques années, la question de la légitimité de l'arbitrage est pourtant réapparue dans une lumière toute particulière dans le contexte de l'arbitrage d'investissement. Ces arbitrages mettent en cause un Etat en litige avec un ou plusieurs investisseurs privés étrangers dans des domaines d'investissement aussi variés que les concessions minières ou pétrolières, les concessions de distribution d'eau ou d'électricité, les infrastructures de transport, etc.⁹. L'arbitrage est en effet utilisé depuis les années soixante comme mécanisme de règlement des différends entre les pays non-industrialisés et les investisseurs étrangers¹⁰, dans le contexte tout particulier où, à tort ou à raison, ni les juridictions de l'Etat-hôte ni celles de l'investisseur n'ont aux yeux des parties l'impartialité requise. Très vite, l'arbitrage d'investissement s'est émancipé des modalités nationales d'arbitrage pour devenir véritablement international par le biais de conventions internationales d'arbitrage comme la Convention du Centre International pour le Règlement des Disputes Relatives à l'Investissement (CIRDI), mais aussi par le développement de clauses d'arbitrage commerciales classiques *ad hoc* ou se référant au Règlement de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Depuis une dizaine d'années, l'arbitrage d'investissement connaît un succès sans cesse grandissant en raison de la conclusion de traités multilatéraux, mais surtout de nombreux traités bilatéraux d'investissement (BIT), qui permettent à l'investisseur de recourir à l'arbitrage conformément à des conventions internationales d'arbitrages, comme la Convention CIRDI notamment. La difficulté de ces arbitrages d'investissement en termes de légitimité tient principalement à l'incompatibilité de prime abord entre l'arbitrage, qui est en soi un mode de règlement des conflits d'intérêts privés et commerciaux, et la souveraineté nationale dans des domaines d'intérêt public. Comment, en effet, justifier l'usage d'une procédure arbitrale, habituellement appliquée en matière d'affaires commerciales et privées, afin de résoudre des questions sensibles relevant de l'intérêt et du droit publics, comme notamment des questions liées à la protection de l'environnement, à la santé publique ou encore aux télécommunications?

[Rz 3] Cette question occupe depuis quelque temps le discours des milieux, et notamment des ONG, qui se soucient des intérêts des pays en voie de développement, ainsi que celui des milieux environnementalistes¹¹. On assiste en effet actuellement à un revirement en droit international public

et en théorie des relations internationales, dont l'agenda n'est plus seulement réaliste et dicté par des considérations intergouvernementales; ces disciplines traitent désormais aussi de questions de justice globale et de distribution des ressources dans le monde¹². Ceci a donné lieu notamment à différentes propositions normatives et institutionnelles dans le domaine de la protection des ressources nationales contre les gouvernements non-démocratiques qui les accaparent¹³, ou dans le domaine de leur protection contre des investisseurs étrangers qui tirent profit du besoin d'investissement de ces mêmes pays en voie de développement¹⁴. Il aura pourtant fallu que les Etats-Unis et le Canada se retrouvent parmi les Etats soumis à la clause arbitrale du Ch. 11 ALENA, et que ces questions ne se posent par conséquent plus uniquement dans le contexte des Etats en voie de développement, pour que la question de la légitimité des procédures d'arbitrage d'investissement soit remise en cause politiquement et juridiquement par certains Etats, dans les médias, et désormais aussi au sein des milieux académiques¹⁵. On parle désormais même de «gouvernements de l'ombre» ou de «terrorisme arbitral», pour qualifier les tribunaux arbitraux d'investissement et la tension grandissante entre la nature privée de la procédure et le domaine éminemment public de son objet¹⁶. En fait, d'importants progrès ont déjà été réalisés en termes de garanties procédurales et quelques grandes organisations arbitrales, comme le CIRDI et la CCI, ont empoigné le problème¹⁷. En outre, certaines décisions arbitrales récentes laissent aussi deviner un certain renversement des priorités en faveur des Etats-hôtes¹⁸.

[Rz 4] Dans cet article, j'aimerais délimiter, du point de vue de la théorie du droit, les grandes questions que pose la légitimité de l'arbitrage international d'investissement et apporter quelques esquisses de réponses. Il ne s'agit pas de présenter une étude exhaustive et détaillée de la légitimité de ce type d'arbitrage, mais au contraire de mettre en avant quelques-unes des difficultés rencontrées en pratique, afin de générer une prise de conscience de la complexité des enjeux globaux de l'arbitrage et, je l'espère, un meilleur dialogue entre praticiens et théoriciens¹⁹. L'approche choisie sera donc résolument générale et schématique, privilégiant la vue d'ensemble sur le détail²⁰. Après quelques délimitations quant à ce que j'entendrai par «légitimité» et par «arbitrage international d'investissement» (I.), il s'agira de discuter la question de la légitimité de l'arbitrage de manière tout à fait générale (II.). Je passerai ensuite à la présentation de quelques questions choisies dans le domaine de l'arbitrage international d'investissement (III.), avant de proposer certains remèdes à ces difficultés (IV.).

I. Quelques délimitations ^

[Rz 5] Afin de mieux saisir ce que cet article entend par légitimité de l'arbitrage international d'investissement, il est important de délimiter ce thème d'autres sujets connexes. Pour ce faire, il est utile de définir plus précisément ce que j'entendrai par légitimité (1.) et par arbitrage international d'investissement (2.).

1. La légitimité ^

[Rz 6] La légitimité est un concept fourre-tout utilisé de plus en plus largement et il est assez difficile par conséquent de le définir avec précision²¹. De manière générale, on peut dire qu'il s'agit de la qualité de ce qui est justifié. Dans cette section, je distinguerai l'objet de légitimité (a.), de sa forme (b.), de son type (c.) et enfin de son origine (d.). La légitimité qui nous occupera au fil de la

présentation est en effet la *légitimité formelle, politique et externe de l'arbitrage*, qu'il s'agisse de décisions ou de procédures arbitrales.

a. L'objet de légitimité ^

[Rz 7] La légitimité peut avoir différents objets. On distingue en général entre la légitimité d'une décision (i.), d'une entité (ii.) ou encore d'un régime (iii.). Toutes trois sont concernées lorsque l'on se réfère à la légitimité de l'arbitrage.

i. La légitimité d'une décision

[Rz 8] La légitimité peut être utilisée par référence à la justification d'une décision. En matière d'arbitrage, c'est souvent la décision arbitrale qui fera l'objet d'un jugement de légitimité.

ii. La légitimité d'une entité

[Rz 9] La légitimité peut aussi désigner la justification d'une entité politique ou juridique. En matière d'arbitrage, il s'agirait, par exemple, de questions liées à la nomination et à la composition du tribunal arbitral et de sa légitimité par rapport à un tribunal ordinaire.

iii. La légitimité d'un régime

[Rz 10] La légitimité est aussi la justification d'un régime ou des modalités d'adoption d'une décision. C'est le cas, par exemple, de la légitimité démocratique. En matière d'arbitrage, la question de la légitimité du régime désigne la procédure choisie.

b. La forme de légitimité ^

[Rz 11] La légitimité peut prendre différentes formes: elle peut être matérielle (i.) ou formelle (ii.).

i. La légitimité matérielle

[Rz 12] La légitimité matérielle concerne le contenu de l'objet en cause. En matière d'arbitrage, ce sera souvent le contenu de la décision arbitrale elle-même dont la légitimité est remise en cause, même s'il n'est pas toujours aisé de distinguer la décision de la procédure d'adoption de cette décision.

ii. La légitimité formelle

[Rz 13] La légitimité formelle a trait non pas au contenu de l'objet en cause, mais à la manière dont il a été adopté et plus généralement à sa procédure d'adoption. En matière d'arbitrage, une décision arbitrale peut faire l'objet d'une contestation de légitimité quant à son contenu, mais aussi quant à la manière dont elle a été adoptée. A noter qu'on peut parler de la légitimité matérielle, et non seulement formelle d'une procédure arbitrale; l'objet et la forme de la légitimité doivent être clairement distingués.

c. Le type de légitimité ^

[Rz 14] Parmi les types de légitimité, l'on distingue en général entre la légitimité juridique (i.) et la légitimité politique (ii.).

i. La légitimité juridique

[Rz 15] La première forme de légitimité est purement juridique. Elle découle du respect du droit de l'ordre juridique dans lequel se pose la question de légitimité. En matière d'arbitrage, il s'agit de veiller au respect par la procédure d'arbitrage du droit national (p.ex. droit constitutionnel) et du droit international et européen (p.ex. art. 6 al. 1 de la [Convention européenne des droits de l'homme \[CEDH\]](#)). La question de la légitimité juridique de l'arbitrage, notamment en relation aux droits de l'homme, a déjà été abondamment traitée ailleurs et cet article ne s'y attardera pas. La légitimité juridique est certes la concrétisation d'une volonté de légitimité politique ou morale. Elle est néanmoins interne au système juridique et n'a aucune dimension critique ou normative.

ii. La légitimité politique

[Rz 16] La légitimité politique est une forme plus normative de légitimité qui s'attache non pas seulement à une justification juridique, mais aussi à une justification morale. En matière d'arbitrage, la légitimité politique a trait au respect de principes politiques fondamentaux comme la séparation des pouvoirs, la démocratie, la souveraineté, etc. La légitimité politique inspire bon nombre d'éléments protégés au titre de la légitimité juridique²², mais s'étend à des questions structurelles et institutionnelles plus vastes. C'est le type de légitimité qui nous occupera dans cet article.

d. L'origine de la légitimité ^

[Rz 17] La légitimité politique peut être perçue d'un point de vue externe (i.) ou interne (ii.).

i. La légitimité externe

[Rz 18] La légitimité externe est la perspective la plus fréquente de la légitimité politique. Il s'agit dans notre cas de la perception de l'arbitrage par un observateur qui n'est pas partie à la procédure et en l'occurrence de la perception du théoricien politique. C'est le type de légitimité qui nous intéressera ici.

ii. La légitimité interne

[Rz 19] Il est important, cependant, de ne pas perdre de vue la question de la légitimité interne, qui se greffe sur les diverses discussions de la légitimité externe. Il est difficile en effet d'imaginer l'une sans l'autre. La reconnaissance de la légitimité des décisions arbitrales par les parties, mais aussi par un public plus large est, par exemple, essentielle à la reconnaissance externe de sa justification politique en pratique.

2. L'arbitrage international d'investissement ^

[Rz 20] Le concept d'arbitrage couvre une vaste réalité. Cet article traite de l'arbitrage international d'investissement, c'est-à-dire de la forme d'arbitrage qui met en cause un Etat et un particulier (a.),

en matière d'investissement (b.) et qui est soumis à une clause ou à un traité d'arbitrage (c.).

a. L'arbitrage international et l'arbitrage national [^]

[Rz 21] L'arbitrage est une procédure informelle de règlement des différends qui forme une alternative importante à la justice étatique. Il a été développé principalement dans le contexte de la résolution de différends commerciaux entre particuliers, mais il peut aussi mettre en cause un ou plusieurs Etats. Le présent article se concentrera sur les arbitrages entre un Etat et un particulier, l'investisseur.

[Rz 22] L'arbitrage national a lieu dans un Etat et conformément à l'ordre juridique de cet Etat, alors que l'arbitrage international est entièrement soumis au droit international. L'arbitrage de droit international, comme par exemple l'arbitrage CCI, est en général aussi en partie soumis à un droit national d'arbitrage (*lex arbitri nationale*), mais il peut parfois, comme dans le cas de l'arbitrage CIRDI, être régi exclusivement le droit international public, et en l'occurrence par la Convention CIRDI. Selon que l'arbitrage CIRDI est prévu par un contrat ou par un traité d'arbitrage, le droit applicable au fond du litige sera dans le premier cas le droit national choisi et dans le second le traité lui-même interprété selon la Convention de Vienne et complété par le droit international²³. Il faut souligner que la présence d'un Etat au litige n'est pas le critère pertinent de distinction entre ces deux types d'arbitrage: on peut rencontrer des arbitrages nationaux qui mettent en cause un Etat et les arbitrages internationaux peuvent opposer des parties privées. Ce sera l'objet de cet article que de traiter de la légitimité de l'arbitrage international lorsqu'il oppose un ou plusieurs Etats à un ou plusieurs particuliers.

b. L'arbitrage international d'investissement et l'arbitrage international commercial [^]

[Rz 23] L'arbitrage international mettant en cause un Etat est un arbitrage d'investissement, lorsqu'il est relatif à l'investissement de capitaux par un investisseur privé sur le territoire de cet Etat. Si par contre le particulier n'investit pas, mais produit une prestation en vertu d'un contrat qui le lie à cet Etat, l'arbitrage en question est un arbitrage purement commercial. C'est la première forme d'arbitrage international qui nous intéressera ici.

[Rz 24] Outre leur objet, la différence entre arbitrages d'investissement et commerciaux tient aux procédures de règlement utilisées. Alors que les arbitrages d'investissement sont le plus souvent soumis à des procédures propres à l'investissement comme la Convention CIRDI, les arbitrages commerciaux sont résolus par des procédures *ad hoc* ou de plus en plus souvent par des procédures comme celle du Règlement CCI. Il faut remarquer néanmoins que les procédures ne sont pas strictement séparées et qu'il y a par conséquent des différends en matière d'investissement qui sont résolus par des procédures d'arbitrage commercial et notamment en vertu de clauses d'arbitrage selon le Règlement CCI. Dans ce qui suit, je traiterai et contrasterai les deux principales procédures d'arbitrage en matière d'investissement international: la Convention CIRDI et le Règlement CCI.

c. L'arbitrage d'investissement par contrat et l'arbitrage d'investissement par traité [^]

[Rz 25] L'arbitrage international d'investissement est la plupart du temps prévu par la conclusion de traités d'investissements. Ces traités peuvent être bilatéraux entre les parties concernées et ils prévoient entre autres la possibilité pour l'investisseur d'ouvrir une procédure arbitrale contre l'Etat-

hôte²⁴. Ils peuvent cependant aussi être, bien que plus rarement, multilatéraux, comme l'ALENA, et contenir des clauses d'arbitrage semblables à celle des conventions bilatérales. Les procédures prévues par ces traités sont le plus souvent la Convention CIRDI ou le Règlement CCI. A l'origine, l'arbitrage d'investissement était prévu par des clauses d'arbitrage classiques prévues dans des contrats d'investissement entre l'Etat-hôte et l'investisseur, plutôt que des traités internationaux. Ces clauses contractuelles sont encore pratiquées, même si elles sont plus rares que les traités en la matière. Elles prévoient le plus souvent de soumettre le différend à la Convention CIRDI ou au Règlement CCI. Dans cet article, je considérerai les deux formes d'arbitrage et ne distinguerai entre elles que lorsque leurs différences ont des conséquences sur la légitimité de l'arbitrage.

II. La question générale: Justice privée ou publique? ^

[Rz 26] Avant d'examiner les différentes questions de légitimité que soulève l'arbitrage international d'investissement, j'aimerais traiter brièvement de la difficulté centrale qui lie toutes ces questions. De manière générale, le problème de la légitimité de l'arbitrage revient à poser la question de la justice privée. Est-ce que l'autonomie privée implique le droit à la justice privée en cas de différend juridique?

[Rz 27] Dans les ordres juridiques nationaux, la majorité des conflits privés sont régis par le droit privé national et les cours civiles nationales. La maxime de la justice publique est en effet *nemo iudex in sua causa*. En soi, la justice privée ne devrait par conséquent plus être tolérée, du moins de manière illimitée. La question de l'opposition entre justice publique et privée se situe en effet au cœur de l'ordre juridique. Elle revient à s'interroger sur la raison d'être de l'ordre juridique, d'une part, et de son système judiciaire, d'autre part. Ces questions ne peuvent pour des raisons évidentes qu'être effleurées ici²⁵. Quant à l'avènement de l'*ordre juridique*, premièrement, différentes justifications sont mises en avant afin d'expliquer pourquoi il est nécessaire d'établir des règles de droit communes par lesquelles tous se sentent liés. Une des raisons que l'on mentionne souvent est la coordination. Il s'agit principalement de notre intérêt et volonté de résoudre un problème de coordination en cas de désaccord sur des questions de justice: tous préféreraient partager la même solution et agir selon la même règle, quelle qu'elle soit, plutôt que de chacun choisir la sienne et de ne pas parvenir à se coordonner, au risque de l'anarchie. Il existe bien sûr des exceptions, mais, dans la majeure partie des sujets qui nous préoccupent dans nos relations sociales et politiques, nous préférons partager et appliquer un ensemble de règles communes à l'idée de la coexistence de multiples conceptions privées de la justice. L'avènement du *système judiciaire*, deuxièmement, peut être justifié pour des raisons analogues. En dépit d'un système de normes juridiques unique et commun, la multiplicité des interprétations des mêmes normes appelle un correctif supplémentaire: des institutions communes de mise en œuvre du droit. Le système judiciaire commun, et par conséquent l'idée de justice publique, répondent à ce besoin. Ils assurent une cohérence et la régularité des jugements, l'indépendance et l'impartialité du juge, la séparation des pouvoirs, le contrôle démocratique, etc.

[Rz 28] Certes, l'arbitrage a existé de tout temps et il permet d'assurer une certaine flexibilité et autonomie dans des matières qui relèvent des échanges commerciaux. Les références historiques ne peuvent néanmoins tout justifier. En outre, ni les matières soumises à l'arbitrage ni ses modalités ne peuvent échapper à l'approbation de l'ordre juridique qui leur décerne une légitimité juridique soumise au respect de certaines conditions, comme le respect de l'art. 6 al. 1 CEDH²⁶. Les tribunaux

ordinaires locaux interviennent régulièrement comme juges d'appui ou de contrôle de l'arbitrage. Finalement, l'ordre juridique ne peut pas reconnaître à ces mécanismes une légitimité politique qu'ils n'ont pas toujours, ce qui laisse la question de la légitimité politique largement ouverte. Ceci vaut tout particulièrement en matière d'arbitrage international d'investissement, qui, d'une part, transpose à des litiges portant sur un intérêt public une méthode de règlement des différends développée à l'origine pour la résolution de litiges commerciaux opposant des particuliers et, d'autre part, dénationalise dans la plupart des cas la procédure d'arbitrage en la soumettant entièrement au droit international. Est-ce que la justification en soi déjà très limitée de la justice privée peut dans ces conditions s'étendre à des différends touchant un intérêt public patent? Dans ce qui suit, il s'agira de réexaminer cette question fondamentale à travers une constellation de sous-questions qui en dérivent²⁷.

III. Quelques questions de légitimité ^

[Rz 29] Dans cette section, j'aimerais traiter de quelques questions choisies sur le thème de la légitimité politique de l'arbitrage international d'investissement²⁸. Ces questions sont regroupées selon quatre thèmes: le choix de l'arbitrage (1.), le choix de la procédure d'arbitrage (2.), le choix de l'arbitre (3.) et le choix du droit (4.).

1. Le choix de l'arbitrage ^

[Rz 30] Le premier groupe de questions à traiter relève du choix de l'arbitrage au lieu de la justice ordinaire. Il s'agit de traiter de questions comme celle de la souveraineté nationale (a.), de la séparation des pouvoirs (b.), de la démocratie (c.), et celle du contrôle international (d.).

a. La question de la souveraineté nationale ^

[Rz 31] La première question à évoquer est celle de la souveraineté nationale. La souveraineté implique l'autorité politique et juridique ultime sur un territoire. Ceci englobe notamment l'autorité judiciaire. Dans le domaine de l'arbitrage d'investissement mettant en cause un Etat, la question de la souveraineté nationale se pose avec une acuité toute particulière. Comment un Etat peut-il être jugé par un tribunal arbitral qui lui est étranger et être encore considéré comme souverain? Et cela tout spécialement dans des matières qui touchent au domaine et patrimoine publics et non pas financiers de l'Etat, comme l'environnement, la santé publique, les services postaux, les télécommunications, l'électricité, etc.

[Rz 32] Certes, un Etat peut souverainement décider de se soumettre à l'arbitrage en cas de litige d'investissement avec un particulier. Le consentement est en effet le fondement classique de l'arbitrage commercial entre particuliers, dans lequel il est manifesté par une clause contractuelle d'arbitrage. Par analogie avec ce que requiert l'art. 6 al. 1 CEDH en matière d'arbitrage entre particuliers, cependant, une renonciation au droit à un recours effectif devant une juridiction ordinaire ne peut être reconnue comme légitime que si l'égalité des armes est garantie²⁹. Il est évident que l'égalité des armes est rarement assurée en matière d'investissement étranger. En effet, si les Etats en voie de développement souhaitent attirer les investisseurs, ils n'ont souvent guère le choix que de prévoir une clause arbitrale ou d'accepter un traité d'investissement qui prévoit l'arbitrage en cas de

différend. Par ailleurs, comme je l'ai dit auparavant, la majorité des arbitrages internationaux d'investissement est aujourd'hui fondée sur des traités bilatéraux ou multilatéraux et non plus sur un contrat, ce qui rend l'idée de consentement à l'arbitrage très artificielle. La disposition du traité prévoyant le recours à l'arbitrage constituerait l'offre d'arbitrer exprimée par l'Etat-hôte, alors que l'investisseur donnerait son consentement par le dépôt de la requête d'arbitrage³⁰. En outre, toujours par référence à l'art. 6 al. 1 CEDH, toutes les matières ne sont pas arbitrables hors des matières «civiles». Ceci vaudrait donc *a fortiori* pour l'Etat lui-même et dans des domaines relevant du droit public, dans lesquels l'Etat ne pourrait renoncer à la justice publique³¹.

b. La question de la séparation des pouvoirs ^

[Rz 33] Une question connexe est celle de la séparation des pouvoirs. Selon ce principe politique, les trois pouvoirs, le législatif, l'exécutif et le judiciaire, ne sont pas seulement distincts et indépendants, mais aussi en tension et en coopération constantes. Le pouvoir judiciaire contrôle le pouvoir législatif, mais ce dernier peut aussi répondre au pouvoir judiciaire. Ce qui importe, c'est que sans pouvoir judiciaire, la législation ne bénéficie pas des contrôles dont elle a besoin. Mais l'inverse est aussi vrai: sans pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire ne peut exercer son rôle comme il le doit.

[Rz 34] En matière d'arbitrage international d'investissement impliquant un Etat, la question se pose de manière très grave. Lorsque des questions juridiques d'intérêt public échappent au contrôle du juge étatique, la séparation et la coopération des pouvoirs ne fonctionnent plus, mettant ainsi en péril l'équilibre du système juridique tout entier. Ceci peut en outre avoir un impact négatif sur les juridictions nationales ordinaires dans d'autres domaines. C'est notamment ce que craignent de nombreuses organisations non-gouvernementales face à la clause d'arbitrage unilatérale du Ch. 11 ALENA. Elles redoutent une perte d'indépendance des juridictions ordinaires dont la compétence se voit ainsi pratiquement modifiée³².

c. La question démocratique ^

[Rz 35] Selon le principe de démocratie, les sujets de droits doivent se doter ensemble des règles de droit qui s'appliquent à eux. Ceci implique en pratique que les autorités qui édictent ces règles et les appliquent doivent être démocratiquement élues ou du moins élues par des autorités elles-mêmes démocratiquement élues. Seuls des juges élus démocratiquement ou du moins élus par une autorité elle-même élue démocratiquement peuvent défaire et refaire ce qui a été fait démocratiquement.

[Rz 36] Le problème en matière d'arbitrage international d'investissement tient à la sélection purement privée des arbitres. Les arbitres du CIRDI sont, par exemple, choisis par les parties ou par le CIRDI lui-même (sur la base d'une liste établie par les Etats ou, hors liste, avec le consentement des parties) (art. 37-40 Convention CIRDI). Il s'agit de particuliers qui ne revêtent aucune fonction officielle, mais qui pourtant sont appelés en tant que juges privés à trancher la validité de l'action de gouvernements en droit national et international. L'arbitrage international d'investissement tranche souvent des questions de droit public national, comme par exemple des questions d'expropriation, de santé publique ou de télécommunications, qui ont fait l'objet de décisions démocratiques. Dans ces conditions, la question de l'absence de légitimité démocratique de la procédure arbitrale se pose d'autant plus gravement qu'en matière d'arbitrage purement privé. Les arbitres n'ont le plus souvent aucune représentativité démocratique en ce qu'ils sont étrangers et ne connaissent pas du tout la situation ni les enjeux nationaux. De surcroît, de nombreux arbitrages internationaux

d'investissement surviennent dans des contextes nationaux difficiles où le gouvernement au pouvoir est faible ou corrompu, rendant ainsi l'absence de contrôle démocratique par le système judiciaire national d'autant plus sensible.

d. La question du contrôle international ^

[Rz 37] Si le contrôle démocratique national est crucial, le contrôle international peut aussi l'être dans des conditions où les intérêts publics touchés ne sont pas uniquement nationaux, mais aussi d'envergure internationale. On pensera, par exemple, aux enjeux environnementaux, géopolitiques, historiques ou encore culturels. En général, ce contrôle s'exerce par le biais des conventions internationales, qui lient les Etats et par conséquent s'appliquent à leurs juridictions ordinaires.

[Rz 38] Dans le cas de l'arbitrage d'investissement, si les intérêts publics nationaux ne sont pas pris en compte, ceci vaut *a fortiori* pour des enjeux plus larges. On pensera notamment aux enjeux politiques internationaux de certaines affaires et des déséquilibres régionaux qui peuvent découler de décisions patrimoniales importantes. Comme illustration de la difficulté des tribunaux arbitraux à prendre en compte ces intérêts publics nationaux et internationaux et à les faire peser contre les intérêts privés, on peut mentionner l'affaire CIRDI de 1992 *SPP v. Egypt*. Dans cette affaire, un complexe touristique devait être construit sur le site des pyramides de Gizeh, mais n'a pas pu l'être en raison de la découverte de sites archéologiques importants sous le terrain désigné. Le tribunal arbitral a cependant jugé que l'Egypte devait des dommages et intérêts à l'investisseur pour violation du contrat, en dépit du fait que le site figurait au rang des monuments historiques mondiaux et que le terrain en question ne pouvait par conséquent plus être considéré comme constructible.

2. Le choix de la procédure ^

[Rz 39] Le choix de la procédure arbitrale soulève des questions importantes et notamment la question de la publicité et de la transparence (a.), le problème de la cohérence intertemporelle (b.) et la question de l'absence de moyens de recours (c.).

a. Le problème de la publicité et de la transparence ^

[Rz 40] Une des premières questions que soulève le choix de la procédure arbitrale par rapport à celui de la procédure judiciaire ordinaire a trait à la publicité et à la transparence des décisions judiciaires. En principe, en effet, il découle du principe de la sécurité juridique et de l'égalité devant la loi que les décisions judiciaires, qui sont des sources du droit à part entière, doivent être publiques. Ceci implique à son tour que la procédure judiciaire doit être la plus transparente possible.

[Rz 41] L'arbitrage commercial traditionnel est largement confidentiel, ce qui pose certaines difficultés. En matière d'arbitrage international d'investissement, par contre, les sentences arbitrales sont généralement publiques. C'est le cas des arbitrages CIRDI notamment, mais non pas des arbitrages CCI en matière d'investissement. Quant aux procédures arbitrales, elles ne sont que rarement transparentes pour des raisons liées intrinsèquement à la raison d'être de l'arbitrage. Ceci est particulièrement gênant dans des affaires mettant en cause un Etat et des intérêts publics. Bien sûr, la couverture médiatique de certaines de ces affaires est de plus en plus importante. La presse ne suffit pas néanmoins à combler le vide informationnel créé par certaines procédures arbitrales.

Beaucoup reste donc encore à faire, mais les choses sont en train de changer. Il faudrait, par exemple, rendre publique l'existence même d'un arbitrage dès le dépôt d'une requête, notamment sur Internet. Si le CIRDI le fait déjà, ce n'est pas encore le cas de la CCI. On peut également envisager de permettre à des tiers autorisés, comme des ONG, qui ne sont pas parties à la procédure, de produire des observations écrites, sur le modèle des *amicus curiae* briefs américaines. C'est chose faite dans le cadre des procédures ALENA depuis l'affaire *Methanex*³³ et des arbitres CIRDI ont adopté cette technique à quelques reprises récemment³⁴. Certaines questions demeurent ouvertes cependant quant au poids à attribuer à ces soumissions écrites et le pouvoir d'appréciation des arbitres demeure très large. Finalement, il serait aussi souhaitable d'ouvrir l'accès du public à l'audience. C'est ce qui a été proposé récemment dans l'arbitrage *Methanex* notamment, mais cette possibilité se heurte à l'absence de qualité de partie du public en général.

[Rz 42] Par analogie avec ce qui prévaut dans les Etats soumis à la CEDH, l'Etat est responsable du respect des garanties procédurales en matière d'arbitrage national, notamment en vertu de l'art. 6 al. 1 CEDH. Ceci implique *a fortiori* que les procédurales arbitrales internationales qui impliquent des Etats devraient respecter les exigences minimales d'un procès équitable en terme de transparence et d'impartialité. Bien sûr, la gestion efficace d'une procédure d'arbitrage implique nécessairement un certain nombre de compromis quant aux exigences de transparence et une pesée des intérêts devra avoir lieu dans chaque cas.

b. Le problème de la cohérence intertemporelle ^

[Rz 43] Une autre difficulté est celle de la cohérence intertemporelle des décisions judiciaires. En principe, le droit a une dimension temporelle intrinsèque. Elle s'affirme par le biais de précédents judiciaires, dans la mesure où une décision judiciaire ne lie pas seulement les parties en cause, mais aussi les juges dans de futures affaires similaires. Les principes sous-jacents sont celui de la sécurité juridique et de l'égalité devant la loi.

[Rz 44] Dans le contexte de l'arbitrage, la dimension temporelle est pour ainsi dire inexistante. Il n'y a pas en matière d'arbitrage de principe de précédent ou de *stare decisis*. Les décisions arbitrales ne sont pas seulement souvent confidentielles, mais elles sont aussi de ce fait totalement dépourvues d'impact dans le temps. Ceci vaut aussi en matière d'arbitrage international d'investissement. Les décisions arbitrales d'investissement, même une fois publiées, peuvent se contredire, nuisant ainsi à la crédibilité et à l'autorité de l'ensemble de la convention ou du traité d'arbitrage sur la base desquels ces différentes affaires sont jugées³⁵. Certes, en pratique, beaucoup de sentences arbitrales présentent une cohérence importante entre elles. De plus, le mécanisme d'annulation des sentences du CIRDI peut dans certains cas servir à rectifier des incohérences de fond, même si les griefs d'annulation sont très limités. Le risque lié à l'insécurité juridique existe néanmoins et son existence suffit à soulever une nouvelle question de légitimité. On pourrait imaginer par conséquent d'intégrer un principe de cohérence au niveau de l'arbitrage lui-même³⁶. D'aucuns voient la solution à ce risque d'incohérence dans l'instauration d'une procédure d'appel en matière d'arbitrage d'investissement et il est temps de nous tourner vers cette troisième question.

c. L'absence de moyens de recours ^

[Rz 45] Un autre problème lié au choix de la procédure d'arbitrage a trait à l'absence d'appel et plus généralement de moyens de recours contre une décision arbitrale. Une procédure arbitrale se situe

en principe en dehors de toute hiérarchie judiciaire. Le recours est cependant un élément central de l'adjudication. Il permet de considérer de nouveaux moyens de droit si nécessaire et surtout de faire relire une même réalité à d'autres juges, assurant ainsi une plus grande impartialité et cohérence du droit. En fait, des moyens de recours ordinaires de droit national sont très souvent imposés même en matière d'arbitrage par les ordres juridiques nationaux³⁷. Pourtant, la majeure partie des procédures d'arbitrage d'investissement ne dispose pas de voies de recours contre la sentence et certaines procédures internationales, comme celle de la Convention CIRDI, excluent même le contrôle judiciaire national par un juge d'appui. L'arbitrage CIRDI ne dispose que d'un mécanisme interne d'annulation par un comité *ad hoc* de trois membres nommés par le CIRDI et ce pour des griefs très limités³⁸.

[Rz 46] Les choses sont en passe de changer, cependant. L'instauration d'une véritable procédure d'appel en matière d'arbitrage d'investissement a été sérieusement discutée dans différents contextes³⁹. C'est le cas notamment dans le cadre du CIRDI⁴⁰. Les objections majeures au recours en matière d'arbitrage d'investissement tiennent à la lourdeur et à la longueur de la procédure, mais aussi à son renchérissement, c'est-à-dire des raisons qui sont à l'origine de l'attrait de l'arbitrage par rapport à la justice publique en premier lieu. On voit mal cependant comment renforcer la légitimité des procédures d'arbitrage sans entamer certaines de leurs autres dimensions. Avec la nomination des juges, survient aussi le risque de la politisation et de corruption du processus⁴¹. Cette objection peut aisément être écartée par référence à l'argument démocratique notamment; la politisation implique aussi une démocratisation et par conséquent diminue l'impact négatif que peut avoir l'arbitrage sur la légitimité des juridictions nationales. En outre, prévoir des juges professionnels qui siègeraient en tournus permettrait d'éviter le danger de corruption politique. En termes de qualité des juges, la possibilité d'une cour en rotation permettrait aussi d'assurer une certaine alternance de spécialistes de haut niveau. Finalement, on peut aussi prévoir, comme le propose Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, une procédure de renvoi préjudiciel en droit uniquement, plutôt que de recours sur le droit et les faits, sur le modèle de l'art. 234 du Traité instituant la Communauté européenne⁴². Une telle procédure présenterait l'avantage de ne pas être trop coûteuse ni trop longue, mais de permettre à un deuxième juge de se prononcer à nouveau sur le droit et de veiller à la cohérence du droit de l'arbitrage d'investissement. Il est important de saisir néanmoins que la légitimité du renvoi préjudiciel dépend grandement de la nature judiciaire de l'organe saisi de ce renvoi⁴³ et que, par conséquent, les difficultés liées à la nature permanente et professionnelle d'une cour d'appel en matière d'arbitrage d'investissement ne disparaîtraient pas entièrement.

3. Le choix de l'arbitre ^

[Rz 47] Il y a différents points à distinguer dans la question du choix de l'arbitre par les parties au conflit et notamment le problème de la sélection de l'arbitre (a.) et celui de sa rémunération (b.).

a. Le problème de la sélection de l'arbitre ^

[Rz 48] La première question à soulever en matière de choix de l'arbitre est celle de la sélection de l'arbitre. En principe, les juges ordinaires sont élus, soit de manière directe soit de manière indirecte par un organe lui-même élu. La question n'est plus ici celle de la représentativité démocratique de l'arbitre en général, mais celle de l'identité de l'arbitre dans un cas précis.

[Rz 49] Les arbitres ne sont pas élus de manière publique. Ils sont sélectionnés par les parties soit de manière générale soit en cas de litige. Les arbitres du CIRDI sont, par exemple, choisis par les parties ou par le CIRDI lui-même. Le problème tient à ce qu'il y a beaucoup d'échanges de nomination, entre avocats et arbitres, et par conséquent des risques de collusion lorsqu'un arbitre est simultanément avocat dans d'autres cas connexes. Il se retrouve donc être à la fois juge et partie. Certes, il peut être dans l'intérêt des parties de pouvoir choisir un arbitre en fonction de son passé et de ses activités professionnelles. En outre, si l'on transpose la jurisprudence de l'art. 6 al. 1 CEDH, il est possible de déduire de l'égalité des armes entre parties, si elle est donnée, que le choix subjectif de l'arbitre est ainsi validé par la renonciation à la justice publique. Cela implique néanmoins que les autres conditions nécessaires à un jugement équitable soient données, comme notamment la transparence et l'impartialité.

b. Le problème de la rémunération de l'arbitre ^

[Rz 50] Une seconde question à résoudre en relation au choix de l'arbitre est celle de sa rémunération. En principe, les juges sont des fonctionnaires dont le salaire est établi de manière générale et équitable. Ceci doit contribuer à leur indépendance et à leur impartialité.

[Rz 51] En matière d'arbitrage d'investissement, les choses sont plus complexes. Les arbitrages CIRDI sont des arbitrages dont la rémunération est standardisée. Dans un certain nombre de procédures d'arbitrage commercial comme les arbitrages CCI, cependant, la rémunération de l'arbitre est établie non pas de manière conventionnelle, mais au *pro rata* de la valeur litigieuse. Il existe bien souvent un plafond maximal, mais la question de la rémunération à la valeur litigieuse reste controversée et beaucoup de pressions sont exercées actuellement en la matière. Certes, un des arguments souvent présentés en faveur de la rémunération libre tient au marché et à l'importance de la qualité et de l'indépendance des juges. La difficulté principale tient cependant à l'absence d'assistance judiciaire en matière d'arbitrage; il se peut qu'une partie ne puisse rémunérer les arbitres au prix prévu et ne puisse pas par conséquent obtenir justice. Ceci est considéré comme contraire à l'égalité des armes et notamment à l'art. 6 al. 1 CEDH⁴⁴. Une solution serait par conséquent d'organiser une assistance judiciaire en matière d'investissement, par exemple par le biais de la Banque mondiale, afin de contrebalancer les désavantages du prix des arbitres de haute qualité⁴⁵.

4. Le choix du droit ^

[Rz 52] La question du choix du droit applicable à l'arbitrage regroupe différentes questions comme celle de la légitimité du droit étranger (a.), de l'indivisibilité de l'ordre juridique (b.), et de la légitimité du texte juridique seul (c.). Il s'agit en effet de savoir, par exemple, si les parties peuvent choisir le droit privé suisse dans une affaire sans lien d'extranéité avec la Suisse, des règles de droit privé suisse sans droit public, et, finalement, le texte du droit privé suisse sans la jurisprudence attenante. Il faut remarquer que ces questions ne se posent que dans les cas où le droit applicable au fond est du droit national étranger, plutôt que du droit international public, ce qui, avec la multiplication des traités d'investissement, dont le droit de fond est le droit des traités et d'autres sources du droit international public⁴⁶ (art. 42 Convention CIRDI), est devenu la minorité des cas en matière d'arbitrage d'investissement; l'élection du droit national comme droit applicable au fond de l'arbitrage ne s'applique plus qu'en matière d'arbitrage CCI ou dans les rares cas d'arbitrage CIRDI fondés sur

une clause contractuelle d'arbitrage.

a. La légitimité du droit étranger ^

[Rz 53] La première étape en matière de choix du droit applicable à l'arbitrage relève de l'origine de ce droit. En principe, le droit applicable à une affaire est celui de l'ordre juridique auquel l'une ou l'autre partie a un élément de rattachement comme le domicile, le siège d'une entreprise, etc. Ces éléments de rattachement ont en général ceci de commun qu'ils impliquent une participation à un moment ou un autre au système politique dont la règle est issue.

[Rz 54] La situation est plus complexe en matière d'arbitrage. Le droit privé suisse, par exemple, fait très fréquemment l'objet de clauses arbitrales, et ceci même en matière d'investissement. Ceci tient certes à sa concision et à son efficacité. La question se pose néanmoins de savoir quelle est la légitimité de son application hors de la Suisse à des individus qui n'ont pas contribué à son élaboration et surtout à des Etats qui ne sont en principe liés que par leur droit.

b. L'indivisibilité de l'ordre juridique ^

[Rz 55] En principe, le droit s'applique à tous sans exception et ceci pour l'ensemble de ses règles. Il n'est donc pas possible de renoncer ni à la protection ni à l'autorité du droit en tant que sujet de ce droit résidant sur un territoire. Il est certes loisible à ceux qui le désirent de renoncer au droit à un recours effectif devant une juridiction ordinaire, mais cette renonciation ne s'applique ni à l'applicabilité du droit national ni au respect des droits procéduraux minimaux. C'est en effet le droit national lui-même qui reconnaît la possibilité de l'arbitrage dans le cadre de ses autres institutions et règles juridiques. C'est aussi lui qui en est responsable au sens de l'art. 6 al. 1 CEDH⁴⁷.

[Rz 56] Le choix du droit applicable pose donc problème sous cet angle-là en matière d'arbitrage international d'investissement mettant en cause un Etat. Dans un tel arbitrage, les parties choisissent en effet d'isoler les règles de droit (usuellement privé) qui s'appliquent à leur litige et le tribunal arbitral n'est tenu que par ces règles. Ceci implique par conséquent que le droit public et notamment le droit constitutionnel national, voire même les droits de l'homme internationaux ne trouvent pas d'application dans une sentence arbitrale. Certes, la majeure partie des conventions en matière d'arbitrage international d'investissement, comme le Règlement CCI ou la Convention CIRDI, prévoit des garanties procédurales minimales qui complètent le choix du droit effectué par les parties à l'arbitrage. En ceci, elles sont conformes aux exigences du procès équitable de l'art. 6 al. 1 CEDH. Pourtant, ces règles ponctuelles ne remplacent pas le reste de l'ordre juridique, et notamment le contexte institutionnel qu'établit le droit public, et qui constitue la trame de fond du droit privé et de toutes les décisions judiciaires nationales.

c. La légitimité du texte juridique ^

[Rz 57] Une dernière difficulté à soulever est celle de la légitimité d'un texte juridique que l'on choisit comme droit applicable à l'arbitrage. La pratique est en effet en cas d'application du droit étranger de le faire sans importer ni son interprétation ni la jurisprudence qui y a trait. Le but est la sécurité juridique, qui simplifie le droit importé et met les parties sur pied d'égalité dans leur interprétation de ce droit.

[Rz 58] La difficulté tient néanmoins au fait que le droit ne consiste pas seulement en un texte juridique, mais aussi dans le sens de ce texte. Le sens d'un texte juridique dérive rarement du texte seul et il faut presque toujours avoir recours à une interprétation pour véritablement comprendre son sens. L'interprétation peut se faire en référence à différents éléments extérieurs au texte; on parle, par exemple, d'interprétation littérale conformément aux conventions linguistiques dans le contexte géopolitique de ces normes, d'interprétation fondée sur l'intention, d'interprétation historique ou encore d'interprétation téléologique. Cette interprétation est ensuite régularisée et codifiée par le biais de la jurisprudence, limitant ainsi la multiplicité et l'incohérence des interprétations, ce qui est une des premières causes de l'instauration d'un système judiciaire commun. Importer une règle de droit sans conventions d'interprétation⁴⁸ et sans jurisprudence n'a donc aucun sens dans ces conditions.

IV. Quelques propositions de réforme ^

[Rz 59] Après quelques généralités sur le futur de l'arbitrage d'investissement (1.), il s'agit dans cette section de proposer quelques modalités institutionnelles et judiciaires propres à combler certaines des lacunes identifiées dans cet article, et ceci tant sur le plan national (2.) que sur le plan international (3.).

1. Vers des modalités d'arbitrage plus légitimes ^

[Rz 60] Les différentes critiques et lacunes énoncées jusqu'ici peuvent mener soit au rejet en bloc de l'arbitrage d'investissement qui n'est pas à même de résoudre les difficultés que génèrent les différends en matière d'investissement⁴⁹, soit à une critique constructive et à la réforme des procédures arbitrales existantes afin d'évoluer vers un mode de contrôle à niveaux multiples des questions d'investissement qu'ils soient judiciaires ou extra-judiciaires⁵⁰. C'est cette deuxième voie que l'article a choisie, même s'il y a clairement moins d'arguments en faveur de l'arbitrage entre un Etat et des particuliers qu'en faveur de l'arbitrage entre particuliers. Outre les arguments réalistes contre l'abandon d'une procédure de règlement des différends internationaux éprouvée et efficace, il y a différentes raisons qui sous-tendent le choix de l'adaptation des procédures d'arbitrage d'investissement.

[Rz 61] Il est clair, tout d'abord, que l'économie, et par conséquent la paix sociale gagnent dans une *société libérale* à offrir une certaine marge de manœuvre aux particuliers en matière de résolution de leurs conflits, qu'il s'agisse de négociation, de conciliation ou d'arbitrage. C'est d'ailleurs un des acquis du libéralisme que d'avoir réussi à étendre progressivement le champ d'application de l'arbitrage en matière commerciale et contractuelle durant les trente dernières années. Par ailleurs, l'autonomie privée est elle-même à la base des considérations de légitimité démocratique et politique mises en avant dans cet article. Après tout, la *démocratie* est une forme collective d'exercice de l'autonomie privée. On ne peut donc objectivement défendre l'une sans l'autre à long terme⁵¹. Finalement, l'arbitrage peut renforcer la légitimité du système étatique en soutenant la *société civile* et les réseaux d'association privée. C'est en effet le paradoxe de la société civile qu'elle ait besoin de l'Etat pour vérifier qu'il n'y ait pas d'excès et pour se développer, mais que l'Etat ait lui-même besoin du soutien des réseaux civils comme contre-pouvoir et critique⁵². L'arbitrage peut donc permettre au système judiciaire étatique de se renforcer, pour autant que chacun garde la place qui lui revient

dans ce subtil équilibre des pouvoirs et contre-pouvoirs.

[Rz 62] En somme, par conséquent, il ne faut pas trop vite vouloir se débarrasser de l'arbitrage d'investissement au motif qu'il n'est pas suffisamment légitime. Et ceci d'autant plus que l'on recense à l'heure actuelle plus de 2'000 traités bilatéraux d'investissement, dont la majorité contient des offres d'arbitrer, et plusieurs traités multilatéraux d'investissement qui prévoient également le recours à l'arbitrage⁵³. L'idée est bien plutôt de réagir de manière à améliorer la situation actuelle. Il n'existe pas cependant de recette miracle. L'essentiel est de réaliser que l'autonomie privée et les intérêts économiques ne doivent pas toujours l'emporter sur l'intérêt public et qu'il faut par conséquent mettre en balance les droits et intérêts de toutes les parties et de l'Etat dans une *pesée des intérêts équilibrée*. Il est difficile, mais pas nécessairement impossible, de concilier les avantages de la flexibilité et de la discrétion de l'arbitrage international d'investissement avec les exigences de la légitimité des décisions touchant à l'intérêt public. Différentes propositions ont été esquissées dans cet article et d'autres peuvent sans doute être suggérées⁵⁴. Outre une prise de conscience de la nécessité d'une pesée des intérêts plus équilibrée en matière d'arbitrage d'investissement et la mise sur pied de ces différentes propositions, il est important de développer en parallèle une forme d'*assistance* des pays en voie de développement *en matières judiciaire et politique* et ceci tant sur un plan national qu'international.

2. Une assistance judiciaire et politique au plan national ^

[Rz 63] Il s'agit tout d'abord d'aider les pays, dans lesquels des investissements sont réalisés, à développer leur système judiciaire et politique pour atteindre des standards au moins équivalents à ceux des pays d'origine des investisseurs. Grâce à ces mesures, il est possible d'espérer un jour soumettre les conflits d'investissement à des juridictions ordinaires, qui seraient ainsi devenues indépendantes et neutres, et par conséquent plus à même de régler les matières en cause en toute légitimité⁵⁵.

[Rz 64] Ces mesures pourraient viser l'indépendance du pouvoir judiciaire, la lutte contre la corruption de manière plus générale, mais aussi l'alphabétisation et d'autres dimensions de l'aide au développement économique, social et environnemental. Investir dans le réseau téléphonique et les puits de pétrole d'un pays sert certes à son développement économique, mais investir en parallèle dans les infrastructures judiciaires et politiques du pays contribue au développement économique à long terme et donc indirectement aux investissements eux-mêmes. Il existe déjà de tels programmes d'assistance judiciaire et politique dans le cadre du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne. Néanmoins, un réinvestissement de l'argent des *investisseurs* internationaux dans le système politique et judiciaire des pays concernés serait un moyen efficace d'attirer davantage d'investisseurs à terme. Il pourrait en fait même s'agir d'une responsabilité morale individuelle qu'entraînent l'investissement et parfois l'appauvrissement national qui lui est lié⁵⁶.

[Rz 65] En parallèle aux efforts des investisseurs privés eux-mêmes, il est en outre possible, voire plus réaliste à ce jour, de concevoir une assistance *internationale* en la matière. Cette assistance internationale pourrait s'exercer sur le plan national de la manière décrite, mais elle pourrait aussi prévoir des mesures sur le plan international. Il est en effet un certain nombre de choses que les autorités nationales même assistées ne peuvent faire seules et une intervention internationale

pourrait parfois être utile en période de transition politique.

3. Une assistance judiciaire et politique au plan international [^]

[Rz 66] Parmi les différentes mesures d'assistance au plan international que l'on peut imaginer, je n'en mentionnerai que quatre: la mise sur pied d'un Tribunal international en matière d'investissement (a.), l'établissement d'un Conseil démocratique international (b.), d'un Fonds démocratique international de garantie des prêts (c.) et enfin d'un Dividende de ressources global (d.). Ces mesures peuvent être adoptées une à une, mais préférablement ensemble de manière à traiter la question de la manière la plus complète possible.

a. Un Tribunal International d'Investissement [^]

[Rz 67] L'assistance internationale en matière de résolution des conflits d'investissement peut se faire de manière très directe par la mise sur pied d'un ou de plusieurs *tribunaux internationaux d'investissement* selon les domaines ou les régions concernés. Ces tribunaux seraient en effet plus aptes à juger des questions d'intérêt public que des tribunaux arbitraux CIRDI ou ALENA, dont j'ai souligné les limites dans ces domaines. En outre, ces juridictions internationales, composées de juges professionnels et neutres, présenteraient l'avantage de pouvoir traiter avec la distance nécessaire d'affaires nationales sensibles que des juges nationaux dans des pays souffrant de corruption ne seraient peut-être pas à même de juger équitablement. Ceci tient en effet notamment soit à la considération excessive des intérêts des investisseurs par le biais de ceux d'un gouvernement corrompu, soit à la considération excessive des intérêts nationaux au détriment des intérêts des investisseurs et donc du pays à long terme⁵⁷. Ces tribunaux internationaux pourraient siéger comme tribunaux de première instance, ou alors uniquement, et de manière plus réaliste, comme cours d'appel, s'alliant ainsi à l'édifice arbitral existant, mais tout en palliant à certaines des inquiétudes présentées précédemment en relation avec la cohérence et la transparence des décisions arbitrales en matière d'investissement.

[Rz 68] La perspective même séduisante de tels cours internationales d'investissements se heurte néanmoins à d'importants obstacles pratiques. Il faudrait en effet dénoncer plus de 2000 traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement et modifier la Convention CIRDI ce qui requerrait le consentement d'environ 140 Etats parties dans le monde. On retrouve, par ailleurs, certaines des objections traitées en relation avec l'instauration d'une instance permanente et professionnelle d'appel en matière d'arbitrage d'investissement, comme le risque de politisation, de corruption, etc. Une cour d'appel permanente mais tournante du type de celle que j'ai proposée précédemment, avec la possibilité de renvois préjudiciels en droit, me semble cependant répondre à la plupart de ces critiques.

[Rz 69] Même si l'on concédait que la mise sur pied de tels tribunaux était réalisable à court terme, leur instauration ne pallierait cependant pas le problème interne au système judiciaire et politique national. En outre, elle ne ferait peut-être qu'ajouter et ralentir des procédures internationales déjà lourdes, d'une part, et accroître le sentiment d'aliénation politique et judiciaire de nombreuses populations en voie de développement, d'autre part. C'est précisément à ces fins-là que d'autres formes d'assistance judiciaire et politique internationale doivent être proposées en parallèle afin de remédier à la source du problème. L'origine du problème est bien souvent, comme je l'ai dit, la

faiblesse des forces démocratiques sur le plan national et l'avènement dans ces pays de gouvernements corrompus et prédateurs des ressources naturelles nationales, dont la position est renforcée par la protection procédurale des intérêts des investisseurs étrangers.

b. Le Conseil Démocratique International [^]

[Rz 70] L'instauration d'un Conseil démocratique international, sur le modèle de ce que suggère Thomas POGGE, pourrait aider à remédier sur un plan international à la faiblesse des institutions judiciaires et politiques nationales, lorsque ces institutions se trouvent encore en phase de transition et ne peuvent juger elles-mêmes des standards à atteindre⁵⁸. Il s'agirait d'une institution politique, mais plus probablement judiciaire, dont les membres seraient des juristes internationaux de haut niveau et dont la fonction serait d'aider les institutions nationales à trancher les questions relevant du droit public national lorsqu'elles mettent en cause des éléments de légitimité politique liés à la souveraineté nationale ou à la démocratie.

[Rz 71] En matière d'arbitrage, ce Conseil pourrait intervenir comme un agent tiers et neutre à l'appui du système judiciaire et politique national, sans pour autant trancher le litige en matière d'investissement en lieu et place des institutions nationales. Il s'agirait en quelque sorte paradoxalement d'une forme alternative d'arbitrage ou de médiation internationale dans les domaines judiciaires et politiques, nécessaire pour pouvoir ensuite trancher d'autres litiges sereinement. Un problème qui demeure néanmoins ouvert est celui de l'impact de ce Conseil démocratique international sur les investisseurs étrangers. Il s'agirait en effet de leur donner des garanties supplémentaires en cas de litige, lorsque ces conflits sont soumis aux juridictions nationales, tant que ces dernières n'ont pas atteint les standards démocratiques et juridiques attendus.

c. Le Fonds Démocratique International de Garantie des Investissements [^]

[Rz 72] C'est précisément à ce problème que pallierait l'instauration d'un Fonds démocratique international de garantie des investissements que propose Thomas POGGE⁵⁹. Ce fonds aurait pour rôle de garantir les investissements étrangers et d'assurer leurs contreparties de manière internationale, tant que les pays soutenus dans leurs efforts de développement n'ont pas atteint les standards politiques et judiciaires requis. Il s'agirait d'un fond international supplémentaire et indépendant des garanties contractuelles et financières proposées par les parties à l'accord d'investissement elles-mêmes. Les avantages de ce fonds compensent les désavantages de la soumission des litiges d'investissement aux juridictions nationales et remplacent avantageusement les procédures d'arbitrage en la matière.

d. Le Dividende de Ressources Global [^]

[Rz 73] Finalement, toutes ces mesures pourraient être complétées par un instrument qui agirait en amont plutôt qu'en aval uniquement: le dividende de ressources global, que propose Thomas POGGE⁶⁰. Selon cette proposition, les Etats et gouvernements ne disposeraient pas d'un droit de propriété illimité sur les ressources naturelles de leur territoire, mais devraient partager un quotient de la valeur de ces ressources lorsqu'ils décident de les utiliser ou de les vendre. Les produits de ce dividende devraient ensuite être réinvestis de façon à ce que les plus pauvres dans le pays concerné en bénéficient et que personne ne doive vivre en dessous d'un certain seuil de pauvreté.

[Rz 74] Dans le contexte de l'arbitrage d'investissement, ceci signifierait qu'une partie des bénéfices réalisés de part et d'autre d'un contrat d'investissement devrait être réinvestie dans l'intérêt des plus pauvres. Ceci s'appliquerait tout d'abord autant aux investisseurs qu'aux Etats d'origine des investisseurs dont les citoyens bénéficient des produits de l'investissement, bien que plus indirectement que les investisseurs eux-mêmes⁶¹. Ensuite, le dividende serait aussi dû par les représentants des Etats dans lesquels ces investissements sont faits, lorsqu'un bénéfice en est retiré qui n'est pas directement transmis aux caisses de l'Etat⁶². A terme, ce dividende devrait par conséquent servir les intérêts des investisseurs autant que ceux des pays dans lesquels ils investissent.

Conclusion ^

[Rz 75] En conclusion, l'arbitrage international d'investissement, tel qu'il est pratiqué à l'heure actuelle, souffre d'un problème de légitimité. Le problème tient à ce qu'en voulant remédier aux défaillances politiques et judiciaires des pays d'investissement et protéger les intérêts des investisseurs, on a transposé sans autre une méthode de résolution des différends entre particuliers à des litiges mettant en cause des intérêts publics. L'arbitrage international d'investissement sert certes une fonction nécessaire de règlement des litiges d'investissement au plan international, mais il ne pourra pas répondre à long terme aux préoccupations de justice globale que cet article a esquissées.

[Rz 76] Si l'arbitrage d'investissement demeure une pièce incontournable du règlement des différends internationaux, il doit impérativement être adapté afin d'assurer une meilleure prise en cause de l'intérêt public. Diverses mesures peuvent être prises afin d'assurer une pesée des intérêts plus équitable et de contribuer sur le plan national et international au développement des systèmes judiciaires et politiques des pays concernés. Ce souci ne devrait pas uniquement être celui des investisseurs et de la communauté internationale. En tant que citoyens de pays riches et démocratiques, nous sommes tous responsables moralement des spoliations matérielles et des violations de la démocratie et de l'Etat de droit qu'entraînent les investissements privés dans des pays pauvres. Nous bénéficions en effet, bien qu'indirectement, du produit de ces investissements. Nous protégeons de surcroît les droits réels et contractuels ainsi acquis par ces investisseurs par le biais du soutien que nous accordons aux lois nationales et internationales, et notamment aux conventions internationales d'arbitrage, alors qu'elles ne prennent nullement en compte les intérêts publics touchés sur place. Alors que l'heure du Ch. 11 ALENA a sonné, le moment est venu de revoir l'ensemble de nos pratiques d'investissement et le règlement des différends auxquels elles donnent lieu dans les pays en voie de développement.

Prof. Dr. Samantha Besson, M.Jur. PD (Berne), Dr. iur. (Fribourg), M.Jur. (Oxon.), lic.iur. (Fribourg et Vienne). Professeure associée FNS à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg et Chargée de cours à l'Institut européen de l'Université de Genève. Cet article est une version remaniée d'un cours donné à l'Université de Fribourg le 21 janvier 2005; son style oral et dépouillé a été conservé. Je tiens à remercier Pierre Tercier de son invitation à faire cette présentation, ainsi que tous les

participants au cours de leurs questions et commentaires. Je remercie aussi Georgios Petrochilos de ses généreux conseils et remarques. Finalement, j'aimerais exprimer toute ma gratitude à Gabrielle Kaufmann-Kohler pour sa lecture attentive des dernières versions de cet article et les nombreuses améliorations qu'elle m'a permis d'y apporter. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que son auteur.

-
- ¹ Pour des informations détaillées, cf. le site du *Council of Canadians*: www.canadians.org.
 - ² *Methanex Corporation v. United States of America*, Décision du tribunal sur la demande de parties tierces de pouvoir intervenir en tant qu'*Amici Curiae*, 15 janvier 2001. Pour des informations plus détaillées, voir www.naftaclaims.com.
 - ³ Cf. MANN H., *Opening the doors, at least a little: Comment on the Amicus decision in Methanex v. United States*, (2001) 10:2 *Review of European Community and International Environmental Law* 241 ss.
 - ⁴ Preuve en soient toutes les discussions récentes sur la nécessité d'un appel en matière d'investissement international dans des colloques ou revues. Cf. en particulier le volume (2005) 2:2 *Transnational Dispute Management*.
 - ⁵ Cf. p.ex. LYNCH K., *The Forces of Economic Globalization: Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration*, La Haye 2003.
 - ⁶ Cf. p.ex. DEZALAY Y. & GARTH B.G., *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Avec une préface de Pierre Bourdieu, Chicago 1996.
 - ⁷ Cf. p.ex. PETROCHILLOS G., *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford 2004; GRUNER D.M., *Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform*, (2003) 41 *Columbia Journal of Transnational Law* 923 ss.; JASKIC A., *Arbitration and Human Rights*, Francfort sur le Main 2002; LALIVE P., *Raisons d'Etat et arbitrage international in: Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, Cologne 2001, 469 ss; *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Acte du séminaire du 4 mai 2001, Bruxelles 2001. Cf. encore le volume spécial de (2004) 67: 1&2 *Law and Contemporary Problems* et notamment REUBEN C., *Democracy and Dispute Resolution: The Problem of Arbitration*, (2004) 67: 1&2 *Law and Contemporary Problems* 279 ss.
 - ⁸ Cf. cependant sur les modes alternatifs de résolution des disputes (ADR) de manière générale, FISS O., *Against Settlement*, (1984) 93:6 *The Yale Law Journal* 1073 ss.
 - ⁹ Sur l'arbitrage international d'investissement et l'arbitrage CIRDI en particulier, cf. p.ex. SCHREUER C.H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2001; REED L./PAULSSON J./BLACKABY N., *Guide to ICSID Arbitration*, La Haye/Londres/New York 2004; GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI*, Paris 2004.
 - ¹⁰ En général, on retient qu'un investissement doit comprendre cinq éléments: (i) une contribution en argent ou en biens, un retour en termes de profits (ii), un risque pris par les deux contractants (iii), une certaine durée (iv) et enfin une certaine importance de l'opération pour le développement de l'Etat-hôte (v).
 - ¹¹ Cf. p.ex. MANN H. sur www.isdlaw.com ou encore SORNARAJAH M., *The Clash of Globalisations and the International Law on Foreign Investment*, The Simon Reisman Lecture in International Trade Policy, The Norman Paterson School of International Affairs, 12 septembre 2002, Centre for Trade Policy and Law, Ottawa (www.carleton.ca/ctpl/download.htm). Voir aussi les commentaires de WÄLDE T. dans *Transnational Dispute Management* (www.transnational-dispute-management.com).
 - ¹² Cf. notamment POGGE T., *World Poverty and Human Rights*, Oxford 2002; POGGE T. (éd.), *Global Justice*, Oxford 2001; DE GREIFF P./CRONIN C. (éd.), *Global Justice*, Cambridge Mass. 2002; CHATTERJEE D. (éd.), *The Ethics of Assistance: Morality and the Distant Needy*, Cambridge 2004; KUPER A. (éd.), *Global Responsibilities: Securing Rights by Defining Obligations*, Oxford 2005; POGGE T. (éd.), *Freedom from Poverty as a Human Right: Who Owes What to the Very Poor*, Oxford 2005.
 - ¹³ Cf. POGGE, note 12, 146 ss.
 - ¹⁴ Cf. notamment le site *International Sustainable Development Law*: www.isdlaw.com.
 - ¹⁵ Cf. p.ex. KAUFMANN-KOHLER G., *L'arbitrage d'investissement: entre contrat et traité - entre intérêts privés et intérêt public*, (2004) 32 *Revue libanaise d'arbitrage* 9 ss; WÄLDE T./WEILER T., *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the Light of New NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct to Economic Regulation*, in: KAUFMANN-KOHLER G./STUCKI B. (éd.), *Investment Treaties and Arbitration*, ASA Special Series 2002/19, 215 ss; BLACKABY N., *Public Interests and Investment Treaty Arbitration*, in: KAUFMANN-KOHLER G./STUCKI B. (éd.), *Investment Treaties and Arbitration*, ASA Special Series 2002/19, 153 ss; OBADIA E., *Investment and Arbitration: Current and Emerging Issues*, in: KAUFMANN-KOHLER G./STUCKI B. (éd.), *Investment Treaties and Arbitration*, ASA Special Series 2002/19, 67 ss; STERN B., *International Economic Relations and the MAI Dispute Settlement System*, 7th Geneva Global Arbitration Forum, (1999) 16 *Journal of International Arbitration* 118 ss.
 - ¹⁶ Cf. p.ex. GOLDBABER M., *Arbitral Terrorism*, *American Lawyer/Focus Europe*, été 2003 cité dans KAUFMANN-KOHLER, note 15.
 - ¹⁷ Cf. le Discussion Paper du CIRDI sur les possibilités d'amélioration du système d'arbitrage CIRDI du 22 octobre 2004 (www.worldbank.org/icsid/improve-arb.pdf) et du 12 mai 2005

(www.worldbank.org/icsid/052405-sgmanual.pdf).

- ¹⁸ P.ex. *SGS Société Générale de Surveillance SA v. Republic of Philippines*, sentence sur compétence du 29 janvier 2004, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm; *Robert Aznian and others v. United Mexican States*, sentence du 1er novembre 1999, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm; *Waste Management Inc v. United Mexican States*, sentence du 30 avril 2004, www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm. Pour un commentaire, cf. PRICE D., Who Wins and Who Loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field?, (2005) 6:1 *The Journal of World Investment & Trade* 73 ss.
- ¹⁹ Il ne s'agira donc pas de traiter de questions *techniques* et *pratiques* soulevées par la légitimité juridique et politique de l'arbitrage international d'investissement du point de vue du droit de l'arbitrage. Sur ces questions, cf. KAUFMANN-KOHLER, note 15.
- ²⁰ Ceci se ressent dans la structure et le style de l'article – je renonce notamment à développer un appareil critique complet à l'appui des différents arguments présentés.
- ²¹ Cf. p.ex. BELLAMY R./CASTIGLIONE D., Normative Theory and the European Union: Legitimising the Euro-polity and its Regime, in: TRAGARDH L. (éd.), *After National Democracy: Rights, Law and Power in the New Europe*, Oxford 2004.
- ²² La légitimité juridique peut fournir d'importantes sources d'analogies et d'exemples de la légitimité politique, notamment dans le domaine de la jurisprudence sur l'art. 6 al. 1 CEDH. Il faut remarquer cependant que cette dernière ne s'applique qu'en Europe et que les vertus de l'analogie sont par conséquent d'autant plus limitées dans les cas où l'arbitrage d'investissement est délocalisé.
- ²³ Cf. KAUFMANN-KOHLER, note 15.
- ²⁴ Pour une évaluation économique et politique de ces traités bilatéraux d'investissement, voir SALACUSE J./SULLIVAN N.P., Do BITS Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain, (2005) 46 *Harvard International Law Journal* 67 ss; SALACUSE J., Toward a Global Treaty on Foreign Investment: The Search for a Grand Bargain, in: HORN N./KROLL S. (éd.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, La Haye 2004.
- ²⁵ A ce sujet, cf. p.ex. BESSON S., *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford 2005.
- ²⁶ Par conséquent, la «compétence de la compétence» («*Kompetenz-Kompetenz*») en matière d'arbitrage et de justice privée dans un ordre juridique respecté revient à la justice publique, et non pas aux parties elles-mêmes.
- ²⁷ Il est bien sûr possible d'intégrer l'intérêt public en droit de fond et de compenser par-là le caractère privé de la procédure d'arbitrage. C'est cependant la légitimité de la procédure d'arbitrage elle-même qui va nous intéresser ici; la légitimité matérielle d'une sentence arbitrale ne peut en effet être entièrement séparée de sa légitimité formelle.
- ²⁸ Certaines de ces questions s'appliquent aussi de manière plus générale et *mutatis mutandis* à toutes les formes d'arbitrage commercial.
- ²⁹ Cf. PETROCHILOS, note 7, 110 ss.
- ³⁰ Cf. KAUFMANN-KOHLER, note 15; SCHREUER, note 9, 210 ss, 285 ss.
- ³¹ Cf. PETROCHILOS, note 7, 115 ss.
- ³² Pour des informations détaillées, cf. www.canadians.org.
- ³³ *Methanex Corporation v. United States of America*, Décision du tribunal sur la demande de tierces personnes de pouvoir intervenir en tant qu'*Amici Curiae*, 15 janvier 2001. Pour des informations plus détaillées, voir www.naftaclaims.com.
- ³⁴ *Aguas del Tunari v. Republic of Bolivia*, Lettre du Président du Tribunal de janvier 2003, www.earthjustice.org et *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, Ordre en réponse à une pétition en transparence et en participation en tant qu'*Amicus Curiae* du 19 mai 2005, ita.law.uvic.ca/documents/AguasArgentinasVivendiOrderAmicusCuriae.pdf.
- ³⁵ Cf. KAUFMANN-KOHLER, note 15.
- ³⁶ Cf. KAUFMANN-KOHLER G., Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are there differences?, in: GAILLARD E./BANIFATEMI Y. (éd.), *Annulment of ICSID Awards: The Foundation of a New Investment Protection Regime in Treaty Arbitration*, Cambridge 2004, 189 ss.
- ³⁷ Cf. PETROCHILOS, note 7, 117 ss.
- ³⁸ Cf. KAUFMANN-KOHLER, note 15; KAUFMANN-KOHLER, note 36.
- ³⁹ Cf. KAUFMANN-KOHLER, note 15. En faveur d'un système permanent d'appel en matière d'investissement, sur le modèle de l'organe d'appel de l'OMC, WÄLDE/WEILER, note 15, 172.
- ⁴⁰ Cf. le Discussion Paper du CIRDI sur les possibilités d'amélioration du système d'arbitrage CIRDI du 22 octobre 2004 (www.worldbank.org/icsid/improve-arb.pdf) et du 12 mai 2005 (www.worldbank.org/icsid/052405-sgmanual.pdf).
- ⁴¹ Cf. KAUFMANN-KOHLER, note 15.
- ⁴² Cf. KAUFMANN-KOHLER, note 15.
- ⁴³ Contra: KAUFMANN-KOHLER, note 36, qui parle de «mécanisme consultatif».
- ⁴⁴ Cf. PETROCHILOS, note 7, 125 ss.
- ⁴⁵ Une telle solution existe d'ailleurs déjà en matière d'arbitrage en droit du sport.
- ⁴⁶ Cf. KAUFMANN-KOHLER, note 15; KAUFMANN-KOHLER, note 36.
- ⁴⁷ Cf. PETROCHILOS, note 7, 130 ss.

- ⁴⁸ Cf. RAZ J., Intention in Interpretation, in: GEORGE R. (éd.), *The Autonomy of Law*, Oxford 1996, 249 ss.
- ⁴⁹ Cf. p.ex. STERN, note 15, 127.
- ⁵⁰ Cf. p.ex. WÄLDE/WEILER, note 15, 220.
- ⁵¹ Il va de soi bien sûr que cette justification de l'arbitrage, soumise tout d'abord aux différentes critiques présentées précédemment, ne se conçoit que dans le cadre d'un régime démocratique complet assurant notamment la séparation des pouvoirs, la protection des droits fondamentaux et la participation démocratique.
- ⁵² Cf. BESSON S., La Constitution de la société civile, 2005:1 *Revue Fribourgeoise de Jurisprudence* 323 ss.
- ⁵³ Cf. KAUFMANN-KOHLER, note 15; OBADIA, note 15, 67.
- ⁵⁴ Cf. KAUFMANN-KOHLER, note 15; WÄLDE/WEILER, note 15, 220.
- ⁵⁵ Après tout, les différends en matière d'investissements nationaux et de marchés publics sont eux aussi en principe soumis aux juridictions ordinaires de l'Etat en cause.
- ⁵⁶ Pour un argument philosophique en faveur de la responsabilité morale des investisseurs, cf. POGGE, note 12. Cf. aussi BESSON S., Human Rights, Institutional Duties and Cosmopolitan Responsibilities, Recension de Thomas Pogge, *World Poverty and Human Rights*, (2003) 23:3 *Oxford Journal of Legal Studies* 507 ss. En matière de responsabilité juridique des entreprises transnationales, voir le *Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights* du 15 février 2005, www.globalpolicy.org/socecon/tncs/2005/0215untncreport.pdf.
- ⁵⁷ Cf. SORNARAJAH, note 11.
- ⁵⁸ Cf. POGGE, note 12, 155 ss.
- ⁵⁹ Cf. POGGE, note 12, 158 ss.
- ⁶⁰ Cf. POGGE, note 12, 196 ss.
- ⁶¹ Cf. sur les différents degrés de responsabilité individuelle et institutionnelle en cas de violation des droits de l'homme, POGGE T., Human Rights and Institutional Responsibilities, in: KUPER A. (éd.), *Global Responsibilities: Securing Rights by Defining Obligations*, Oxford 2005.
- ⁶² Cf. POGGE, note 12, 142.

Domaine(s) juridique(s) : [Droit international public](#)

Paru dans : [Jusletter 25. Juli 2005](#)

Proposition de citation : Samantha Besson, La légitimité de l'arbitrage international d'investissement, in : [Jusletter 25. Juli 2005](#) [Rz]