

# Vers un nouveau mécanisme d'arbitrage

■ Suite aux nombreuses critiques à l'encontre des mécanismes d'arbitrage permettant de trancher les différends entre les investisseurs et les Etats, il convient de distinguer les arbitrages internationaux traditionnels de ce qui est mis en place par le Ceta.

Les débats récents autour de la signature du traité de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada (Ceta) ont mis sous le feu des projecteurs un pan peu connu du droit international: les mécanismes d'arbitrage permettant de trancher les différends entre les investisseurs et les Etats.

Certaines des critiques entendues au sujet de ces arbitrages apparaissent fondées. En revanche, les critiques formulées à l'encontre du mécanisme mis en place par le Ceta pour trancher ces litiges sont particulièrement injustes. Ces critiques se réfèrent en effet aux arbitrages internationaux traditionnels alors que ce n'est plus ce mécanisme qui est repris dans l'accord.

Au préalable, il est important de relever que le recours à l'arbitrage international est très fréquent dans le monde des affaires et est énormément utilisé pour trancher des litiges privés entre acteurs commerciaux.

En ce qui concerne les litiges entre investisseurs et Etats, le recours à l'arbitrage se justifie pleinement dans la mesure où ce mécanisme permet à un Etat de ga-

rantir à un investisseur que des litiges, qui pourraient naître entre lui et cet Etat, seront tranchés de façon neutre par un tribunal composé équitablement. En effet, deux des trois membres qui composent ces tribunaux sont généralement désignés respectivement par l'investisseur qui se prétend lésé et par l'Etat défendeur. Le président du tribunal étant par la suite désigné par les deux premiers arbitres.

En offrant la possibilité à d'éventuels investisseurs de recourir à ce mécanisme, l'Etat en question cherche à favoriser les investissements sur son territoire en garantissant à ces investisseurs que les comportements abusifs qu'il pourrait commettre ne feront pas l'objet de recours devant les juridictions de l'Etat en question, dont l'indépendance et l'impartialité peuvent – à tort ou à raison – être remises en cause. En outre, l'investisseur obtient la garantie qu'un éventuel litige sera tranché rapidement par des personnes disposant d'une expérience dans ce domaine.

De nombreuses critiques se sont toutefois élevées contre ces mécanismes d'arbitrage. Ces procédures sont, en effet, perçues comme trop

peu transparentes et trop favorables aux investisseurs.

#### La réponse du Ceta

En réponse à ces critiques, la Commission européenne a proposé, au mois de septembre 2015, la mise en place d'un tribunal international permanent chargé de trancher les différends entre les investisseurs et les Etats. En outre, la Commission européenne a égale-

ment proposé la création d'un organe d'appel chargé de réexaminer les décisions du tribunal. Cette proposition – qui a par la suite été intégrée au Ceta – répond à la plupart des préoccupations exprimées par la société civile.

En premier lieu, afin de répondre à la critique selon laquelle les contentieux entre investisseurs et Etats seront tranchés par des arbitres "issus du monde des affaires", l'Article 8.27 du Ceta prévoit que le tribunal permanent qui sera mis en place sera composé de 15 juges professionnels (5 européens, 5 canadiens et 5 de nationalités tierces) nommés pour une période de cinq ans par un comité composé de représentants de l'Union européenne et du Canada. En outre, l'Article 8.30 du Ceta met en avant toute une série de critères d'indépendance et d'impartialité que doivent remplir ses juges. De manière générale, ces juges devront respecter les mêmes critères que ceux applicables aux juges des juridictions européennes.

Une deuxième critique formulée à l'encontre du Ceta est le sentiment qu'un investisseur sera en mesure de réclamer des indemnités financières si un Etat adopte une réglementation qui lui est défavorable. A cet égard, l'Article 8.9 et l'Annexe 8.A du Ceta garantissent l'indépendance législative et réglementaire de chaque Etat. L'Article 8.9 prévoit expressément que "*le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère*

*avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section*".

Une troisième critique adressée à l'encontre des arbitrages internationaux porte sur le manque de transparence de ce type de procédure. A nouveau, le Ceta prend en compte cette crainte et prévoit à son Article 8.36 l'application du Règlement relatif à la transparence élaboré par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international. Cet article prévoit en outre que les audiences du tribunal permanent soient ouvertes au public.

#### L'Union européenne montre la voie

Le fait que les critiques formulées à

*simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section*".

Une troisième critique adressée à l'encontre des arbitrages internationaux porte sur le manque de transparence de ce type de procédure. A nouveau, le Ceta prend en compte cette crainte et prévoit à son Article 8.36 l'application du Règlement relatif à la transparence élaboré par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international. Cet article prévoit en outre que les audiences du tribunal permanent soient ouvertes au public.

#### L'Union européenne montre la voie

Le fait que les critiques formulées à l'encontre du tribunal permanent des investissements soient en grande partie infondées ne signifie pas pour autant que ce mécanisme doit obligatoirement voir le jour et qu'il soit nécessaire afin de garantir la sécurité juridique de futurs investisseurs cana-

diens ou européens.

En effet, aussi bien les juridictions en place au Canada qu'au sein des Etats membres de l'Union européenne sont autonomes et indépendantes et permettent de trancher de manière équitable et neutre d'éventuels litiges entre investisseurs et Etats.

Par ailleurs, aussi bien le Canada que les Etats membres de l'Union européenne sont des pays démocratiques respectant les principes de l'Etat de droit. Par conséquent, les cas concrets (discrimination, expropriation sans compensation, etc.) pouvant donner lieu à un éventuel litige seront relativement limités.

Toutefois, en proposant la mise en place de ce tribunal permanent, la Commission européenne a au moins le mérite de proposer un mécanisme innovant qui répond aux critiques

adressées aux mécanismes traditionnels d'arbitrage internationaux. Ce Tribunal permanent devrait, à terme, faire tâche d'huile et être intégré aux futurs traités bilatéraux d'investissements et aux futurs accords de libre-échange (c'est d'ailleurs l'objectif avoué de la Commission européenne). De la sorte, l'Union européenne aura été à la base de la création d'une nouvelle juridiction multilatérale qui devrait permettre le rayonnement de nouveaux standards internationaux en matière de démocratie et d'Etat de droit. Rien que pour cela, la Commission européenne mérite notre respect.

→ *Les opinions exprimées dans le présent article sont exprimées à titre personnel et n'engagent pas le cabinet Van Bael & Bellis.*

**QUENTIN  
DECLÈVE**

Avocat dans un cabinet spécialisé en droit européen et en droit du commerce international.