



Le droit international des investissements au prisme de l'éthique

Sous la direction de Raphaël Maurel



Année 2021

Volume 58



EUV
NSE

Université de Bourgogne Franche-Comté - Travaux du Centre de recherche
sur le droit des marchés et des investissements internationaux

 LexisNexis®

Le droit international des investissements au prisme de l'éthique

Sous la direction de Raphaël Maurel

Université de Bourgogne - Franche-Comté - Travaux du Centre de
recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux

Année 2021 → Volume 58

L'ÉTHICISATION DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS : UN PANORAMA

Raphaël MAUREL

*Maître de conférences en droit public à l'Université de Bourgogne
CREDIMI - CEDIN*

« Après tout, exiger des investissements éthiques n'est qu'une question de survie »¹. Telle est la conviction qui anima nos toutes premières recherches relatives aux rapports entre le droit international des investissements et la notion fuyante, complexe, multidimensionnelle, et bien souvent fuie et confuse, d'éthique.

Les travaux du CREDIMI proposent d'emblée un terreau fertile à la réflexion. L'éthique ne peut être ignorée par les chercheurs et praticiens intéressés par les logiques, dynamiques et régulations du commerce international comme des investissements, à la fois du fait de ses rapports avec le *droit* et avec l'*économie* : « [l']éthique, science de la morale, renvoie aux systèmes de valeurs, à la différenciation du bien et du mal. Elle sous-tend le droit, producteur de normes et de règles. L'économie comme le droit ont des fondements éthiques. L'éthique doit orienter et contenir (au double sens d'inclure et de borner) l'économie de marché. Le *droit* doit encadrer l'économie et l'éthique, doit servir à guider l'action en économique. Seule une approche multidimensionnelle [...] permet de penser les interdépendances entre marchandise, codes sociaux, matrices socioculturelles et encadrement normatif et de prendre en compte l'incertitude radicale du long terme et des effets externes négatifs liés à la myopie des marchés, d'où les principes de précaution ou de responsabilité »². L'éthique a donc assez logiquement intégré les préoccupations des membres du laboratoire dijonnais, notamment au sein de l'ouvrage collectif publié en hommage à Philippe Fouchard qui la place au centre de la réflexion sur les relations économiques internationales³.

Pourtant, les interactions entre le *droit des investissements* et l'éthique, que l'on ne concevra ici que sous l'un de leurs multiples aspects – les conséquences actuelles et potentielles des réflexions éthiques sur l'évolution du droit des investissements – n'ont à notre connaissance pas fait l'objet d'études spécifiques et

¹ C. KESSEDIAN, « Conclusions. Réconcilier les investissements avec l'éthique », cet ouvrage.

² Ph. HUGON, « Marchandise, marchandisation et économie », in É. LOQUIN, A. MARTIN (dir.), *Droit et marchandisation*, Paris, Litec, Coll. des travaux du CREDIMI, 2010, p. 75. L'auteur y évoque notamment un « triptyque marchandise, droit et éthique » (*idem*).

³ CREDIMI (collectif), *L'Éthique dans les Relations Économiques Internationales. En hommage à Philippe Fouchard*, Alexandrie – Paris, Pedone, 2006, 266 p.

systematiques. Les travaux doctrinaux se sont en effet concentrés sur les rapports entre l'éthique et *l'économie*, l'éthique et *les investissements*⁴, l'éthique et *la finance*⁵ ou encore entre l'éthique et *le commerce international*⁶, ou bien sur certains aspects spécifiques des liens entre le droit des investissements et l'éthique – essentiellement l'éthique de l'arbitre⁷, que l'on pourrait d'ailleurs qualifier de *déontologie*. Un champ d'analyse plus large relatif à la manière dont l'éthique peut influencer, être prise en compte ou au contraire être ignorée par le *droit* reste donc globalement ouvert, peut-être car il constitue, au moins partiellement, une boîte de Pandore que le juriste de culture positiviste ne souhaite pas nécessairement ouvrir.

Si les études doctrinales portant sur les interactions étudiées, et sur les rapports entre le droit et l'éthique en général d'ailleurs, sont relativement rares, c'est d'abord⁸ car, historiquement, l'éthique et le droit ont été strictement distin-

⁴ Par exemple, R. SPARKES, « *Ethical investment: whose ethics, which investment?* », *Business Ethics: A European Review*, vol. 10, n°3, 2001, pp. 194–205 ; F. DÉJEAN, *L'investissement socialement responsable. Étude du cas français*, Paris, Vuibert, 2005, 262 p. ; J. MORVAN, *L'investissement socialement responsable : une nouvelle gouvernance d'entreprise ?*, Paris, L'Harmattan, 2008, 265 p. ; M. BERNARD-ROYER, *L'investissement socialement responsable. Vers une nouvelle éthique*, Paris, Arnaud Franel Éditions, 2018, 158 p. et, dans une moindre mesure, É. FORGET, *L'investissement éthique. Analyse juridique*, Strasbourg, PUS, 2015, 787 p.

⁵ Ph. QUÊME, *Finance et éthique. Le prix de la vertu...*, Paris, L'Harmattan, 2014, 278 p. ; S. ABIB, *L'État et les enjeux éthiques de la finance. Comment penser la régulation financière aujourd'hui ?*, Paris, Librinova, 2021, 494 p.

⁶ Pour quelques références, l'on peut utilement se référer à C. KESSEDJIAN, V. PIRONON, *Droit du commerce international*, 2^e éd., Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2020, pp. 106-107, §178.

⁷ Voir, pour un aperçu, les références citées par S. MANCIAUX dans sa contribution à cet ouvrage, spéc. celles mentionnées dans la note n°1.

⁸ Questionnant les rapports entre l'éthique et les contrats internationaux et notant que la question « est fort large mais finalement peu étudiée dans la doctrine juridique relative au droit du commerce international et à l'arbitrage international », Philippe COPPENS identifie des facteurs différents. Le premier point réside dans les « relations ambiguës que le droit entretient avec l'économie » (p. 107) : « [d]ans les échanges internationaux, peut-être plus que dans toute autre matière, l'attention du juriste est tendue vers un problème économique à résoudre. On ne peut alors être vraiment surpris que les questions éthiques n'entrent vraiment dans le champ de préoccupation du contrat international ou de l'arbitrage que si leur prise en considération favorise quelque chose d'autre que l'éthique elle-même, par exemple certaines propriétés ou certaines qualités des produits ou des services, les relations entre le personnel et les dirigeants de l'entreprise, la visibilité de l'entreprise, un effet de *marketing*, c'est-à-dire, en définitive, une valeur économique. Il y a là, comme on s'en aperçoit, une approche conséquentialiste de l'éthique : l'entreprise et l'arbitre doivent être attentifs aux règles éthiques non pas parce qu'elles seraient intrinsèquement bonnes mais parce que ne pas en tenir compte engendrerait une conséquence économique non désirée, une perte évitable, la non réalisation d'un gain possible » (p. 106). Si nous partageons pleinement ces propos, cette question intéresse cependant davantage l'action des *acteurs* que le rôle de la doctrine. L'auteur identifie comme second facteur la « la question de l'universalisation des valeurs » (p. 113 ; mais cette idée que nous partageons également relève à notre sens plus de la morale que de l'éthique, même si l'auteur indique les distinguer). V. Ph. COPPENS, « L'éthique et le droit des contrats internationaux », in M. FONTAINE, D. PHILLIPE (dir.), *Contrats internationaux et arbitrage / International contracts and arbitration*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 103-133. La première citation est extraite de la p. 103.

gués⁹. En effet, le positivisme juridique dérivé de Kelsen n'y voit pour l'essentiel qu'une manifestation du jusnaturalisme peu digne d'intérêt : « [p]our le positivisme strictement entendu, le droit est indépendant de la morale [et de l'éthique] »¹⁰ – affirmation au demeurant parfaitement théorique¹¹. Malgré le « coup de cymbale » de Ripert dans les années 1920¹², on considèrera encore volontiers aujourd'hui que le droit et l'éthique sont deux sciences trop différentes pour faire l'objet d'analyses communes sérieuses, et taxera en conséquence le juriste s'aventurant dans cette voie d'avoir choisi un objet d'étude trop complexe – sinon fumeux, le terme « éthique » étant beaucoup trop vague et vaporeux¹³. L'on admettra parfois qu'elles constituent deux grilles de lecture possibles des mêmes phénomènes sociaux voire des mêmes phénomènes normatifs, mais affirmera souvent que les juristes seraient mal « outillés » pour approfondir les dimensions éthiques de leurs objets de recherche. Ce positionnement prudent, raisonnable et recevable, n'implique néanmoins pas forcément un hermétisme disciplinaire absolu du juriste, ce dernier n'étant au demeurant pas toujours si précautionneux – et à raison jusqu'à un certain point, nous semble-t-il – lorsqu'il s'agit d'utiliser les outils de l'histoire, de la sociologie ou de la politique pour analyser l'évolution du droit.

Une raison supplémentaire de cette relative absence doctrinale réside peut-être dans le fait que le besoin d'analyser le droit sous l'angle de l'éthique n'a pas forcément été ressenti. À l'inverse, travailler sur les relations entre éthique et droit peut entraîner la suspicion. Rejoignant l'idée de la séparation stricte entre droit et éthique, le juriste considèrera parfois que porter un regard sur la contribution de la norme juridique à l'éthique – et inversement – revient soit à formuler un jugement de valeur inintéressant du point de vue juridique – ou plutôt du positivisme juridique –, soit à parer des propositions normatives militantes d'un appareil scientifique plus ou moins frauduleusement nommé « éthique ». Ainsi,

⁹ V. M. COTTEREAU, *La séparation entre droit et morale. Analyse d'une these constitutive du positivisme juridique*, Thèse Toulouse I Capitole, 2018, 687 p., et spéc. les pp. 16-19.

¹⁰ S. GOYARD-FABRE, « Les rapports du droit et de la morale aujourd'hui », in F. DERMANGE, L. FLACHON (dir.), *Éthique et droit*, Genève, Labor et Fides, 2002, p. 23.

¹¹ *Ibid.*, p. 25.

¹² Selon Jean CARBONNIER, « aux alentours de 1920, [...] dans leurs introductions au droit civil des professeurs continuaient à mettre les esprits en garde contre une confusion de la morale et du droit. C'est en 1926 qu'éclate le coup de cymbale de Georges Ripert, « la règle morale dans les obligations civiles ». Pour la première fois depuis le Code civil, un livre de civiliste mettait franchement en cause la séparation de la morale et du droit » (J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2001, rééd. coll. Anthologie du Droit en 2014, p. 95).

¹³ On relèvera que cette position n'est pas partagée dans le monde commercial, où l'invocation du terme « éthique », particulièrement bien vue, entraîne des conséquences concrètes sur les marchés : « *Ethic's is a highly emotive term, and those who use it in pursuit of their business interests may expect a high degree of scrutiny, if not outright criticism. In fact it is surprising how little adverse comment has been made on the use of this term* » (R. SPARKES, « *Ethical investment: whose ethics, which investment?* », *op. cit.* note 4, p. 197).

« [o]n peut légitimement suspecter cette volonté d'ouverture [du droit vers l'éthique et de l'éthique vers le droit] lorsque, par exemple, le droit attend de l'éthique qu'elle lui livre une zone de quasi-droit plus souple et plus mobile, moins formellement contraignante et moins démocratiquement fondée ; ou lorsque certains attendent que le droit mette au service de leur éthique sa force de contraigne pour donner corps à leurs aspirations, à la manière jadis des Églises d'État »¹⁴.

Ces avertissements, et l'idée selon laquelle l'éthique « existe indépendamment du droit »¹⁵, ne permettent pas pour autant de nier les indubitables liens entre droit et éthique. Ces derniers sont souvent appréhendés sous l'angle de la bioéthique¹⁶ ou de l'éthique animale¹⁷, de manière certes assez éloignée du droit des investissements étrangers. Cependant, l'émergence de réflexions sur l'éthique environnementale¹⁸ rapproche de jours en jours ces deux ensembles, notamment du fait du développement massif de la responsabilité sociétale des entreprises qui passe en particulier par la responsabilité environnementale. Sous réserve de ne pas verser dans le dogmatisme ou le militantisme aveugle, rien n'interdit donc, en l'état de la science juridique, d'interroger les interactions entre l'éthique et le droit des investissements.

Demeure la lancinante mais incontournable question de la méthode, et, dès lors, de la *définition de l'éthique*¹⁹. Il faut admettre que sur ce point, l'incertitude règne en doctrine. L'éthique est, selon les auteurs, distinguée ou non de la

¹⁴ F. DERMANGE, « Introduction », in F. DERMANGE, L. FLACHON (dir.), *Éthique et droit*, op. cit. note 10, p. 15.

¹⁵ C. KESSEDJIAN, V. PIRONON, *Droit du commerce international*, op.cit. note 15, p. 108, §181.

¹⁶ Par ex. N. M. LE DOUARIN, C. PUIGELIER (dir.), *Science, éthique et droit*, Paris, Odile Jacob, 2007, 359 p.

¹⁷ Par ex. L. BOISSEAU-SOWINSKI, D. THARAUD (dir.), *Les liens entre éthique et droit. L'exemple de la question animale*, Paris, L'Harmattan, coll. Le Droit aujourd'hui, 2019, 171 p. Voir plus précisément, dans l'ouvrage, A.-B. CAIRE, « Éthique et droit : ressemblances, dissemblances, concurrences. L'exemple de la question animale », pp. 27-43.

¹⁸ Sur ce thème, voir R. S. ROUTLEY, *Aux origines de l'éthique environnementale. Le dernier homme*, Paris, PUF, 2019, 96 p., qui reprend et traduit le texte de la conférence donnée par l'auteur lors du Congrès mondial de la philosophie de 1973, et constitue l'un des points de départ de la réflexion philosophie environnementale moderne. Pour une synthèse de la théorie émergente, v. par exemple C. LARRÈRE, « Éthiques de l'environnement », *Multitudes*, vol. 24, n°1, 2006, pp. 75-84.

¹⁹ Notons, à cet égard, que la question de la définition du « droit » pourrait tout aussi légitimement être posée. Il apparaît d'ailleurs que les juristes, ayant admis l'impossibilité de définir parfaitement le droit (v. sur des tentatives les deux numéros de la revue *Droits*, n°10. Définir le droit /1, 1989 et n°11. Définir le droit /2, 1990), ne se posent souvent que la question de la définition des autres ensembles normatifs et sciences, pour parfois voir dans leur impossible définition, presque paradoxalement, un obstacle insurmontable à l'étude des relations entre eux et le droit.

morale. Elle ne l'est pas pour Philippe Fouchard²⁰, ni pour certains philosophes du droit qui voient dans cette distinction une « mode intellectuelle »²¹. Pour Paul Ricoeur, au contraire, l'éthique est un processus de questionnement sur le juste et le bon, tandis que la morale constitue un ordre impératif ; la morale n'est que la seconde phase du questionnement éthique, lorsqu'il apparaît « nécessaire de soumettre la visée éthique à l'épreuve de la norme »²². À rebours de la tendance voyant dans l'éthique une déclinaison spécifique ou un sous-système de la morale, Michel Virally considère de son côté qu'il existe une « étroite parenté qui unit le droit à la morale, compris tous deux dans le domaine de l'éthique, largement entendue »²³. La plupart des auteurs contemporains considèrent néanmoins et à l'inverse que l'éthique relève de la morale – ou en constituent de nouvelles formes²⁴. Gérard Farjat les différencie pour sa part en relevant que « l'éthique est spécialisée : elle accompagne tous les systèmes qui composent le « lien social » [...]. Mais disons qu'il n'y a pas un intérêt fondamental à les distinguer alors qu'il existe des interrogations plus importantes »²⁵. Pour lui, les notions se rejoignent lorsqu'elles sont appréhendées sous l'angle juridique : elles sont invoquées « lorsque des exigences sociales ne sont pas prises en compte ou sont mal prises en compte par le système économique, lorsque le système économique élimine des exigences sociales ou les viole ou lorsque le système économique est considéré comme s'appropriant à tort un secteur d'activité sociale »²⁶. L'éthique ne peut en tout état de cause pas se définir en seule opposition ou par rapport au droit et/ou à la morale.

Il sera ici considéré, avec plusieurs des éminents auteurs cités précédemment, que l'éthique est *ce qui doit se faire* pour que le monde soit vivable. Elle est donc bien une « question de survie »²⁷ individuelle et collective. Elle vient en complément du droit et de la morale dont elle est certainement dérivée ; elle vient aussi en complément du système économique, les deux étant étroitement et historiquement liés ; mais elle se trouve à l'occasion en *opposition* avec ce système²⁸

²⁰ Ph. FOUCHARD, « Droit et morale dans les relations économiques internationales », *Revue des sciences morales et politiques*, 1997, n°3, spéc. p. 3.

²¹ S. GOYARD-FABRE, « Les rapports du droit et de la morale aujourd'hui », *op. cit.* note 10, p. 21.

²² P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Paris, Editions du Seuil, 1990, p. 237.

²³ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960 (rééd. Éditions Panthéon Assas, Coll. Les Introuvables, en 2010), p. 76.

²⁴ Par ex. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 2013, p. 39, §41.

²⁵ G. FARJAT, « L'éthique et le système économique, une analyse juridique », in CREDIMI (collectif), *L'Éthique dans les Relations Économiques Internationales. En hommage à Philippe Fouchard*, *op. cit.* note 3, p. 28.

²⁶ *Idem.*

²⁷ Voir la citation de C. KESSEDJIAN en début de contribution.

²⁸ G. FARJAT, « L'éthique et le système économique, une analyse juridique », *op. cit.* note 25, p. 29.

voire avec *ces systèmes*, de manière temporaire ou prolongée, selon la capacité et la volonté des acteurs du système de prendre en compte, ou non, les enjeux éthiques du moment. L'éthique est en effet mouvante et évolutive, et par conséquent contingente et non absolue : elle « s'applique de manière relative dans le temps et dans l'espace, contrairement à la morale qui est universelle et irréductible, en fonction de la communauté humaine à laquelle elle s'intéresse »²⁹. Elle est, finalement et surtout, ce qui est socialement considéré comme ce qu'il *faut* faire car cette action – ou cette inaction – est jugée, à un moment donné et dans une société donnée, *bonne et juste*.

Sur cette base qui pourrait certainement être approfondie³⁰, l'on peut réfléchir à la manière dont le droit des investissements prend en compte, ou non, les enjeux éthiques du moment – en 2021. Pour ce faire, il faut prendre acte du fait que l'éthique est par nature mouvante ; aussi, sa prise en compte ne peut être qu'évolutive. C'est la raison pour laquelle il paraît pertinent d'observer les dynamiques de mutation du droit des investissements vers une « meilleure » prise en compte des enjeux éthiques ; cette « intégration des composantes de l'éthique au droit » que l'on peut qualifier d'« éthicisation du droit »³¹. En appliquant cette grille de lecture au droit international des investissements et à sa formation, l'on ne peut que constater, avec les contributions au présent ouvrage, que cette éthicisation, en cours, reste imparfaite³². Les raisons en sont nombreuses : absence de volonté des « faiseurs » du droit international des investissements, et difficulté voire impossibilité, pour certains d'entre eux – comme les arbitres –, à s'inscrire dans une démarche d'éthicisation du droit des investissements du fait de l'étendue limitée de leurs pouvoirs et compétences en sont deux exemples topiques.

²⁹ J.-F. KERLÉO, « Libre avant-propos », in V. BARBÉ, J.-F. KERLÉO, J. PADOVANI (dir.), *L'éthique à l'épreuve de la crise*, Toulouse, Editions l'Építoge, Coll. L'Unité du Droit, 2021, p. 18.

³⁰ L'on se réfèrera utilement à la contribution de Jean-François KERLÉO, dans cet ouvrage, pour une analyse magistrale de l'articulation entre le droit, l'éthique et la déontologie.

³¹ L'expression a pu être utilisée au Québec (v. notamment G.A. LEGAULT, « L'hypothèse de l'éthicisation du droit, Les modes de règlement des différends : vers une autre « justice » ? », coll. « Essais et conférences », Document 11, Chaire d'éthique appliquée de Université de Sherbrooke, Éditions G.G.C., 2001, 45 p. ; plus récemment, E. MARCEAU, *Les défis de l'éthicisation du droit : validité conceptuelle des lois éthiques en contexte québécois*, Thèse Université de Sherbrooke, 2015, 272 p. – la définition est issue de cette référence, p. 69), mais peu voire pas, à notre connaissance, en France. Dans le même sens, « l'éthicisation du droit se manifeste par une inclusion de l'éthique et de la déontologie dans le phénomène juridique » (*ibid.*, p. 87).

³² L'on pourrait certainement opposer à ce point qu'un processus est nécessairement, et même par nature, imparfait si la « perfection » désigne son aboutissement – sans quoi il ne s'agirait plus d'une « dynamique » mais d'un « résultat » imparfait. Nonobstant cette réserve, il est possible de porter une appréciation sur les limites du processus en lui-même.

Pour s'en convaincre, il est possible d'examiner deux processus liés mais distincts : l'éthicisation des règles encadrant le règlement des différends internationaux relatifs aux investissements et celle du droit matériel des investissements lui-même. La deuxième dynamique fait l'objet de nombreuses analyses détaillées dans cet ouvrage. Aussi cette contribution, qui n'a pas de vocation exhaustive, se concentrera-t-elle sur l'éthicisation du contentieux de l'investissement.

L'étude des processus juridiques et politiques tendant à rendre le contentieux de l'investissement plus éthique, c'est-à-dire mieux en phase avec les enjeux sociétaux qui caractérisent ce début de XXI^e siècle, amène à identifier deux points de « friction » entre ces enjeux et l'état du droit en la matière. Le premier concerne l'éthique de l'arbitre – que l'on abordera sous l'angle déontologique (I) ; le second, plus vaste, concerne la légitimité du système lui-même (II).

I – LA QUESTION DE LA DÉONTOLOGIE DES ARBITRES

En se contentant ici d'un aperçu, le thème des rapports entre l'éthique et le statut des arbitres faisant l'objet d'une contribution complète dans cet ouvrage³³, il est possible d'identifier les enjeux (A) et la manière dont le droit des investissements – ou plus précisément le droit institutionnel des structures qui alimentent cette branche de droit – tente d'y répondre (B).

A – LES ENJEUX DÉONTOLOGIQUES PROPRES À L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

La question du respect des obligations déontologiques du juge est centrale dans la bonne administration de la justice. Si la notion même de « bonne administration » relève « du champ de l'éthique »³⁴, celle de « bonne administration de la justice » est autonome ; les deux s'inscrivent néanmoins « dans un processus de légitimation »³⁵. Or, la légitimité du juge implique *a minima* que celui-ci se comporte de manière conforme aux principes déontologiques attachés à sa fonction. En France, par exemple, les obligations déontologiques des magistrats comprennent ainsi l'indépendance, l'impartialité, l'intégrité, la probité, la loyauté, la conscience professionnelle, la dignité ou encore la réserve et la discrétion³⁶.

³³ Voir le chapitre rédigé par Sébastien MANCIAUX.

³⁴ É. CHEVALIER, *Bonne administration et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Administrative Law / Droit Administratif, 2014, p. 39.

³⁵ *Ibid.*, p. 44.

³⁶ CSM, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, 2019. La rédaction de ce Recueil, mis à jour en 2019, a été confiée au CSM par l'article 20 de la Loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature.

Le lien entre déontologie et bonne administration de la justice admis, il n'est pas illogique que la question de l'extension de la réflexion à l'activité des arbitres d'investissement se pose. On le sait, la principale difficulté identifiable en matière de déontologie arbitrale n'est pas, contrairement à ce que l'opinion publique véhicule parfois, le fait que les arbitres soient « choisis » par les États et les investisseurs sur une liste préétablie³⁷, ni qu'ils soient assez largement rémunérés pour leurs activités³⁸. Elle ne réside pas plus dans les procédures arbitrales, lesquelles, sous le feu de critiques plus ou moins fondées³⁹, ont pris le virage de la transparence et de la « bonne gouvernance » et s'alignent globalement sur les standards des organes juridictionnels internationaux et/ou internes. L'essentiel du problème est très prosaïque : l'arbitrage, comme le contentieux international en général, est un « tout petit monde »⁴⁰ à tendance endogamique. Rares semblent en effet être les personnes suffisamment qualifiées et bénéficiant à la fois d'une haute considération morale et d'une solide réputation d'impartialité, c'est-à-dire répondant aux exigences de la désignation sur une liste d'arbitres⁴¹. Plus rares encore

³⁷ Voir par exemple les articles 12 et suivants de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI), Washington, 18 mars 1965.

³⁸ Par exemple, le *Memorandum on the Fees and Expenses* du CIRDI prévoit en son article I. 3. que « [t]he amount of the fees referred to above is at present US \$3,000 per meeting day or 8-hour day of other work. That amount has been determined for the fees in the expectation that Tribunals will not propose higher amounts to the parties » (voir en ligne : <https://icsid.worldbank.org/services/content/memorandum-fees-expenses>). En pratique, les arbitres recherchent parfois « l'accord des parties pour augmenter le montant de leurs honoraires », qui restent très en-deçà de ceux des avocats relevant des cabinets internationaux plaissant devant eux (L. MALINTOPPI, « Chapitre 17. Procédure arbitrale devant les tribunaux CIRDI et hors CIRDI », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 675). L'argument du conflit d'intérêts intrinsèque, au regard de la conditionnalité de leur rémunération à la poursuite du différend, a toutefois été exprimé par la société civile, notamment dans la consultation de la Commission européenne à propos du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) : « a number of respondents (NGOs) [...] argue that the arbitrators have a personal financial interest in not dismissing claims right away as a full arbitration procedure would be more profitable for them: the longer the procedure, the higher their fees » (Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement, Report, *Commission Staff Working Document*, 13 janvier 2015, SWD(2015) 3, p. 112).

³⁹ Voir *infra*.

⁴⁰ F. COUVEINHES MATSUMOTO, « Le lancement de la négociation d'une convention instituant une cour multilatérale d'investissements : l'avenir indéterminé d'un projet européen déterminant », *RGDIP*, n°2018-4, p. 907.

⁴¹ Voir par exemple l'article 14 de la Convention CIRDI citée note 37. : « (1) 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. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante. (2) Le Président, dans ses désignations, tient compte en outre de l'intérêt qui s'attache à représenter sur ces listes les principaux systèmes juridiques du monde et les principaux secteurs de l'activité économique ».

sont les arbitres effectivement désignés, le nombre d'affaires étant lui-même limité⁴². Autrement dit, ce sont souvent les mêmes arbitres qui sont désignés... et ceux-ci sont susceptibles d'exercer, d'avoir exercé ou d'exercer à l'avenir de hautes fonctions dans la sphère réduite du contentieux international.

Plusieurs cas problématiques peuvent être identifiés, certains étant d'école, d'autres non. L'on peut se concentrer sur les trois principaux. Ainsi le cas l'arbitre qui est en même temps conseil d'un État partie à l'instance arbitrale dans un autre contentieux international (par exemple devant la Cour internationale de justice)⁴³. L'on pense encore au cas de l'arbitre qui est également conseil dans d'autres affaires d'investissements⁴⁴. Enfin, le cas de l'arbitre qui siège parallèlement en tant que juge au sein d'une juridiction internationale (la Cour internationale de justice ou le Tribunal international du droit de la mer, par exemple) est courant, même si l'hypothèse affecte alors moins l'arbitre que la réputation de l'institution juridictionnelle. Au 21 décembre 2020, deux juges en fonctions à la CIJ étaient ainsi membres voire présidents de cinq tribunaux CIRDI – pour s'en tenir au seul CIRDI⁴⁵. Quand bien même il ne soit pas question de remettre en question la probité ni la compétence des juges/arbitres, l'image donnée à l'opinion publique quant au cumul des « casquettes » – certaines étant très lucratives – n'est pas celle de l'irréprochabilité. Or, en matière de bonne administration de la justice, qu'elle soit arbitrale ou non, les apparences sont au moins aussi importantes que la réalité⁴⁶.

⁴² Pour ne prendre que l'exemple du CIRDI, 721 affaires sont recensées sous la Convention depuis 1966; 54 nouvelles affaires ont été introduites en 2020 (CIRDI, Affaires du CIRDI - Statistiques, numéro 2021-1, respectivement p. 9 et p. 22).

⁴³ Le cas est d'autant plus gênant lorsque l'arbitre a été nommé par l'investisseur; mais la plupart des conseils à la CIJ, par exemple, semblent réticents – par souci déontologique – à l'idée de siéger dans un tribunal d'investissement sans avoir été nommé par un État.

⁴⁴ V. F. COUVEINHES MATSUMOTO, « Le lancement de la négociation d'une convention instituant une cour multilatérale d'investissements : l'avenir indéterminé d'un projet européen déterminant », *op. cit.* note 40, p. 908, et les références associées, selon lesquelles quinze arbitres auraient monopolisé 55% du contentieux d'investissements entre 1990 et 2011, la plupart du temps avec des « double-casquettes ».

⁴⁵ Sur ce point et les réponses apportées par la Cour à ce qui est clairement identifié comme une faille déontologique, v. R. MAUREL, « Révolution discrète ou communication malheureuse ? À propos de la « compilation des décisions » adoptées par la Cour internationale de justice en matière d'activités extérieures des juges », *Blog INTER-ÉTHIQUE*, décembre 2020, en ligne : <https://blog.u-bourgogne.fr/droit-inter-ethique/2020/12/22/revolution-discrete-ou-communication-malheureuse-a-propos-de-la-compilation-des-decisions-adoptees-par-la-cour-internationale-de-justice/>.

⁴⁶ Il s'agit là de la théorie des apparences. L'on connaît la célèbre formule de Lord Chief Justice Heward en 1923 : « [b]ut while that is so, a long line of cases shows that it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done » (High Court of Justice, King's Bench Division, 9 November 1923, *Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 KB 256, p. 259). L'on se permet de renvoyer, sur la théorie des apparences et ses évolutions, à R. MAUREL, *Les sources du droit administratif global*, Dijon, LexisNexis, Coll. des Travaux du CREDIMI, 2021, pp. 434-438.

C'est en ce sens qu'aux règles déontologiques s'adjoint en enjeu profondément éthique : la règle déontologique n'a pas nécessairement à être méconnue – à plus forte raison lorsqu'elle n'existe pas – pour qu'un *risque éthique*, en termes d'image publique, surgisse. Il s'agit, dès lors, de l'anticiper.

B – LES MODALITÉS DE L'ÉTHICISATION DES PRATIQUES ARBITRALES

En l'état actuel du droit international, rien n'interdit formellement les pratiques mentionnées *supra*. Si « les règles éthiques jugées souhaitables pour encadrer le statut de l'arbitre et l'accomplissement de sa mission juridictionnelle existent déjà, sous des formes diverses, dans les principaux textes qui régulent l'arbitrage international en général et l'arbitrage d'investissement en particulier »⁴⁷, celles-ci manquent en effet généralement de précision et, surtout, d'effectivité. Il n'est d'ailleurs et à cet égard pas certain que les quelques initiatives récentes en la matière constituent une révolution.

L'une des initiatives les plus remarquables réside dans le projet de Code de conduite CIRDI/CNUDCI pour les arbitres et autres personnes exerçant des fonctions d'adjudication, dont l'idée est née en 2015⁴⁸ – soit, objectivement, relativement tard dans l'histoire de l'arbitrage, surtout au regard de la prolifération de codes d'éthique et de conduite dans toute institution. De manière moins formelle, une autre action notable a consisté dans la publication récente – sans même un communiqué de presse – d'une compilation des décisions internes de la Cour internationale de justice portant notamment sur l'exercice d'autres activités extérieures à la Cour. Son ineffectivité est néanmoins aussi évidente que problématique. Au moins l'un des juges à la Cour, qui ne peut raisonnablement ignorer ces « décisions », persiste manifestement à les méconnaître⁴⁹. Il y a dès lors lieu de penser que ces deux réactions constituent davantage un message démontrant une prise de conscience, par les institutions internationales, des enjeux déontologiques et de l'aspiration à l'éthique de l'opinion publique, qu'une volonté ferme d'éthiciser le contentieux arbitral – et international en général.

⁴⁷ V. la contribution de Sébastien MANCIAUX dans cet ouvrage.

⁴⁸ Voir sur ce thème, pour des analyses critiques, R. MAUREL, « Remarques sur le projet de Code de conduite pour les arbitres CIRDI/CNUDCI », *Blog INTER-ÉTHIQUE*, septembre 2020, en ligne : <https://blog.u-bourgogne.fr/droit-inter-ethique/2020/09/21/remarques-sur-le-projet-de-code-de-conduite-pour-les-arbitres-cirdi-cnudci/> et la contribution de Sébastien MANCIAUX dans cet ouvrage.

⁴⁹ R. MAUREL, « Révolution discrète ou communication malheureuse ? À propos de la « compilation des décisions » adoptées par la Cour internationale de justice en matière d'activités extérieures des juges », *op. cit.* note 45.

Au surplus, il faut noter que le chapitre 8 de l'AECG, consacré aux investissements entre l'Union européenne et le Canada, comprend un article 8.30 spécifiquement dédié aux « règles d'éthique »⁵⁰. Celui prévoit en particulier que « dès leur nomination, [les membres du futur Tribunal⁵¹] s'abstiennent d'agir à titre d'avocat-conseil, de témoin ou d'expert désigné par une partie dans tout différend relatif aux investissements en instance ou nouveau relevant du présent accord ou de tout autre accord international »⁵², et institue une procédure de contestation de la nomination du juge en cas de conflit d'intérêt – avec un recours quelque peu surprenant au président de la Cour internationale de justice à cet effet. Il n'est pas anodin que ces dispositions aient été insérées, alors mêmes que les négociations étaient closes, à la suite des vives contestations du projet d'accord de la part de la société civile⁵³. C'est bien cette dernière qui, par pression et leviers politiques dans toute l'Union, a obtenu une éthicisation – certes partielle⁵⁴ – du chapitre dédié au règlement des différends relatifs aux investissements du futur accord. Ce faisant, les citoyens européens ont également revendiqué, consciemment ou non, une éthicisation du droit des investissements par sa régionalisation, laquelle paraît *in fine* le niveau d'action adapté aux enjeux actuels.

II – LA QUESTION DE LA LÉGITIMITÉ DU SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

L'éthique n'est, on l'a dit, pas limitée à la déontologie – pour peu qu'elle puisse véritablement être entendue comme comprenant la déontologie⁵⁵. L'investissement soulevant en lui-même des questionnements éthiques⁵⁶, il n'y a pas de raisons de ne pas interroger sous le même angle les structures juridiques qui le définissent et en fixent les limites juridiques. Ces structures sont de

⁵⁰ Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, *JOUE* du 14 janvier 2017, L 11/23.

⁵¹ Le chapitre relatif aux investissements de l'AECG prévoit de manière originale la mise en place d'un Tribunal d'investissements dédié, ainsi que d'un Tribunal d'appel; voir *infra*, II. B. sur cette question.

⁵² Article 8.30, 2.

⁵³ V. par exemple *Le Monde.fr*, « L'Europe et le Canada modifient leur accord CETA pour faire taire les critiques », 2 mars 2016.

⁵⁴ L'on peut relever plusieurs angles morts de l'article 8.30 en le comparant aux enjeux identifiés plus haut. Ainsi, les « règles d'éthique » n'empêchent pas les juges du Tribunal d'officier par ailleurs comme avocats ou conseils au contentieux hors investissement.

⁵⁵ Voir, sur ce point, la contribution de Jean-François KERLÉO dans cet ouvrage.

⁵⁶ Voir *supra*, note 4.

deux ordres : les sources du droit des investissements d'une part⁵⁷, l'arbitrage d'investissement en tant que système instituant des instances d'apaisement des conflits relatifs aux investissements d'autre part. Or, ce dernier système cristallise les débats quant à sa légitimité (A), à tel point qu'il pourrait subir de profondes mutations, voire perdre sa caractéristique principale – son caractère arbitral – dans les années ou décennies à venir, sous l'effet de plusieurs dynamiques fondées, à notre sens, sur des questionnements davantage éthiques que juridiques (B).

A – DU RAPPORT ENTRE LÉGITIMITÉ, CRISE DE LÉGITIMITÉ ET ÉTHICISATION D'UN SYSTÈME

Le lien entre légitimité et éthique n'apparaît, il faut le concéder, pas avec évidence. Il ne se dévoile qu'au terme d'une réflexion extra-juridique. Pour que les décisions d'une entité quelconque soient considérées comme légitimes, celles-ci doivent être *acceptables* par leurs destinataires ou l'opinion publique ; or le comportement éthique, appliqué à l'action décisionnelle, est une « recherche de la bonne solution dans une situation donnée »⁵⁸ susceptible de peser significativement dans l'acceptabilité de la décision⁵⁹, et par ricochet sur la légitimité de celui ou celle qui la prend à le faire.

Ce raisonnement, qui peut certainement être critiqué, fait d'emblée apparaître le rôle prépondérant, mais pas toujours joué en pratique, de l'opinion publique et de la société civile dans la recherche de légitimité et d'une plus grande

⁵⁷ Les sources du droit des investissements ont la particularité d'être doubles, voire triples (le droit interne de l'État d'accueil de l'investissement, le droit international public *via* les TBI, chapitres d'accords de libre-échange et autres accords internationaux, et le droit de l'Union européenne ; pour cette présentation v. par exemple M. AUDIT, S. BOLLÉE, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, coll. Précis Domat, 2019, pp. 247 et ss.). Pourtant, si l'on entend par « droit des investissements » l'ensemble des règles régissant l'activité d'investissement et que l'on convient qu'il faut « isoler la question des sources du droit de celle du droit applicable au règlement des différends » relatifs aux investissements (C. CRÉPET DAIGREMONT, « Chapitre 1. Les sources du droit international des investissements », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.* note 38, p. 85), cette liste est incomplète. Il conviendrait en effet d'y ajouter, comme le révèle particulièrement une analyse du droit des investissements sous l'angle de l'éthique environnementale, les sources transnationales privées que constituent les règles purement internes des entreprises multinationales agissant comme investisseur (v., pour cette approche, la contribution de Marion LAROUER dans cet ouvrage).

⁵⁸ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.* note 24, p. 39.

⁵⁹ Pascale DEUMIER écrit ainsi, confirmant en partie cette idée, que « [l']éthique est particulièrement mobilisée pour accompagner le développement scientifique, en cherchant un équilibre entre ce que le progrès rend possible et ce qui peut être accepté dans une société » (*idem*).

éthique de manière générale. Cette importance de l'opinion publique est particulièrement identifiable à l'occasion du renforcement du caractère « éthique » de certains aspects matériels du droit des investissements. Il est d'abord possible de penser à l'éthique sociétale portée par une opinion publique convaincue, et au raisonnement correspondant esquissé dans la sentence *Urbaser*⁶⁰, qui peut sembler « humaniser »⁶¹ – sinon « droit-de-l'hommeiser »⁶² – le droit des investissements en étendant au moins potentiellement à l'investisseur la charge de faire respecter certains droits de l'homme⁶³. L'on pense encore à l'outil virtuellement massif d'éthicisation du droit des investissements que pourrait être le « filtrage » des investissements par le droit interne de l'État d'accueil – filtrage en faveur du verdissement des investissements, par exemple, que la société civile pourrait théoriquement exiger de ses gouvernants plus aisément que l'abandon du système arbitral dans son ensemble⁶⁴.

Justement, la norme prévoyant la soumission des différends entre investisseurs privés et États à des tribunaux arbitraux, dont personne ne conteste la validité en droit international général, peut être – et est souvent – considérée

⁶⁰ CIRDI, *Urbaser S.A., Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, affaire n° ARB/07/26, sentence, 8 décembre 2016, §1195.

⁶¹ Voir les écrits du juge Antônio A. CANÇADO TRINDADE sur la question de l'humanisation du droit international ; par exemple A. A. CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, Coll. Doctrine(s), 2012, 368 p., spéc. pp. 339 et ss. Selon l'ancien Président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui ne prône finalement rien d'autre qu'une refonte de l'ordre juridique international sur la base d'une éthique de la personne humaine, les théories positivistes et volontaristes ont échoué à expliquer la formation et l'application du droit international, et l'humanité est un sujet à part entière du droit des gens (v., dernièrement, CIJ, *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article 84 de la Convention relative à l'aviation civile internationale (Arabie saoudite, Bahreïn, Égypte et Émirats arabes unis c. Qatar)*, arrêt du 14 juillet 2020, Opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, §§76-78).

⁶² L'expression est dérivée d'une formule d'Alain PELLET (v. A. PELLET, « Droits-de-l'hommeisme et droit international », *Droits fondamentaux*, n°1, 2001 ; en version anglaise A. PELLET, « *Human Rightism* and *International Law* », *Italian Yearbook of International Law*, 2000, pp. 3-16).

⁶³ Voir, sur cette extension et ce raisonnement, P. JACOB, F. LATTY, A. DE NANTEUIL, « Arbitrage transnational et droit international général (2016) », *AFDI*, vol. 62, 2017, pp. 587-650 et spéc. les pp. 593, 599, 605 et 640, ainsi que R. MAUREL, *Les sources du droit administratif global*, Dijon, LexisNexis, Coll. des Travaux du CREDIMI, 2021, pp. 217-218. Pour une approche critique de l'apport de cette sentence à la construction des relations entre droits de l'homme et droit des investissements sous l'angle de l'éthique, v. la contribution de Julien CAZALA dans cet ouvrage.

⁶⁴ Sur le filtrage, voir récemment J. BONNITCHA, « Le retour du filtrage des investissements en tant qu'outil politique », *Investment Treaty News*, 19 décembre 2020, en ligne : <https://www.iisd.org/itn/fr/2020/12/19/the-return-of-investment-screening-as-a-policy-tool-jonathan-bonnitcha/>. Sur la portée en réalité limitée des codes et lois d'investissement, v. la contribution de Sabrina ROBERT-CUENDET dans cet ouvrage.

comme non éthique par la société civile, qui y voit une anormalité visant à privilégier à son détriment, ou à celui des États, les investisseurs. L'arbitrage d'investissement est ainsi accusé de « reconnaître davantage de droits aux investisseurs qu'aux États d'accueil, d'exposer ces mêmes États à de lourds risques financiers susceptibles de les dissuader de toute initiative en matière de politique publique d'intérêt général, de souffrir d'un manque de cohérence dû à de nombreuses divergences jurisprudentielles lesquelles ne peuvent être corrigées de par l'absence de mécanisme de contrôle approprié, de nécessiter des dépenses élevées pour les besoins de la procédure [...] »⁶⁵. Depuis la fin des années 2000 – peut-être avec la généralisation d'Internet et des réseaux sociaux permettant à tout citoyen de s'informer de l'existence de systèmes dont il pouvait ignorer auparavant l'existence –, le débat public relatif à l'arbitrage d'investissement a dans l'ensemble généré des critiques « dont la vigueur, sinon la violence, ne laisse de surprendre »⁶⁶ ; le rapport de la Commission européenne suivant la consultation organisée sur le TTIP s'en fait d'ailleurs l'écho⁶⁷. Ces critiques, parfois liées à une méconnaissance du système⁶⁸ à l'occasion alliée à des positionnements idéologiques par principe hostiles à l'arbitrage d'investissement⁶⁹, sont occasionnellement dirigées plus précisément contre la bizarrerie juridique qui fait que par « des mécanismes de ce genre, les personnes privées acquièrent [...] la capacité d'agir directement au plan international contre un État étranger »⁷⁰ – au détriment des juridictions nationales, dans l'imaginaire populaire au moins. Elles

⁶⁵ H. GUÉRARI, « CIRDI : favorable aux investisseurs privés », in H. ASCENSIO, P. BODEAU-LIVINEC, M. FORTEAU, F. LATTY, J.-M. SOREL, M. UBÉDA-SAILLARD (dir.), *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 75.

⁶⁶ E. GAILLARD, « Conclusions », in Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, op. cit. note 38, p. 1028. V. également les références citées par l'auteur note 10. Celui-ci note également que la vigueur du débat en Europe s'explique également par « l'appropriation récente du sujet par des courants de pensée altermondialistes, ou purement nationalistes, dans les États traditionnellement exportateurs de capitaux » (*ibid.*, p. 1029), les « passions les plus irraisonnées » ayant été déchaînées à l'occasion de la négociation du traité transatlantique (*idem*).

⁶⁷ *Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement*, rapport précité note 38.

⁶⁸ Dans le même sens, voir les conclusions de F. BAETENS, « *The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges* », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 43, n°4, 2016, pp. 380 et ss.

⁶⁹ Pour un exemple riche de contresens et d'erreurs de compréhension de la doctrine juridique, v. R. BÉAUCHARD, *L'assujettissement des nations. Controverses autour du règlement des différends entre États et investisseurs*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer, 2017, 170 p. ; par exemple sur le droit administratif global dès la p. 10 puis pp. 109-115.

⁷⁰ A. PELLET, « Le droit international à la lumière de la pratique : l'introuvable théorie de la réalité. Cours général de droit international public », *RCADI*, t. 414, 2021, p. 377.

ont en tout cas conduit à des « procès en légitimité de l'arbitrage en général et du CIRDI en particulier »⁷¹...et à des propositions concrètes d'éthicisation pour y répondre.

B – UNE LECTURE POSSIBLE DES GRANDES MUTATIONS DU SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Les réponses apportées à ces critiques récurrentes résident d'abord dans la mise en avant des exceptions possibles à la protection des investissements étrangers, voire à leur élargissement. Celles-ci ne sont pas sans faire écho à différents domaines de l'éthique, en particulier lorsqu'il s'agit de la protection de la santé publique, de l'environnement, de la moralité publique, des consommateurs ou encore de la diversité culturelle⁷². Cependant, la réponse aux préoccupations structurelles par le droit matériel ne suffit pas.

Du point de vue institutionnel, l'un des premiers sujets de discussion réside dans l'éventualité et/ou de la nécessité de la mise en place d'un mécanisme d'appel des sentences arbitrales, distinct des procédures en annulation. Toutefois, les débats relatifs à ce « thème brûlant sur lequel universitaires et praticiens ont des positions radicalement opposées – opposition qui s'apparente dans certains cas à une véritable guerre de religion »⁷³ ne font émerger aucune réponse concrète aux critiques portant sur le manque d'unité de la jurisprudence arbitrale, ni aucune perspective d'évolution à court et même moyen terme⁷⁴. Deux autres solutions en particulier peuvent, sous l'angle de l'éthicisation du système, retenir l'attention.

⁷¹ H. GUÉRARI, « CIRDI : favorable aux investisseurs privés », *op. cit.* note 65, p. 75.

⁷² *Ibid.*, p. 77.

⁷³ A. PELLET, « Appel ou annulation des sentences CIRDI ? Retour sur un débat sans conclusion », in *Droit international et culture juridique. Mélanges offerts à Charles LEBEN*, Paris, Pedone, 2015, p. 356.

⁷⁴ Ce point est particulièrement discuté par la doctrine. Emmanuel GAILLARD se réjouit ainsi, en 2015, que « la possibilité de mettre en place un mécanisme d'appel, serpent de mer né du fantasme de l'incohérence de la jurisprudence arbitrale » ait été reportée dans le projet de CETA (E. GAILLARD, « Conclusions », *op. cit.* note 66, p. 1037). À l'inverse ou à tout le moins de manière plus nuancée, Arnaud DE NANTEUIL relève que le contentieux de l'investissement se trouve « assez largement éclaté sur le plan institutionnel, ce qui assurément ne favorise pas la cohérence de la jurisprudence. La mise en place d'un organisme unique ou d'un organe d'appel commun pourrait être souhaitable dans cette perspective, mais ce n'est nullement une perspective réaliste, même à moyen terme » (A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 3^{ème} éd., Paris, Pedone, 2020, p. 245). Dans un sens proche mais le justifiant principalement par l'importance des *apparences* de justice « bien » rendue – rejoignant ainsi notre propos –, v. A. PELLET, « Appel ou annulation des sentences CIRDI ? Retour sur un débat sans conclusion », *ibid.*, p. 359.

D'une part, l'idée d'une Cour multilatérale d'investissement constitue manifestement « un projet de système alternatif que ses promoteurs entendent voir un jour remplacer celui du CIRDI »⁷⁵, tout en étant loin d'être achevé. Sous l'égide de la CNUCED, les débats sur l'établissement d'un éventuel TMI (Tribunal multilatéral d'investissement) permanent se poursuivent pour répondre à une demande claire de « publicisation » de l'arbitrage d'investissement. En l'état, l'arbitrage est trop souvent considéré comme un « club » privé – l'omniprésence d'un petit nombre de juristes internationaux renforçant certainement cette image – dont l'indépendance et l'impartialité seraient par nature douteuses. Il en découle un discours relatif au déni démocratique supposément engendré par les décisions des tribunaux arbitraux...et la mise en avant d'une éthique du contentieux État/personne privée, dont la réalisation juridique et politique suppose la transformation du système arbitral en système de type juridictionnel.

D'autre part mais poursuivant une logique similaire, l'*Investment Court System* (ICS) intégré par l'Union européenne dans plusieurs accords récents vise à répondre à la même demande et aux mêmes critiques⁷⁶, dans l'attente de l'instauration d'un mécanisme multilatéral tel que la Cour multilatérale d'investissement⁷⁷. Ainsi, la Section F du chapitre 8 du célèbre AECG prévoit la mise en place d'un système de tribunal des investissements à double degré (tribunal et tribunal d'appel)⁷⁸, en attendant la mise en place d'une future Cour multilatérale ayant vocation centralisatrice⁷⁹. Bien que ces dispositions ne soient pas

⁷⁵ F. COUVEINHES MATSUMOTO, « Le lancement de la négociation d'une convention instituant une cour multilatérale d'investissements : l'avenir indéterminé d'un projet européen déterminant », *op. cit.* note 40, p. 926.

⁷⁶ V. par exemple, pour une confirmation, D. BIANCHI, « Bazooka ou cartouches à blanc ? Une comparaison des approches juridiques en évolution au Brésil et dans l'Union européenne en matière de mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États », in A. BERRAMDANE, M. TROCHU (dir.), *Union européenne et protection des investissements. Europe, Asie-Pacifique et Amérique latine*, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 350-351.

⁷⁷ F. BAETENS, « *The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges* », *op. cit.* note 68, pp. 367-384 ; J. W. KIM, L. M. WINNINGTON-INGRAM, « *Investment Court System Under EU Trade and Investment Agreements: Addressing Criticisms of ISDS and Creating New Challenges* », *Global Trade and Customs Journal*, vol. 16, n°5, 2021, pp. 181-192, spec. pp. 186-192.

⁷⁸ Accord précité note 50, articles 8.18 et suivants.

⁷⁹ Article 8.29 : « Les Parties s'emploient à créer, de concert avec d'autres partenaires commerciaux, un tribunal multilatéral des investissements et un mécanisme d'appel connexe aux fins du règlement des différends relatifs aux investissements. Dès la création d'un tel mécanisme multilatéral, le Comité mixte de l'AECG adopte une décision établissant que les différends relatifs aux investissements relevant de la présente section seront tranchés dans le cadre du mécanisme multilatéral, et prend les dispositions transitoires appropriées ».

encore entrées en vigueur, elles devraient être reproduites au sein d'autres accords de l'Union ; tel est déjà le cas des projets d'accords de protection des investissements (API) UE/Singapour⁸⁰ et UE/Vietnam⁸¹, ainsi que du projet de refonte de l'accord UE/Mexique⁸² qui dupliquent ce système, sans épuiser pour autant les problématiques juridiques qu'il génère⁸³ ni garantir d'ailleurs qu'il soit suffisant, adéquat et nécessaire⁸⁴. Par ailleurs, l'adoption de l'ICS ne dépend évidemment pas que de la volonté européenne, mais également de celle des États co-contractants, lesquels ont, certes, globalement intérêt à conclure des accords de libre-échange et de protection des investissements avec l'Union. La volonté européenne, mue par la pression citoyenne, se heurte ainsi à la position japonaise sur la question. Alors que l'accord de libre-échange UE/Japon – devenu accord de partenariat économique (APE) – aurait dû intégrer ce système, les réticences japonaises ont finalement conduit à extraire la question des investissements de

⁸⁰ Voir le chapitre 3 sur le règlement des différends (spéc. la section A) de l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Singapour, d'autre part, 18 septembre 2018, dossier interinstitutionnel 2018/0096, *RELEX.I.A 7980/18*, approuvé par le Parlement seulement fin 2020 (Résolution législative du Parlement européen du 13 février 2019 sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion, au nom de l'Union européenne, de l'accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Singapour, d'autre part, *JOUE* du 23 décembre 2020, C 449/346).

⁸¹ Voir le chapitre 3, section B, de l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République socialiste du Viêt Nam, d'autre part, 7 mai 2019, Dossier interinstitutionnel 2018/0359, *RELEX.I.A 5932/19*, adopté également en 2020 par le Parlement (Résolution législative du Parlement européen du 12 février 2020 sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion, au nom de l'Union européenne, de l'accord de protection des investissements entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République socialiste du Viêt Nam, d'autre part, texte adopté n°P9_TA(2020)0029.

⁸² European Commission, *New EU-Mexico agreement. The agreement in principle Brussels*, 23 April 2018, en ligne : https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156791.pdf. Le document indique, que « *The EU-Mexico agreement fully implements the new EU approach to investment protection and investment dispute resolution by fundamentally reforming the old-style ISDS system. It establishes a standing international investment court system composed of a Tribunal of First Instance and an Appeal Tribunal* » (p. 11).

⁸³ Voir, pour un panorama de ces questions qui excèdent le cadre de la présente contribution, A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.* note 74, pp. 520-524.

⁸⁴ V. en ce sens D. BIANCHI, « Bazooka ou cartouches à blanc ? Une comparaison des approches juridiques en évolution au Brésil et dans l'Union européenne en matière de mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États », *op. cit.* note 76, pp. 321-354 et particulièrement pp. 351-354.

l'accord⁸⁵, afin de garantir sa finalisation dans l'attente d'un (éventuel) accord bilatéral ultérieur sur la question⁸⁶.

Certaines évolutions institutionnelles du droit des investissements, en cours ou à venir, sont donc en partie, voire totalement, dictées par une récusation, par tout ou partie par la société, de la justice arbitrale – celle-ci étant considérée, à tort ou à raison, insuffisamment transparente, trop favorable à l'investisseur et partielle, porteuse d'insécurité juridique faute de mécanisme d'unification et globalement incubatrice de conflits d'intérêts entre acteurs peu nombreux de ce système. Les propositions et projets en cours peuvent dès lors être analysées sous l'angle de la « mise aux normes éthiques » d'un système contentieux contesté, dont l'opinion publique souhaite la publicisation, sans préjudice des avantages – y compris pour l'État ! – et acquis de l'arbitrage d'investissements. C'est bien en effet « la puissance du rejet populaire, associatif, syndical et dans une certaine mesure parlementaire du le principe même de tribunaux spéciaux d'investissements »⁸⁷ qui a amené les gouvernements et institutions de l'Union européenne à s'interroger sur ce qu'il serait « bon » de faire, quitte, par ce questionnement éthique, à malmener les rapports entre droit des investissements et droit de l'Union européenne.

* * *

Le survol de l'évolution du système de règlement des différends relatifs aux investissements ne met certainement pas un point final à l'étude du droit des investissements au prisme de l'éthique. Du point de vue du droit matériel, il est indispensable de s'intéresser à l'éthicisation du *contenu* du droit des investissements. L'on peut d'emblée identifier quelques-uns des thèmes rattachés à l'éthique qui méritent que l'on s'y attarde sous l'angle des investissements – y compris, le cas échéant, pour les contester : la corruption, l'éthique *sociale* (de

⁸⁵ Le document publiant les grands principes de l'accord indique en 2017 que : « *[o]n investment, while some parts such as investment liberalisation were agreed in principle, there is still no agreement on the whole chapter, as the issue of investment dispute resolution remains fully open. The EU has tabled its reformed investment court system on the table in the negotiations with Japan. The EU continues to insist that there can be no return to old-style ISDS. Under no conditions can old-style ISDS provisions be included in the agreement. More discussions will be required to arrive at a conclusion on this in the next months* » (European Commission, *EU-Japan EPA – The Agreement in Principle*, 6 July 2017, en ligne : https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155693.doc.pdf). Sur les réserves japonaises, voir M. TROCHU, « Les systèmes de règlement des différends investisseurs-États dans les accords de partenariat entre l'Union européenne et les pays d'Asie-Pacifique (UE-Corée du Sud, UE-Singapour, UE-Viet Nam, UE-Japon) », in A. BERRAMDANE, M. TROCHU (dir.), *Union européenne et protection des investissements. Europe, Asie-Pacifique et Amérique latine*, op. cit. note 76, pp. 293-296.

manière réductrice : le respect des droits de l'homme par l'investisseur), l'éthique *environnementale*⁸⁸, notamment à l'heure de la pollution plastique qui menace à court terme le développement de la vie sur Terre⁸⁹, ou encore l'éthique *numérique*⁹⁰ – liste non exhaustive.

Ainsi, les normes émergentes relatives à la RSE ou spécifiquement à la protection de l'environnement, en droit des investissements, sont-elles une manifestation d'une démarche actuelle vers une meilleure éthique ? S'agit-il d'écrans de fumée communicationnels, ou de dynamiques normatives tangibles et effectives ? S'agit-il là encore d'une nouveauté motivée par la montée en puissance d'une opinion publique défavorable aux conséquences néfastes de la mondialisation, ou de phénomènes tout à fait classiques, l'éthique ayant toujours accompagné et même motivé la création du système économique mondial et la création même du droit des investissements ? Les sources du droit des investissements sont-elles indifféremment mobilisées en vue cette éthicisation ou bien certaines le sont-elles particulièrement, traduisant des sous-dynamiques ? L'éthique est-elle finalement un outil du développement de la légitimité du droit matériel des investissements, ou au contraire une arme de destruction massive aux conséquences indésirables, en termes de sécurité juridique ou de souplesse du droit des investissements par exemple ?

⁸⁶ L'exposé des motifs de la décision du Conseil sur la signature de l'APE indique ainsi que celui-ci « ne comprend pas de normes de protection des investissements ni de procédure de règlement des différends concernant la protection des investissements, parce que les négociations toujours en cours sur ces sujets n'ont pu être achevées au moment de la conclusion des négociations de l'APE. L'engagement ferme des deux parties est d'achever les négociations relatives à la protection des investissements dans les meilleurs délais, eu égard à leur engagement mutuel de mettre en place un environnement d'investissement stable et sûr dans l'Union et au Japon. Une fois que les parties se seront mises d'accord, la protection des investissements fera donc l'objet d'un accord bilatéral distinct en matière d'investissements » (Proposition de décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Japon, 18 avril 2018, COM(2018) 193 final, 2018/0092(NLE), premier point).

⁸⁷ F. COUVEINHES MATSUMOTO, « Le lancement de la négociation d'une convention instituant une cour multilatérale d'investissements : l'avenir indéterminé d'un projet européen déterminant », *op. cit.* note 40, pp. 893-894.

⁸⁸ Voir, sur ce thème, la contribution d'Olivia DANIC dans cet ouvrage.

⁸⁹ Sur la possibilité de penser le problème de la pollution plastique des océans sous l'angle de l'éthique, voir R. MAUREL, « Pollution plastique des océans : du droit à l'éthique et vice-versa », à paraître à la *Revue du Centre Michel de l'Hospital* en 2021.

⁹⁰ Sur plusieurs aspects des relations entre évolution technologique (numérique) et éthique, v. parmi de nombreuses références B. BAERTSCHI, « Les soucis éthiques suscités par les nanotechnologies », in S. LACOUR, (dir.), *La régulation des nanotechnologies*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 131-152 ; Ph. LAGRANGE, « Le drone, l'éthique et le droit », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1333-1353 ; Y. MENECEUR, *L'intelligence artificielle en procès*, Bruxelles, Bruylant, 2020, spéc. pp. 31-38. Sur le lien entre éthique du numérique et droit des investissements, voir la contribution de Julien FOURET dans cet ouvrage.

Ce sont à ces questions, et à bien d'autres, que les contributions qui suivent cherchent à répondre. Pour ce faire, leurs auteurs ont adopté leurs propres visions de l'éthique applicable au droit des investissements, aucune définition n'ayant été imposée. Il en ressort une certaine diversité des conceptions et conclusions, mais également des éléments d'unités. Trois, en particulier, retiennent à notre sens l'attention : la dynamique de régionalisation voire d'eupéanisation⁹¹ du droit des investissements placée au service de sa transformation éthique – sinon l'inverse ? –, la multiplicité *des éthiques* applicables et pertinentes en la matière, et, malgré le poids grandissant de la pression de la société civile dans le choix de faire évoluer les normes et pratiques, l'irréductible place du volontarisme étatique dans l'éthicisation du droit des investissements.

⁹¹ Pour une autre dynamique régionale, voir T. THUY DUONG TRAN, « Les mécanismes de règlement des différends d'investissement ASEAN et ASEAN + : Quelques observations et commentaires des dispositions relatives à la compétence des arbitres internationaux », in A. BERRAMDANE, M. TROCHU (dir.), *Union européenne et protection des investissements. Europe, Asie-Pacifique et Amérique latine*, op. cit. note 76, pp. 297-319 ; sur son caractère sous-développé (absence de clauses modèles, très peu d'utilisation des mécanismes en pratique), v. spéc. pp. 317-318. Au surplus, l'éthicisation du système ne semble *prima facie* pas constituer un moteur du processus.