



**UNIVERSITÉ
DE LORRAINE**

**BIBLIOTHÈQUES
UNIVERSITAIRES**

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact bibliothèque : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr
(Cette adresse ne permet pas de contacter les auteurs)

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

Thèse

Présentée et soutenue publiquement pour l'obtention du titre de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE LORRAINE

Mention : Droit privé

par **Marion DELIGNY MALCHAIR**

Sous la direction de Olivier CACHARD

**La transformation du Système de résolution des conflits
entre État hôte et investisseur étranger : la conciliation des
intérêts d'acteurs d'un système adaptatif complexe**

le 13 juillet 2023

Membres du jury :

Directeur(s) de thèse : **M. Olivier CACHARD** Professeur en Droit privé et sciences criminelles,
Université de Lorraine, IFG, Nancy

Rapporteurs : **M. Emmanuel JOLIVET** Docteur en droit, HDR, Conseiller général de la
Chambre de Commerce Internationale et de la
Cour Internationale d'arbitrage, Paris

Mme Séverine MENETREY Professeure ordinaire en droit judiciaire,
Université du Luxembourg, Luxembourg

Examineurs : **M. Walid BEN HAMIDA** Maître de Conférence HDR, Droit Privé et
Sciences criminelles
Université d'Évry-val-d'Essonne

Mme Anne STÉVENOT Professeure en sciences de gestion
Université de Lorraine, CEREFIGE, Nancy

Membre invité : **Mme Stéphanie CARDOSO** Maître de Conférence en Design
Université Bordeaux-Montaigne, Laboratoire
MICA

LE CORPS ENSEIGNANT de la Faculté de Droit, Sciences Économiques & Gestion

Année Universitaire 2022-2023

DOYEN

M. le Professeur Fabrice GARTNER

DOYENS HONORAIRES

MM. GROSS, DRUESNE, CRIQUI, CACHARD, GERMAIN

PROFESSEURS, MAITRES de CONFÉRENCES ÉMÉRITES (*) et HONORAIRES

M. BIHR Philippe, Professeur de Droit Privé

M. BILLORET Jean-Louis, Professeur de Sciences Économiques

M. BISMANS Francis, Professeur de Sciences Économiques (*)

M. BUZELAY Alain, Professeur de Sciences Économiques

M. DEREU Yves, Professeur de Droit Privé

M. DUGAS DE LA BOISSONNY Christian, Professeur d'Histoire du Droit (*)

M. GOUBEAUX Gilles, Professeur de Droit Privé

M. GROSS Bernard, Professeur de Droit Privé

M. GRY Yves, Professeur de Droit Public

M. JACQUOT François, Professeur de Droit Privé

M. LACOMBE Jean, Professeur de Droit Privé

M. LUISIN Bernard, Maître de Conférences de Droit Public

Mme MANSUY Francine, Maître de Conférences de Droit Privé

Mme. MARRAUD Catherine, Professeur de Droit Privé

M. MOUTON Jean-Denis, Professeur de Droit Public (*)

Mme NAU Liliane, Maître de Conférences de Droit Privé

M. PIERRÉ-CAPS Stéphane, Professeur de Droit Public (*)

M. PIERRARD Didier, Maître de Conférences de Droit Public

M. PREVOT Jean-Luc, Maître de Conférences de Sciences Économiques

M. RAY Jean-Claude, Professeur de Sciences Économiques (*)

M. SEUROT François, Professeur de Sciences Économiques

M. SEUVIC Jean-François, Professeur de Droit Privé (*)
Mme SIERPINSKI Batyah, Maître de Conférences de Droit Public (*)
Mme TILLEMENT Geneviève, Maître de Conférences de Droit Privé

PROFESSEURS

M. CRIQUI Etienne, Professeur de Science Politique
M. GARTNER Fabrice, Professeur de Droit Public
M. EBOUE Chicot, Professeur de Sciences Économiques
M. ASTAING Antoine, Professeur d'Histoire du Droit
M. CACHARD Olivier, Professeur de Droit Privé
M. LAMBERT Thierry, Professeur de Droit Privé
M. HENRY Xavier, Professeur de Droit Privé
M. TAFFOREAU Patrick, Professeur de Droit Privé
M. PETIT Yves, Professeur de Droit Public
Mme PEGUERA POCH Marta, Professeur d'Histoire du Droit
M. FARDET Christophe, Professeur de Droit Public
M. GEA Frédéric, Professeur de Droit Privé
Mme DUMAS Christelle (En détachement), Professeur de Sciences Économiques
M. PY Bruno, Professeur de Droit Privé
M. ADAM Patrice, Professeur de Droit Privé
M. FERREY Samuel, Professeur de Sciences Économiques
M. GABUTHY Yannick, Professeur de Sciences Économiques
Mme G'SELL Florence, Professeur de Droit Privé
M. SOHNLE Jochen, Professeur de Droit Public
Mme BOURREAU DUBOIS Cécile, Professeur de Sciences Économiques
Mme HOUIN-BRESSAND Caroline, Professeur de Droit Privé
Mme FOURNEYRON Yamina, Professeur de Sciences Économiques
Mme GRAMAIN Agnès, Professeur de Sciences Économiques
M. GUILLUY Thibault, Professeur de Droit Public
M. MELLONI David, Professeur de Droit Public
M. DAMETTE Olivier, Professeur de Sciences Économiques
M. SEUROT Laurent, Professeur de Droit Public
M. LAPOINTE Julien, Professeur d'Histoire du Droit
M. DALMAU Rémi, Professeur de Droit Privé

M. FARGEAUD Benjamin, Professeur de Droit Public
Mme BERAU Sophie, Professeur de Sciences Économiques
M. DAMAS Nicolas, Professeur de Droit Privé
M. MASSONI Sébastien, Professeur de Sciences Économiques
M. FORTI Valério, Professeur de Droit Privé

MAÎTRES DE CONFÉRENCES

Mme GANZER Annette, Maître de Conférences de Droit Privé
M. OLIVIER Laurent, Maître de Conférences de Science Politique
M. GUIGOU Jean-Daniel (détachement), Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GASSER Jean-Michel, Maître de Conférences de Droit Privé
M. AIMAR Thierry, Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme KUHN Nicole, Maître de Conférences de Droit Public
Mme DAVID-BALESTRIERO Véronique, Maître de Conférences de Droit Privé
Mme ETIENNOT Pascale, Maître de Conférences de Droit Privé
Mme BARBIER Madeleine, Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. MOINE André, Maître de Conférences de Droit Public
Mme LE GUELLAFF Florence, Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. EVRARD Sébastien, Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FENOGLIO Philippe, Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. KLÖTGEN Paul, Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DERDAELE Elodie, Maître de Conférences de Droit Public
M. PFISTER Etienne (détachement), Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme LELIEVRE Valérie, Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme CHAUPAIN-GUILLOT Sabine, Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme BLAIRON Katia (CRCT), Maître de Conférences de Droit Public
Mme ABALLEA Armelle, Maître de Conférences de Droit Public
M. THIERRY Jean-Baptiste, Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DUBUY Mélanie, Maître de Conférences de Droit Public
Mme BOUGHANMI Afef, Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme HELSTROFFER Jenny, Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme MICHEL-CLUPOT Muriel, Maître de Conférences de Gestion
M. RESTOUT Romain, Maître de Conférences de Sciences Économiques

M. LOVAT Bruno, Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. DURAND Frédéric (détachement), Maître de Conférences de Droit Privé
Mme BRACH-THIEL Delphine, Maître de Conférences de Droit Privé
Mme FREYD Clotilde, Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DURAND-VIGNERON Pascale (détachement), Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. DELILE Jean-Felix, Maître de Conférences de Droit Public
M. GNIMASSOUN Blaise, Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme MENABE Catherine, Maître de Conférences de Droit Privé
Mme ACURIO-VASCONEZ Véronica, Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. MAGNIER-MERRAN Kévin, Maître de Conférences de Droit Privé
Mme ROTA Marie, Maître de Conférences de Droit Public
M. AYOUNI Medhi, Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. ROEMER Florent, Maître de Conférences de Droit Privé
Mme FARTUNOVA Maria, Maître de Conférences de Droit Public
M. RENOUE Gildas, Maître de Conférences de Science Politique
M. LANZI Thomas, Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. MATHONNAT Clément, Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme BLEUSEZ Marion, Maître de Conférences de Droit Privé
M. RAPTOPOULOS Themistoklis, Maître de Conférences de Droit Public
Mme GRABIAS Fanny, Maître de Conférences de Droit Public
M. FERRAND-HUS Jean-Romain, Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. MARTINELLE Mathieu, Maître de Conférences de Droit Privé
M. CHARPENTIER Jérôme, Maître de Conférences de Droit Public
M. RINGOT-NAMER Constantin, Maître de Conférences de Droit Privé
M. GRIDEL Augustin, Maître de Conférences de Droit Privé
M. LAMY Valentin, Maître de Conférences de Droit Public
M. DANNON Hodonou, Maître de Conférences de Gestion

ENSEIGNANTS ASSOCIES

M. MELLONI Mattia, Droit Privé
M. BURG Marc, Droit Public
Mme MOUKHA Stéphanie, Droit Privé
Mme LAMAZE Laëtitia, Économie

PRAG - PRCE

Mme DIEHL Christel, PRAG d'Anglais

M. BIR Claude (retraite au 01/10/2022), PRCE d'Économie et Gestion

Mme HERMAN-FRESSE Alexandra, PRCE de Mathématiques

M. ZOUBIR Karim, PRCE d'Économie et Gestion

Titre : La transformation du Système de résolution des conflits entre État hôte et investisseur étranger : la conciliation des intérêts d'acteurs d'un système adaptatif complexe

Résumé : Les conflits entre États hôtes et investisseurs étrangers occupent depuis une dizaine d'années le devant de la scène géopolitique. Le questionnement se porte aujourd'hui de façon globale sur l'articulation des méthodes de règlement de conflits particulièrement complexes en raison de leurs implications institutionnelles, juridiques et économiques. Cette thèse se consacre à appréhender le cadre de règlement des conflits d'investissements selon le modèle du système afin de déterminer les conditions nécessaires à la transformation profonde du *Système de résolution des différends entre États-hôtes et investisseurs*.

L'analyse du *Système de résolution des différends entre États-hôtes et investisseurs* suppose d'abord d'en restituer le contexte historique et d'examiner les bases institutionnelles posées par le système CIRDI, celui-ci étant le fruit d'une idée, la substitution du droit à la force pour la résolution des différends d'investissement : « le **paradigme juridictionnel** ». Or, si des bases institutionnelles avaient été posées, celles relationnelles ne l'étaient pas. Il s'en suit un usage des mécanismes du *Système de résolution des différends entre États-hôtes et investisseurs* dans une logique défensive et adversariale. Cependant, la complexification croissante du monde et incidemment du système des investissements, conduit les acteurs de l'investissement à passer d'une logique adversariale à une logique de collaboration et de co-construction pour résoudre les inévitables problématiques auxquelles ils font face : « le **paradigme consensuel** ».

Nous nous interrogeons alors sur les conditions nécessaires à la mise en œuvre de ce nouveau paradigme comme fondement du *Système* afin d'en provoquer la transformation profonde. L'application de concepts issus du champ d'étude de la complexité et des systèmes adaptatifs complexes permet de conclure que le consensualisme est tout à la fois le résultat et le moyen à mettre en œuvre pour faciliter cette transformation. Seule une démarche holistique, incluant l'ensemble des acteurs dans leur diversité, peut permettre de faire émerger des solutions innovantes à la hauteur des enjeux. Notre proposition est d'utiliser les outils et méthodes du *Design Thinking* appliqués au droit – le *Legal Design* – dont la démarche place les parties prenantes, et donc les éléments de culture et de contexte, au cœur du processus de conception de solutions, et susceptible de provoquer un changement dans la dynamique relationnelle des acteurs vers une logique de collaboration. Cette conclusion s'applique aux deux échelles retenues : celle de la transformation globale du *Système de résolution des différends entre États-hôtes et investisseurs*, et celle des projets d'investissement, dont une gouvernance participative doit être encouragée afin d'en permettre le succès et de réaliser une des vocations premières du système des investissements qu'est le développement des États d'accueil au bénéfice de leurs communautés.

Mots clés : Résolution de conflit, Gestion de conflit, Droit des investissements, IDE, MARD, Médiation, Arbitrage, Conciliation, Système adaptatif complexe, Transformation, Collaboration, *Legal Design*, *Systemic Design*, *Dispute System Design*, *wicked problem*, Gouvernance participative

Title: Transforming the Conflict Resolution System between a Host State and a Foreign Investor: Reconciling the Interests of Actors in a Complex Adaptive System

Abstract: Conflicts between host states and foreign investors have been at the forefront of the geopolitical scene for the past ten years. Now the question is being raised on a global scale concerning the articulation of particularly complex conflict resolution methods because of their institutional, legal and economic implications. This thesis focuses on understanding the framework for resolving investment disputes based on the system model in order to determine which conditions are necessary for the profound transformation of the *Dispute Resolution System between host states and investors*.

Before any analysis of the Dispute Resolution System between host states and investors can be undertaken, it is necessary to provide an insight into the historical context and to examine the institutional foundations of the ICSID system. These are the result of an idea, substituting international law to the use of force for the resolution of investment disputes: “**the jurisdictional paradigm**”. If institutional foundations were laid, relational ones were not. This resulted in the use of the Dispute Resolution System mechanisms between host states and investors in a defensive and adversarial logic. However, the increasing complexity of the world and, incidentally, of the investment system, has led investment players to move from an adversarial logic to one of collaboration and co-construction in order to resolve the inevitable problems they face: “**the consensual paradigm**”.

We then question the conditions required for the implementation of this new paradigm as the foundation of the System in order to bring about its profound transformation. Applying concepts from the fields of study into complexity and complex adaptive systems leads to the conclusion that consensus constitutes both the outcome and the means to facilitate this transformation. Only a holistic approach, including all the actors involved and their diverse contexts, can make it possible to develop innovative solutions that meet these challenges. Our proposal is to apply Design Thinking tools and methods in a legal context – Legal Design. This approach places stakeholders, and therefore the elements of culture and context, at the heart of the process of designing solutions, and is therefore well suited to bringing about a change in the relational dynamics of the actors towards a logic of collaboration. This conclusion applies to both scales: that of the overall transformation of the *Dispute Resolution System between host states and investors* and that of investment projects, whose participative governance structure must be recognized as a crucial success factor and a means to support one of the primary purposes of the investment system, which is the development of host states for the benefit of their communities.

Keywords: Conflict resolution, Conflict management, Investment Law, FDI, ADR, Mediation, Arbitration, Conciliation, Complex adaptive system, Transformation, Collaboration, Legal Design, Systemic Design, Dispute System Design, wicked problem, Participative governance

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AAA	American Arbitration Association
ADR	Alternative Dispute Resolution
AI	Appreciative Inquiry
AII	Accord International d'Investissement
ALENA	Accord de Libre Échange Nord-Américain
BIRD	Banque internationale pour la reconstruction et le développement
BIT	Bilateral Investment Treaty
CCI	Chambre Internationale de Commerce
CDA	Communauté de Développement de l'Afrique Australe
CAE	Communauté d'Afrique de l'Est
CAS	Complex Adaptive System
CCS	Chambre de Commerce de Stockholm
CEA	Communauté Économique Africaine
CEDEAO	Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest
CEEAC	Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale
CEMAC	Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale
CEN-SAD	Communauté des États Sahélo-Sahariens
CER	Communauté Économique Régionale
CEPGL	Communauté économique des États des Grands Lacs
CFIAs	Cooperation and Facilitation Investment Agreements
CGMs	Community grievance mechanisms
CIArb	Chartered Institute of Arbitrators
CIJ	Cour Internationale de Justice
CIRDI	Centre International pour la Résolution des Différends
d'Investissement	
CMMs	Conflict Management Mechanisms
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International
CNRS	Centre National de la Recherche Scientifique
COI	Commission de l'Océan Indien
COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa
CPA	Cour Permanente d'Arbitrage
CPJi	Cour Permanente de Justice
CSR	Centre for Social Responsibility in Mining
DAC	Comité d'Aide au Développement
DCH	Design Centré sur l'Humain
DPMs	Dispute Prevention Mechanisms
DPPs	Dispute Prevention Policies
DSD	Dispute System Design
ECE	Commission économique pour l'Europe
FCFA	Franc de la Communauté Financière Africaine

FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
FDI	Foreign Direct Investment
FIDES	Fonds d'Investissement pour le Développement économique et social
FIL	Foreign Investment Law
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICSID	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
ICSID	International Convention for the Settlement of Investment Disputes
ICSID	International Settlement of Investment Disputes
IDE	Investissements Directs Étrangers
IGAD	Intergovernmental Authority on Development
IMF	International Monetary Fund
IPIECA	International Petroleum Industry Environmental Conservation Association
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
LCA	London Court of Arbitration
LCTA	London Corn Trade Association
MARD	Mode Alternatifs de Résolution des Différends
MARL	Mode Alternatifs de Résolution des Litiges
NGOs	Non-Governmental Organizations
NTIC	Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économique
OCI	Organisation de la Coopération Islamique
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OECE	Organisation Européenne de Coopération Économique
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OIT	Organisation Internationale du Travail
ONG	Organisation Non-Gouvernementale
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
ONU	Organisations des Nations Unies
OUA	Organisation de l'Unité Africaine
PAS	Plan d'Ajustement Structurel
PED	Pays En Développement
PIB	Produit Intérieur Brut
RSE	Responsabilité Sociétale des Entreprises
SADC	Southern African Development Community
SAC	Système Adaptatif Complexe
SACU	Southern African Custom Union
SDN	Société Des Nations
SFI	Société Financière Internationale
SIRM	Systemic Investment Response Mechanisms
TBI	Traité Bilatéral d'Investissement

TCE	Traité sur la Charte de l'Énergie
UMA	Union Monétaire Africaine
UMOA	Union Monétaire Ouest Africaine
UNO	United Nations Organization
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development

REMERCIEMENTS

Tout d'abord, mes plus sincères remerciements vont à monsieur le Doyen Olivier Cachard, qui a accepté de diriger ce travail, pour sa confiance et son soutien, pour son questionnement vif et bienveillant qui à chaque échange a permis un bond dans le raisonnement. Je lui adresse ma plus profonde gratitude.

Ensuite, je souhaite remercier chaleureusement monsieur Guy Deloffre et madame Mélanie Dubuy, membres du Comité de thèse, pour leur suivi avisé et pour avoir su trouver les mots dans un grand moment de doute.

Je tiens également à remercier, avec toute mon affection, Maître Marie-André Ngwe, pour son soutien sans faille, et pour notre collaboration qui a contribué à faire naître ce travail. Je souhaite également remercier vivement mesdames Anna Joubin-Bret, Corinne Montineri et Frauke Nitschke pour leurs conseils, leur disponibilité, et l'opportunité qu'elles m'ont donnée d'observer et participer aux travaux de réforme à l'œuvre au sein de la CNUDCI et du CIRDI. Un merci tout particulier également à madame Sylvie Daumal, pour sa relecture avisée et ses conseils bienveillants sur les éléments de *design* systémique.

Mes plus vifs remerciements vont aussi à Guy Kerger et Nico Hoffeld, ainsi qu'à l'ensemble de mes collègues de MindForest, pour leurs encouragements, leur patience et leur solidarité, au cours de cette dernière année de thèse, et particulièrement lors des dernières semaines d'écriture.

Enfin, je tiens à remercier infiniment ma famille et ma « jolie » famille pour leur soutien indéfectible tout au long de ces années, particulièrement mon époux Pierrick et nos enfants, qui m'ont donné l'envie et le courage de mener à terme cette recherche. La thèse leur est dédiée, avec tout mon amour.

« La dispute est d'un grand secours, sans elle on dormirait toujours. »¹

« It is my firm conviction that people have to fail into collaboration.

(...) People have to learn what does not work before they are willing to absorb what they perceive to be the extra “costs” associated with collaboration. »²

¹ LA FONTAINE (de), Jean, les Fables.

² ROBERTS Nancy, *Wicked Problems and Network Approaches to Resolution*, International Public Management Review, Volume 1, Issue 1, 2000, p.12

SOMMAIRE

LE CORPS ENSEIGNANT DE LA FACULTÉ DE DROIT, SCIENCES ÉCONOMIQUES & GESTION	2
SIGLES ET ABRÉVIATIONS.....	9
REMERCIEMENTS.....	12
SOMMAIRE	14
INTRODUCTION GÉNÉRALE	15
<i>Chapitre introductif. La mise en place du système de l'investissement international, préalable au Système de règlement des différends États-investisseurs</i>	27
PARTIE 1. LA CONSTRUCTION DU SYSTEME DE RESOLUTION DES DIFFERENDS ÉTAT-INVESTISSEURS ETRANGERS : LE PARADIGME JURIDICTIONNEL.....	61
TITRE 1. L'INFLUENCE DES IDEES SUR LA CONSTRUCTION DU SYSTEME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ÉTAT-INVESTISSEUR : LE PARADIGME JURIDICTIONNEL	66
<i>Chapitre 1. Le choix de l'arbitrage comme expression du paradigme juridictionnel</i>	69
<i>Chapitre 2. La prédominance du paradigme juridictionnel.....</i>	97
TITRE 2. DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT A LA CONSTRUCTION DU SYSTEME DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS ÉTAT-INVESTISSEUR : ANALYSE D'UN PROCESSUS	123
<i>Chapitre 1. Les fondations du système institutionnel du CIRDI</i>	126
<i>Chapitre 2. L'extension du système institutionnel de la Convention CIRDI</i>	160
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	197
PARTIE 2. LA TRANSFORMATION DU SYSTEME DE RESOLUTION DES DIFFERENDS ENTRE ÉTAT D'ACCUEIL ET INVESTISSEUR ETRANGER : LE PARADIGME CONSENSUEL.....	206
TITRE 1. L'EMERGENCE D'UN NOUVEAU PARADIGME FACE A LA COMPLEXIFICATION DU MONDE	207
<i>Chapitre 1. Le Système de résolution des différends d'investissement à l'aune d'une théorie historique en sciences des organisations.....</i>	210
<i>Chapitre 2. Le Système de résolution des différends d'investissement à l'aune de la théorie des systèmes adaptatifs complexes</i>	249
TITRE 2. LA DYNAMIQUE DE TRANSFORMATION DU SYSTÈME DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS D'INVESTISSEMENT ENTRE ÉTAT D'ACCUEIL ET INVESTISSEUR ÉTRANGER.....	291
<i>Chapitre 1. Le paradigme consensuel dans la transformation du Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger.....</i>	295
<i>Chapitre 2. La transformation participative du Système de résolution des différends d'investissement..</i>	349
CONCLUSION GÉNÉRALE	405
TABLE DES MATIERES.....	430
ANNEXES	434

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« The legal system. It rolls easily off the tongues of lawyers like a single word-the legal system-as if we all know what it means. But what is the legal system? How does it behave? What are its boundaries? What is its input and output? How will it look in one year? In ten years? How should we use it to make change in some other aspect of social life?

These are foundational questions; yet, of the tens of thousands of references to "the legal system" in legal literature, few of the authors say anything about it as a system. To be sure, questions about the nature of law and legal systems have occupied jurisprudential investigations for centuries, but even in this subset of the literature little attention is given to the system half of "the legal system". After centuries of building and thinking about our legal system, we still do not have ready answers for such questions of the first order. »³

1.- Au-delà du différend, le conflit - Les conflits d'investissement, opposant un État d'hôte et un investisseur étranger sont passés de l'ombre à la lumière avec la multiplication des traités bilatéraux d'investissement (ci-après les TBI). Ces conflits d'investissements, nés à l'occasion d'une relation d'investissement perçue à l'origine comme mutuellement favorable au développement de l'État hôte et au profit de l'investisseur, surgissent lorsque l'investisseur estime qu'il a été porté atteinte à ses intérêts par la politique étatique. Avant d'être cristallisés en différend (ou litige) par des positions adverses exprimées dans le cadre d'une procédure contentieuse, l'affrontement des intérêts a pour substrat un conflit. Ce conflit est riche de multiples dimensions, tenant par exemple à l'aire géographique, à l'héritage historique et même, aujourd'hui au rôle de la société civile et des organisations non-gouvernementales. Les conflits d'investissement sont donc fortement polarisés et impliquent des protagonistes de nature différente. Ils impliquent d'une part des États, personnes souveraines de droit international public, dont la situation géopolitique est très variable, allant de l'État membre d'une organisation régionale d'intégration économique, à l'État défaillant. Ils impliquent d'autre part des investisseurs prenant souvent la forme de groupements de droit privé,

³ RUHL, John B., *Law's Complexity: A Primer*, 24 Ga. St. U. L. Rev., 2012, disponible à l'URL : <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol24/iss4/9>

constitués selon le droit national d'un État étranger et relevant de typologies diverses selon le domaine d'activité et les procédés de collecte de l'épargne.

2.- Une étape-charnière - La perception des déséquilibres de puissance de négociation, pour ne pas dire des rapports de force entre les parties à la relation d'investissement a beaucoup évolué dans le temps, de l'époque de la canonnière à celle du TBI. Au moment d'entreprendre ce travail de thèse, nous avons pu observer à la fois une forte activité des institutions internationales, l'expression d'opinions doctrinales tranchées dans des publications scientifiques et l'émergence d'une contestation des ONG autour de la question du déséquilibre, voire de l'inadaptation du régime des traités d'investissement en défaveur des États hôtes. Les États eux-mêmes se sont engagés dans un mouvement d'extinction des TBI d'ancienne génération, les extinctions (309 en 2019⁴) dépassant le nombre de signatures de nouveaux traités.

3.- Les niveaux d'analyse - L'analyse du déséquilibre, voire de l'inadaptation, du régime actuel régissant l'investissement transnational, peut être conduite à plusieurs niveaux. Un premier niveau est celui de la *substance* de la protection de l'investissement et de la liberté de l'État hôte, selon les termes des Traités et les tendances de la jurisprudence arbitrale. Un second niveau est celui de caractéristiques *procédurales* des modes juridictionnels de règlement des différends, par l'observation des effets et des biais éventuels des règles de procédure. Un troisième niveau plus *global* consiste à considérer le conflit plus que le différend : il implique de replacer les modes juridictionnels dans le contexte plus large des négociations et de la défense des intérêts de chacun. C'est ici qu'intervient *l'analyse systémique*, reposant sur l'observation et la mise au jour d'un système entendu comme un « ensemble coordonné »⁵, qui peut être tout à la fois le fruit d'un *donné* et d'un *construit*, « *une construction intellectuelle issue d'une théorie doctrinale ou d'une construction prétorienne* ».

⁴ Voir BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie, BREWIN, Sarah, *L'extinction des traités bilatéraux d'investissement*, Séries des bonnes pratiques de l'IISD – mars 2020, p.1 : « En 2017, pour la première fois, le nombre d'extinctions effectives a dépassé le nombre de signatures de nouveaux traités, avec 22 extinctions prenant effet contre seulement 18 nouveaux traités conclus. Des chiffres similaires ont été enregistrés l'année suivante, avec au moins 24 extinctions prenant effet². En conséquence, le nombre total d'extinctions effectives à la fin de l'année 2019 s'élevait à 3093. Cette tendance à l'extinction des TBI d'ancienne génération a démarré il y a moins de dix ans⁴ et devrait s'intensifier dans les années à venir du fait de la prise de conscience accrue des problèmes posés par les TBI et le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), ainsi que des évolutions au sein de l'UE en ce qui concerne la légalité des TBI intracommunautaires. »

⁵ Voir Système in Vocabulaire juridique Capitant.

L'approche systémique, en usage dans l'analyse des conflits, a pour point de départ l'observation du donné, que constituent toutes les dimensions du conflit et se propose d'établir les différentes interactions. Elle ne postule pas d'abord l'existence d'un système au sens institutionnel de l'ordre juridique. Mais le système juridique lui-même peut être conçu à l'aune d'une analyse globale.

4.- La matrice du système de règlement des conflits entre États hôte et investisseur étranger - Pourquoi est-il nécessaire d'appréhender le cadre institutionnel et juridique de règlement des conflits d'investissements selon le modèle du système ? Qu'est-ce que le « *Système de résolution des conflits entre État hôte et investisseur étranger* »⁶ ? Dans une première approche institutionnelle, le dictionnaire définit généralement un système comme un « *Ensemble d'éléments organisés destiné à une fonction définie* »⁷. Les expressions système bancaire, système monétaire, système démocratique, système électoral se réfèrent alors à une fonction particulière. La fonction ici envisagée est celle du règlement des conflits, qu'ils se cristallisent ou non en un litige, en un différend. Mais alors, comment délimiter un tel système de règlement des conflits d'investissement ; quels éléments comprend-il ? Pourquoi, pour beaucoup d'auteurs, semble-il être synonyme d'arbitrage d'investissement, et dater de quelques décennies tout au plus, tandis que les modes de résolution des conflits – arbitrage, médiation, conciliation...- remontent à l'Antiquité ? Se trouve ainsi questionnée la prédominance de l'arbitrage d'investissement dans la résolution des conflits entre État hôte et investisseur étranger alors que tant d'autres moyens sont à la disposition des parties. La diversité, et dans une certaine mesure l'hétérogénéité des acteurs questionne également, tout comme le choix opéré par les parties. Pourquoi dans la plupart des clauses de résolution des conflits contenues dans des accords d'investissement, la Chambre de Commerce Internationale côtoie de manière naturelle le Centre de Résolution des Différends d'Investissement comme autorité d'administration de la procédure ?

Ces questions s'inscrivent dans le contexte de la critique croissante de l'arbitrage d'investissement et des premiers signes clairs d'intérêts pour un recours croissant à la

⁶ Au cours de cette thèse afin d'en faciliter la lecture, pour désigner le « *système de résolution des différends entre État et investisseurs étrangers* », nous utiliserons également l'expression de « *système de résolution des différends État-investisseurs* », ou de « *système de résolution des différends d'investissement* », ou encore « le *Système* ». Ces expressions seront toujours en italique afin de permettre au lecteur de reconnaître que nous parlons du même système.

⁷ Verbo « *Système* », lettre D, in *Trésor de la langue Française*,

médiation pour résoudre les conflits d'investissement⁸. En effet, les débuts de ce travail de thèse coïncidaient également avec ceux du travail de réforme du *Système de résolution des conflits entre État hôte et investisseur étranger* initié dans les divers forums multilatéraux et les institutions internationales. Or, de l'observation⁹ de cette dynamique de réforme et de la lecture de la littérature sur le sujet, des questions similaires à celles formulées ci-dessus émergent. Particulièrement elles interrogent la nature du *Système de résolution des conflits entre État hôte et investisseur étranger*, une nature jugée indéfinie, voire chaotique. De cette observation, il apparaît également que le processus de réforme ne se conduit pas aisément. Bien au contraire il donne lieu à de vifs débats tant sur les propositions de réforme formulées que sur la méthode employée. La nature elle-même conflictuelle du sujet affleure : il semble qu'au début des années 2010, les acteurs du *Système* étaient en désaccord, voire en conflit, au sujet de la manière de résoudre leurs conflits. Ils ne s'accordaient ni sur les questions de procédures ni sur celle des règles de protection et de promotion des investissements étrangers.

⁸ Lors du début de nos travaux en 2016, les réflexions autour de l'opportunité et la possibilité la généralisation du recours à la médiation pour résoudre les différends d'investissement débutaient. Afin de recueillir l'avis des praticiens du sujet nous avons conduit des entretiens et/ou échanges informels avec :

- trois médiateurs d'investissement (Australie, Afrique du Sud, Cameroun),
- divers membres de ministères africains en charge de la promotion des Partenariats Public-Privé, d'investisseurs privés étrangers présents en Afrique, d'un représentant du Club PPP - MédAfrique,
- un directeur de l'appui aux investisseurs CCI au Maroc,
- un représentant de l'AMLA, facilité africaine de soutien juridique,
- le bâtonnier de l'Ordre de Côte d'Ivoire,
- plusieurs avocats spécialisés en contentieux de l'investissement en Afrique,
- cinq représentants du CEDR, de l'IMI, du CIRDI, de la CNUDCI et du Modèle d'instrument de la Charte internationale de l'énergie pour la gestion des différends relatifs aux investissements, chargés de la formation de futurs médiateurs d'investissement.

En outre dans le cadre de la rédaction d'un article co-écrit avec Me Marie-Andrée Ngwe (NGWE, Marie-Andrée, DELIGNY MALCHAIR, Marion *La propension des Etats africains à résoudre leurs litiges d'investissement à l'amiable*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 34, Issue 2, Spring 2019, Pages 388–410, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siz009>) huit entretiens semi-dirigés ont été menés avec des avocats, professeurs de droit et arbitres spécialisés dans le contentieux d'investissement étant intervenus dans des affaires impliquant un État africain. En soutien de cet article et figurant en annexe dudit article, une analyse de clauses de résolution des litiges issus de contrats d'investissement issus de sources confidentielles liées à la pratique de Me Ngwe comme conseil local à Douala, fut également menée, ainsi que des Lois et codes d'investissements disponibles. Et enfin une analyse de la source des contentieux (contrat d'investissement, loi ou code des investissements, ou convention internationale signées et/ou ratifiées) impliquant un État africain, à laquelle furent comparées les sources de consentement accessibles pour les parties.

⁹ Dans le cadre de cette thèse nous avons eu la possibilité d'assister en tant qu'observatrice silencieuse d'une part au processus de rédaction de l'avant-projet de l'Acte uniforme relatif à la médiation, et d'autre part à des séances de travail du groupe de travail II sur le règlement des différends et à certaines des négociations multilatérales qui ont menées à la Convention de Singapour sur la Médiation (« Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation »); ainsi que de participer au groupe des experts de la Médiation de la CNUDCI visant la modification de la loi-type sur la Médiation (« draft UNCITRAL Rules on Mediation ») et la rédaction d'une note sur l'organisation de procédures de médiation (« UNCITRAL Notes on Mediation »). Nous avons également participé au processus entamé en 2018 de réforme du Règlement CIRDI afin d'y intégrer un Règlement de médiation institutionnelle conçu spécifiquement pour les différends relatifs aux investissements.

5.- La complexité au cœur du sujet, résultat des mécaniques relationnelles. Nous avons rapidement constaté que la diversité et l'hétérogénéité des acteurs mis en relation dans ce système génère une grande complexité encore accrue par les relations géopolitiques et les héritages historiques. Pour le *Trésor de la langue française*, est complexe ce qui est « *Composé d'éléments qui entretiennent des rapports nombreux, diversifiés, difficiles à saisir par l'esprit, et présentant souvent des aspects différents* ». Et cette complexité concerne tant la définition du *Système* en tant que tel, et sa réforme, que la matière en son cœur que sont les conflits d'investissement et leur résolution. Il apparaît en outre, qu'une des difficultés du sujet réside également dans les différences d'échelles à adopter, entre celle des projets d'investissements situés dans les États d'accueil¹⁰, et celle du *Système* global qui vise à encadrer la résolution des différends qui peuvent en émaner. Or, cette différence d'échelle découle de la nature hybride des différends d'investissement impliquant une partie privée qu'est un investisseur dans le cadre d'une activité transnationale, et un État hôte de cet investisseur, lequel demeure une entité souveraine même lorsqu'il s'engage dans une relation d'investissement. Aussi, finalement, face à toutes ces considérations, aux questions formulées et à l'observation du contexte, la grande complexité du *Système* découle prioritairement de ses acteurs et de leur dynamique relationnelle.

Il apparaît en conséquence que la mise en évidence du processus de formation du « *Système de résolution des conflits entre État hôte et investisseur étranger* » est un moyen d'en saisir sa nature actuelle, particulièrement en tant que « système », et de cartographier ses acteurs et leurs relations. Cette démarche historique est nécessaire pour comprendre les carences qui fondent aujourd'hui les critiques du *Système* de règlement des conflits d'investissement, ainsi que d'en comprendre les mécaniques relationnelles qui peuvent participer à prévenir (ou faciliter) sa réforme efficace. En outre, en adoptant cette approche historique nous nous situons dans une approche traditionnelle des sciences du conflit¹¹. Cette

¹⁰ Les termes d'États « d'accueil » et d'États « hôtes » seront utilisés de manière interchangeable.

¹¹ « *Genealogical critical analysis is the type of qualitative methodology used, which takes into account an historical timeline, and provides a platform to examine the unfolding meanings, historical constructs, taken-for-granted truths, and the social, political, economic underpinnings and conditions of the data set (the models and frameworks) at a particular point in time. This methodology also permits a more detailed critical analysis of the values and assumptions of the specific models and frameworks. There are two goals to genealogical analysis. First, "by exposing that certain ways of thinking are not timeless truths but historical constructs, genealogy opens up space to think about them differently. Second, by unravelling the social roots of certain ways of thinking it pinpoints the way in which they lend support to possibly problematic or contradictory political and social regimes"* » SAUKKO, Paula, *Genealogical analysis*, In *Introducing Qualitative Methods: Doing research in cultural studies*, 15-134. London: SAGE Publications Ltd cités par MILLER, Alyson, *What Human-Centered Design Can Tell Us About the State of Dispute Systems Design*, mémoire rendu dans le cadre du Master of Arts in Dispute Resolution in the School of Public Administration, University of Victoria, en 2019, disponible à

perspective est également évoquée par Susan D. Frank au sujet du besoin de réforme du *Système*. L'auteure fait ainsi remarquer que la croissance exponentielle que le *Système* a connu du fait de l'explosion des litiges d'investissement et des procédures arbitrales qui en a découlé a poussé le *Système* à un point critique qui en justifie le (ré)examen. Et ce phénomène est cyclique, puisqu'avec le temps, les sociétés et les gouvernements évoluent, au contraire des mécanismes juridiques qui restent figés dans le temps. Ce qui justifierait qu'il faille les remettre « à l'air du temps » :

« Henry Ward Beecher once observed, “[l]aws and institutions are constantly tending to gravitate ... [and] [l]ike clocks, they must be occasionally cleansed and wound up, and set to true time.” Beecher’s comments reject that, as law, societies and governments evolve, there are inevitably challenging transitional periods that require a re-examination of the foundations upon which a system was founded. Dispute resolution systems are no different. When they undergo fundamental growth, a re-consideration of the system’s efficacy and utility can promote both its integrity and legitimacy to ensure it provides appropriate services to its stakeholders. International investment law has experienced a particular growth. While the number of bilateral investment treaties (BITs) expanded in the past four decades, there has also been a more recent growth of disputes arising under these agreements. Unsurprisingly, the escalation in the availability and use of the dispute resolution process has led to a teething period. The boundaries of States’ previously untested international law obligations are being sketched; and parties and non-parties have both cheered and jeered the efficacy, efficiency and fairness of the system for resolving investment disputes. Given these developments, the system may have evolved to the point where it would be useful to clean the proverbial clock. »¹²

6.- Le choix d'un pas de temps et d'une zone géographique- De l'étude de la littérature, il est ressorti que les auteurs ne choisissaient pas le même point de départ pour situer la naissance du *Système de règlement des différends États-investisseur*. Cependant, une corrélation semble faire l'unanimité : celle entre système de l'investissement international et *Système de règlement des différends États-investisseur*. Cette analyse ne saurait surprendre

l'URL :

https://dspace.library.uvic.ca/bitstream/handle/1828/10882/Miller_Alyson_MADR_2019.pdf?sequence=1

¹² FRANK, Susan D., *Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements*, Contributions to Books. 152., 2008, disponible à l'URL :

https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_bk_contributions/152

puisque tout conflit d'investissement doit naître d'une relation d'investissement préalable. Or historiquement, le développement du commerce international a précédé celui de l'investissement international. Aussi, étudier la formation du *Système de règlement des différends États-investisseur* nécessite de comprendre celle du système du commerce international puis de l'investissement international. Le pas de temps retenu est donc celui des deux derniers siècles, de la première mondialisation à nos jours. Cette étude doit notamment nous permettre de mesurer les influences conjointes du contexte historique, des idéologies et des politiques économiques et de développement, sur la mise en place d'un *Système de résolution des différends entre États et investisseurs étrangers*.

En outre, cet aperçu historique doit permettre de définir les parties prenantes du système des échanges commerciaux transnationaux et de l'investissement international, qui sont par extension celles du *Système de règlement des différends d'investissement*. Ce sont les États bien sûr, d'accueil et d'origine de l'investissement ; les investisseurs personnes privées et les entreprises multinationales ; ou encore les organisations internationales ; et de manière croissante les communautés locales et les organisations non-gouvernementales qui se font les défenseurs de leurs intérêts. Or, explorer l'Histoire, c'est aussi chercher à comprendre dans quelle mesure celle-ci a influé sur les relations actuelles de ces acteurs de l'investissement international et leurs perceptions respectives. C'est encore mesurer l'importance du positionnement des États dans le *Système*, entre États en développement, du Sud, classiquement importateurs de capitaux, et ceux du Nord, comme États d'origine de l'investisseur étranger et donc exportateurs de capitaux. L'objectif est également d'explorer le positionnement des agences multilatérales qui portent un objectif de développement au cœur de leur statuts et missions, et pour lesquelles les investissements directs étrangers (ci-après « IDE ») sont vus comme le moyen de financer et de réaliser des projets de grande envergure principalement d'infrastructures dans les services publics marchands, et d'exploitation des ressources naturelles.

Par ailleurs, ces IDE impliquent les États d'accueil directement comme commanditaires voire comme partenaires, et c'est sur cette base qu'ils ont pris part au mouvement global de protection et de promotion de l'investissement international. A ce titre, nous avons fait le choix d'observer tout particulièrement les investissements comportant une dimension de développement réalisés en Afrique sub-saharienne, comme zone particulièrement illustrative des dynamiques relationnelles aujourd'hui à l'œuvre au sein du *Système de règlement des*

différends d'investissement, et au sein de son processus de réforme¹³. L'objectif est ainsi d'explorer la construction et le développement du *Système internationalisé de résolution des différends entre États-hôtes et investisseurs* comme conséquence directe d'une part, du contexte historique et économique, et d'autre part, comme produit des acteurs du système de l'investissement et de leurs relations. En effet, au travers de cette démarche historique, notre regard va se porter particulièrement sur la dynamique des systèmes : de l'émergence du *Système de résolution des différends entre États-hôtes et investisseurs* comme produit de la dynamique du système de l'investissement international, qui a lui-même émergé de celui du commerce international. Et pour cela, une approche tantôt transdisciplinaire tantôt interdisciplinaire nous semble la plus adaptée pour éclairer les mécanismes juridiques qui sont au cœur de notre thèse.

7.- Le recours à des outils et méthodes d'autres champs disciplinaires que le droit-

Ainsi que le fait remarquer John B. Ruhl, les sciences juridiques se sont jusqu'alors assez peu intéressées à l'aspect systémique des systèmes juridiques : « (...) *little attention is given to the system half of "the legal system"* », c'est-à-dire aux dynamiques relationnelles des acteurs qui les constituent. Et les rares auteurs qui se sont soumis à l'exercice ont eu à adopter une approche transdisciplinaire et interdisciplinaire puisque nombre des notions et concepts illustrant la dynamique des systèmes viennent des sciences naturelles, puis de celles-ci appliquées aux sciences de gestion et des organisations, publiques et privées. Or cette approche systémique est doublement importante pour notre sujet considérant les deux échelles à adopter : celle du *Système de résolution des différends entre États-hôtes et investisseurs* et celle des projets d'investissements eux-mêmes, source des différends à résoudre au travers de ce *Système* global. Or, un conflit, puisqu'il concerne des acteurs en relation, deux au minimum, et leur dynamique relationnelle, est lui-même un système : « *A conflict can be understood as an incompatible interaction between at least two actors, whereby one of the actors experiences damage, and the other actor causes this damage intentionally, or ignores it. (...) Conflicts are dynamic systems. Any intervention becomes part of the system and should focus on supporting the creative, positive energies, in the system or related to the system* »¹⁴. Il nous paraît donc

¹³ La place particulière des États africains dans la mise en place du système de la convention CIRDI et sa réforme est aujourd'hui explorée. Voir par exemple : ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, Volume 34, Number 2, 2019 (2), Special Focus Section: Africa and the ICSID Dispute Resolution System.

¹⁴ MASON, Simon, RYCHARD, Sandra, *Conflict Analysis Tools*, Swiss Agency for Development and Cooperation, SDC Conflict Prevention and Transformation Division (COPRET), décembre 2005, disponible à l'URL : <https://css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/Conflict-Analysis-Tools.pdf>

impératif, au plan de la méthode, de nous appuyer sur les travaux d'autres disciplines, plus avancées sur le sujet des dynamiques de systèmes et particulièrement des systèmes sociaux.

Ce lien entre science des systèmes, sciences des organisations et de gestion, sciences des conflits¹⁵ et sciences juridiques est un courant académique assez récent et d'une grande actualité dans le champ de la résolution des conflits d'investissement. Des auteurs comme Joost Pauwelyn, Taylor St John, Susan D. Franck, Roberto Echandi et Mariana Hernandez-Crespo Gonstead en sont des figures majeures. En particulier, Susan D. Franck, Roberto Echandi et Mariana Hernandez-Crespo Gonstead utilisent cette démarche transdisciplinaire et interdisciplinaire dans le champ du *Dispute System Design*¹⁶ (ci-après DSD) appliqué aux différends d'investissement. Et Mariana Hernandez-Crespo Gonstead est l'un des rares auteurs à placer la dynamique relationnelle de l'ensemble des parties prenantes des investissements au centre de ses travaux. Nous nous sommes donc appuyés sur ces auteurs pour conduire notre propre recherche. En particulier, notre étude s'est fondée sur le lien constaté entre système juridique, droit des investissements, médiation et système adaptatif complexe, constat opéré par John B. Ruhl et Joost Pauwelyn ; elle s'est également fondée sur l'analyse de la construction du système institutionnel CIRDI, l'importance de la dimension relationnelle et humaine dans le *Design* institutionnel du système actuel offerte par Taylor St John et sur l'application des concepts du *Dispute System Design* aux conflits d'investissement réalisée par Susan D. Franck,

¹⁵ La science des conflits est elle-même transversale et puise dans de nombreuses disciplines. C'est le cas du *Dispute System Design* (ci-après « DSD ») qui vise à concevoir des mécanismes de prévention et de résolution des conflits au travers du recours au divers modes alternatifs de résolution des conflits : « *DSD is a new field, emerging as a synthesis of ideas and skills from a number of professional fields. (...) For example, court systems and claims facilities are the subject of legal scholarship. Systems in collective bargaining are covered in labor and industrial relations. Social psychology, conflict management, and human resources literature in business and nonprofit management address employment systems. Transitional justice is a subject of many fields, including law, political science, and sociology. Systems for managing conflict over land use and the environment relate to environmental economics and science, public policy, planning, and public administration.* » In LISA BLOMGREN AMSLER, Lisa, MARTINEZ, Janet K., SMITH, STEPHANIE E., *Dispute System Design: Preventing, Managing, and Resolving Conflict*, Stanford University Press, 2020, 536p., p2. Dans le même sens : « **The field of conflict (...) is characterized by diversity and complexity. It is diverse because conflicts exist in every facet of individual and social life: between business partners, employers and employees, among employees, between trading partners, among neighbors, between parents and their children, husbands and wives, an individual and society, and between countries. The field of "conflict resolution" has matured as a multidisciplinary field involving psychology, sociology, social studies, law, business, anthropology, gender studies, political sciences, and international relations. The discipline is complex because it deals with conflicts at different stages of their existence, and also because it is a mix of theory and practice, and of art and science, as Howard Raiffa demonstrated so brilliantly in his book *The Art and Science of Negotiation* (1982). The "science" is the systematic analysis of problem solving, and the "art" is the skills, personal abilities, and wisdom.** » YONA, Shamir, RAN, Kutner, *Alternative dispute resolution approaches and their application*, 2003, 51 p., SC.2003/WS/43, issTechnical documents in hydrology: PC-CP series, 7, [32], UNESCO p3.

¹⁶ Le *Dispute System Design* vise la conception de systèmes de résolution des différends en combinant divers modes de résolution des conflits.

Roberto Echandi et Mariana Hernandez-Crespo Gonstead. Enfin, s'appuyant sur ces travaux, la présente thèse soutient qu'un lien supplémentaire doit être fait : celui du *Design* centré sur l'Humain tel que pratiqué dans le *Legal Design* vers le *Design* institutionnel du *Système de résolution des différends entre États-hôtes et investisseurs* et vers le *Dispute System Design* des mécanismes de prévention et de résolution des conflits d'investissement.

8.- Du paradigme juridictionnel au paradigme consensuel : démarche de thèse-

L'analyse du *Système de résolution des différends d'investissement* suppose d'abord d'en restituer le contexte historique, sans méconnaître l'importance particulière de certaines aires géographiques, notamment l'Afrique sub-saharienne qui reflète bien les étapes de la construction du *Système*. Cette analyse historique de la mise en place du *Système de résolution des différends entre États-hôtes et investisseurs* suppose d'abord d'examiner les bases institutionnelles posées par le système CIRDI, celui-ci étant le fruit d'une idée, celle du besoin du développement d'un système institutionnel pour la résolution des différends d'investissement basé sur le droit afin de se substituer à la résolution basée sur la force qui dominait alors. Nous proposons de dénommer cette idée le **paradigme juridictionnel** ». Pour le Dictionnaire Larousse, un paradigme dans un sens logique est un « *Modèle théorique de pensée qui oriente la recherche et la réflexion scientifiques* », et c'est ainsi que dans cette thèse nous entendrons le « Paradigme juridictionnel » comme une approche de résolution des conflits qui repose principalement sur le recours aux procédures juridiques formelles et à l'autorité d'une décision obligatoire et finale. Dans ce paradigme, les décisions sont prises par des juges ou des arbitres statuant en droit, en se fondant sur des règles de droit établies. Les litiges sont résolus par des procédures adversariales où les parties défendent leurs positions devant un tiers neutre chargé de dire le droit et de rendre une décision (*jurisdictio*¹⁷).

Cette idée, le paradigme juridictionnel, est également le fruit d'acteurs, et particulièrement des agents de la Banque Mondiale, qui se sont emparés du sujet de la résolution des conflits d'investissement dans une perspective d'amélioration du climat des affaires afin de favoriser les IDE dans les pays nouvellement indépendant comme levier de développement de ces pays. Ces agents ont joué un rôle prédominant *via* un processus de *Design* institutionnel qui a abouti à la création de l'architecture institutionnelle sur la base de

¹⁷ Selon la distinction classique entre *imperium* et *jurisdictio*, selon laquelle « *la jurisdictio désigne le pouvoir de réalisation formelle du Droit - le Droit est dit - et l'imperium celui de sa réalisation matérielle le Droit est fait* », Voir LAHER, Rudy, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, Mare & Martin, 2016, 1046p.

laquelle le *Système* actuel s'est développé. Or ce processus de *Design* institutionnel n'avait que les apparences du multilatéralisme, et n'a que peu impliqué les investisseurs et États d'accueil, ni tenu compte de leurs souhaits et besoins réels. Puis l'analyse historique permet d'observer l'extension et la décentralisation du *Système*, son appropriation par ses acteurs et le phénomène de conversion qu'ils lui font subir jusqu'à le transformer en le *Système* global de résolution des différends d'investissement que l'on connaît aujourd'hui. Cette analyse historique menée dans la première partie de cette thèse permet ainsi de tirer deux conclusions. La première concerne la nature du *Système* comme un système adaptatif complexe. La seconde concerne la dynamique relationnelle des acteurs. Les agents qui ont œuvré à la création du système CIRDI qui a servi de pierre d'achoppement au *Système* actuel avaient souhaité voir le droit se substituer à la force dans la résolution des conflits d'investissement. Cela afin de voir une amélioration du climat des affaires et les conditions d'un vrai partenariat posé entre État d'accueil et investisseur. Cependant, si des bases institutionnelles avaient été posées, celles relationnelles ne l'étaient pas. Il s'en est suivi un usage des mécanismes du *Système de résolution des différends entre États-hôtes et investisseurs* par ses parties prenantes dans une logique défensive et adversariale.

C'est pourquoi, la seconde partie de cette thèse se consacre à une réflexion sur les conditions nécessaires à la transformation profonde du *Système de résolution des différends entre États-hôtes et investisseurs* en s'appuyant sur les deux conclusions tirées de la première partie. Ainsi, dans un premier titre, en nous appuyant sur une théorie en sciences des organisations dont la démarche est également historique, nous défendons l'idée que la complexification croissante du monde et incidemment du système des investissements, conduit à un changement de paradigme. En effet, face à un tel niveau de complexité des projets d'investissement et à l'importance globale des enjeux de développement, les acteurs n'ont d'autres choix que de passer d'une logique adversariale à une logique de collaboration et de co-construction. C'est ce que nous avons appelé « le **paradigme consensuel** », c'est-à-dire un modèle basé sur l'idée d'une résolution de conflit centrée sur la recherche de solutions négociées et consensuelles entre les parties impliquées. Dans ce paradigme, les parties sont encouragées à collaborer, à communiquer et à trouver un terrain d'entente mutuellement satisfaisant. L'objectif est de favoriser la participation active des parties, de reconnaître et de prendre en compte leurs intérêts et leurs préoccupations, et de promouvoir des solutions créatives et durables. Sur cette base dans un second titre, considérant la nature du *Système de résolution des différends entre États-hôtes et investisseurs* comme système adaptatif complexe,

nous nous interrogeons sur les conditions nécessaires à la mise en œuvre de ce nouveau paradigme comme fondement du *Système* ; un tel changement de paradigme devant conduire à sa réelle transformation et non sa simple réforme. L'application de concepts et outils issus du champ d'étude de la complexité et des systèmes adaptatifs complexes nous permet alors de conclure que le consensualisme est tout à la fois le résultat et le moyen à mettre en œuvre pour faciliter cette transformation.

En effet, face à une complexité inégalée, et des problématiques systémiques de cette complexité, seule une démarche holistique combinant à la fois une approche transdisciplinaire et interdisciplinaire, peut permettre de faire émerger des solutions innovantes à la hauteur des enjeux. Notre proposition est alors d'utiliser les outils et méthodes du *Design Thinking* appliqués au droit – le *Legal Design*. Ce-dernier permet d'adopter une telle démarche ainsi que de placer les parties prenantes, et donc les éléments de culture et de contexte, au cœur du processus de conception de solutions. En conséquence, le recours au *Legal Design* peut permettre d'une part de provoquer un changement de culture des acteurs du *Système* vers plus de collaboration, et d'autre part de concevoir des mécanismes de prévention et de résolution des conflits d'investissement plus adaptées aux besoins des parties prenantes, favorisant leurs recours et une meilleure efficacité du *Système*. Cette conclusion s'applique alors aux deux échelles que nous avons retenues. D'une part celle de la transformation globale du *Système de résolution des différends entre États-hôtes et investisseurs*, un système qui doit être élargi à la prévention des conflits d'investissement et permettre l'inclusion et la participation de l'ensemble des acteurs des investissements afin d'en concilier les intérêts. Et d'autre part, l'échelle des projets d'investissement, dont une gouvernance participative doit être encouragée afin d'en permettre le succès et que les bénéfices profitent à tous ; et d'ainsi réaliser une des vocations premières du système des investissements qu'est le développement des États d'accueil au service de leurs communautés.

Chapitre introductif. La mise en place du système de l'investissement international, préalable au Système de règlement des différends États-investisseurs

Pour retracer la genèse du *Système de règlement des différends États-investisseurs*, les auteurs choisissent divers points de départ. Pour certains¹⁸ il faut retenir le début du 20^{ème} siècle qu'ils associent à l'internationalisation des flux d'investissement¹⁹. Pour d'autres, ce qui marquerait le début du *Système de règlement des différends États-investisseurs*, ce sont les années 1950 et le désir de voir le développement des États non-industrialisés²⁰. De nombreux auteurs quant à eux se réfèrent aux premiers Traités d'amitié, de commerce et de navigation comme formant la base de ce *Système*. Enfin parfois, c'est le projet de Convention Abs-Shawcross sur l'investissement à l'étranger de 1959 qui est évoqué²¹ comme la première tentative de création d'un *Système de règlement des différends États-investisseur*.

Une corrélation semble cependant faire l'unanimité : celle entre système de l'investissement international et *Système de règlement des différends États-investisseur* ; et il paraît logique que l'existence d'un investissement soit un prérequis à celle d'un différend d'investissement. Or historiquement, le développement du commerce international a précédé celui de l'investissement international. Selon la distinction économique entre commerce international et investissement²², l'investissement implique une prise d'intérêt durable dans un pays étranger et donc, un plus grand risque. C'est pourquoi ce n'est qu'une fois le système du commerce international bien établi, et les pays ouverts aux flux étrangers, que l'investissement international s'est réellement développé -et avec lui les conflits d'investissement. Aussi, pour

¹⁸ ABBOTT, Roderick, ERIXON, Fredrik, FERRACANE, Martina Francesca, *Demystifying investor-state dispute settlement (ISDS)*, Ecipe Occasional Paper • No. 5/2014 disponible à l'URL : https://ecipe.org/wp-content/uploads/2014/12/OCC52014_1.pdf

¹⁹ Voir par exemple : http://www.cepii.fr/PDF_PUB/em/2017/em2017-02.pdf

²⁰ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, *L'arbitrage d'investissement entre contrat et traité, entre intérêts publics et privés*, Texte d'une conférence prononcée le 24 juin 2004 au Centre libanais d'arbitrage à Beyrouth

²¹ Voir par exemple TIENHAARA, Kyla, *Investor-state dispute settlement in Regulatory Theory: Foundations and applications*, Peter Drahos (Ed.), ANU Press, The Australian National University, Canberra, Australia, 2017

²² Voir par exemple AUDIT, Mathias, BOLLEE, Sylvain, CALLE, Pierre, *Droit international économique et des investissements étrangers*, 2^{ème} Ed, 2016 qui expliquent que « le commerce international est défini comme l'échange de biens, de services et de capitaux entre pays, tandis que l'investissement est un mouvement de capitaux destinés à l'acquisition d'un actif dans un pays étranger. Autrement dit, le commerce y est considéré comme constitué d'opérations instantanées ou en tout cas de court terme, et c'est ce que manifeste la référence à l'échange, tandis que l'investissement repose sur une base plus pérenne. »

retracer l'origine du *Système de règlement des différends États-investisseur*, il nous faut explorer l'Histoire des mondialisations commerciales, de l'intensification des relations économiques et l'interdépendance des économies²³, jusqu'à l'explosion des flux d'investissements directs étrangers (ci-après « IDE »). Cela permettra de mesurer les influences conjointes du contexte historique, des idéologies et des politiques économiques sur la mise en place d'un *Système de résolution des différends entre États et investisseurs étrangers*.

Cet aperçu historique fournira le cadre pour décrire la place des États d'Afrique subsaharienne dans la mise en place du système de l'investissement international. Notamment les liens étroits entre eux et les États européens, héritage de la colonisation, et les influences des idéologies, socialiste puis capitaliste, depuis la décolonisation. Ces développements fourniront une base pour comprendre leur participation dans la mise en place du *Système de règlement des différends États-investisseurs*, en particulier dans le développement des outils contractuels de protection des investissements et dans celui du système du CIRDI²⁴.

Section 1. Du développement du commerce international à l'importance croissante des Investissements Directs Étrangers

Ce n'est que récemment que les flux d'investissements directs étrangers ont pris une telle importance dans le commerce international et pour les économies nationales. Il aura d'abord fallu voir les échanges se libéraliser et s'intensifier durant plus d'un siècle et demi, au cours de la première mondialisation (A) et en dépit d'un mouvement de repli en début du XX^e siècle ; puis la mise en place d'un ordre monétaire stable suivi de la levée des barrières à la mobilité internationale des capitaux (B). Puis enfin le développement des entreprises multinationales avec leurs chaînes mondiales de valeurs. Ces flux d'IDE sont également le résultat d'un cadre institutionnel, progressivement mis en place à une échelle globalisée. Il est le reflet de la coopération croissante des États, de leur ouverture et de leur désir de participer pleinement au jeu du commerce international (C). C'est ce double mouvement, économique et

²³ L'interdépendance économique internationale est le résultat de l'intensification du commerce de biens, mais aussi des flux financiers, migratoires ou informationnels.

²⁴ CIRDI désigne le Centre International pour le Règlement des Différends d'Investissement, de la Banque Mondiale.

institutionnel, qu'il s'agit de décrire ici et qui commence avec la première mondialisation au milieu du XIX^{ème} siècle.

A) 1840-1914 : la première mondialisation

Il est courant de parler aujourd'hui de la mondialisation, et du monde sans frontière qui en résulterait. En réalité ce phénomène n'est pas sans précédent puisque nous nous situons actuellement dans la deuxième mondialisation. La première a lieu du milieu du XIX^{ème} siècle à la Première Guerre mondiale. Elle fait suite à deux siècles durant lesquels le commerce international est soit inexistant soit soumis aux approches mercantilistes qui le conçoivent comme une arme de guerre. Ainsi, dans l'Europe du XVIII^{ème} siècle, les États européens se font concurrence pour leurs exportations car celles-ci servent à dégager un surplus en or, et à financer des guerres. Ces-dernières, à leur tour, permettent de forcer les régions dominées à acheter les produits exportés par les puissances européennes, qui augmentent ainsi leur surplus commercial. En somme, le commerce concrétise le lien entre le pouvoir et la richesse²⁵ et cette vision mercantiliste connaît son apogée avec les guerres napoléoniennes. Mais au XIX^{ème} siècle, une paix relative s'établit en Europe²⁶. C'est également le temps d'une grande stabilité monétaire grâce à l'étalon-or²⁷ qui offre un système de change fixe propice aux échanges internationaux. Apparaissent alors le début des politiques libérales. En Europe tout du moins, car les États-Unis, resteront protectionnistes jusqu'au début du siècle suivant²⁸.

A ce titre, le Royaume-Uni joue un rôle central grâce à son hégémonie maritime qui en fait un moteur du commerce international. C'est ainsi le premier pays à s'être converti à l'étalon-or dans un système jusque-là bimétallique. C'est lui encore qui amorce le mouvement de désarmement tarifaire²⁹ qui sera largement suivi. Enfin, en 1860, il sera avec la France, le signataire du traité Cobden-Chevalier³⁰. Ce-dernier marque le début d'une vague de traités de

²⁵ « *Power and Plenty* », selon la formule-titre de Ronald FINDLAY et Kevin H. O'ROURKE in FINDLAY, Ronald, O'ROURKE, Kevin H., *Power and Plenty: Trade, War, and the World Economy in the Second Millennium*, Princeton U. Print., The Princeton Economic History of the Western World, 2007, 648p.

²⁶ Entre le Congrès de Vienne en 1815 et la guerre franco-prussienne de 1870.

²⁷ Le Royaume-Uni se convertit à l'étalon-or dès 1821, alors que la plupart des pays, y compris la France, l'adoptent au début des années 1870.

²⁸ C'est le cas en général dans les pays qui gardent ou gagnent leur autonomie politique, comme en Australie, au Canada ou en Amérique latine.

²⁹ Cela n'était pourtant pas acquis. En effet, le combat politique entre partisans du libre-échange et des protectionnistes débute en 1815 et dure jusqu'en 1845 suite à la famine irlandaise. C'est n'est qu'alors que triomphent les théories de Ricardo sur les avantages comparés, fondements du commerce international.

³⁰ Il est à noter qu'un premier traité de libre-échange -ou en d'autres termes un traité de commerce et de navigation basé sur la liberté des échanges- a été signé entre la France et le Royaume Uni en 1786 : le traité Eden-Rayneval.

libre-échange³¹ qui incluront tous une clause de la « nation la plus favorisée ». Outre les politiques économiques, un autre facteur d'intensification des relations économiques réside dans la forte baisse des coûts unitaire du transport ; grâce notamment au chemin de fer³² et au bateau à vapeur. Mais également grâce à d'autres progrès de la Révolution industrielle comme le télégraphe et le transport frigorifique. L'intensification des échanges est également le résultat de la croissance des liens financiers et migratoires internationaux. Des millions d'euro-péens feront la traversée vers le « Nouveau Monde » entre 1870 et 1914. Ils créent un pont avec le vieux continent : leur connaissance des deux mondes permet de baisser les coûts de transaction et de fluidifier les échanges transatlantiques. Les flux financiers s'intensifient aussi avec l'investissement par les européens de leur épargne dans des secteurs visant le développement des exportations européennes comme les chemins de fer. Les conditions de la première mondialisation sont en place et les économies européennes s'ouvrent de manière croissante.

Mais dès la fin du siècle, l'Europe entre en crise politique et économique. Ce contexte fait émerger le désir des nations européennes de se créer des empires coloniaux, particulièrement en Afrique. Le XIX^{ème} siècle est celui d'un nouveau partage du Monde entre les grandes puissances européennes ; le partage de l'Afrique est ainsi entériné en 1885 par la conférence de Berlin. Finalement, à l'aube de la Première Guerre, l'Europe contrôle 84% des terres émergées de la planète. Si jusque-là la colonisation se limitait à l'établissement de comptoirs commerciaux assortis de droits exclusifs d'extraterritorialité³³, ce n'est alors plus le cas. Les puissances colonisatrices se servent de leurs colonies comme d'un nouveau marché

Ce traité fait lui-même suite au traité de paix de Versailles de 1783 qui stipule qu'un accord de libre-échange doit être conclu entre les deux pays au plus tard le 1er janvier 1786. Après s'être violemment affrontés durant la guerre d'indépendance des États-Unis -la France ayant apporté son soutien aux rebelles américains contre l'Angleterre- les deux nations souhaitent mettre fin à leur guerre économique et instaurer un système de baisse progressive des tarifs douaniers qui sera mutuellement bénéfique aux deux pays. En dépit de la satisfaction de leurs dirigeants respectifs quant à l'issue des négociations, le traité s'avèrera beaucoup plus bénéfique au Royaume-Uni. Celui-ci bénéficie des théories d'Adam Smith dans l'organisation de ses filières productives et inondera le marché français avec un textile à bas prix et de bien meilleure qualité. Il en résultera une crise sociale et économique du marché textile français qui participera à la Révolution française. La longue période de guerre en Europe qui suivra (1792-1814) mettra un coup d'arrêt à ces prémices de libéralisation des échanges et cèdera sa place au mercantilisme et au protectionnisme généralisé en Europe, que nous avons déjà évoqué.

³¹ Le traité Cobden-Chevalier est suivi d'autres traités dans d'autres pays participants au désarmement douanier en Europe. A titre d'exemple, un traité franco-belge est signé en 1861, en 1862 la Prusse ratifie le traité avec la France, et entre 1863 et 1866, la plupart des nations européennes entrent dans un réseau libre-échangiste. Il est à noter cependant, que ces traités serviront finalement peu en pratique, les droits de douanes ayant déjà été largement abaissés au moment de leur signature.

³² C'est par exemple dans les années 1840 qu'apparaissent les premières liaisons ferroviaires internationales en Europe.

³³ Ce principe de droit international public permet à un État d'exercer une part de sa souveraineté sur le territoire d'un autre. Dans notre cas, la métropole en fait usage pour juger différemment ses ressortissants des populations locales, qui de facto bénéficie de « sous-droits ».

pour leurs exportations, tandis qu'elles fournissent une manne de produits exotiques et de matières premières à faible coût. Ainsi, chaque colonie entretient des relations quasi exclusives avec sa métropole. Cela se traduit par une augmentation du commerce bilatéral au détriment du commerce avec les pays tiers. Ce mouvement vers l'outre-mer se concrétise aussi dans des traités de commerce inégaux ; imposés notamment à la Chine, à la Corée et au Japon³⁴. Progressivement, la situation se dégrade encore et les conditions qui avaient permis la première mondialisation – la paix, la prospérité – ne sont plus réunies, et l'Europe va connaître une nouvelle phase de protectionnisme.

B) Première moitié du XX^{ème} siècle : repli puis reconstruction

Dès la fin du XIX^{ème} siècle, puis successivement avec la Première Guerre mondiale puis la Grande Dépression des années 1930, on assiste à une contraction du commerce mondial jusqu'à un niveau inférieur à celui du milieu des années 1850. Cette contraction aura pour conséquence la dislocation de l'ordre monétaire international et le repli protectionniste des États, mettant ainsi fin à la première mondialisation. Ce n'est que peu avant la fin de la Seconde Guerre mondiale, sous l'impulsion des États-Unis en partenariat avec les puissances alliées, qu'a lieu une tentative de reconstruction d'un système économique mondial ouvert. Cette tentative se fait donc entre pays développés et à économie de marché. Elle est motivée par un profond désir de stabilité et de paix, et c'est un cadre coopératif qui est visé avant tout. Il faut reconstruire l'ordre monétaire, ce que font les institutions de Bretton Woods³⁵. Sur le plan financier, la stabilité des relations internationales est l'affaire du Fonds monétaire international (ci-après « FMI »). Non plus autour de l'or mais d'un étalon dollar ; système qui dure jusqu'en

³⁴ Ainsi que l'indique leur nom, ces traités ne reposent pas sur une équivalence des concessions, comme c'est normalement le cas. Ces traités sont généralement imposés suite à des défaites militaires par les puissances colonisatrices de la région telle que les États-Unis, la Russie, les Pays-Bas, le Royaume-Uni. La France a par exemple conclu en octobre 1858 un Traité de paix, d'amitié et de commerce avec le Japon. Ces traités offrent des avantages disproportionnés aux Occidentaux telle que l'extra-territorialité juridique - les ressortissants de la nation qui bénéficie d'une telle clause ne peuvent être jugés par les tribunaux du pays cosignataire- et le droit de fixer les taxes sur les échanges commerciaux. Pour revenir au cas du Japon, la promulgation d'une constitution en 1889 et la modernisation rapide du pays, notamment sur le plan juridique, donnent une légitimité à la révision de ces traités : la France signe en 1896 un Traité de commerce et de navigation qui rétablit l'équilibre entre les deux nations.

³⁵ En 1944 se tient une conférence internationale à Bretton Woods. Elle a lieu dans un contexte politique de sortie de la Deuxième Guerre mondiale, d'une Europe ravagée qu'il s'agit de reconstruire y compris économiquement, et en plein consensus des théories de Keynes. L'objectif de cette conférence est donc d'établir un cadre de coopération et de développement économiques qui jetterait les bases d'une économie mondiale plus stable et prospère. Sont ainsi créés la Banque Mondiale et le Fond Monétaire International.

1971. De son côté, la Banque mondiale (ci-après « BM »)³⁶ se charge du développement économique à long terme et de la réduction de la pauvreté. Sur le plan commercial, la baisse des barrières douanières s'organise dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (ci-après « GATT », selon son acronyme anglais) puissant outil de coopération.

Peu de temps après s'amorce la construction européenne à la suite de la déclaration Schuman du 9 mai 1950. Ce sont les débuts de la Communauté Économique du Charbon et de l'Acier (ci-après « CECA »), prémices de l'Union que nous connaissons aujourd'hui. Par la réunion de leurs intérêts économiques, les États européens posent les bases d'une paix durable, condition préalable à l'augmentation collective des niveaux de vie. Pourtant et en dépit de ce contexte propice, on n'assiste pas à une intensification significative du commerce mondial. Plusieurs raisons à cela. Déjà au niveau européen, l'intégration économique n'est mise en place que progressivement après la signature du traité de Rome en 1957. Il faut par exemple attendre 1968 pour que l'union douanière soit achevée. De plus, dans la suite de la décolonisation, de nombreux pays en développement cherchent à se déconnecter des économies des pays développés³⁷. En 1962, profitant de leur avantage numérique à la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (ci-après « CNUCED ») comme à l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies (Ci-après « ONU » ou « NU »), les pays décolonisés obtiennent la reconnaissance explicite de leur *souveraineté permanente sur les ressources et richesses naturelles et sur les activités économiques*. Puis par la suite son renforcement au travers d'autres textes de l'organisation telle que la Charte des droits et devoirs économiques de États adoptée en 1974. De leur côté, les pays du bloc communiste restent autant que possible fermés à l'Occident. En conséquence, plutôt qu'un mouvement mondial, ce sont essentiellement les pays occidentaux³⁸ qui s'engagent après-guerre, via le GATT, dans la voie de la libéralisation commerciale ; et n'est qu'à la fin des années 1960 que s'amorce une réelle intensification des échanges conduisant à la deuxième mondialisation.

³⁶ Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, communément appelée « Banque Mondiale ». Pour une histoire de l'institution voir PARRA, Antonio, *The History of ICSID*, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2017, 538 p.

³⁷ C'est par exemple le cas de l'Inde, anciennement sous joug britannique, qui relève ses droits de douane de 5% à 90% en moyenne. Des pays d'Amérique latines fondent leur stratégie sur la production locale en substitution aux importations.

³⁸ Entre 1950 et 1972, leur part dans le commerce mondial passe de 62 % à 76 %, pour dépasser 80 % en 1988.

C) 1970 à nos jours : Deuxième mondialisation, victoire du système capitaliste, financiarisation des échanges et explosion des flux d'IDE

Cette deuxième mondialisation serait presque plus une « re-mondialisation »³⁹ car il faudra attendre la fin des années 1970 pour que les États retrouvent leur niveau d'ouverture d'avant la Première Guerre mondiale. Cette intensification des échanges est bien sûr le résultat du cadre institutionnel décrit précédemment. Le GATT qui s'est progressivement institutionnalisé, s'élargit à de nombreux pays. En parallèle, l'Organisation mondiale du commerce (ci-après « OMC ») est créée en 1995. Elle compte déjà 75 membres à ses débuts jusqu'à atteindre les 164 pays membres en 2016. C'est aussi le fruit d'une nouvelle innovation qui révolutionne le transport maritime de marchandises⁴⁰ avec la généralisation du conteneur standardisé. Passés les chocs pétroliers de 1973 et 1979, l'intensité des échanges commerciaux au niveau mondial n'augmente pas spécialement. Ce n'est qu'au début des années 1990 qu'on assiste à une nouvelle dimension de la mondialisation avec l'effondrement du bloc soviétique.

Une fois encore, la marche économique se fait au pas de la géopolitique. La relative détente des relations internationales et l'hégémonie des États-Unis provoque l'apogée du capitalisme et des politiques économiques libérales. On remarque une atténuation de la vision de la souveraineté économique des États, notamment en développement, telle qu'elle était prônée au sortir de la colonisation. Elle n'est bien sûr pas remise en question dans son principe, mais elle subira des atténuations, imposées ou autolimitées, en raison précisément des changements profonds des rapports économiques internationaux. Ces-derniers impliquent pour toutes les nations, y compris les pays en développement, une plus grande ouverture commerciale, économique et financière, aux privatisations et aux investissements étrangers. Les États ne cherchent plus seulement à protéger les investissements, mais à les promouvoir et les attirer comme autant de source de revenus et de développement. Ces changements impliquent aussi une adhésion croissante au système multilatéral⁴¹ -d'où la multiplication des

³⁹ FINDLAY, Ronald, O'ROURKE, Kevin H., *Power and Plenty*, op.cit.

⁴⁰ L'innovation, lancée dès 1956 par Malcom McLean, a progressivement révélé son potentiel de réduction des coûts liés à la manutention portuaire, à l'intermodalité et aux assurances contre le vol. Ce n'est qu'au cours des années 1960 et avec la guerre du Vietnam et le ravitaillement à bas coût des troupes américaines que l'innovation a pris une ampleur planétaire.

⁴¹ Notamment l'acceptation du nouveau mécanisme d'examen des politiques commerciales et de résolution des conflits de l'OMC montre l'acceptation croissante par les États du pouvoir de contrôle et de sanction des organisations supranationales d'intégration.

pays membres du cadre institutionnel en place- et aux groupements régionaux⁴². C'est ainsi que de nombreux pays adoptent un système économique capitaliste et le développement des échanges se fait sous l'influence idéologique majeure du « consensus du Washington » (1989)⁴³. Il faut noter la conversion chinoise à l'économie de marché, qui aura un effet majeur sur l'économie mondiale⁴⁴. Par ailleurs, un nombre croissant de pays axent leur économie sur les exportations. La conséquence de tout cela est un taux d'ouverture mondial qui en moins de vingt ans aura presque doublé⁴⁵. Du point de vue financier, de très nombreux pays lèvent les obstacles à la mobilité internationale des capitaux. Les banques peuvent alors développer des opérations financières à très grande échelle ; et les flux financiers bruts internationaux se multiplient par quatre en trente ans⁴⁶. La crise financière mondiale de 2007-2008 aura bien sûr un impact considérable, mais pas au point de changer les tendances de fonds. Depuis, l'ensemble des flux internationaux de capitaux ont progressé moins rapidement que le produit intérieur brut (ci-après « PIB ») mondial, ramenant le taux d'ouverture financière au niveau auquel il se trouvait avant son ascension des années 2000⁴⁷. Au-delà du repli du taux d'ouverture financière, il faut tout de même noter que la structure des flux internationaux de capitaux s'est profondément modifiée. Depuis la crise, la part belle est faite aux flux d'investissements directs étrangers, qui ne cessent de croître face aux investissements de portefeuille⁴⁸. Leur croissance est spectaculaire, reflet du déploiement des entreprises multinationales, ou transnationales, et de leurs chaînes mondiales de valeurs. Ces entreprises jouent un rôle majeur dans le développement et l'évolution des relations économiques internationales car elles en sont l'acteur économique et commercial principal. Les années 1990 et 2000 sont aussi celles de l'envol des nouvelles technologies de l'information et de la communication (ci-après « NTIC ») et des formidables possibilités d'interaction à distance

⁴² On assiste ainsi à une multiplication des organisations régionales. Au niveau européen- communautaires ou non communautaires- UE, OCDE, ASE ZCMN, africain comme l'UDEAC, la CEDEAO, ZEP, UMA, CEA projeté par l'OUA, américain comme le Pacte Andin, ALADI, ALENA, MERCOSUR, MCC et asiatique comme ASEAN, SAARC, ECO. Elles participent à l'élaboration des normes économiques et en contrôlent l'application ; elles peuvent aussi en être destinataires. Tandis qu'au début de la période, régionalisme et multilatéralisme mondial étaient opposés, ils sont progressivement vus comme complémentaires.

⁴³ Ces propositions néo-libérales pour relancer les économies des PED, prennent le contre-pied des politiques interventionnistes issues du consensus de Keynes qui régnait jusque dans les années 1970. Afin de faire sortir les économies notamment d'Amérique du Sud de leur profonde crise économique, qui a conduit à parler des années 1980 comme « d'une décennie perdue », les économistes du consensus de Washington préconisent des politiques économiques libérales extraverties.

⁴⁴ La part des pays développés dans les exportations mondiales s'effondre, passant sous les 60 % au début des années 2010, tandis que la Chine s'impose comme le premier pays exportateur mondial de biens dès 2005.

⁴⁵ Il est passé de 15 % en 1993 à 26 % en 2008.

⁴⁶ Ils s'élèvent à plus de 20 % du PIB mondial en 2007, alors qu'il était encore à moins de 5 % dans les années 1980.

⁴⁷ 6% du PIB mondial en moyenne depuis la crise.

⁴⁸ Pour une définition économique des IDE et des investissements de portefeuille, voir l'introduction.

qu'elles offrent. Surfant littéralement sur cette tendance, les multinationales continuent d'optimiser leurs productions en utilisant de façon coordonnée leurs moyens technologiques, organisationnels et humains dans de multiples pays où elles vont investir, y compris avec les États et leurs émanations publics. En effet, selon les secteurs, les États ne se contentent pas d'être de simples hôtes des investissements qu'ils accueillent, progressivement ils en deviennent de vrais partenaires économiques. La multiplication des conflits entre État hôte et investisseur étranger en est une conséquence logique. Ce phénomène est également vrai dans en Afrique sub-saharienne qui est perçue aujourd'hui comme un relai de croissance par les investisseurs étrangers. Retracer son histoire économique permettra de comprendre la mise en place du contexte dans lequel les investissements y sont réalisés ; et duquel les conflits qui nous intéressent émergent.

Section 2. Histoire économique des États sub-sahariens : une Histoire marquée par les influences extérieures, de la colonisation à l'aide au développement

Dans cette histoire la colonisation impose son rythme et sa marque, et c'est ainsi qu'il convient de distinguer entre l'Afrique précoloniale (A), l'Afrique au temps de la colonisation (B) et l'Afrique post-coloniale (C).

A) L'Afrique précoloniale

Écarts de développement entre le continent africain et eurasiatique - Les historiens de l'Afrique s'accordent à dire que les découpages classiques de l'historiographie occidentale⁴⁹ ne s'appliquent pas au continent. Philippe Courtin⁵⁰ propose de se référer à des découpages extérieurs. Il y aurait ainsi l'âge islamique (750 à 1750), millénaire durant lequel l'islam est « *la plus créative de toutes les civilisations* »⁵¹, chevauché dès le XV^{ème} siècle par l'âge européen qui commence avec les grandes avancées maritimes du Portugal et de l'Espagne. Jacques Brasseul⁵² fait quant à lui référence à M. Davidson et à son découpage autour du fer : Âge du fer initial (- 400 jusqu'à l'an 1000) suivi par une Période intermédiaire (1000 à 1300), puis Âge du fer établi (1300 à 1600), suivi d'une nouvelle Période de transition menant à la Période de

⁴⁹ Préhistoire -Paléolithique, néolithique- puis Histoire-, Moyen-Âge, Temps modernes, Époque contemporaine.

⁵⁰ COURTIN, Philippe, *African History*, 1995

⁵¹ COURTIN, Philippe, *ibid.*

⁵² BRASSEUL, Jacques, *Histoire économique de l'Afrique tropicale, Des origines à nos jours*, 2016, Armand Colin

la traite puis de la colonisation. Il est intéressant de lire que selon ce découpage, dès 1300 on trouve en Afrique une agriculture évoluée, des techniques minières élaborées (or, cuivre, étain et fer), un art raffiné. Cet ensemble de connaissances serait diffusé très loin à l'est et au sud du Continent par les migrations du peuple bantou⁵³. Toujours selon cet auteur, les rives du lac Albert au Congo auraient été une place tournante du commerce continental. Un commerce d'abord organisé autour du troc, puis des monnaies-marchandises⁵⁴ ; et dont le développement serait alors compliqué par le manque d'unité monétaire avec des taux de changes établis.

L'Histoire économique du Continent nous apprend également que la propriété de la terre comme elle existe en Europe est peu répandue à l'époque. A la place c'est une propriété collective que l'on trouve, attribuée par le chef de communauté à une famille, à un groupe ou un lignage. Cela s'explique par le peu de rentabilité des terres et leur abondance face à une concentration démographique faible. A l'inverse de la terre, ce qui a de la valeur sont les bras, les outils et les récoltes. D'un point de vue politique, en Afrique centrale les principaux États sont ceux du Kongo autour de l'embouchure du grand fleuve, et ceux de Luba, Lunda et Lozi. Décrits comme de « *grandes confédérations tribales avec un degré réduit de centralisation* »⁵⁵. Ces nations échangent entre elles : du sel, du cuivre, de l'ivoire, des denrées agricoles, et des esclaves. En effet, l'esclavage interne est largement pratiqué. S'il est difficile de réellement les délimiter, la notion de frontière n'ayant pas cours à l'époque, les plus grandes entités politiques ne se trouvent cependant pas dans cette partie de l'Afrique mais en Afrique de l'Ouest. Cela s'explique par la faible densité de population de la région et sa géographie défavorable aux activités humaines. Les forêts tropicales et équatoriales très denses, les rivières et fleuves peu navigables ajouté à l'impossibilité de construire des voies de circulation terrestres, empêchent de réellement commercer, exploiter la terre et élever du bétail.

De plus, à périodes identiques, un réel écart de développement est à noter entre l'Afrique et l'Europe⁵⁶, ou plus généralement l'Eurasie. La cause serait à chercher ici encore dans la géographie. Les nombreuses barrières écologiques ont isolé le Continent. En particulier

⁵³ Ces peuples originaires du Cameroun-Nigeria possédaient des techniques plus avancées d'agriculture, d'élevage, de poterie, de tissage et de travail du fer que les peuples de chasseurs-cueilleurs des régions d'Afrique centrale. Ces-derniers adoptèrent donc leur mode de vie d'agriculteurs sédentaires et leur langue.

⁵⁴ Comme le sel, la poudre d'or, les métaux, les coquillages, les morceaux de fer ou de cuivre, ou encore les bandes de tissu, de coton notamment.

⁵⁵ GUANN et DUIGNAN cités par Jacques BRASSEUL, *ibid*, p.117.

⁵⁶ L'Europe aura même au final une avance sur l'Asie à compter de la Renaissance. Cela s'explique par une différence d'organisation politique. La division de l'Europe en nombreuses entités politiques favorisera la concurrence entre États facteur d'innovation et de propagation des avancées ; à l'inverse de la Chine unie.

au sud du Sahara, qui s'est progressivement désertifié. Les échanges entre l'Europe et l'Afrique, qui avaient pourtant lieu dès le Vème siècle avant notre ère, en deviennent de plus en plus difficiles⁵⁷. Outre cet « océan de sable » -tel qu'il est vu par les arabes, *Sahel* veut ainsi dire côtes- les océans Atlantique et Indien sont évidemment les autres barrières géographiques. Or, un découpage longiligne du littoral accompagné d'une barre difficile à franchir, n'ont pas permis un réel développement de la navigation⁵⁸ ; privant par là-même le Continent des échanges humains et technologiques qui ont tant bénéficié à l'Eurasie. A cela s'ajoutent des conditions météorologiques particulièrement rudes et leurs nombreuses conséquences : agriculture sur brulis et déplacement des zones cultivées avec une fertilité des terres retrouvée qu'en moyenne après quinze ans, famines, nombreuses maladies pour les hommes et les bêtes⁵⁹, accompagnées d'une mortalité très élevée⁶⁰. En conclusion, des auteurs affirment que plutôt que de voir dans cet écart de développement un échec, il faudrait plutôt y voir un succès d'adaptation humaine à un environnement obstinément hostile. Il n'en demeure pas moins que cette avance technologique des Européens leur facilitera grandement la conquête du Continent au XV^{ème} siècle⁶¹.

XV^{ème}-XVI^{ème} siècle : première implantation européenne sur le continent- C'est la prise de Constantinople par les Turcs et le déploiement de l'Empire Ottoman dans le bassin méditerranéen oriental qui poussent les occidentaux à se mettre en quête d'autres voies

⁵⁷ A ce titre, il est intéressant de noter la pratique du troc muet comme prémices au commerce international, et de la prise en compte des aspects multiculturels dans la prévention des conflits qui peuvent en découler. Cette pratique fut décrite par Hérodote au Vème siècle avant JC :

« Les Carthaginois nous disent également qu'ils échangent avec un peuple qui vit dans une partie de la Libye (Afrique) au-delà des colonnes d'Héraclès (déroit de Gibraltar). Quand ils arrivent dans ce pays, ils déchargent leurs marchandises, les alignent bien en ordre sur la grève, retournent à leur bateau et envoient une fumée. Voyant celle-ci, les natifs viennent sur la plage, mettent sur le sol une certaine quantité d'or en échange des biens, et s'éloignent. Les Carthaginois accostent alors à nouveau, évaluent l'or et s'ils pensent que la quantité est suffisante, repartent, laissant les marchandises. Mais si cela semble trop peu, ils retournent à bord et attendent, et les Africains viennent compléter, et cela se poursuit jusqu'à satisfaction des deux parties. Il y a une parfaite honnêteté des deux côtés : les Carthaginois ne touchent jamais l'or tant qu'il n'égale pas la valeur qu'ils donnent à leurs biens, et les natifs ne touchent pas aux marchandises tant que l'or n'a pas été enlevé » (cité par Meredith, 2014, cité à son tour par Jacques BRASSEUL, *ibid*, p.30).

⁵⁸ Les bantous se seront bien lancés en haute mer atteignant l'île de Bioko dans le golfe de Guinée, mais il semble que ce fait soit aussi remarquable qu'isolé.

⁵⁹ La liste est longue (bilharziose, fièvre jaune, paludisme, parasites...) mais il faut souligner le sombre rôle joué par la maladie du sommeil. Provoqué par la mouche tsé-tsé, elle touche humain et bétail. Elle est répandue sur 42% du territoire, dont les terres potentiellement les plus fertiles. L'expansion arabe au sud du Sahel, fut ainsi arrêté par cette « barrière du tsé-tsé » expliquant l'arrêt de l'islamisation à cette zone, qui sera animiste puis chrétienne sous influence occidentale. Les africains n'ont pu ainsi bénéficier du cheval comme puissant vecteur de développement, comme ce fut le cas de l'Eurasie.

⁶⁰ Elle était estimée à 20 ans aux débuts de la colonisation, soit la même qu'à l'apogée de l'Empire romain. (Iliffé, cité par Jacques BRASSEUL, *ibid*, p.15)

⁶¹ Puis le commerce triangulaire suivi de la colonisation. Tous ceci sera rendu possible en raison de l'écart de départ entre l'Afrique et l'Europe, que la traite ne fera que renforcer.

maritimes pour rejoindre les Indes. Ces-dernières sont considérées comme un réservoir de richesses et de denrées, telles que l'or et les épices. Les Portugais, grâce à l'invention de la Caravelle et l'emprunt aux Arabes de l'astrolabe, sont les premiers à entreprendre le contournement de l'Afrique par le sud. Sur leur chemin ils colonisent les îles atlantiques nord : Açores, Madère, îles du Cap Vert, Sao Tomé, Principe tout comme l'actuelle Guinée équatoriale. Ils ne vont pas loin dans les terres et installent sur les côtes des comptoirs coloniaux afin de commercer avec les autochtones. Progressivement ils multiplient et fortifient leurs positions le long des côtes. Ils arrivent sur les côtes camerounaises et gabonaises en 1472. Les noms de ces deux États sont d'ailleurs issus du portugais⁶². A la fin du XV^{ème} siècle ils poursuivent leur exploration vers le sud et atteignent l'embouchure du fleuve Congo. Ils établissent des relations diplomatiques avec le royaume de Kongo qui compte alors deux millions d'habitants. Ils arriveront jusqu'aux côtes de l'actuel Angola et finalement en 1498, Vasco de Gama découvre la route maritime pour l'Inde. L'objectif à court terme des Portugais est rapidement atteint et le commerce de l'or et des esclaves leur assure richesse et prospérité pendant près de deux siècles⁶³. On peut citer M. Brasseur⁶⁴ :

« Jusqu'à l'arrivée des Portugais sur les côtes de l'Afrique de l'Ouest, au xv e siècle, le grand commerce africain est décrit par J. Devisse (cité par Giri, 1994), comme un commerce à quatre étages : partant de la forêt du sud, de la Guinée au Nigeria, où les Sahéliens viennent chercher l'or et la Kola, et surtout les esclaves, sorte de cul-de-sac, puisqu'il n'y a pas d'échanges maritimes, le commerce traverse ensuite les empires autour du Niger, servant de relais avec les commerçants arabo-berbères, maître des caravanes transsahariennes aboutissant au Maghreb. Le dernier étage est l'Europe, où l'or arrive finalement, permettant la circulation monétaire au Moyen Âge. Tout cela va changer radicalement bien sûr avec l'impact portugais et les échanges le long de la côte atlantique ».

Parallèlement, les Portugais ramènent d'Europe toute une nouvelle gamme de biens, et avec eux un nouveau type de consommation. Au même moment, Christophe Colomb convainc la reine d'Espagne de financer son voyage vers les Indes par l'ouest. Sa découverte du nouveau

⁶² « Gabao » pour Gabon, qui signifie caban de marin en portugais en raison de la forme de l'estuaire Komo ; et le navigateur portugais Fernando Poo aurait baptisé le Cameroun « Rio de Camaroes » en raison de la haute concentration en crevettes de l'estuaire du Wouri.

⁶³ Mais aussi même si dans une moindre mesure du poivre (vers le Liberia et la Sierra-Leone, qui reçoit le nom de côte des graines ou du poivre), et de l'ivoire qui donnera son nom à l'actuelle Côte d'ivoire.

⁶⁴ Ibid.

monde permet à l'Espagne de s'affirmer comme deuxième empire colonial. Il en résulte la négociation et signature du traité Tordesillas en 1494. Ce traité signé entre l'Espagne et le Portugal sous l'égide du Pape, établit le partage des terres amenées à être découvertes. Il s'agit donc d'un premier partage du monde bien avant celui de Berlin. Aux Portugais toutes les terres situées à l'est du 50e méridien de longitude ouest, aux Espagnols toutes les terres situées à l'ouest de celui-ci. C'est en vertu de ce traité que les Espagnols ne s'aventureront pas sur les côtes africaines et que les Portugais hériteront du Brésil. Et, c'est justement le besoin de main d'œuvre⁶⁵ pour les exploitations de cannes à sucre brésiliennes qui pousse les Portugais à faire venir des esclaves directement depuis l'Afrique dès 1510. Par la suite, le commerce des esclaves ne fait que s'amplifier, à partir des ports de Loango, Cabinda, Luanda et Benguela, et les Portugais vont de plus en plus loin dans les terres pour rechercher des esclaves.

Cependant, progressivement le Portugal perd de son influence au Kongo qui s'affranchit des pressions extérieures. Mais celui-ci s'enfonce alors dans des rivalités politiques internes, et perd l'unité qui avait fait sa force au cours des siècles précédents. C'est dans un royaume vassal plus au sud, le Ndongo, futur Angola, que s'établissent durablement les Portugais. Ils y ancrent par la force un système colonial précoce. Mais au XVI^{ème} et XVII^{ème} siècle, le Portugal perd son indépendance, il est rattaché à l'Espagne en 1578, et avec elle son influence outre-mer. Or, c'est un temps de guerre pour les puissances européennes et l'Espagne se consacre à la défense de ses intérêts militaires et à ses colonies d'Amérique. Délaissés, les intérêts portugais en Afrique en pâtissent, et sont même attaqués par les nations ennemies comme la France, le Royaume-Uni et surtout la Hollande. La domination portugaise est détruite en quelques années et tous les comptoirs et forts en Afrique passent sous contrôle hollandais, de Gorée au Congo. Cependant, en ayant été les premiers occidentaux à établir des relations avec l'Afrique, l'influence portugaise y aura été forte. Les Portugais auront réussi à s'implanter durablement au Mozambique, en Angola, aux îles du Cap Vert et en Guinée Bissau. Ils y auront diffusé leur culture et leur langue, y compris sous la forme d'un créole portugais, qui est encore parlée dans une partie importante de l'Afrique occidentale et australe. Le nouveau chapitre qui s'ouvre alors pour le continent est celui de la traite qui durera trois siècles.

⁶⁵ La population native américaine forcée au travail, frappée par les maladies importées, les mauvais traitements, fuit, se révolte ou meurt.

XVI^{ème}-XIX^{ème} siècle : l'entrée dans le commerce international- Déjà évoqué plus haut, l'esclavage n'est pas nouveau sur le Continent. Traite interne ou orientale (Sahara et Afrique de l'Est) d'abord, puis transatlantique. Cette dernière touche environ onze millions d'hommes et de femmes. Au XVI^{ème} siècle toutes les grandes nations européennes s'y engagent. Outre leur participation au commerce triangulaire, elles souhaitent concurrencer l'hégémonie portugaise dans les échanges avec l'Asie. Les Hollandais créent leur compagnie des Indes, suivies par les autres nations européennes. Ce sera le cas de la France et sa Compagnies des Indes Orientales installée à Pondichéry. Au XV^{ème} siècle la France avait peu participé « aux grandes découvertes » pour diverses raisons, notamment la persistance des guerres de religion ou l'insuffisance de sa marine. Elle avait tout de même pris possession du Canada en 1534, de la Louisiane, ainsi que des îles des Caraïbes, de Saint-Domingue, de la Martinique et de la Guadeloupe. Mais au XVI^{ème} siècle, les colonies d'Amérique sont rattachées au secrétariat d'État à la marine et la France débute une politique de colonisation dont la compagnie des Indes sera le bras armé ; mais cela ne concernera pas encore le continent africain. En dépit du développement de la traite et de la part qu'y prennent les nations européennes, les échanges avec l'Afrique représentent une part minime du commerce extérieur des pays européens. Ce dernier se fait principalement entre nations occidentales.

Côté africain, en plus de la tragédie humaine que représente le commerce triangulaire, ses effets économiques, tout comme ceux de la présence commerciale européenne, sont globalement négatifs. A ce titre, Jacques Brasseul⁶⁶ note le développement de la pratique de l'esclavage, les déplacements de population et l'abandon des terres fertiles, provoquant appauvrissement et malnutrition. De plus, l'arrivée sur le marché africain de nouveaux biens de consommation modifie les comportements et modes de vies. Pourtant il est également noté par les historiens que l'élargissement des échanges a permis une augmentation de l'activité économique, l'amélioration des niveaux de vies et un enrichissement des populations. L'arrivée sur le marché de produits européens manufacturés de meilleure qualité et à bas coût permet à plus de personnes de les utiliser en sus de la production locale, de tissus par exemple. Ils décrivent également le développement de nouvelles pratiques commerciales. Le commerce maritime importé par les européens ouvre de nouvelles possibilités d'échanges entre régions africaines tout le long de la côte. Ce regain d'activité économique, dû à la demande des navires

⁶⁶ Ibid, p.201

européens en nourriture et en biens d'exportation⁶⁷ permet un développement côtier. Mais ce dernier se diffuse peu vers l'intérieur des terres. Les flux monétaires s'accroissent également considérablement. Ils sont accompagnés de nouvelles pratiques comme le crédit et une plus grande diffusion des instruments monétaires. Pourtant, la spécialisation du commerce africain, vers la traite, et dans une moindre mesure dans les produits d'exportation de matières premières, aura pour conséquence un faible développement des industries et une dépendance économique et monétaire envers les nations européennes. C'est une dépendance qui perdurera après les indépendances. Globalement, la traite aura durablement impacté l'Afrique centrale, ainsi Jacques Brasseur cite Joseph G. Manning :

« Dans la répartition de la population, dans la pratique du mariage, dans les distinctions de classe, et dans la taille globale de la population (encore relativement faible malgré une croissance forte récemment) ... Les modes de travail en Afrique ont gardé des continuités importantes avec l'esclavage, dans la dépendance vis-à-vis des migrations, le travail forcé, les salaires faibles, et les déséquilibres hommes/femmes. (Manning, 1990) »

Enfin après trois siècles, c'est le double mouvement de pensées libérales en Europe, économique et humanitaire, qui permet l'interdiction du commerce triangulaire. Les nations occidentales commencent à le réprimer, en Afrique de l'Ouest d'abord⁶⁸, et lancent des croisières de répressions contre les navires négriers⁶⁹. La part de la traite dans les échanges doit désormais être remplacée par un développement du commerce légitime. Ainsi, les autres biens d'exportation, qui avait au départ motivé l'arrivée des européens en Afrique et qui avaient reculé avec la traite, connaissent un regain d'intérêt ; leurs quantités et prix explosent⁷⁰. En parallèle, les biens européens voient leur prix baisser, conséquence de la mécanisation et de la

⁶⁷ Tels que des peaux, de la gomme, de l'ivoire et de l'or toujours, de l'huile de palme, des bois précieux, ou de cire d'abeille.

⁶⁸ Ce sera d'abord le cas en Afrique de l'Ouest car en Afrique centrale ou en Angola, la traite perdure jusqu'au début du 20^{ème} siècle et la transition vers le commerce licite se fera plus lentement, en plus d'être basée sur l'esclavage interne. Ce dernier perdurera presque partout en Afrique jusqu'au début du 20^{ème} siècle, il faut le noter.

⁶⁹ C'est ainsi que sera fondé le Libéria en 1821 par les Américains et les Noirs Libres, anciens esclaves libérés qui se sont organisés en une *American Colonization Society* dans le but d'un retour en Afrique. En Afrique occidentale, Freetown en Sierra Leone, est fondé d'abord par des philanthropes puis rejoints par le gouvernement britannique en 1808. Et en 1849, les Français établissent un comptoir au Gabon, Libreville, sur le modèle de Freetown, pour y installer des esclaves libérés. Libreville deviendra le moyen pour les Français de pénétrer dans la région et d'y déployer leurs velléités colonialistes.

⁷⁰ Jacques BRASSEUL cite Jan VANSINA qui estime qu'en Afrique centrale le commerce extérieur connaît une croissance d'1 à 50 entre 1815 et 1880. En particulier tout le long du fleuve Congo, le commerce prend une grande ampleur autour du Pool Malebo (Stanley Pool).

production de masse. Ce qui avantage les acheteurs africains. Les monnaies européennes sont de plus en plus utilisées, l'économie se monétarise encore davantage et s'intègre dans les circuits du commerce mondial. Dans le même temps le voilier est remplacé par les navires à vapeur⁷¹, qui divise le temps de transport par deux, et par là-même son coût. Tout cela favorise les échanges entre les deux continents. Par rapport à la traite, le commerce légal favorise une plus grande présence européenne et avec elle une influence croissante des occidentaux et de leur culture. Bien que la traite ait renforcé les entités politiques africaines, poussant les européens à rester sur la côte ; de ces siècles d'échanges sont nés des liens solides et au XIX^{ème} siècle, forts de leur nouvelle puissance, technique, scientifique, acquise par la révolution industrielle, ils sont plus enclins à contrôler directement les royaumes et États africains.

Outre, ces moyens techniques, l'Europe est convaincue qu'elle doit dominer et que c'est dans l'intérêt de l'Afrique de l'être : les idées humanitaires qui ont permis d'abolir l'esclavage s'accompagnent d'un sentiment de supériorité européen et vont nourrir une vision paternaliste. Selon celle-ci l'homme blanc doit intervenir pour sauver le continent des ténèbres, le sauver de lui-même, car l'esclavage interne persiste et avec lui les guerres et violences. Bien sûr il s'agit aussi de faciliter la pénétration des missionnaires, et contrer la progression de l'Islam. Les Européens se prévalent de ces arguments pour justifier l'invasion et l'occupation coloniale. C'est le début de la colonisation.

XIX^{ème} - XX^{ème} siècle : de la traite à la colonisation- Si en 1870 la présence européenne et arabe est encore très limitée en Afrique subsaharienne⁷², entre 1880 et 1890 se produit une vraie ruée sur l'Afrique. Le bassin du Congo attise les convoitises, il recèlerait de nombreuses richesses notamment minières. Car il ne faut pas minimiser les facteurs économiques qui ont favorisé la colonisation : la crise économique en Europe, déjà évoquée, et côté africain, la difficile transition des organisations politiques de la traite vers le commerce licite. En effet, ils en sont complètement dépendants. Leur difficulté à pivoter de la vente des hommes à la vente des produits favorise une poignée d'individus entreprenants, des producteurs et indépendants, qui répondent à la demande européenne sur une petite échelle. Or, les européens dans un contexte de crise économique, souhaitent réduire leurs coûts, et contourner les intermédiaires

⁷¹ Les Britanniques remonteront notamment le fleuve Niger en bateau à vapeur et lanceront la conquête de l'intérieur du continent.

⁷² Les Français contrôlent la vallée du Sénégal depuis longtemps, les anglais le Sierra Leone, quelques comptoirs autour du Niger, la « *Gold Coast* », les portugais sont établis sur les zones côtières autour de l'Angola et du Mozambique, les arabes autour de celles de Zanzibar. Le reste de l'Afrique est indépendante.

africains. Cela nécessite d'aller dans les terres et de dépasser le commerce côtier auquel il se limitaient jusqu'alors. Ce contexte pousse les nations européennes à remettre en question leurs alliances avec les royaumes africains au bénéfice d'une intervention directe.

Outre les facteurs économiques, la colonisation s'explique par un facteur politique. Ce qui se joue en Afrique est le reflet des tensions nationalistes des pays européens⁷³ : avoir une base en Afrique, c'est marquer un point sur une puissance européenne rivale. La Belgique et la France y sont en concurrence au travers de missions d'exploration⁷⁴ du bassin du Congo, afin de lever le voile sur la dernière *terra incognita* du continent. Le Portugal quant à lui s'appuie sur les traités signés avec le royaume Kongo pour revendiquer une souveraineté sur la région, en particulier sur l'embouchure du fleuve Congo. Des droits lui seront reconnus par le Royaume-Uni, permettant de boucher l'accès à l'Atlantique aux Belges. Face à ces tensions, le Portugal conçoit l'idée d'une conférence internationale pour le partage de la région, idée reprise par Bismarck qui convoque fin 1884 une conférence à Berlin. Les enjeux autour de l'espace africain y sont le reflet des tensions entre les quatorze nations européennes qui y participent. Il est à noter qu'aucun représentant africain n'y est convié. Figurent à l'ordre du jour de la Conférence les règles d'occupation future des côtes africaines, le commerce dans le bassin du Congo, et la liberté de navigation sur les fleuves Congo et Niger. Finalement, les semaines de négociations aboutissent à des décisions importantes : l'Europe se dote d'une mission civilisatrice, elle doit ouvrir le Continent au développement économique grâce au commerce international...et ainsi se préserver des sources de matières premières, de denrées tropicales et de nouveaux marchés pour ses produits manufacturés. Le principe du libre-échange est donc affirmé sur les fleuves Congo et Niger. L'État indépendant du Congo est reconnu comme propriété personnelle du Roi des Belges. En outre, l'esclavage est interdit. Les européens se concentreront sur l'intérieur du Continent pour lutter contre l'esclavage interne...tout en développant des pratiques de travail forcés qui perdureront jusque parfois le milieu du XX^{ème} siècle.⁷⁵ Alors que le partage du Continent n'était pas à l'ordre du jour, la conférence aboutit finalement à la délimitation des frontières coloniales. Chaque puissance doit établir une « zone

⁷³ Ainsi le II^{ème} Reich et le Chancelier Bismarck qui jusque-là ne manifestait que peu d'intérêt pour le continent, participe à la ruée sur le continent uniquement pour attiser les rivalités entre la France et le Royaume-Uni, et détourner l'attention française de l'Alsace-Lorraine envahie en 1871.

⁷⁴ L'officier de marine Pierre Savorgnan de Brazza pour la France qui remonte le fleuve Congo et fonde Brazzaville en 1881 et le journaliste d'origine galloise Henry Morton Stanley qui travaille pour le compte du roi des Belges avec pour mission officielle de créer le futur État indépendant du Congo.

⁷⁵ De son côté, Léopold II sous couvert de philanthropie, asservira le peuple congolais dans la récolte de caoutchouc, mêlant tueries, mutilations et pratiques esclavagistes.

d'influence »⁷⁶ avec des contours bien délimités. Pour cela, l'occupation doit être effective, ce qui va pousser les occidentaux à développer des pratiques et politiques coloniales. C'est un des effets secondaires de la conférence que d'accélérer ce processus de colonisation qui jusque-là n'était pas acquis par les gouvernements ni l'opinion publique. En effet, les idées humanitaires relayés par les lobbies coloniaux existaient bien mais sans réelle traction ; et la conférence de Berlin représente un virage majeur à ce titre.



Carte du partage de l'Afrique après Berlin, en 1884-1885. © SeneNews.com.

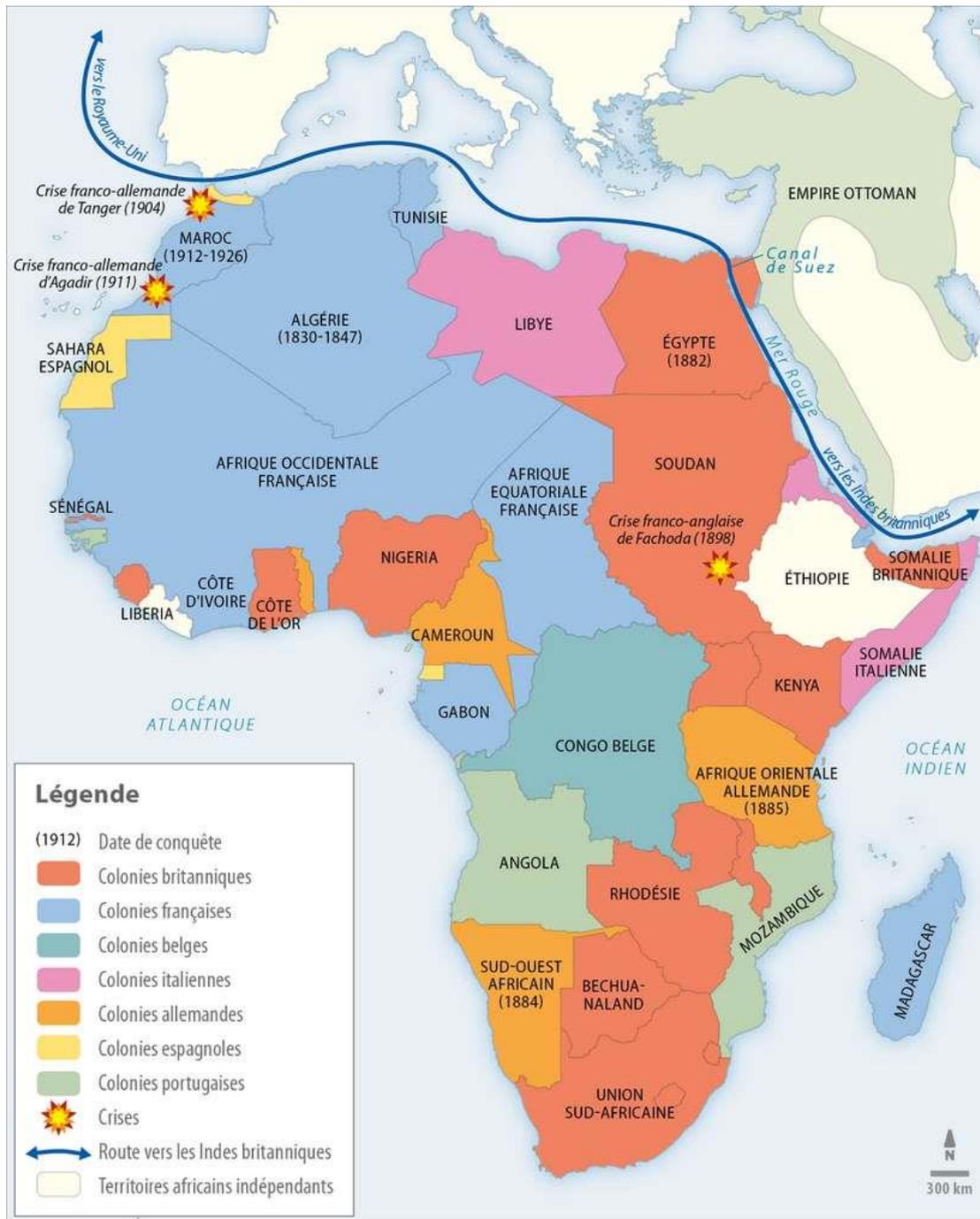
S'en suivent les expéditions militaires des nations européennes pour s'approprier les territoires en soumettant les populations⁷⁷ et ainsi assoir leur domination politique. Les années

⁷⁶ Notion de droit international qui fait son apparition pour la première fois dans ce traité.

⁷⁷ Cette soumission se fait parfois à terrible prix humain, et de véritables génocides ont lieu, comme celui des Hereros et de Namas, en Afrique de l'Ouest allemande, future Namibie. Leur population tombera de 80 000 à 15 000 sous les armes allemandes en seulement un an. Le 28 mai 2021, le ministre allemand des Affaires étrangères a déclaré aujourd'hui que son pays reconnaissait avoir commis un génocide en Namibie entre 1904 et 1908. Les colons allemands avaient tué plusieurs dizaines de milliers de Hereros et de Namas, des peuples

1890 sont marquées par les négociations territoriales et les nombreux traités bilatéraux signés entre nations occidentales. Des conflits, résultat des impérialismes européens éclatent, comme à Fachoda entre la France et le Royaume-Uni. Finalement, au début du XX^{ème} siècle, les frontières africaines sont fixées ; elles ne sont modifiées que pour intégrer les colonies perdues par l'Allemagne lors de sa défaite en 1918. Seuls l'Éthiopie et le Libéria ont conservé leur indépendance, ainsi que l'Afrique du Sud qui accède à l'autonomie en 1910. Le reste du continent est sous domination européenne.

autochtones. Le gouvernement allemand s'est engagé à verser à la Namibie et aux descendants des victimes 1,1 milliard d'euros pour des projets de « *reconstruction et de développement* ». Voir le site de la Shoah : <http://www.memorialdelashoah.org/archives-et-documentation/genocides-xx-siecle/genocide-herero-nama.html>



78

La France et le Royaume-Uni se sont taillé la part du lion dans le partage de l'Afrique.

⁷⁸ Source : <https://www.futura-sciences.com/sciences/questions-reponses/histoire-histoire-partage-afrique-europeens-13783/>

B) L'Afrique coloniale

Fin du XIX^{ème} - première moitié du XX^{ème} siècle : Les temps coloniaux- Des frontières internes sont créées, sans tenir compte des groupes humains et ethniques⁷⁹. En réduisant les milliers d'entités politiques africaines en une dizaine de circonscriptions, ces nouvelles frontières semblent favoriser un temps de paix et de relative prospérité pour le continent⁸⁰. Ces diverses circonscriptions sont colonisées selon diverses modalités. Il est généralement opposé la colonisation indirecte des autorités britanniques, à celle directe, à la française, centralisatrice et comportant une volonté d'assimilation. C'est également le modèle pratiqué par le Portugal, la Belgique et l'Allemagne. Elle se fait sous forme de protectorats en Tunisie et au Maroc, qui conservent en droit leur souveraineté, bien qu'en pratique la France exerce le pouvoir d'administration des territoires. L'Afrique équatoriale française, divisée en circonscriptions sous l'autorité d'un commandant sont d'abord sous protectorat avant de devenir rapidement des colonies. C'est le cas du Gabon, du Moyen-Congo, du Tchad, de l'Oubangui-Chari⁸¹, auquel s'ajoutera le Tchad en 1920. Certaines sont concédées à des compagnies à charte⁸² qui pratiquent le travail forcé, pour finalement laisser la place au gouvernement direct de la métropole. L'Allemagne, après les terribles exactions passées, porte une plus grande attention à ses colonies africaines. La tradition sociale précoce du II^{ème} Reich bénéficie aux colonies, et s'accompagne d'un grand développement économique. En outre, les structures traditionnelles et familiales sont préservées par la loi allemande. Ce qui est loin d'être le cas

⁷⁹ Il en résulte que l'Afrique est le continent le plus divisé, ce qui aura de profondes implications encore subies aujourd'hui par les nations africaines. Jacques BRASSEUL cite ainsi Reader (*ibid*, p. 260) : « Elle contient une cinquantaine de pays, plus de trois fois qu'en Asie qui est une fois et demi (sic) plus vaste, presque quatre fois le nombre de pays d'Amérique du Sud. Les frontières qui bordent tous les pays africains correspondent à plus de 46 000 km (comparés à 42 000 dans toute l'Asie). Ainsi la plupart d'entre eux ont plus d'un voisin ; 24 en ont quatre ou plus ; la Tanzanie et la Zambie en ont chacune huit, le Congo et le Soudan neuf ; quinze pays africains sont sans façade maritime, landlocked, davantage que dans le reste du monde dans son ensemble, et aucun pays en Afrique n'est à l'abri de problèmes d'accès, de sécurité et d'instabilité économique qui sont directement attribuables aux frontières héritées de la colonisation. La frontière entre le Sénégal et l'enclave de la Gambie 247 est un exemple classique. (Reader) »

⁸⁰ Jusqu'au milieu du siècle, c'est une relative stabilité qui domine. Les éventuelles résistances des populations ont été annihilées, et les poussées nationalistes qui conduiront aux indépendances ne se manifestent pas encore.

⁸¹ Future république centrafricaine.

⁸² Pour une définition de la compagnie à charte voir DUROSELLE, Jean-Baptiste, *Les conflits entre États et compagnies privées*. Note introductive . In: *Revue française de science politique*, 17^e année, n°2, 1967. pp. 286-293. www.persee.fr/doc/rfsp_0035-2950_1967_num_17_2_418485, p.287 et 288. L'auteur les définit comme des compagnies mixtes : « La charte, accordée par un État, leur conférerait une partie des pouvoirs étatiques : droit de recruter une armée, de lever des impôts, d'établir leur souveraineté. Ainsi, la compagnie à charte était-elle mixte. En tant que compagnie, elle avait un capital, des actionnaires, et cherchait la maximisation du profit. En tant que chartered, elle jouissait d'une partie des privilèges d'un État et cherchait à étendre son pouvoir. »

dans toutes les colonies occidentales. D'ailleurs, c'est un relatif désintérêt qui suit la ruée vers le Continent. Passé le jeu politique, aucun plan de valorisation des colonies n'est formé.

Les métropoles cherchent plutôt à atteindre un équilibre de leurs dépenses grâce aux exportations. Cela demande d'intégrer les colonies dans le jeu du commerce international selon leur possible spécialisation. Le coût colonial s'alourdit vite et les métropoles introduisent l'impôt dans leurs colonies. Il s'agit alors de stimuler l'économie locale afin de financer ce système de taxes. Pour cela le préalable est la construction d'infrastructures et avant tout de transport avec le chemin de fer. Les autorités coloniales financent ces infrastructures soit sur fonds publics, c'est le cas de la France et du Royaume-Uni, soit au travers de concessions données à des compagnies privées ou semi-publiques⁸³. Ces dernières doivent mettre en place des infrastructures, en échange de la liberté d'exploitation des ressources sur des territoires délimités, fournissant ainsi des profits de monopole⁸⁴. Les lignes doivent permettre de transporter les marchandises et matières premières de l'intérieur vers les ports et sont ainsi conçues sur un schéma dendritique, sans être connectées entre-elles. De même, peu de voies sont construites entre nations. Cette absence de réflexion systémique, induit une perte d'efficacité. A cela s'ajoute des difficultés typographiques : les savanes sont denses et les exploitations agricoles saisonnières, le réseau est donc laissé à l'abandon tout une partie de l'année. Toujours est-il que dans les années 1920 le réseau est en place, ce qui favorise les échanges avec la baisse du coût de transport. Pourtant, il faudra attendre le développement des infrastructures routières et le transport par camion pour voir un développement significatif des échanges.

Le commerce à l'époque colonial s'intensifie donc, mais il est essentiellement tourné vers l'extérieur, vers les métropoles⁸⁵, qui en échange importent leurs produits manufacturés⁸⁶.

⁸³ Elles seront plus de quarante en Afrique équatoriale française, et la plupart fera faillite avant 1900.

⁸⁴ Comme Lever Brothers (Firme anglaise spécialisée dans le savon et la margarine, qui deviendra Unilever en 1930), et l'Union minière au Congo. Voir sur l'exemple du bassin du Congo : COQUERY-VIDROVITCH, Catherine, *Le Congo au temps des grandes compagnies concessionnaires 1898-1930. Tome 2*. Nouvelle édition [en ligne]. Paris : Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2001 (généré le 18 janvier 2021). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/editionsehess/390>>. ISBN : 9782713225673. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.editionsehess.390>.

⁸⁵ Arrivé au milieu du siècle les trois-quarts des exportations des colonies se font vers leurs métropoles.

⁸⁶ Jacques BRASSEUL cite A. G. HOPKINS et son bilan des termes de l'échanges sur la période : « Globalement, pour l'ensemble de la période coloniale, le trend des TE nets a été à la baisse entre 1913 et 1945 (malgré la reprise des années 1922-1929, trop courte), et à la hausse après 1945. Les termes de l'échange de revenu, la capacité d'importation des colonies, se sont améliorés à long terme grâce à la hausse continue des volumes exportés : « Le pouvoir d'achat en importations de l'Afrique de l'Ouest a été multiplié par quatre entre 1900 et 1960, et en tenant compte de l'augmentation de la population, cela correspond à un doublement du

On retrouve ainsi la même dépendance à l'extérieur qu'à l'époque de la traite. De grandes sociétés comme la CFAO (Compagnie Française d'Afrique Occidentale) dominent le commerce extérieur. Jacques Brasseur souligne qu'avec ce développement des échanges « *une première forme de dualisme se met en place, avec les investissements capital-intensifs dans les transports (navires, ports, chemins de fer), mais aussi dans les mines, les plantations modernes, tous les secteurs ayant des moyens techniques puissants, directement importés des métropoles européennes, et hors de portée au départ des Africains. On a souvent affaire à des enclaves de modernité au milieu des pratiques ancestrales.* », tandis que la main d'œuvre est locale et globalement exploitée, à bas prix et dans des conditions déplorables. En outre, les implantations d'activités de transformation pour fabriquer des biens manufacturés sont largement absentes en Afrique coloniale. Les infrastructures ayant permis de baisser le coût du transport, notamment pour acheminer les matières premières africaines et acheminer les biens manufacturés depuis l'Europe, incite peu à investir sur place.

Par ailleurs, les autorités coloniales appliquent la vision imprégnée de mercantilisme des gouvernements européens : mieux vaut garder le schéma initial de la division du travail, aux uns l'industrie, aux autres les produits primaires, plutôt que de créer des concurrents outre-mer⁸⁷. L'Afrique coloniale est donc essentiellement agricole. L'agriculture y est intense afin de satisfaire la demande étrangère⁸⁸. En Afrique occidentale elle se fait principalement par petites entités, qui n'évoluent pas vers une culture intensive avec la colonisation. Dans ce système les paysans contrôlent leur propre terre et les autorités coloniales n'encouragent pas la propriété privée de la terre chez les paysans africains, préférant maintenir le système traditionnel. C'est également dans l'intérêt des exportateurs de négocier avec des villages ruraux plutôt qu'avec des paysans propriétaires qui auraient un plus grand pouvoir de

pouvoir d'achat par tête d'habitant, les Africains ont ainsi gagné à participer davantage au commerce international. » (Hopkins, 1990) » (ibid, p. 276)

⁸⁷ Tout de même, un début d'industrialisation se produit dans des pays comme le Congo ou le Sénégal avec la production de biens pour alimenter la demande locale et dont le coût de production et de transport est élevé tandis que les matières premières sont locales. Cette tendance fait suite à la grande dépression des années 1930 et les deux conflits mondiaux pour soutenir l'effort de guerre notamment avec un début de transformation des matières premières sur place avant leur exportation.

⁸⁸ Cette culture spécialisée (café, arachide, cacao...) se semble pas avoir nuit aux récoltes vivrières pour les besoins alimentaires locaux, l'un finançant l'autre et conduisant à des organisations permettant leur cohabitation. Par exemple dans les domaines de collecte de l'huile de palme ce sont les femmes qui se chargent des productions vivrières, laissant les hommes récolter le produit d'exportation. Et la plupart des cultures d'exportation ne nuisent pas d'un point de vue agronomique à celles vivrières. A l'exception du coton qui épuise les sols, ne peut-être intercultivé avec d'autres plantes céréalières et dont la culture rend impossible le travail sur d'autres plants. Ceci explique le peu de succès qu'il a connu en dépit des efforts d'incitation de l'administration coloniale.

négociation. Introduit par les européens, le travail forcé fera suite à l'esclavage. Il n'est aboli qu'en 1946 dans les colonies françaises, en même temps que l'indigénat, système selon lequel sont appliquées des sanctions pénales différentes pour les sujets -africains- et les citoyens -français-⁸⁹. Également après 1945, on assiste à une croissance des villes et de la modernité : routes, automobiles, alphabétisation, hausse des revenus. Le secteur informel qui s'était déjà développé autour des biens d'importation (entretiens des bicyclettes, des camions, des automobiles, etc.) s'accroît après-guerre et les africains participent de plus en plus à l'économie moderne. Ils entreprennent dans divers secteurs comme la construction, le bâtiment, la culture, les services automobiles ou la distribution (commerce modernes, supérettes et supermarchés). En outre, la production locale est stimulée par une demande croissante de biens artisanaux locaux, suivant le regain de l'identité africaine et des mouvements nationalistes.

Du point de vue des politiques économiques appliquées aux colonies, entre la Première Guerre mondiale et la décolonisation, on peut distinguer trois phases : libérale jusqu'à la dépression, puis protectionniste jusqu'après la Seconde Guerre mondiale, pour finalement renouer avec le libéralisme, mais au plan extérieur seulement car la politique économique intérieure sera protectionniste et même planificatrice. La première phase, libérale, est celle de l'accroissement des échanges extérieurs. Les prix des matières premières exportés sont élevés et offrent des recettes importantes pour l'administration coloniale favorisant l'entretien de l'administration et les investissements publics et privés. Puis, au moment de la grande dépression, les métropoles cherchent à se garantir un marché dans leur empire et y mettent en place des « préférences impériales » avec des tarifs douaniers élevés, des mesures de protection et un contrôle des changes pour éviter la fuite de devises. Mais les colonies sont elles aussi en crise, le prix des matières premières s'étant effondré, elles n'offrent qu'un marché limité. En conséquence, les investissements privés et publics en infrastructures s'arrêtent, des mines et des exploitations sont abandonnées. L'arrivée de la Seconde Guerre mondiale fait remonter les prix. L'Asie est en guerre et cède sa place à l'Afrique dans les exportations mondiales de matières premières. La fin de la guerre correspond au moment où la part de l'Afrique dans le commerce européen est la plus élevée : les minerais africains ayant largement alimenté les Alliés, comme l'uranium congolais dans la fabrication de la bombe atomique.

⁸⁹ La présence européenne faible au départ va croissant, et un mode de vie expatrié s'installe qui perdurera parfois après les indépendances : garnisons, clubs, école...

Avec les années 1950 c'est le retour de la libéralisation des échanges, décrit au niveau européen et mondial (GATT, marché commun européen, progrès du libre échanges) ; mais seulement au plan extérieur. La crise, les théories de Keynes et de l'État providence influencent considérablement la politique économique coloniale. On assiste à une hausse majeure des aides, des fonds publics et des investissements destinés aux colonies : plans français et hollandais, nationalisations, industrialisation, planification... Les investissements publics se multiplient notamment dans les infrastructures financées en particulier grâce au FIDES (Fonds d'Investissement pour le Développement économique et social) pour l'exemple de la France, que celle-ci crée pour canaliser ses ressources. L'apport de capitaux publics est sans nulle mesure avec le passé : il passe de 46 milliards de FCFA⁹⁰ au début du siècle, à 106 milliards entre 1947 et 1956, soit quatre fois plus sur une période quatre fois plus courte. On observe la mise en place de nouveaux réseaux routiers et de grands barrages hydroélectriques, après le train et les ports au début du siècle. L'idée est d'apporter un nouvel essor de développement dans les colonies pour y créer des débouchés, et ainsi des emplois en métropoles. Une politique sociale est développée autour de l'éducation, de la santé, de la fourniture d'eau, des installations sanitaires, ou de la construction de logements. Dans le même temps, le système de coopération provoque l'arrivée d'une nouvelle vague d'Européens : après les administrateurs, les missionnaires, les marchands et les militaires de la période antérieure ; ce sont des ingénieurs, des enseignants, des médecins, ou des chercheurs qui arrivent dans les colonies. Pour les inciter au départ, ils se voient offrir des conditions de vie extrêmement agréables, au milieu de la pauvreté ambiante. Ce système perdurera longtemps, y compris après les indépendances.

C) L'Afrique postcoloniale

Deux mouvements sont à distinguer ici. Le premier est celui du désir d'indépendance économique des États nouvellement indépendants, qui devait suivre l'indépendance politique et leur tentative de redéfinition d'un nouvel ordre commercial international. Ce temps est celui du socialisme des États portés par une volonté de rattrapage (1). Puis un second mouvement, vers le libéralisme économique, durant lequel il est tenté de construire un nouveau partenariat public-privé (2).

⁹⁰ Le franc CFA (Colonie Françaises d'Afrique, qui deviendra Communauté Financière Africaine), est créé en 1945. Il circule en AOF et en AEF. Il est librement convertible à taux fixe avec le franc français. Dès leur implantation les occidentaux ont remplacé les monnaies-marchandises par monnaies métropolitaines. Au début basé sur l'étalon-or, à l'image de ce qui se fait en Europe, puis au moment de l'abandon de ce système, les monnaies africaines voient leur cours fixé sur la livre.

1- Des indépendances à la fin des années 1970 : désir d'indépendance économique et tentative de redéfinition d'un nouvel ordre commercial international

Plusieurs facteurs sont bien sûr à l'origine des mouvements nationalistes : politiques, idéologiques, culturels. Au niveau économique, les difficultés rencontrées d'abord dans les années 1930 puis suite à la Guerre et à l'augmentation du prix des produits manufacturés, attisent les mécontentements. Ensuite, quand la prospérité est retrouvée, elle permet de financer des organisations politiques indépendantistes. Ces-dernières s'appuient notamment sur le soutien des colonies aux efforts de guerre pour fonder leurs revendications. En Afrique subsaharienne, la décolonisation, à l'exception du cas portugais⁹¹, se fait pacifiquement. Les nations occidentales ont perdu de leur lustre d'antan dans le conflit mondial et les idées de liberté des Alliés sont incompatibles avec le maintien de force des colonies. Les États-Unis s'y opposent également, plaidant plutôt pour la mise en place d'un équivalent de plan Marshall pour le continent africain. En effet l'idée domine que des rapports commerciaux libres seraient préférables, alors qu'un maintien par la force serait infiniment coûteux, pour des colonies vues comme rapportant finalement peu. En définitive, il ne faudra que quinze ans pour que ce mouvement de contestation conduise aux indépendances.

Dans ces États nouvellement indépendants, le panafricanisme, devenu un vrai mouvement politique après sa naissance aux États-Unis, s'exprime naturellement bien que différemment selon les États et d'une époque à l'autre. Ces différences de vision se transforment ensuite en véritables désaccords quand il s'agit de matérialiser le panafricanisme juridiquement au travers de règles et d'institutions devant régir les relations interafricaines⁹². Pour certains, le panafricanisme doit se matérialiser au travers d'une unité politique immédiate du Continent, préalable à toute autre unité, notamment économique. Pour d'autres, le panafricanisme doit aboutir à un projet d'unité mais à long terme et par étapes ; et au travers d'abord d'une mise en commun des moyens économiques et techniques. Enfin pour d'autres, il est simplement porteur d'une solidarité entre États. L'Organisation de l'Union Africaine (OUA) créée en 1963⁹³ est d'ailleurs porteuse de ces désaccords dès sa création. D'un côté se

⁹¹ Au Mozambique et en Angola, l'indépendance ne se produit qu'en 1975 à la suite de guérillas et de conflits armés.

⁹² Voir par exemple l'article de MAHIOU, Ahmed, *La Communauté Économique Africaine*, dans l'Annuaire Français de Droit International, 1993, numéro 39, pp.798-819

⁹³ Le traité fondateur de l' OUA est signé à Adis Abebba le 25 mai 1963. L'OUA vise un double objectif : l'indépendance totale de tous les pays restés sous le joug colonial, y compris la fin de l'apartheid, et le développement socio-économique des pays à mesure qu'ils s'en libèrent.

trouvent les tenants du groupe de Monrovia emmenés par le président ivoirien Félix Houphouët-Boigny, partisans d'un panafricanisme minimaliste. Il s'agit pour eux de créer une intégration par étapes et dont les organisations régionales sont le point de départ de l'intégration. Et de l'autre, les panafricanistes du groupe de Casablanca conduits par le président ghanéen Kwame Nkrumah, prônant un panafricanisme maximaliste, le rejet des organisations régionales héritées de la colonisation au profit des États-Unis d'Afrique. Finalement, c'est le groupe des modérés qui l'emporte, et avec eux la voie du régionalisme. C'est ainsi qu'en 1976, les chefs d'État de l'OUA décident de diviser l'Afrique en cinq régions géographiques⁹⁴. Dès ce moment est acté le principe d'une communauté économique de coopération et d'intégration. Ce principe posé, c'est ensuite en 1979 à Monrovia que les chefs d'États s'accordent sur son contenu en prenant l'engagement de préparer la voie à l'établissement d'un marché commun africain, prélude à une Communauté Économique Africaine (CEA).

En 1980 à Lagos, ces mêmes chefs d'États décident de créer dans chaque région une Communauté Économique Régionale (CER). Ces CER ont été pensées comme les piliers, voire les acteurs principaux, de la réalisation de la future CEA. Cette-dernière doit être réalisée par étapes au cours des deux décennies suivantes. C'est sur ces bases qu'est élaboré le projet de traité créant la CEA adopté lors de la conférence des chefs d'États lors de sa réunion à Abuja le 3 juin 1991. Finalement, aujourd'hui outre, la CEA, l'Union Africaine reconnaît huit CER :

⁹⁴ Nord, Sud, Est, Ouest et Centre.

l'UMA⁹⁵, la COMESA⁹⁶, la CEDEAO⁹⁷, la CEEAC⁹⁸, la CEN-SAD⁹⁹, la CAE¹⁰⁰, l'IGAD¹⁰¹ et la SADC¹⁰² ; et le bilan actuel de l'intégration reste très mitigé¹⁰³.

Du point de vue des politiques économiques, de manière générale au lendemain des indépendances, c'est l'industrialisation qui est visée par les nations africaines. Elle est vue comme la voie royale du développement. Ce choix se fait malheureusement au sacrifice du secteur agricole. Ce-dernier est pourtant essentiel pour la croissance économique globale ainsi que pour le processus d'industrialisation¹⁰⁴, d'autant plus qu'il s'agit du premier secteur économique des États sub-sahariens. Outre ce « *mythe de l'industrialisation à marche forcée* »¹⁰⁵, les gouvernements africains partagent la croyance que seule une politique socialiste permettra leur développement. Cette croyance vient de l'exemple de l'industrialisation de l'URSS réalisée par Staline grâce à sa planification impérative dans un contexte de récession du monde capitaliste. En outre, le libéralisme est associé à la colonisation. C'est donc la voie du socialisme et de l'interventionnisme économique associé à la planification étatique qui est

⁹⁵ UMA est l'acronyme de « Union Monétaire Africaine »

⁹⁶ COMESA est l'acronyme de « Common Market for Eastern and Southern Africa »

⁹⁷ CEDEAO est l'acronyme de « Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest »

⁹⁸ CEEAC est l'acronyme de « Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale »

⁹⁹ CEN-SAD est l'acronyme de « Communauté des États sahélo-sahariens »

¹⁰⁰ CAE est l'acronyme de « Communauté d'Afrique de l'Est »

¹⁰¹ IGAD est l'acronyme de « The Intergovernmental Authority on Development »

¹⁰² Plusieurs pays africains sont simultanément membres de plusieurs CER. Par conséquent, une possibilité de chevauchement et de conflit de compétences existe. Comme il a été souligné par la deuxième publication de l'État de l'intégration régionale en Afrique (ARIA II) disponible en ligne : « *Les adhésions multiples ne permettent pas aux États membres de respecter facilement leurs engagements financiers vis-à-vis des CER. Ils rendent difficile la mise en œuvre des nombreux programmes de chaque CER. Par conséquent, les pays sont lents à ratifier et à mettre en application les traités et programmes convenus. Certains programmes sont incompatibles et il existe une duplication des efforts. Cela signifie également une insuffisance dans l'appui et la promotion des CER dans les pays membres. En outre, les cadres de coopération régionaux sont plus nombreux et au total quatorze organisations intergouvernementales opèrent dans le programme d'intégration.* » En outre, en plus des huit organisations mentionnées plus haut, l'on compte également la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC), la Communauté économique des États des Grands Lacs (CEPGL), la Commission de l'Océan Indien (COI), l'Union du Fleuve Mano, l'Union douanière de l'Afrique australe (SACU) et l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA). La multiplication de ces cadres institutionnels a amené un auteur à comparer l'intégration africaine à un « bol de spaghettis ». Voir par exemple : BAHMANE, Ibtissam, *Les Communautés régionales en Afrique*, texte rédigé pour *the 6th International Conference on Economics and Management of Networks* des 21-23 Novembre 2013 à Agadir, Maroc accessible à l'URL : <http://www.abhatoo.net.ma/maalama-textuelle/developpement-economique-et-social/developpement-social/etat-politique/cooperation-internationale/communautes-economiques-regionales-en-afrique>

¹⁰³ Lire en ce sens les différents rapports ARIA déjà cités ou MAKIADI, Simão L., *L'intégration régionale en Afrique : Un processus déjà ancien... pour quels résultats ?*, Open Edition Journals, 2017

¹⁰⁴ Voir en ce sens les quatre façons dont joue un secteur agricole prospère sur le sujet expliqué par Jacques BRASSEUL dans une reprise des quatre voies de Kuznets, *ibid*, p.280.

¹⁰⁵ BRASSEUL, Jacques, *ibid*, p.280

choisie. L'État devient partout présent¹⁰⁶ : c'est le temps des nationalisations¹⁰⁷ sous-tendues par une volonté de rattrapage. De très nombreuses entreprises sont qualifiées de stratégiques¹⁰⁸ et ainsi nationalisées. Dans le secteur de l'énergie ce modèle de développement se traduit par le soutien à des monopoles publics intégrés verticalement. Ce mouvement est encouragé par les bailleurs de fonds internationaux dont l'aide au développement doit permettre, suivant la théorie du « *Big push* », une injection massive de capitaux par la puissance publique au travers d'investissements lourds dans le secteur productif et les infrastructures. C'est un développement par le haut qui est recherché. En effet, le lendemain des indépendances coïncide avec les années fondatrices de l'aide au développement. S'inspirant du plan Marshall, les bailleurs de fonds internationaux souhaitent accompagner le mouvement de décolonisation et l'aide apportée est conçue comme un outil de coopération internationale.

D'ailleurs, au plan des relations internationales, les nouvelles nations africaines entendent faire entendre leur voix. Elles s'estiment victimes de la division internationale du travail héritée des siècles passés qui les cantonne à être des pays exportateurs de denrées agricoles ou de matières premières. Selon elles, la dégradation des termes de l'échange et

¹⁰⁶ Au début des années 1980, en Afrique sub-saharienne, le secteur parapublic est devenu presque partout plus important que le secteur privé moderne : on compte au Bénin 120 entreprises publiques, 140 en Côte d'Ivoire, 180 au Sénégal, 110 en Guinée et 115 au Cameroun représentant au début des années 1980 environ un tiers des emplois salariés et mobilisant près de la moitié des emprunts de l'État. (source : CHAVANNE, Bruno, « *Bilan et perspectives des privatisations en Afrique francophone* », Genève, Organisation Internationale du Travail, Document 1 F IPPRED-1 F, voir aussi Fondation Friedrich EBERT, *Les privatisations au Cameroun : bilan et perspectives*, Yaoundé, janvier 1995, p.7 et ss, cités dans SAMB, Moussa, *Privatisation des services publics en Afrique sub-saharienne, A l'heure des bilans*, disponible à l'URL : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Privatisation_des_services_publics_en_afrique_sub-saharienne.pdf)

¹⁰⁷ Ces nationalisations créèrent des conflits entre les sociétés privées et les nouveaux États indépendants. Robert KOVAR en donne un exemple intéressant dans son article sur « La « congolisation » de l'Union Minière du Haut-Katanga ». Il explique que ce type de conflits étaient en relation étroite avec le phénomène de décolonisation. Les États africains devaient réformer leurs économies afin d'obtenir une indépendance économique sans laquelle l'indépendance politique n'eut été que factice. Or, au cours de la colonisation, les puissances colonisatrices ont établi des sociétés privées, souvent en situation de monopole, puissantes, utilisant à leur profit l'administration coloniale. C'était d'autant plus vrai dans le cas des compagnies à charte, institutions mixtes en ce que la charte donnée par l'État leur conférait une partie des pouvoirs étatiques : droit de lever des impôts, de faire des actes d'administration et de lever des forces armées. Aussi, la vague de nationalisation qui suivit la décolonisation vit la multiplication de ces conflits, les premiers entre nouveaux États-nations africains et investisseurs devenus étrangers par un nouveau droit auquel ils devaient s'adapter en même-temps qu'aux nouvelles circonstances. Ces conflits se sont donc multipliés : KOVAR, Robert, *La « congolisation » de l'Union Minière du Haut Katanga*. In: *Annuaire français de droit international*, volume 13, 1967. pp. 742-781. DOI : <https://doi.org/10.3406/afdi.1967.1958>
www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1967_num_13_1_1958

¹⁰⁸ Bien sûr celles remplissant des missions de service public, mais aussi celles permettant des rentrées fiscales importantes comme les secteurs de la brasserie, du tabac ou de distribution de produits pétroliers. Également celles du secteur financier ou militaire. Mais aussi les seules entreprises d'une région excentrée par exemple dans le secteur du bois ou celles servant de vitrine au pays comme les compagnies aériennes ou les hôtels de luxe. Voir SAMB, Moussa, *Privatisation des services publics en Afrique sub-saharienne...*, op.cit., p.7.

généralement le libre-échange commercial aboutissent à un pillage de leurs ressources. Elles revendiquent donc l'élaboration d'un nouvel ordre commercial international. En réponse à ces revendications est réunie la première Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) en 1964 au sein du système des Nations-Unies. Elle sert de tribune aux pays en voie de développement (PED), comme un forum de débat et de confrontation Nord-Sud, ou pour la négociation et la conclusion d'accords commerciaux qui leur sont favorables. Durant les années 1960 et 1970 la CNUCED connaît son apogée avec des succès notables dans certains secteurs du commerce international et du développement. Pourtant son bilan est globalement mitigé et la fin des années 1970 marque son déclin : le libre-échange a encore progressé et la CNUCED n'a pas un poids politique suffisant pour concurrencer le GATT, puis ensuite l'OMC quand elle sera créée. Aujourd'hui, elle continue d'aider et d'assister les PED dans leur intégration au sein du système actuel du commerce et des échanges.

2- Fin des années 1970 à nos jours : du socialisme au libéralisme, définition d'un nouveau partenariat public-privé

Globalement la fin des années 1970 marque le déclin des politiques économiques interventionnistes, tant au plan international qu'au sein des États africains. D'autant plus que la crise économique que connaît le bloc soviétique a ôté toute illusion sur l'efficacité de son système. Le déficit des secteurs publics africains résultant des politiques économiques passées est jugé incompatible avec les contraintes budgétaires. Ce déficit est attribué à la faiblesse de capacité de gestion des États et au poids croissant de l'endettement. En outre, la dégradation du contexte économique mondial suite à la crise énergétique et au double choc pétrolier conduit à l'émergence de nouvelles approches. Elles sont centrées sur le rétablissement des équilibres macroéconomiques et la participation du secteur privé. On parle alors de la définition d'un nouveau partenariat public-privé¹⁰⁹. Sous l'influence des bailleurs de fonds internationaux¹¹⁰ -

¹⁰⁹ Voir par exemple : BARBIER, Jean-Pierre, *De la réhabilitation à la privatisation des entreprises publiques en Afrique subsaharienne*. In: Revue d'économie financière. Hors-série, 1995. Partenariat public-privé et développement territorial. pp. 377-383. doi : 10.3406/ecofi.1995.3320, http://www.persee.fr/doc/ecofi_0987-3368_1995_hos_5_1_3320 Jean-Pierre Barbier était directeur des Études de la Caisse française de développement, devenue depuis l'agence française de développement ; voir également : JACQUEMOT, Pierre, *Comment la caisse française de développement devint l'agence ?* De Boeck Supérieur | « Afrique contemporaine » 2010/4°236 | pages 128 à 129 ISSN 0002-0478 ISBN 9782804161194 ; Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-afrique-contemporaine-2010-4-page-128.htm>

¹¹⁰ La plupart des prêts d'ajustement offerts par les prêteurs institutionnels étaient conditionnés à la privatisation des entreprises publiques. Ainsi, les prêts accordés aux États africains pour les investissements sur les infrastructures baissent de 50 pour cent entre 1993 et 2002, et la plupart d'entre eux sont consacrés aux efforts d'investissement en vue de la privatisation BAYLISS, Katia, FINE, Ben, « *Privatisation and Alternative Public Sector Reforms in Sub-Saharan Africa : Delivery on Electricity and Water* », London, Palgrave Macmillan, 2008.

de la Banque mondiale et du FMI en particulier- des programmes d'ajustement structurel (PAS) sont mis en place. Ils suivent schématiquement deux périodes : celle des années 1980 orientées vers les restructurations et les réhabilitations d'entreprises publiques¹¹¹ ; puis celle des années 1990 marquée par la mise en œuvre de vastes programmes de privatisations visant notamment le retrait de l'État sur les fonctions régaliennes traditionnelles. Ces privatisations doivent permettre aux États d'obtenir des ressources financières substantielles afin de combler leurs déficits budgétaires. Elles visent également la suppression des subventions accordées aux services publics qui pèsent également sur leur déficit public. Si de nombreux secteurs et entreprises sont touchés, ces privatisations concernent en particulier les entreprises du secteur des services publics marchands comme l'eau et l'électricité. Ces privatisations se sont faites sous diverses modalités, impliquant un désengagement -ou un maintien¹¹²- variable de la puissance publique. Quand il est privilégié le respect des contraintes de service public après privatisation, c'est un désengagement partiel de l'État qui est choisi : l'État reste propriétaire des infrastructures lourdes tandis qu'une société de gestion est constituée. Autour de ce schéma plusieurs variantes sont utilisées : la sous-traitance, le contrat de gestion, la location, location-gérance ou l'affermage, et enfin la concession. Dans les secteurs de l'énergie, les modèles de l'affermage et de la concession sont principalement utilisés. Les entreprises privées repreneuses sont généralement de capitaux étrangers¹¹³.

Deux décennies plus tard, le bilan qui est tiré de ces programmes d'ajustements est mitigé. La communauté internationale s'accorde à dire que les réformes n'ont pas apportées

¹¹¹ Voir le cas de la SOTUC au Cameroun expliqué par CHAVANE, Bruno, dans son document de travail distribué lors d'un colloque de l'Organisation International du Travail en 1996 et accessible à l'URL : http://www.ilo.int/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_126670.pdf cet auteur dans cet exemple démontre l'échec de la persévérance bureaucratique. La SOTUC, créée en 1973, faisait l'objet depuis cinq ans de plusieurs tentatives de restructuration avec l'assistance financière de la Caisse française de Développement (devenue l'Agence française de développement). Elle fut finalement mise en liquidation le 23 février 1995 après avoir « englouti au moins quinze fois son capital, avec une perte de 47 milliards, pour une dette évaluée à plus de 60 milliards de francs CFA alors que les arriérés de salaires atteignaient quinze mois » selon le ministre des Transports au quotidien *Cameroun Tribune* voir <http://www.cameroon-info.net/article/transport-urbain-le-bus-accelere-son-installation-95832.html>

¹¹² En effet, dans ces secteurs les États africains sont généralement restés investisseurs et de nombreux conflits avec des investisseurs étrangers sont nés de ces contrats.

¹¹³ Par exemple au Sénégal, pour la privatisation de la société nationale des eaux, la SONEES, un contrat d'affermage d'une durée de 10 ans avait été conclu avec la Compagnie Générale des eaux filiale de la CGC France pour l'exploitation. Le patrimoine restant la propriété d'une nouvelle société nationale, la SONES. De même pour l'électricité en Côte d'Ivoire où depuis 1990 les droits de propriété sont séparés de ceux du gestionnaire. L'État, resté propriétaire des actifs de production, s'était replié sur une société de patrimoine (EECI), tandis que l'exploitation était affermée à une société privée (CIE) dont la majorité du capital est revenue à deux opérateurs français : SAUR et EDF. Voir SAMB, Moussa, « *Privatisation des services publics en Afrique sub-saharienne, A l'heure des bilans* », déjà cité.

les résultats attendus¹¹⁴. Ceci y compris dans l'attraction des flux d'investissements directs étrangers, et ce en dépit de l'effort d'ouverture des pays africains y compris dans la protection et la promotion de l'investissement. Il a été constaté et reconnu par les bailleurs de fonds que les réformes, les libéralisations commerciales et financières, et les privatisations ont été entreprises de manière trop précipitée et contrainte par un mauvais encadrement. Dans le même sens durant les décennies suivantes on voit émerger en matière d'aide au développement de nouveaux paradigmes afin de corriger les errements du passé. Ces-derniers visent à permettre un développement plus équitable et plus respectueux de l'environnement.

Depuis la crise financière de 2008, on assiste à une augmentation des flux d'IDE dans les pays en développement. Même si cette hausse aurait finalement peu bénéficié à l'Afrique¹¹⁵ comparé au reste des pays en développement. Pourtant, selon un rapport de la Banque mondiale de mars 2014¹¹⁶, les flux d'IDE en direction de l'Afrique subsaharienne ont été multipliés par plus de six entre 2002 et 2012 passant de quelques 6,3 milliards de dollars à 35 milliards de dollars en 2010. Et bien que cette somme ne représente « *que 2,5 percent (sic) du total des flux mondiaux, elle n'en constitue pas moins un capital d'investissement d'une ampleur jusqu'alors jamais vue dans la plupart des pays africains, et bien plus élevé que les transferts de fonds ou l'aide publique des bailleurs de fonds traditionnels de l'OCDE* ». Toujours selon ce rapport : « *Cinq pays émergents (Brésil, Chine, Inde, Afrique du Sud et, plus visiblement, la Malaisie) s'imposent progressivement comme une source importante d'IDE en Afrique, d'autant plus que les sources d'IDE traditionnelles parmi les pays de l'OCDE sont en déclin et que le transfert de technologies Sud-Sud tend à être moins coûteux et plus adaptable.* » Dans ce contexte la question de la protection juridique des investissements d'origine étrangère et en particulier la résolution des conflits qui en émergent est plus que jamais d'actualité.

¹¹⁴ Voir en ce sens DEME Mouhamadou. *Les privatisations, une solution pour l'Afrique ?*. In: Politiques et management public, vol. 13, n° 2, 1995. 50e numéro. Cahier 2. pp. 97-140.

DOI : <https://doi.org/10.3406/pomap.1995.3394>
www.persee.fr/doc/pomap_0758-1726_1995_sup_13_2_3394

¹¹⁵ Voir en ce sens l'étude de l'Institut numérique sur l'évolution comparée des flux d'IDE dans le monde basée sur les rapports CNUCED. Selon ce rapport : « *D'une manière générale, le continent africain attire très peu d'IDE comparativement aux autres groupes de pays, même si quelques pays comme l'Afrique du Sud, l'Algérie, le Maroc, la Tunisie et l'Égypte constituent des exceptions. Pour les autres pays africains, les flux d'IDE sont essentiellement orientés vers les industries pétrolières et minières. (...) La marginalisation de l'Afrique dans le domaine des investissements directs paraît aussi radicale que dans le domaine commercial (Mainguy, 2004).* »

¹¹⁶ Rapport de la Banque mondiale de mars 2014 accessible à l'URL
<http://documents1.worldbank.org/curated/es/873821468193130433/pdf/860600BRI0FREN00Box382147B00PUBLIC0.pdf>

Cet aperçu de l'Histoire économique de l'Afrique sub-saharienne donne des éléments utiles de compréhension du contexte dans lequel se réalisent aujourd'hui les investissements dans la région. Nous retenons en particulier l'impact de la colonisation à de nombreux points de vue : humain, géopolitique et économique. C'est notamment en réaction aux siècles de colonisation que les nouveaux États indépendants ont cherché leur place dans le concert des nations et dans l'économie mondiale ; pour finalement s'intégrer au multilatéralisme qui, à la fin du XX^{ème} siècle, domine la scène internationale¹¹⁷. Le multilatéralisme s'exprime notamment dans trois grands domaines : les opérations de maintien de la paix, l'usage de mesures coercitives ou sanctions, et la coopération économique, financière et en matière de développement. Cette dernière est confiée aux institutions de Bretton Woods que sont le FMI et la Banque mondiale. On retient également l'influence de l'idéologie libérale sur les économies africaines depuis les années 1980. Idéologie soutenue par les bailleurs de fonds internationaux -FMI et Banque mondiale en tête- pourvoyeurs de l'aide au développement dont ces États sont encore dépendants. Elle s'accompagne du désir d'attirer les flux d'investissements privés afin de bénéficier de retombées positives en termes de croissance, de productivité et de compétitivité¹¹⁸. Ces flux d'IDE sont aussi vus comme autant de moyen de financer et de réaliser des projets de grande ampleur sur le Continent, principalement d'infrastructures dans les services publics marchands, et d'exploitation de ressources naturelles. Ces projets qualifiés de stratégiques impliquent les États directement comme commanditaires voire comme partenaires. C'est sur cette base que les États africains ont pris part au mouvement global de protection et de promotion de l'investissement international.

En outre, cet aperçu historique a permis d'entrevoir certains des acteurs du système des échanges commerciaux transnationaux et de l'investissement international. Par extension ces acteurs sont également ceux du *système de règlement des différends d'investissement*. Ce sont les États bien sûr, d'accueil et d'origine de l'investissement ; les investisseurs personnes privées et les entreprises multinationales¹¹⁹ ; ou encore les organisations internationales ; et de

¹¹⁷ NICOULLAUD, François, « Multilatéralisme et puissances », *Après-demain*, 2015/3 (N° 35, NF), p. 15-16. DOI : 10.3917/apdem.035.0015. Disponible à l'URL : <https://www.cairn.info/revue-apres-demain-2015-3-page-15.htm>

¹¹⁸ Ce présupposé est cependant remis en question dans des études actuelles, voir par exemple NURBEL, Alain, AHAMADA, Ibrahim, « Investissements directs étrangers entrants et développement : l'enjeu de la capacité d'absorption », *Mondes en développement*, 2008/3 (n° 143), p. 79-96. DOI : 10.3917/med.143.0079. Disponible à l'URL : <https://www.cairn.info/revue-mondes-en-developpement-2008-3-page-79.htm>

¹¹⁹ Ainsi que l'écrit KOVAR Robert dans son article déjà cité, *La « congolisation... »*, *op. cit.* : « Les conflits entre États et une puissante société privée étrangère sont (...) aussi une des expressions les plus tangibles du

manière croissante des acteurs de la société civile et des organisations non-gouvernementales qui se font les défenseurs de leurs intérêts. Or, explorer l'Histoire c'est aussi chercher à comprendre dans quelle mesure celle-ci a influé sur leurs relations actuelles et leurs perceptions respectives. Il y aurait encore beaucoup à dire, mais après cet aperçu on comprend déjà les liens étroits conservés entre l'Afrique et l'Europe et ceux développés avec les autres pays du Sud et en particulier un État socialiste comme la Chine¹²⁰. On comprend enfin que le rapport de force – parfois hérité de cette Histoire- entre État hôte et société étrangère n'est pas systématiquement défavorable à cette dernière.

Ces éléments exposés, nous pouvons explorer la construction et le développement du *système internationalisé de résolution des différends entre États-hôtes et investisseurs* comme conséquence directe d'une part, du contexte historique et économique, et d'autre part, comme produit des acteurs du système de l'investissement et de leurs relations.

rôle non négligeable des agents privés, spécialement économiques, dans les relations internationales. Il n'est pas exceptionnel, que des intérêts privés présentent un intérêt collectif marqué ».

¹²⁰ Sur les liens étroits avec la Chine voir par exemple : CHAPONNIÈRE, Jean-Raphaël, « L'empreinte chinoise en Afrique », *Revue d'économie financière*, 2014/4 (N° 116), p. 195-212. DOI : URL : <https://www.cairn.info/revue-d-economie-financiere-2014-4-page-195.htm> ou F, Bart, « Chine et Afrique, une longue histoire, une nouvelle donne géographique », *Les Cahiers de l'Outre-mer ; spécial « Chine : regard croisé »*, Janvier-Juin 2011 DOI <https://doi.org/10.4000/com.6243> URL : <https://journals.openedition.org/com/6243> ou encore, LAFARGUE, François « *La Chine, une puissance africaine* », *Perspectives chinoises* [En ligne], 90 | juillet-août 2005, mis en ligne le 27 avril 2007, consulté le 08 avril 2022. URL : <http://journals.openedition.org/perspectiveschinoises/900> et du même auteur : LAFARGUE, François « *La Chine en Afrique* », *Perspectives chinoises* [En ligne], 2009/1 | janvier-mars 2009, mis en ligne le 01 avril 2011, consulté le 08 avril 2022. URL : <http://journals.openedition.org/perspectiveschinoises/5183>

Partie 1. La construction du *Système de résolution des différends* *État-investisseurs étrangers* : le paradigme juridictionnel

Dans un processus d'innovation, il est rare que la nouveauté soit totale. Fréquemment, l'innovation réside dans une nouvelle application qui est faite de l'existant -par exemple à un nouveau domaine, ou dans une combinaison jusque-là inconnue. Et souvent, l'innovation vient en réponse à un problème. C'est ce type d'innovation qui fut à l'œuvre dans la construction du *système de résolution des différends entre État et investisseur étranger*.

Les principaux protagonistes de l'investissement international que sont d'un côté les personnes privées étrangères, notamment les sociétés transnationales, et de l'autre les États, avaient déjà été exposés à des conflits avant la création du *système de résolution des différends d'investissement* et à la question de leur résolution. Et cela ne peut surprendre : le conflit est une conséquence naturelle de la relation humaine, et la volonté de le résoudre pacifiquement remonte à l'Antiquité¹²¹. Pour les commerçants, la question existe depuis aussi longtemps que les gens veulent commercer entre eux, entre différentes villes de la même région, entre pays voisins, et au-delà. En termes juridiques, on peut imaginer que dans ces cas, les conflits prennent la forme de différends interpersonnels, ils concernent l'inexécution d'un contrat, le

¹²¹ Voir par exemple YONA, Shamir, RAN, Kutner, *Alternative dispute resolution approaches and their application*, 2003, 51 p., SC.2003/WS/43, iss Technical documents in hydrology: PC-CP series, 7, [32], UNESCO :« *Conflicts have existed in all cultures, religions, and societies since time immemorial, as long as humans have walked the earth. In fact, they also exist in the animal kingdom. Philosophies and procedures for dealing with conflicts have been part of the human heritage, differing between cultures and societies. Nations, groups, and individuals have tried throughout history to manage conflicts in order to minimize thenegative and undesirable effects that they may pose. Conflicts can develop in any situation where people interact, in every situation where two or more persons, or groups of people, perceive that their interests are opposing, and that these interests cannot be met to the satisfaction of all the parties involved. (...) Dealing with conflicts – “conflict management,” or “conflict resolution” as it has come to be called in professional circles – is as old as humanity itself. Stories of handling conflicts and the art of managing them are told at length throughout the history of every nation and ethnic group who share the same history. Conflicts have been recorded from the very early days of humankind. We find in The Bible and similar religious and historical documents in different cultures an account of conflicts that were resolved by various processes, including negotiation, mediation, arbitration, and adjudication.* », p.2 Voir également l'historique de la Cour Internationale de Justice : « *La fondation de la Cour est l'aboutissement d'une longue évolution des méthodes de règlement pacifique des différends internationaux, dont l'origine remonte à l'Antiquité. (...) Historiquement, la médiation et l'arbitrage ont précédé le règlement judiciaire. La première était connue de l'Inde ancienne et de l'Islam. Quant au second, on en trouve de nombreux exemples dans la Grèce antique, en Chine, parmi les tribus de l'Arabie, dans le droit coutumier des ports européens du Moyen Age et dans la pratique des papes.* » disponible sur son site internet à l'URL <https://www.icj-cij.org/fr/historique> (consulté pour la dernière fois le 18 janvier 2021) Voir également, CARABIBER, Charles, *L'évolution de l'arbitrage commercial international*, in Recueil des Cours de l'Académie de Droit international, 1960-I, Tome 99 de la collection qui cite les définitions données de l'arbitrage par Démosthène et Aristote avant de décrire les manifestations de l'arbitrage jusqu'à nos jours, p.4 et ss

défaut de livrer les bons produits et au bon moment : ce sont des différends de droit privé. Quant aux États, il s'agit de différends de droit public, souvent géopolitiques mais aussi économiques -les deux dimensions étant souvent liées.

Les acteurs du commerce international ont développé des outils et stratégies plus ou moins formels pour les éviter et les résoudre comme des usages du commerce, des techniques contractuelles, des négociations directes et assistées. Et l'arbitrage s'inscrit dans ces pratiques. Il en est de même des États, dont la pratique habituelle des négociations, des bons offices¹²², de la conciliation ou de l'arbitrage en ont fait des coutumes du droit international public¹²³. C'est également le cas de leur usage des traités et conventions, et du droit qui en découle. Ainsi, les traités d'amitié, de commerce et de navigation sont souvent cités comme étant les précurseurs des Traités de protection et de promotion des investissements, piliers du *système de résolution des différends État-investisseur* actuel. Ces méthodes ne sont donc pas nouvelles et l'innovation du *système de résolution des différends État-investisseur* ne semble pas foncièrement résider dans les outils utilisés. Cela est en particulier valable pour l'arbitrage, clé de voute du système actuel.

En effet, l'arbitrage est déjà utilisé au XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles dans des conflits entre État et investisseur étranger¹²⁴. Son utilisation se poursuit tout au long du XX^{ème} siècle, et des institutions privées comme les centres d'arbitrage de la Chambre de Stockholm (ci-après SCC), de la Chambre de Commerce Internationale (ci-après CCI), et de la *London Court of International Arbitration* (ci-après LCIA) administrent des arbitrages impliquant des entités étatiques. En outre, la voie arbitrale est ouverte dans le cadre de conflits transnationaux, pour accueillir des réclamations de particuliers qui font suite à des conflits interétatiques. C'est le

¹²² SACRISTE, Guillaume, VAUCHEZ, Antoine, « Les « bons offices » du droit international : la constitution d'une autorité non politique dans le concert diplomatique des années 1920 », *Critique internationale*, 2005/1 (n° 26), p. 101-117. DOI : 10.3917/criti.026.0101. Accessible à l'URL : <https://www.cairn.info/revue-critique-internationale-2005-1-page-101.htm>

¹²³ Et furent à ce titre inscrits à la Charte des Nations-Unies en son article 33-1: "*Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix.*"

¹²⁴ Voir YACKEE, Jason W., "*The first investor-State arbitration*", Legal Studies Research Paper Series Paper No. 1375, University of Wisconsin Law School, 2015 qui propose une étude de ce qui constitue pour l'auteur le premier arbitrage d'investissement: "*We can trace investor-state arbitration back (...) to a long forgotten but nonetheless fascinating dispute between the Suez Canal Company ("the Company") and Egypt, arbitrated by Napoleon III (Louis-Napoleon), the Emperor of France—or, more properly, by a commission of French politico-legal luminaries appointed by him—in 1864*". p.3

cas de la Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne créée par la convention de Bonn du 26 mai 1952 ou du Tribunal irano-américain de réclamations mis en place par les accords d'Alger du 19 janvier 1981. Pourtant, ces mécanismes restent des systèmes d'exception, qui n'étaient compétents qu'à l'égard d'un certain nombre de litiges très précisément définis, sans commune mesure avec le mouvement actuel. Alors qu'est-ce qui a changé dans le mouvement actuel et si l'arbitrage entre État et investisseur connaît autant de précédents, comment expliquer qu'il soit vu comme la plus grande révolution qu'a connu le droit international ces cinquante dernières années ? Pour répondre à cette question il nous faut déconstruire le processus de formation du *système de résolution des différends État-investisseur* au centre duquel se trouve l'arbitrage. Ce travail est d'autant plus important qu'une opacité règne sur ce processus qui est souvent assimilé à tort à l'explosion des traités bilatéraux de protection des investissements des années 1990.

Pour reprendre les mots de Borzu Sabahi, Ian Laird et Giovanna Gismondi¹²⁵ : « *Au cours de l'Histoire, le droit a été un outil pour implémenter les politiques économiques ou la théorie économique du moment* »¹²⁶. Le système de protection des investissements, au travers en particulier des traités multilatéraux et bilatéraux, n'y fait pas exception. Il est la conséquence du libéralisme qui s'est imposé depuis un demi-siècle comme l'épine dorsale des économies de marché modernes. Ces économies promeuvent un éventail de politiques allant de la liberté de circulation des capitaux au respect des droits de propriété privée et des contrats. Aussi, la protection de ces éléments de base du système de libre échange, *via* notamment la résolution des différends issus des investissements, s'est imposée comme un enjeu majeur pour les acteurs du système de l'investissement international. Et ces-derniers ont influé sur le processus de création du droit de la protection des investissements et sur le droit lui-même¹²⁷. Pourtant ces

¹²⁵ "The Law over the course of history has been employed to implement economic policy or the prevailing economic theories of the day." Dans SABAHI, Borzu, LAIRD, Ian A., GISMONDI, Giovanna E., *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*, 2018, accessible à l'URL : Available from:

https://www.researchgate.net/publication/323024291_International_Investment_Law_and_Arbitration_History_Modern_Practice_and_Future_Prospects [accessed Jan 16 2021].

¹²⁶ Traduit par nos soins

¹²⁷ Voir en ce sens SABAHI, Borzu, LAIRD, Ian A., GISMONDI, Giovanna E., *Investment Law and Arbitration...*, déjà cité, notamment : « *To fully understand how this system was created, how it is functioning and how it is evolving, little would be achieved if one were to only analyze (the) sources. Behind the black letter law is a host of persons and entities, which are in pursuit of specific objectives in this living system and would influence the law and the law-making process to achieve those objectives. This veritable group shapes what we think of as a system of international investment law, norms and values. An assessment of the system, therefore, should take contribution of all these groups into account so as to provide a full picture of this important regime.* »

considérations, bien qu'influentes, ne sont intervenues qu'à partir de la fin des années 1970, pour s'imposer dans les années 1990. Les racines idéologiques du *Système de résolution des différends État-investisseur* sont beaucoup plus anciennes.

Elles remontent au « grand XVIIIème siècle »¹²⁸ et au mouvement parallèle en faveur de l'arbitrage pour la résolution des conflits entre États, et de l'arbitrage pour les conflits du commerce international. Ce *momentum* autour de l'arbitrage conduit à la mise en place d'un cadre institutionnel et juridique permettant son recours. La frontière entre ces deux arbitrages finit par s'estomper à mesure que se multiplient des litiges mixtes opposant un gouvernement et un particulier dans un rapport commercial. Finalement, quand au milieu du XXème siècle un droit de l'investissement transnational est développé, il emprunte à ces deux sources matérielles et aux modèles de résolution des différends précédemment développés (Titre 1).

De même, les bases de l'architecture actuelle du *Système*, dont la Convention CIRDI en est la pierre d'achoppement, furent posées dans les années 1950. Bien plus tôt donc que l'explosion des traités de protection et de promotion des investissements, pourtant souvent invoqués comme les piliers de ce *Système*¹²⁹. En outre, une idée récurrente dans la littérature voudrait que ce *Système de résolution des différends État-investisseur* soit le fruit de l'évolution du multilatéralisme face à la nouvelle « *gouvernance mondiale* »¹³⁰, et ainsi de la coopération croissante entre États et secteur privé qui en découle. Les États et les investisseurs seraient les initiateurs de la mise en place de ce *Système*. Or, l'analyse du processus de conception du *Système* révèle un fait inattendu : les États et les investisseurs ne furent que très peu impliqués dans celui-ci ; et en seraient encore moins les initiateurs puisqu'ils ne souhaitaient pas particulièrement le développement de l'arbitrage pour la résolution de leurs conflits.

¹²⁸ Voir SCHNIAZI, Mikaël, *The Three Ages of International Commercial Arbitration*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2022, 352p.

¹²⁹ Joost PAUWELYN écrit ainsi « *Whereas the role of early BITs is often exaggerated, it is difficult to overestimate the impact of ICSID.* » PAUWELYN, Joost, *At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed*, ICSID Review, Vol. 29, No. 2, pp. 372-418 doi:10.1093/icsidreview/siu001, 2014, p.393

¹³⁰ La « nouvelle gouvernance mondiale » est évoquée dans le cadre de l'évolution du multilatéralisme : « *Cette évolution pousse certains auteurs à parler de l'émergence d'un « nouveau multilatéralisme », en associant le concept à celui de « gouvernance mondiale ». Il repose sur le constat d'une influence croissante de réseaux entre différents acteurs de la société civile, comme les organisations non-gouvernementales, mais aussi du secteur privé, comme les multinationales. Ainsi, le cadre multilatéral n'est pas un espace réservé à des États, mais à des parties dont la nature et les intérêts peuvent varier.* » Site internet sur les 100 ans du multilatéralisme à Genève <https://multilateralisme100.onug.ch/>

En réalité, les bases du *Système de résolution des différends État-investisseur* est le résultat d'un processus tout à fait inédit mené par la Banque Mondiale et en particulier par une poignée de ses fonctionnaires. En ce sens, le *Système* tel qu'on le connaît est tout à la fois le produit même du multilatéralisme, puisqu'il est le fruit d'une agence multilatérale, et à contre-courant de ce paradigme qui se fonde normalement sur la coopération entre États¹³¹, une coopération quasiment absente de la mise en place du *Système*. Pourtant, s'ils ne le souhaitent pas, États et investisseurs vont progressivement et pour des raisons diverses s'approprier ce système de l'arbitrage CIRDI, jusqu'à le faire évoluer au gré de leurs besoins et le transformer en un système plus large de la résolution des différends d'investissement, faisant émerger des conséquences, pour certaines qu'ils n'avaient pas anticipé. Les origines du *Système*, son ampleur et ses implications, notamment pour les États en développement, vont mener à la crise de légitimité qu'il rencontre actuellement (Titre 2).

¹³¹ Voir pour une définition du multilatéralisme le site internet sur les 100 du multilatéralisme à Genève déjà cité.

Titre 1. L'influence des idées sur la construction du *Système de règlement des différends Etat-investisseur* : le paradigme juridictionnel

« *Il est juste que ce qui est juste soit suivi ; il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi.* »

La justice sans la force est impuissante ; la force sans la justice est tyrannique.

La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants. La force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste.

La justice est sujette à dispute. La force est très reconnaissable et sans dispute. Aussi on n'a pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice et a dit qu'elle était injuste, et a dit que c'était elle qui était juste.

Et ainsi, ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste. »¹³²

A l'heure où ces lignes sont écrites, le *Système de règlement des différends États-investisseurs* est caractérisé par l'hégémonie de l'arbitrage transnational. Ceci à tel point d'ailleurs, que dans la littérature l'acronyme anglais correspondant au règlement des différends États-investisseurs « *ISDS* » pour « *Investor-State Dispute Settlement* » est employé comme un synonyme de l'arbitrage transnational ou « *investor-state arbitration* » en anglais. Pourtant le *Système de règlement des différends États-investisseurs* inclut d'autres mécanismes de résolution des litiges. Notamment des méthodes consensuelles comme la conciliation et la médiation. Et si la médiation connaît une intégration à l'architecture institutionnelle du *Système* assez récente, la conciliation figure aux côtés de l'arbitrage depuis les débuts de la création du système de la Convention de Washington¹³³ -convention considérée comme « *ce qui s'approche le plus d'un traité fondateur de l'arbitrage transnational* »¹³⁴. En dépit de cela, on

¹³² PASCAL, Blaise, *Les Pensées*, Edition de Gérard Ferreyrolles, Poche Classique, 736p.

¹³³ La Convention de Washington fut signée le 18 mars 1956 et est entrée en vigueur le 14 octobre 1966, soit 30 jours après sa ratification par les 20 premiers États.

¹³⁴ Ainsi que la décrit Taylor St JOHN « *The ICSID Convention is a multilateral treaty that sets out procedural rules and enforcement provisions for the dispute between foreign investors and states through arbitration or conciliation. It is the closest thing to a founding treaty for investor-state arbitration. (...) When the convention*

dénombrer à ce jour seulement treize conciliations CIRDI pour des centaines d'arbitrages¹³⁵. On peut légitimement s'interroger sur les raisons de la prédominance de l'arbitrage face aux autres mécanismes de résolution des litiges, en particulier consensuels¹³⁶. La question se pose d'autant plus que le consensualisme est au cœur des relations diplomatiques depuis toujours ; tout comme il l'est dans les relations de commerce.

Outre la prédominance de l'arbitrage dans le *Système de règlement des différends États-investisseur*, le modèle même de l'arbitrage transnational est celui d'un arbitrage en droit, un modèle qui ne laisse que peu de place au consensualisme. Depuis ses débuts, l'arbitrage transnational a souvent été présenté comme une « *extension de l'arbitrage commercial international* »¹³⁷, cela car il implique un État qui contracte avec une société privée étrangère et agit ainsi en tant qu'opérateur du commerce international¹³⁸. En outre, son caractère mixte le placerait à la confluence de l'arbitrage international -entre États- et de l'arbitrage commercial international -entre personnes privées. Suivant cette analyse, si l'on doit en faire la généalogie, l'arbitrage transnational aurait bénéficié du développement préalable de ces deux types d'arbitrage- international et commercial. On peut alors se demander dans quelles mesures les traits actuels de l'arbitrage transnational sont hérités du développement de ces formes arbitrales préalables¹³⁹.

Explorer la construction de ces systèmes arbitraux précédents permettra de comprendre comment s'est construit le modèle moderne de l'arbitrage puis comment ce modèle d'arbitrage

came into force in 1966, and for decades afterwards, it was synonymous with the idea of investor-state arbitration. » St JOHN, Taylor, *The Rise ...*, op.cit., p.6

¹³⁵ Au 31 décembre 2020, le CIRDI a enregistré 803 affaires sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire, 790 arbitrages pour 13 conciliations. Voir les statistiques mise à disposition par le CIRDI disponibles à l'URL suivante :

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20FR.pdf>

¹³⁶ Il est d'ailleurs intéressant de noter, que selon Meg KINNEAR, actuelle Secrétaire Générale du CIRDI les agents de la Banque Mondiale qui ont œuvré à la mise en place du CIRDI et la rédaction de la Convention de Washington pensaient que ce serait la conciliation et non l'arbitrage qui emporterait les faveurs des usagers. Keynote speak, Actes du Forum on Investor-State Mediation, 8-9 Décembre 2020.

¹³⁷ Voir BASTIDE BURDEAU, Genevieve, *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États*, *Rev. Arb.*, 1995, pp. 6 et s. cité par LATTY, Franck, *Arbitrage transnational et droit international général*, *Annuaire français de droit international*, volume 54, 2008. pp. 467-512, à la page 473. Voir également RAMBAUD, Patrick, Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI. *In Annuaire français de droit international*, volume 28, 1982. pp. 471-491

¹³⁸ Voir JACQUET, Jean-Michel, *L'État, opérateur du commerce international*, *JDI*, 1989, pp. 621-690, et LEMAIRE, Sophie, *Les contrats administratifs de l'administration*, *ibid.*

¹³⁹ Selon Pierre-Mary DUPUY, il aurait été « *inspiré par l'arbitrage international entre personnes privées autant que par l'arbitrage interétatique* », *Précis de Droit international public*, 9^{ème} éd., Dalloz, p.603

est devenu *de facto* celui de l'arbitrage transnational. Cette histoire est intimement liée à celle de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) et au succès de son modèle de résolution des litiges. Un modèle, aux origines très largement influencé par le consensualisme, puis qui va progressivement se formaliser et faire la place belle au droit. Ce mouvement est à mettre en parallèle de celui de la montée du droit dans les systèmes nationaux, internationaux et multilatéraux.

Ce mouvement prend racine aux XVIIIème et XIXème siècles, pour se concrétiser au tournant du XXème siècle, quand États et acteurs du commerce international aspirent à « *un monde fondé sur le droit international et le refus du recours à la force armée* »¹⁴⁰, c'est le développement de ce que nous appelons le « **paradigme juridictionnel** ». Car en effet, la force est à l'époque largement utilisée pour le règlement des litiges entre États, y compris pour la défense des droits des investisseurs étrangers¹⁴¹. C'est alors l'arbitrage qui s'impose comme le mode à privilégier pour imposer la légalité dans le règlement des litiges internationaux, y compris issus de la protection diplomatique (Chapitre 1). L'autre manifestation du paradigme juridictionnel est la baisse progressive du principe consensuel dans la résolution des litiges commerciaux au profit de leur judiciarisation (Chapitre 2).

¹⁴⁰ LEMERCIER Claire, SGARD Jérôme, *Arbitrage privé international et globalisation(s)*. [Rapport de recherche] 11.11, Mission de Recherche Droit et Justice; CNRS; Sciences Po. 2015. halshs-01158980

¹⁴¹ C'est l'analyse du Juge Padilla NERVO dans son opinion individuelle dans l'affaire de la Barcelona Traction : « *L'histoire de la responsabilité des États, en matière de traitement des étrangers, est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des États faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires sous le couvert de l'exercice des droits de protection, et de sanctions imposées en vue d'obliger un gouvernement à faire les réparations demandées* », Affaire de la Barcelona Traction, Opinion individuelle, CIJ *Recueil* 1970, p. 246

Chapitre 1. Le choix de l'arbitrage comme expression du paradigme juridictionnel

L'idée de départ est de favoriser l'arbitrage pour le règlement des différends entre États, mais progressivement le mécanisme évolue pour résoudre les différends entre États et particuliers dans leurs relations commerciales. Ce mouvement est initié par l'institutionnalisation de l'arbitrage international avec la création de la Cour Permanente d'arbitrage (CPA). C'est ce système qui fournit la première ébauche d'un modèle qui sera ensuite largement adapté pour permettre la résolution des litiges entre États et partenaires privés. Son efficacité à prévenir le recours à la force dans le règlement des litiges entre nations renforce la crédibilité de la méthode arbitrale pour la défense des intérêts privés à l'international. A tel point d'ailleurs que l'arbitrage devient moins le mécanisme de résolution des litiges entre États que celui des litiges entre États et particuliers- puissantes sociétés commerciales en tête. Cette « transnationalisation » de son contentieux montre la modernité de la Cour et sa capacité à répondre aux besoins des acteurs économiques de l'époque. Puis, à la création de la Cour Permanente de Justice internationale (CPJi), la CPA est progressivement délaissée et c'est devant cette dernière – et devant la Cour Internationale de Justice (CIJ) qui lui succèdera- que sera porté l'essentiel du contentieux international incluant quelques célèbres affaires impliquant des intérêts privés.

Le développement de l'arbitrage international joue donc un rôle majeur dans le développement de l'arbitrage transnational, mais cela ne saurait occulter l'importance des institutions privées . En effet, en parallèle de l'institutionnalisation de l'arbitrage international, on assiste à celle de l'arbitrage commercial international. L'action de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) et de sa Cour d'arbitrage est déterminante à ce titre dans sa capacité à créer un modèle d'arbitrage réellement détaché des États. Ce modèle trouve un vrai succès pratique auprès des acteurs du commerce international. Les États, qui participent de manière croissante au jeu du commerce international, vont en conséquence davantage accepter de s'y soumettre, conduisant à une « internationalisation » de cet arbitrage privé.

Finalement, au terme de cette première étape du développement de l'arbitrage transnational qui court de la fin du XVIIIème siècle, avec le traité de Jay, aux années 1950, ces

deux mouvements - « transnationalisation » de l'arbitrage international d'un côté et « internationalisation » de l'arbitrage privé de l'autre- auront posé les bases sédimentaires et empiriques du futur régime de l'arbitrage transnational. Et ces bases lui donneront son orientation, comme un système basé sur le droit et la confrontation, plutôt que sur un principe consensuel de conciliation des intérêts des parties. Ainsi après avoir présenté le rôle originel du développement de l'arbitrage international dans l'émergence du principe juridictionnel (Section 1), nous mettrons en évidence les inflexions apportées à la matrice du modèle juridictionnel (Section 2).

Section 1. Le développement originel de l'arbitrage international, matrice du modèle juridictionnel

Ce développement se fait en réaction aux mécanismes de la protection diplomatique et de la politique de la canonnière (A), d'abord au travers d'une institutionnalisation de l'arbitrage, pour des procédures entre États, avant de se voir son régime progressivement « transnationalisé » et être utilisé pour les différends entre État et investisseur étranger (B).

A) La protection diplomatique et la politique de la canonnière

Avec la première mondialisation on assiste à la multiplication des échanges commerciaux internationaux et dans une moindre mesure des investissements internationaux : que ce soit dans d'autres nations ou dans les colonies, des individus et des entreprises commencent à investir à l'étranger et à y construire des usines. Avec le développement de l'investissement international et la prise de participations durable qu'il implique, la nature des conflits change tandis qu'ils impliquent l'ordre juridique de l'État d'accueil et des projets de large envergure associant parfois directement cet État¹⁴². Mais si les États réalisent l'intérêt

¹⁴² En effet, « *les ressortissants des puissances occidentales, nombreux à l'époque à se rendre en Amérique latine pour exploiter ses ressources naturelles et participer à son essor industriel, entrent souvent en conflit avec les gouvernements instables et imprévisibles de la région au sujet de leurs droits patrimoniaux ou personnels.* » J. DUGARD, *ibid.* Les États-Unis y ont joué un rôle plus actif que les puissances européennes pour la simple raison que du côté européen, la plupart des problèmes se posaient dans le contexte des relations avec les colonies, alors que les États-Unis, en particulier, entre le début et le milieu du XIXe siècle a dû faire face à des nations latino-américaines déjà indépendantes qui nécessitaient une approche plus « nuancée » que celle des métropoles, bien qu'offensive. Elle s'exprime en 1901 dans la doctrine du « *Big stick* » exposée par le président américain Roosevelt. Soit la force pour protéger les intérêts américains en Amérique latine, voir SABAHI, Borzu, LAIRD, Ian A., GISMONDI, Giovanna E., *Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*, op.cit.

qu'ils ont à permettre un développement des échanges, leurs comportements, qui sont ceux d'États-puissance, ne lui sont jusque-là que peu favorables.

Deux principes coutumiers sont alors à l'œuvre. Tout d'abord, l'assimilation de l'individu avec le groupe. Cette idée est aussi ancienne que les premières organisations humaines. Elle apparaît quand pour sa survie le groupe conçoit qu'il se doit de développer des mécanismes de coopération et d'entraide. Ainsi, toute attaque contre un membre du groupe - de la tribu, du clan ou plus tard de la société- est une attaque contre le groupe dans son ensemble¹⁴³. Le corollaire de cette idée est qu'il est possible de laver l'affront auprès de n'importe quel représentant du groupe opposé initiateur ; ce qui pose un risque certain pour l'individu à sortir de son groupe et à aller vivre au sein d'un groupe étranger. De cette idée, une autre découle qui est celle que l'État peut exercer une emprise continue sur son ressortissant, y compris quand celui-ci n'est pas sur son territoire. Ce principe coutumier sera reformulé en 1758 par le juriste suisse Emmerich de Vattel en ces termes : « *Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'État, qui doit protéger ce citoyen* »¹⁴⁴. Cette idée sera le fondement de l'intervention de l'État d'origine contre les atteintes portées à son ressortissant sur le territoire d'un autre, au travers de la « protection diplomatique ». En parallèle de ceci, l'État qui accueille les individus étrangers bénéficie d'une totale liberté quant à sa manière de les traiter sur son territoire. Ces principes traduits dans la terminologie juridique actuelle signifie qu'il n'existe aucune limite, d'une part à la souveraineté territoriale de l'État hôte, et de l'autre à celle fondée sur la nationalité pour l'État d'origine du particulier.

Ces deux souverainetés entrent alors naturellement en conflit ; un blocage qui est le point d'origine du droit des investissements étrangers¹⁴⁵. Et en effet, dans les trois siècles qui suivent le Traité de Westphalie et la création du concept moderne d'État, de nombreux abus se

¹⁴³ Pour de plus amples développements voir la seconde partie de la thèse dans laquelle la méta-analyse proposée par Frédéric Laloux in F. Laloux, *Reinventing organizations- A guide to Creating Organizations Inspired by the Next Stage of Human Consciousness*, Ed. Française de 2015, Ed. Diateino, 484 p.

¹⁴⁴ Emerich de VATTEL, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, livre II, chap. VI, p. 309 (Carnegie Institution of Washington, Washington, 1916) cité par John DUGARD dans son article sur la protection diplomatique, United Nations, 2014 accessible à l'URL : https://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp_f.pdf Voir à ce titre PAUWELYN, Joost, *At the Edge of Chaos? ... op. cit.*, p.387 et ss.

¹⁴⁵ Les aspects procéduraux de résolution des conflits sont ceux qui nous intéressent ici. Cependant, dans le même temps, un ensemble de règles substantielles émerge également et qui visent à limiter la puissance tant de l'État hôte que d'origine et leur conflit de souveraineté. Pour des développements jusqu'à la Seconde Guerre Mondiale voir PAUWELYN, Joost, *At the Edge...*, ibidem, p.389 et ss.

sont produit tant du côté des États hôtes que des États d'origine des étrangers¹⁴⁶. Les premiers, sur la base de leur souveraineté territoriale, font subir discriminations, expropriations et expulsions abusives aux étrangers sur leur sol ; tandis que les seconds après avoir conquis voire colonisé par la force des territoires étrangers, y imposent leurs lois et juridiction au bénéfice de leurs nationaux, au travers de l'extra-territorialité juridique¹⁴⁷. Puis ils protègent les biens et avoirs de leurs ressortissants par la menace ou le recours à la force. En outre, du principe de souveraineté des États, découlent également des immunités de juridiction et d'exécution à leur bénéfice. C'est ainsi que Charles Carabiber résumait : « [l]'immunité de juridiction des États, les fins de non-recevoir tirées de la nature des actes de gouvernement, l'impossibilité d'exécuter contre l'État les arrêts et sentences même passées en force de chose jugée, ont fait que seules étaient accessibles à l'individu deux voies difficilement praticables, précaires à des degrés différents et d'une efficacité inégale selon les cas et intermittente. C'étaient : d'une part, l'intervention diplomatique ; d'autre part, l'arbitrage facultatif pour l'État et hérissé de difficultés même quand il est conventionnel »¹⁴⁸.

Et en effet, à l'échelle de l'Histoire, ce n'est que très récemment que ces barrières juridiques tirées de la souveraineté étatique sont assouplies, et que l'investisseur, personne privée, se voit reconnaître le droit d'agir directement contre l'État qui accueille ses investissements. Avant cela, un investisseur lésé n'a alors pas toujours à sa disposition un *forum* pour chercher réparation, et s'il en existe un, il subsiste un doute quant à son impartialité¹⁴⁹ ainsi qu'à l'étendue de la protection accordée. Aussi, le seul espoir pour

¹⁴⁶ Voir par exemple l'opinion de deux juristes, le premier originaire d'un Etat exportateur de capitaux et le second d'un Etat importateur : Charles de VISSCHER : « Associant les desseins politiques à la pénétration économique, les impérialismes du xix^e siècle ont fait marcher de pair l'entreprise privée et la diplomatie, le rôle dominant appartenant tantôt à l'un, tantôt à l'autre selon l'opportunité du moment. Ainsi liée à une conception de l'intérêt national dans laquelle des calculs de prestige et de puissance ont parfois tenu une large place, la protection diplomatique s'est trouvée grevée d'un important potentiel politique », *Théories*, p. 299 ; et le Juge Padilla NERVO : « L'histoire de la responsabilité des Etats, en matière de traitement des étrangers, est une suite d'abus, d'ingérences illégales dans l'ordre interne des Etats faibles, de réclamations injustifiées, de menaces et même d'agressions militaires sous le couvert de l'exercice des droits de protection, et de sanctions imposées en vue d'obliger un gouvernement à faire les réparations demandées », *Affaire de la Barcelona Traction*, Opinion individuelle, C1J Recueil 1970, p. 246. Tous deux cités par LAVIEC, Jean-Pierre. *Chapitre III. Les principes de traitement* In : *Protection et promotion des investissements : Étude de droit international économique* [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 1985 (généré le 22 juin 2021). Disponible sur Internet à l'URL : <http://books.openedition.org/iheid/4195> . ISBN : 9782940549542. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.iheid.4195>.

¹⁴⁷ Voir les précisions sur l'extra-territorialité juridique à la note numéro 29.

¹⁴⁸ CARABIBER, Charles, L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers, *in* Recueil des cours de l'Académie de Droit International, 1950-I (tome 76 de la collection).

¹⁴⁹ L'immunité de juridiction, règle coutumière de droit international public, s'oppose à ce que le litige entre État hôte et personne privée étrangère soit porté devant les juridictions de l'État d'origine de cette dernière. Ce qui ne laisse que les juridictions internes de l'État d'accueil. Sur le manque d'impartialité des juges locaux à

l'investisseur est que son État d'origine épouse ses demandes¹⁵⁰ au travers de la protection diplomatique. Dans la mise en œuvre de cette fiction, les litiges entre investisseur étranger et État hôte se transforment alors en litiges entre nations, dans lesquels s'affrontent les deux souverainetés évoquées. En effet, l'État ne défend pas son ressortissant contre l'État étranger mais son propre droit, tiré du droit international, à voir ses ressortissants traités correctement à l'étranger, c'est-à-dire en conformité avec le « standard minimal » développé par les nations occidentales, et le cas échéant, du traité d'amitié, de commerce et de navigation signé entre les deux États et s'il contient une clause de la nation la plus favorisée¹⁵¹. Le litige s'internationalise alors et se politise tout à la fois. Quand l'État épouse les demandes de son national, celles-ci sont parfois réglées par la voie arbitrale, notamment sous la forme de commissions mixtes de réclamation. On fait classiquement remonter cette pratique au Traité de Jay¹⁵² de 1794 et à ses commissions mixtes¹⁵³. Ces commissions sont éminemment novatrices en ce qu'elles sont la première manifestation de l'idée qu'une personne privée peut avoir accès à un forum permettant de faire valoir les droits qu'elle tire du droit international et obtenir une compensation monétaire des dommages qu'elle a subi. Cependant ces Commissions se contentent de dégager des pistes de résolution, et leurs décisions doivent faire l'objet d'un accord entre les deux États.

l'égard d'un investisseur étranger comme un phénomène connu y compris dans les nations les plus développées voir le cas récent de l'affaire Loewen cité par SABAHI, Borzu, LAIRD, Ian A., GISMONDI, Giovanna E., *Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects* (ibid) : « *Loewen Group, Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, ¶ 35 (June 26, 2003). *The Loewen's claim arose from a 1995 verdict rendered by a Mississippi state court against the Canadian claimant and in favor of an American competitor, a Mr. O'Keefe. Id. ¶3. The jury awarded O'Keefe \$500 million damages, including \$75 million damages for emotional distress and \$400 million punitive damages in a US\$4 million breach of contract case. The judge repeatedly allowed O'Keefe's flamboyant attorney to make irrelevant and prejudicial references, anti-Canadian comments, racial slurs, and class biases. Id. ¶ 59. Loewen unable to post an appeal bond equal to 125% of the verdict had to forego the appeal and ultimately agreed to pay \$175 million as settlement.* »

¹⁵⁰ Une solution qui est utilisée par les États occidentaux dont sont majoritairement originaires les investisseurs –européens et États-Unis en tête.

¹⁵¹ C'est le cas par exemple du traité entre la France et les États-Unis de 1778 : « *Les sujets du Roi Très Chrétien ne paieront, dans les ports, havres, rades, contrées, îles, cités et lieux des États-Unis ou d'aucun d'entre d'autres ni plus grands droits et impôts que ceux que les nations les plus favorisées sont ou seront tenues de payer et ils jouiront de tous les droits, libertés, privilèges, immunités et exceptions en fait de négoce, navigation et commerce dont les nations susdites jouissent ou jouiront* ».

¹⁵² Il est d'ailleurs coutume de faire remonter l'histoire moderne de l'arbitrage international à ce traité.

¹⁵³ « *Conclu entre les États-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne, ce traité d'amitié, de commerce et de navigation prévoyait la constitution de trois commissions mixtes composées en nombre égal de nationaux américains et britanniques et chargées de régler un certain nombre de questions pendantes que les deux pays n'avaient pu résoudre par la négociation. Sans constituer à strictement parler des organes de règlement par recours à une tierce partie, ces commissions mixtes étaient destinées à fonctionner dans une certaine mesure comme des tribunaux.* » Voir l'Histoire de la Cour Internationale de Justice déjà cité sur son site à l'URL : <https://www.icj-cij.org/fr/historique> (consulté pour la dernière fois le 18 janvier 2021)

La protection diplomatique en matière d'investissement comporte toutefois des limites évidentes. Puisqu'elles sont soumises au bon vouloir du gouvernement, les demandes de protection diplomatique trouvent rarement un écho favorable. L'État refuse souvent pour des raisons politiques, d'endosser ses réclamations pour son ressortissant, même lorsque celles-ci sont parfaitement fondées en fait et en droit. De plus, lorsque l'État prend fait et cause pour son ressortissant, il est rare qu'il déploie l'énergie et la ténacité nécessaire à l'obtention d'un résultat acceptable pour son national, en particulier quand le litige lui oppose un État puissant. En outre, cette protection est rarement utilisée pour des demandes individuelles mais plutôt pour des demandes groupées dans le cadre d'événements historiques majeurs telle qu'une révolution ou une guerre. C'est le cas des Commissions mixtes qui sont rarement utilisées, et dont la compétence est liée et limitée à un contexte historique particulier.¹⁵⁴ Barrière supplémentaire pour l'investisseur, la condition du « *local redress* » l'oblige à avoir épuisé les voies de recours internes à l'État hôte avant de pouvoir solliciter la protection de l'État dont il a la nationalité¹⁵⁵.

Toujours est-il que ces premiers arbitrages impliquant des intérêts privés, participent au développement du droit en matière d'investissement ; en particulier en faveur de la reconnaissance à l'individu de la qualité de sujet du droit international et de son accès direct à une justice transnationale et internationale. Comme le décrit Charles Carabiber : « *Les procédures suivies devant les arbitres et les commissions arbitrales au XIXème siècle, la manière dont ont été présentées les réclamations des particuliers (personnes physiques ou morales), le choix des avocats, le libellé même des sentences rendues, établissent que l'intervention de l'État n'a été, dans les affaires réglées par voie d'arbitrage au cours de cette période, qu'une question de forme beaucoup plus qu'une question de fond* ». ¹⁵⁶ Et ce

¹⁵⁴ Ainsi d'autres commissions mixtes furent créées par la suite, comme celle entre la France et le Venezuela en 1903 ou la commission France/Mexique en 1924, toutes deux concernaient la réparation des préjudices causés à des ressortissants français consécutifs aux troubles politiques qu'avaient connus ces pays.

¹⁵⁵ Si au XVIII et XIX siècle la question de la nationalité n'est pas un frein majeur à l'usage de la protection diplomatique, elle le deviendra avec le développement des sociétés multinationales et des sociétés anonymes, ajoutant ainsi aux barrières déjà citées : CIJ, *Barcelona Traction (Belgique c. Espagne*, arrêt du 5 février 1970, *Rec.* p. 3. En outre, s'ajoutera la théorie dite « des mains propres » selon laquelle l'investisseur ne doit pas avoir de responsabilité partagée quant aux faits reprochés, voir à ce titre J. Verhoeven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 634 à 640. Pour plus de précisions sur les conditions de mise en œuvre de la protection diplomatique et la jurisprudence afférente voir CAVARÉ, Louis, *Les transformations de la protection diplomatique*, 1958, p.59 et 60, texte rendu publique par le Max Planck Institut à l'URL : https://www.zaoerv.de/19_1958/19_1958_1_3_a_54_80.pdf

¹⁵⁶ Voir ci-dessous ainsi que CARABIBER, Charles, *L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers*, *ibid*, p. 239 ; voir également GUYOMAR, Geneviève, *L'arbitrage concernant les rapports entre États et particuliers*. In: Annuaire français de droit international, volume 5, 1959. pp. 333-354;

mouvement continuera de progresser au XX^{ème} siècle dans les jurisprudences transnationales rendues par les Tribunaux Arbitraux Mixtes, et par la Cour Permanente d'arbitrage puis la Cour Permanente de Justice internationale et la Cour Internationale de Justice.¹⁵⁷

Outre la voie arbitrale, c'est souvent par la force que la protection diplomatique s'exerce, au travers de ce qu'il est coutume d'appeler « la politique de la canonnière ». Cette politique consiste pour un État à tirer au canon depuis la mer sur l'autre nation, ou de menacer de le faire. En projetant ainsi sa puissance militaire, dont les canons sont le symbole depuis les guerres napoléoniennes, l'État cherche à faire plier l'autre nation. Cette méthode utilisée au départ pour les conflits directs entre États, l'est aussi à la défense des intérêts d'un ressortissant menacés dans un autre État. Outre les inconvénients déjà listés de la protection diplomatique, le recours à la force dans ce cadre ajoute un risque politique majeur pouvant mener à des représailles, une rupture des relations diplomatiques, voire même un blocus ou un conflit armé. L'incident Don Pacifico de 1850 en est un exemple classique¹⁵⁸ qui faillit mener à une guerre entre le Royaume-Uni et la France. De même, l'expédition militaire française au Mexique entre 1862 et 1867 serait liée à l'affaire Jecker dans laquelle Napoléon III aurait appuyé la demande d'un banquier français pour obtenir du gouvernement du Mexique le remboursement d'un prêt de plusieurs millions.

Or, si progressivement la diplomatie de la canonnière se transforme pour reposer davantage sur le pouvoir économique ou politique, elle porte toujours en son cœur une stratégie d'intimidation, ce qui lui vaut d'être largement critiquée. En effet, la politisation des conflits d'investissement présente une menace pour la paix internationale. Or, avec la première mondialisation et l'ouverture croissante des États, ceux-ci prennent conscience de leur situation de dépendance au-delà de leur concurrence, et souhaitent donc lui substituer des moyens pacifiques de règlement des conflits. Ce mouvement est initié dès la fin du XX^{ème} siècle et

¹⁵⁷ Voir CARABIBER, Charles, *L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers*, op. cit. p. 243 et ss, sur les Tribunaux Mixtes et le droit d'accès direct des particuliers.

¹⁵⁸ Un incident international provoqué par les actions d'une émeute grecque qui, en 1847, a saccagé et incendié la maison de Don Pacifico, un prêteur d'argent portugais également juif, blessant sa femme et ses enfants. Pacifico, qui était né à Gibraltar et pouvait donc revendiquer la nationalité britannique, a demandé réparation au gouvernement grec. Insistant sur les droits de Pacifico en tant que sujet britannique, le ministre britannique des Affaires étrangères, lord Palmerston, prit en charge l'affaire en 1850 et décida d'appuyer son droit à une indemnisation menaçant les côtes grecques avec la flotte britannique. Il a défendu son action, qui a presque précipité une guerre avec la France, devant le Parlement britannique avec un discours magistral de plus de cinq heures affirmant : « *As the Roman, in days of old, held himself free from indignity, when he could say, Civis Romanus sum [I am a Roman citizen], so also a British subject, in whatever land he may be, shall feel confident that the watchful eye and the strong arm of England will protect him from injustice and wrong.* ».

chaque conflit mondial le renforce. Il est le point de bascule des États en direction d'une résolution des conflits basée non plus sur la force mais sur le droit : c'est la naissance du paradigme juridictionnel. Cette bascule¹⁵⁹ est vue comme l'expression des nations civilisées qui se doivent de cultiver l'art de vivre ensemble ; un art qui ne consisterait pas en la suppression des conflits mais en la capacité de supprimer la violence de ces conflits¹⁶⁰. Cette idée va construire une utopie politique très forte, au cœur de laquelle se situe l'arbitrage comme mécanisme essentielle à une résolution pacifique des conflits par le droit. L'arbitrage doit devenir « *la clé de voûte d'une future gouvernance internationale à la fois pacifique, civilisée et porteuse de prospérité pour les nations* »¹⁶¹.

B) L'institutionnalisation de l'arbitrage international et sa « transnationalisation » progressive

Durant tout le XIX^{ème} siècle les États-Unis, la Grande-Bretagne ainsi que d'autres États d'Europe ou d'Amérique, recourent de manière croissante à l'arbitrage pour régler leurs litiges¹⁶². En particulier, l'affaire de l'Alabama et le succès de l'arbitrage entre les États-Unis et la Grande-Bretagne démontre son efficacité¹⁶³ et éveille un nouvel intérêt pour la méthode arbitrale. Cela a pour effet la multiplication dans les traités des clauses prévoyant le recours à l'arbitrage en cas de contestation entre les parties ; ainsi que la conclusion de traités généraux d'arbitrage pour le règlement de catégories déterminées de conflits entre États. Ce succès de

¹⁵⁹ On doit souligner pourtant que ces mécanismes – commissions mixtes et protection diplomatique- existent toujours, bien que leur recours reste anecdotique. « *C'est ainsi que l'Iran et les États-Unis ont institué en 1982 un équivalent de commission mixte (toujours active) pour régler les différends, notamment financiers, liés à la révolution iranienne et impliquant des ressortissants américains. De même, des investisseurs italiens ont demandé, il y a quelques années, la protection de leur État dans un différend avec Cuba. Par ailleurs, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC s'apparente, par plusieurs points, à la protection diplomatique, dans la mesure où seuls les États sont parties devant l'Organe de règlement des différends (ORD).* » Rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes sur le règlement des différends Investisseur – État dans les accords internationaux disponible à l'URL : https://www.assemblee-nationale.fr/14/europe/rap-info/i3467.asp#P193_34415

¹⁶⁰ « *L'art de vivre ensemble, ce n'est pas l'art de supprimer les conflits, mais c'est l'art de supprimer la violence de nos conflits* », Etienne CHOME, créateur de la méthode CRITER.

¹⁶¹ Rapport de LEMERCIER, Claire et SGARD, Jérôme, op. cit.

¹⁶² Il y aurait ainsi eu plus de 160 différends résolus par voie d'arbitrage à partir de la conclusion du Traité de Jay jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle. Voir JONKMAN, Hans, DE BLOCQ VAN SCHELTINGA, Laurence, *La cour permanente d'arbitrage dans le développement de l'arbitrage : Jusqu'à la création de la Cour permanente de justice internationale (1899-1922). Guerres Mondiales Et Conflits Contemporains*, (189), p.3-16., 1998, disponible à l'URL : <http://www.jstor.org/stable/25732479>

¹⁶³ Il est intéressant de noter, que les commentateurs de cet arbitrage en saluent la modernité, évoquant la capacité de la commission arbitrale à traiter de questions légales et à rendre une sentence motivée et qui trouvera exécution. Voir en ce sens SCHINAZI, Mikaël, op. cit.

l'arbitrage dans le maintien de la paix entre nations¹⁶⁴ les pousse à développer un droit général de l'arbitrage¹⁶⁵ ainsi qu'une réflexion sur l'opportunité de son institutionnalisation. C'est finalement la conférence de la paix de La Haye de 1899 et la signature de la convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux (ci-après « la Convention ») qui établit un système permanent d'arbitrage international et crée la Cour permanente d'arbitrage (ci-après CPA ou « la Cour »)¹⁶⁶.

L'institution repose principalement sur un bureau permanent, installé à La Haye. Il est chargé de fonctions correspondant à celles d'un greffe ou d'un secrétariat, d'une liste de jurisconsultes désignés par chacun des pays ayant adhéré à la Convention et parmi lesquels seront choisis les membres des futurs tribunaux arbitraux ; tout cela doit faciliter leur constitution. En outre, la Convention définit des règles de procédure applicables à la conduite des arbitrages. Finalement, la Cour établie en 1900, commence ses travaux dès 1902. Et dès ce moment elle va connaître d'une affaire majeure qui va prouver l'efficacité du dispositif : l'Affaire du Venezuela.

Suite aux plaintes de leurs nationaux relativement à des dommages subis et à des contrats inexécutés, l'Allemagne, le Royaume-Uni et l'Italie prennent des dispositions coercitives à l'encontre de cet État d'Amérique du Sud : ils saisissent certains de ses navires et en bloquent les ports. Les États-Unis qui agissent dans le cadre de l'article 27 de la Convention¹⁶⁷, rappellent alors aux États la possibilité d'un arbitrage devant la CPA. Grâce à cette entremise, le litige est finalement réglé par voie d'arbitrage devant l'institution permanente. Un sentiment d'indignation s'empare pourtant de l'Amérique du Sud : le recours à la CPA n'étant pas obligatoire, le recours à la force reste possible. Ce sentiment aboutit à la

¹⁶⁴ On peut d'ailleurs parler d'un consensus élargi car à cette conférence participent également les petits États d'Europe, divers États d'Asie et le Mexique- et non pas juste les États-Unis et les grands États d'Europe, acteurs « classiques » de la question. En revanche les États d'Amérique centrale et d'Amérique du Sud ne sont invités qu'à la deuxième convention de la Haye en 1907.

¹⁶⁵ L'Institut de Droit International avait notamment adopté un règlement de procédure pour l'arbitrage en 1875.

¹⁶⁶ Ainsi, l'article 20 de la Convention de 1899 établit formellement la CPA :

[d]ans le but de faciliter le recours immédiat à l'arbitrage pour les différends internationaux qui n'ont pu être réglés par la voie diplomatique, les Puissances signataires s'engagent à organiser une Cour Permanente d'Arbitrage, accessible en tout temps et fonctionnant, sauf stipulation contraire des Parties, conformément aux Règles de procédure insérées dans la présente Convention.

¹⁶⁷ L'article 27 dispose que « *Les Puissances signataires considèrent comme un devoir, dans le cas où un conflit aigu menacerait d'éclater entre deux ou plusieurs d'entre elles, de rappeler à celles-ci que la Cour permanente leur est ouverte.*

En conséquence, elles déclarent que le fait de rappeler aux Parties en conflit les dispositions de la présente Convention, et le conseil donné, dans l'intérêt supérieur de la paix, de s'adresser à la Cour permanente ne peuvent être considérés que comme actes de bons offices. ».

« doctrine Drago »¹⁶⁸ et à la « convention Porter » de 1907 concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement des dettes contractées¹⁶⁹. Cette convention fait de l'arbitrage le premier moyen à utiliser pour résoudre les conflits internationaux : tout État partie à la convention doit alors accepter de se soumettre à une procédure d'arbitrage. Il doit en outre y participer de bonne foi, rouvrant sinon le droit de recourir à la force pour l'État réclamant le paiement de la créance. Ce sentiment explique aussi le développement de la clause Calvo¹⁷⁰ et son intégration dans de nombreuses constitutions d'Amérique latine, faisant d'elle une coutume régionale.

Quelques années plus tard, en 1907, se tient une seconde conférence de la paix de La Haye à l'issue de laquelle la Convention est révisée en même temps que les règles applicables à l'arbitrage. A ce stade, l'arbitrage est naturellement favorisé, mais il se maintient dans le cadre strict de la protection diplomatique, ce qui ne permet pas de dépasser les nombreux handicaps déjà évoqués. De plus, en parallèle de la montée de la CPA, se produit au début des années 1920 la première vague de litiges internationaux *ad hoc* initiée sur la base de clauses d'arbitrage dans des grands contrats pour des litiges impliquant l'Union soviétique comme défendeur. L'affaire de la Lena Goldfields est le premier et unique arbitrage dans lequel l'Union soviétique participera¹⁷¹ ; or, trois mois après le début de l'arbitrage, l'Union soviétique se retire de la procédure. Elle ne reconnaîtra jamais son résultat qui l'a condamnée à une lourde réparation monétaire. Il apparaît clairement que le système est faillible et que les États défendeurs réticents disposent de nombreuses parades pour contourner l'arbitrage international : fins de non-recevoir, exceptions de juridiction et d'exécution en tête.

¹⁶⁸ Du nom du ministre des Affaires étrangères argentin Luis María DRAGO qui l'a énoncée. Selon celle-ci « *la dette publique ne peut donner lieu à une intervention armée, et encore moins à l'occupation physique du sol des nations américaines par une puissance européenne.* ».

¹⁶⁹ Le recouvrement des dettes d'État est en effet un sujet ayant largement mené au recours à la protection diplomatique et à des actions coercitives d'États, notamment européens. Précédemment dans l'affaire Jecker déjà citée, mais encore au début du siècle et après la signature de la Convention comme dans l'affaire Tubini-Orlando qui aurait mené la France à occuper l'île de Mytilène en 1901. Dans cette affaire il était également question de remboursement de dette d'État, Turc en l'occurrence, de sommes prêtées par des ressortissants français.

¹⁷⁰ Cette clause d'origine contractuelle vise la renonciation par les investisseurs à la protection diplomatique, en particulier par la force militaire, au profit des voies et moyens locaux.

¹⁷¹ L'affaire concernait une concession minière et de transport entre le gouvernement soviétique et une société anglaise qui opérait en Sibérie. En raison d'un changement dans la politique économique du pays, le gouvernement n'a pas rempli certaines de ses obligations jugées essentielles en vertu du contrat de concession. La société a entamé un arbitrage en vertu de la convention de concession, les sessions se tenant devant la London Royal Courts of Justice. Voir NUSSBAUM, Arthur, *Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government*, 36 Cornell L. Rev. 31, 1950, disponible à l'URL : <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol36/iss1/2>

Si l'arbitrage international leur est inaccessible directement, les particuliers en ont pourtant bien compris l'intérêt, et la pratique des clauses compromissoires dans les contrats signés avec un État se développe. Mais ce contournement par la voie contractuelle, puisqu'il n'implique pas deux États, ne fonde pas un arbitrage international mais un arbitrage soumis à la législation interne de l'État contractant ; ce qui emporte de nombreux inconvénients pour la personne privée partie à l'arbitrage, comme le contrôle exercé par les juridictions nationales ou encore la limitation imposée au choix des arbitres.

Cette situation précaire pour les personnes privées paraît de plus en plus abusive à mesure que les États agissent dans la sphère du commerce international et participent aux investissements qu'ils accueillent. Les critiques de la doctrine et de la pratique vont graduellement infuser la mécanique arbitrale internationale et reconnaître aux personnes privées un droit d'accès à l'arbitrage international, brouillant ainsi les frontières avec l'arbitrage transnational. C'est le cas tant devant la Cour permanente d'arbitrage que devant la Cour Permanente de Justice internationale (CPJI) et devant la Cour Internationale de Justice (CIJ) qui lui succèdera.

Ainsi, si l'article 37 de la Convention de 1907 donne compétence à la CPA pour le règlement des litiges entre les États, l'article 47 de son côté permet au Bureau de mettre « *ses locaux et son organisation à la disposition des Puissances contractantes pour le fonctionnement de toute juridiction spéciale d'arbitrage* », sans préciser si cette dernière doit nécessairement impliquer des États. C'est donc sur cette base que dès 1935 le Conseil administratif de la Cour accepte d'accueillir un arbitrage impliquant le gouvernement chinois à la Radio Corporation of America.¹⁷² Finalement la reconnaissance officielle de l'accessibilité de la Cour permanente aux particuliers se produit en 1939¹⁷³. En dépit de cette reconnaissance, la CPA ne voit pas une explosion de ses recours dans les décennies qui suivent¹⁷⁴, à tel point

¹⁷² Voir en ce sens GUYOMAR, Geneviève, *Le règlement de la Cour Permanente d'arbitrage relatif aux conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un Etat*. *Ibid*, p.379 et le recueil des sentences arbitrales de Nations unies, VOLUME III pp. 1621-1636, disponible à l'URL : https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1621-1636.pdf

¹⁷³ Son bureau avisa l'American Arbitration Association afin qu'elle informe « *ses membres de la décision prise en cette matière, en leur recommandant le texte d'une clause d'arbitrage, approuvée par le Bureau, à insérer désormais dans les contrats avec les États étrangers* ». Voir GUYOMAR, Geneviève, *Le règlement de la Cour Permanente d'arbitrage relatif aux conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un État*. *Ibid*, p.379

¹⁷⁴ Deux affaires intéressant des intérêts privés peuvent être relevées l'affaire de la Société RadioOrient (1940) et enfin l'affaire des Phares (1931-1959), dont cette-dernière a pour partie directe à l'arbitrage une société

d'ailleurs qu'en 1955, M. François, Secrétaire général de la Cour Permanente d'Arbitrage, fait remarquer : « [qu'u]n moyen de stimuler l'activité de la Cour d'Arbitrage serait peut-être d'attirer l'attention des parties intéressées sur la possibilité de porter devant la Cour d'Arbitrage les différends entre les États et des particuliers, notamment entre des États et de grandes sociétés de commerce »¹⁷⁵. En réalité, la Cour permanente va connaître un déclin à compter de la création de la Cour Permanente de Justice internationale (CPJi) en 1922. Il sera même question de sa suppression, mais elle sera finalement conservée, les deux cours étant considérées comme suffisamment différentes pour ne pas faire double emploi. Durant cette période, c'est donc plutôt l'activité de la CPJi et ses jurisprudences impliquant des intérêts privés qui contribuent au développement du droit international des investissements¹⁷⁶ et à la reconnaissance d'un droit d'action direct pour les particuliers.

Créée dans le contexte de la Société des nations, la CPJi est la première juridiction internationale permanente dotée d'une compétence générale¹⁷⁷. Si « seuls les États ont qualité pour se présenter devant la cour »¹⁷⁸, durant le temps de son existence¹⁷⁹, la Haute juridiction « a été parfois saisie de litiges dont la prise en charge par l'État n'est intervenue qu'in extremis et de manière extrêmement formelle, et que le particulier réclamant apparaît comme le véritable dominus litis. »¹⁸⁰ Ces litiges célèbres tels que l'affaire de l'usine de Chorzow ou Mavrommatis concernaient réellement un conflit d'investissement entre un État et un particulier. Ce mouvement sera poursuivi devant la Cour Internationale de Justice (CIJ) qui lui

commerciale. Voir le volume III DU recueil des sentences arbitrales de Nations unies déjà cité, disponible à l'URL : https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1621-1636.pdf

¹⁷⁵ Cité par GUYOMAR, Geneviève, *Le règlement de la Cour Permanente d'arbitrage relatif aux conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un État*, *Ibid*, p.380

¹⁷⁶ *L'Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Fond)* en est un exemple célèbre avec la reconnaissance de l'existence d'obligation de droit international général pour la protection des investissements étrangers.

¹⁷⁷ Article 36 de ses Statuts.

¹⁷⁸ Article 34 de ses Statuts.

¹⁷⁹ Elle sera dissoute en 1946.

¹⁸⁰ CARABIBER, Charles, *L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers*, *ibid*, p.246. Sur cette thématique voir également GUYOMAR, Geneviève, *L'arbitrage concernant les rapports entre États et particuliers*, In: *Annuaire français de droit international*, *ibid*.

doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.1959.1439> https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1959_num_5_1_1439

succède avec des affaires comme celles de l'Anglo Iranian Oil Co. (1953)¹⁸¹, de la Barcelona Traction¹⁸² et celle de l'affaire de l'Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)¹⁸³ en 1987.

Si dans ces affaires la silhouette du particulier se dessine plus ou moins nettement comme réelle partie à l'affaire et agissant comme tel, on peut cependant s'interroger du choix des parties de présenter leurs demandes devant ces cours pourtant exclusivement réservées aux États quand le forum de la CPA leur était ouvert directement. Deux explications sont fournies sur le désintérêt des acteurs envers la CPA. Dans un premier temps il se justifierait par un effet de mode au bénéfice de la CPJi :

« *La mode en effet exerce en matière de règlement pacifique des différends une influence inattendue dans un semblable domaine, mais incontestable. Chaque époque manifeste une prédilection pour tel système de règlement plus nouveau, ou bénéficiant provisoirement d'un regain d'actualité. La présence d'une Cour plus récente et plus perfectionnée exerçait un attrait inévitable sur les États et par contrecoup le recours à la Cour Permanente d'Arbitrage tendait à tomber en désuétude.* »¹⁸⁴, puis après-guerre c'est « [u]n second facteur [qui] intervint aussi : l'arbitrage comme le règlement judiciaire perdaient peu à peu leurs partisans. Des idéologies hostiles à ces méthodes se développaient un peu partout dans le monde. Après la seconde guerre mondiale, la création d'un grand nombre d'États nouveaux, qu'une indépendance récente rendait intransigeants en matière de respect de leur souveraineté, vint renforcer cette tendance »¹⁸⁵.

Mais avant d'arriver à ce changement de vision vis-à-vis de l'arbitrage, le tournant du XXème siècle est également le temps du développement de l'arbitrage privé international. On l'a dit, progressivement l'arbitrage est « *de moins en moins utilisé pour résoudre les litiges entre États, [et] tend à devenir le mode de règlement habituel des litiges entre États et sociétés commerciales* »¹⁸⁶. Et si cette tendance s'exprime devant les forums prévus pour l'arbitrage international, elle va s'affirmer davantage encore au travers d'une internationalisation de

¹⁸¹ Pour une vue d'ensemble de l'affaire voir <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/16> et un résumé de l'affaire accessible à l'URL : <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/16/1998.pdf>

¹⁸² Pour une vue d'ensemble de l'affaire voir : <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/50> et un résumé de l'affaire accessible à l'URL : <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/50/resumes>

¹⁸³ Pour une vue d'ensemble de l'affaire voir : <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/76> et un résumé de l'affaire accessible à l'URL : <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/76/6708.pdf>

¹⁸⁴ Voir GUYOMAR, Geneviève, *Le règlement de la Cour Permanente d'arbitrage relatif aux conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un État*. Ibid, p.377

¹⁸⁵ Voir GUYOMAR, Geneviève, *ibid.*

¹⁸⁶ GUYOMAR, Geneviève, *ibid.*

l'arbitrage par les États et les particuliers dans des conventions directes entre eux devant la CCI, seule institution à proposer un modèle arbitral réellement internationalisé.

Section 2. Les inflexions apportées au modèle juridictionnel par le développement de l'arbitrage commercial international

Dans la suite de la première mondialisation, le monde s'internationalise, se libéralise et se complexifie, la compétition -entre sociétés mais aussi entre États- est une conséquence attendue et désirée¹⁸⁷. Les enjeux sont de plus en plus importants en termes de montants investis pour les entreprises ; et pour les États, l'établissement de relations d'affaires conditionne leur développement et leur enrichissement. L'importance de ces enjeux justifie la nécessité d'un mode de résolution des conflits commerciaux efficace et dépolitisé, garant de la paix¹⁸⁸. Face aux progrès visibles de l'arbitrage international, les acteurs privés demandent à leurs gouvernements d'appuyer également le développement de l'arbitrage privé international.

C'est ainsi que l'on doit le succès de l'arbitrage commercial international à ces acteurs privés¹⁸⁹ convaincus par l'arbitrage, et tout particulièrement à la chambre de Commerce international (CCI) à Paris « *devenue la principale institution d'arbitrage au cours de cette époque* »¹⁹⁰, et à leur travail tenace pour le voir s'affirmer. C'est d'ailleurs en partie la reconnaissance de ce succès par les États qui les incite à inclure des clauses d'arbitrage dans leurs instruments, en particulier dans leurs contrats de concession. Sur cette base de clauses compromissoires incluses dans des contrats d'État, ceux-ci développent leur pratique de l'arbitrage commercial international. C'est ainsi que « *[l]e développement de l'arbitrage commercial international [est le] prélude à l'arbitrage commercial entre gouvernement et particulier* »¹⁹¹ qui lui-même précède la mise en place d'un régime arbitral transnational dans la seconde partie du XX^e siècle.

¹⁸⁷ Sur cet aspect voir par exemple PLANTEY, Alain, *L'arbitrage commercial comme instrument du droit international*. In: Revue Québécoise de droit international, volume 8-2, 1993. pp. 234-242. Disponible à l'URL : www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_1993_num_8_2_1752

¹⁸⁸ C'est un objectif affirmé de la CCI dont les statuts précise qu'elle « contribuer au progrès et au maintien de la paix en assurant des relations cordiales entre les nations et les citoyens des différents États ». Voir ROMERO, Eduardo Silva, JOLIVET, Emmanuel, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage commercial contemporain : l'émergence de l'arbitrage CCI (1920- 1958)*, Revue de l'Arbitrage, (Comité Français de l'Arbitrage; Comité Français de l'Arbitrage 2016, Volume 2016 Issue 2) pp. 403 – 444.

¹⁸⁹ A ce sujet voir l'article de Claire LEMERCIER, « *Créateurs d'une justice privée. Les hommes de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (1920-60)* » dans La lettre de la mission de recherche droit et justice - juin 2015 : « *Supposé plus conciliateur que les tribunaux officiels, l'arbitrage sous toutes ses formes était promu aussi bien par de grands juristes, à l'origine de la naissance en 1899 de la Cour d'arbitrage de La Haye, que par des industriels comme Charles Bernheimer, de la Chambre de commerce de New York, ou Owen Young, de General Electric, hommes clés du mouvement aux États-Unis.* » et plus globalement LEMERCIER, Claire SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international et globalisation(s)*. op.cit.

¹⁹⁰ ROMERO, Eduardo Silva, JOLIVET, Emmanuel, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage commercial...*, ibid.

¹⁹¹ Titre du chapitre 3, de son cours sur l'arbitrage international entre gouvernement et particulier, ibid.

A) L'institutionnalisation de l'arbitrage commercial international : la Chambre de Commerce Internationale et sa Cour d'arbitrage

La création de la CCI est l'aboutissement d'une longue période d'expérimentation autour de l'arbitrage, qu'il soit international¹⁹², régional ou interne. Au cours de cette période qui est celle de la première mondialisation jusqu'aux années 1920, Londres a une place prépondérante dans les prémices de l'arbitrage commercial, tout comme le mouvement pro-arbitrage venu des États-Unis.

La première influence dans la création de la CCI est celle de l'expérience d'un arbitrage régional avec Londres pour siège. A l'époque de la Révolution industrielle, l'Angleterre est la première puissance économique mondiale. Les marchés de matières premières comme le coton, le maïs et le café y sont organisés par branches comme la London Corn Trade Association (LCTA) créée en 1878, auxquelles les commerçants de toute l'Europe adhèrent. Or, à mesure que le volume des échanges croît, les litiges augmentent également. La lenteur de la justice étatique s'accommode mal des besoins des acteurs du commerce, ce à quoi l'encombrement des rôles de la justice d'État n'arrange rien. Pour répondre à cette problématique grandissante, des tribunaux d'arbitrage sont établis pour la première fois dans les années 1880 par la City of London, ainsi que par celle de Liverpool¹⁹³. Les associations de branches produisent des contrat-types qu'elles promeuvent auprès de leurs adhérents. Ces contrats incluent des clauses compromissoires qui prévoient que tout litige issu du contrat doit être tranché définitivement par voie d'arbitrage devant ces commissions arbitrales et selon les règles et usages de la Branche concernée. Ces contrats sont alors largement utilisés et se diffusent en Europe¹⁹⁴, y compris pour des échanges sans lien avec l'Angleterre, faisant de Londres la première place arbitrale de l'époque¹⁹⁵. Dans le même temps aux États-Unis, l'arbitrage est utilisé pendant toute la période coloniale¹⁹⁶, et il continue de se développer grâce à une campagne en faveur de l'arbitrage interne. Les chambres de commerce et d'industrie jouent un rôle central dans ce

¹⁹² Voir Chapitre 1, section 1 A)

¹⁹³ La pratique arbitrale est en revanche plus ancienne, puisqu'on la fait remonter au marché et foires et tribunaux maritimes installés dans les ports au XIII^{ème} siècle. Voir CARABIBER, Charles, *L'évolution de l'arbitrage commercial*, *ibid.*

¹⁹⁴ Voir en ce sens SCHINAZI, Mikaël, *The Three Ages of International Commercial Arbitration and the Development of the ICC Arbitration System*, ICC Dispute Resolution Bulletin 2020, Issue 2, Commentary

¹⁹⁵ Le Royaume-Uni modernise en outre son droit de l'arbitrage qui est alors régi par des textes précis avec l'Arbitration Act de 1889 qui notablement comparativement aux autres droits de l'arbitrage de l'époque, reconnaît la validité des clauses compromissoires.

¹⁹⁶ Voir CARABIBER, Charles, *L'évolution de l'arbitrage commercial international*, p.128 et ss.

mouvement pro-arbitrage ; en particulier la Chambre de Commerce de New-York qui, depuis la fin du XVIIIème siècle, offre des services d'arbitrage, y compris à des parties étrangères.

Mais le monde évolue grandement et avec lui les besoins des opérateurs. Jusque-là les litiges concernaient essentiellement des problèmes de fait et l'arbitrage était ainsi un arbitrage technique, d'évaluation de la qualité ou des spécificités des marchandises ou produits fabriqués. En cas de problème de droit, la loi sur l'arbitrage de 1889 demandait qu'il soit soumis aux tribunaux officiels. Les litiges étaient nombreux et concernaient souvent de faibles montants, nécessitant un arbitrage rapide, peu coûteux et rendu par des arbitres choisis pour leurs connaissances des usages du secteur et pour leur moralité. Au tournant du XXème siècle l'arbitrage perd « son caractère fiduciaire »¹⁹⁷ : avec le développement du commerce international et des technologies de l'époque comme le télégramme, les affaires se nouent davantage à distance et les enjeux financiers augmentent. Il en découle une institutionnalisation de l'arbitrage :

*« De cet état des choses est résulté un mode de règlement des différends qui est l'arbitrage institutionnel ou organisé. Ce n'est plus la confiance personnelle qu'inspirent les arbitres à ceux qui les ont choisis qui est le facteur déterminant. C'est l'existence de centres d'arbitrage organisés soit par le Chambre de commerce, soit par les groupements professionnels, soit par les syndicats industriels ou commerciaux, qui aujourd'hui remplacent l'arbitrage fiduciaire. Les parties ont recours à ces centres d'arbitrage parce qu'elles savent qu'ils disposent d'une organisation adéquate, de listes d'arbitres compétents et d'un standing moral élevé. D'autre part, du fait même de leur organisation ces centres d'arbitrage réduisent au minimum la durée de la procédure et les risques de nullité qui, en cette matière sont redoutables parce qu'ils peuvent remettre en cause l'exécution même des sentences. »*¹⁹⁸

C'est ainsi que la *London Court of Arbitration* (LCA) est fondée en 1893 et relancée en 1905. Cette institution « anticipe nettement sur ce qui deviendra l'arbitrage commercial international, en particulier sur la pratique parisienne, à la CCI. (...) La première caractéristique de la LCA est de solliciter ouvertement les opérateurs qui seraient gênés par l'aspect quelque peu collusif des associations de branches, en particulier les maisons de

¹⁹⁷ Au sens de la confiance portée dans l'arbitre, comme premier critère de choix, Voir CARABIBER, Charles, *L'évolution de l'arbitrage commercial international*, p.135

¹⁹⁸ Voir CARABIBER, Charles, *L'évolution de l'arbitrage commercial international*, op.cit., p.135 [mis en gras par nos soins]

commerce étrangères (...) [l]a LCA prend pied en dehors des professions et des marchés solidement régulés par les associations de branches : elle s'adresse notamment aux opérateurs des branches émergentes du commerce international – biens d'équipements, matériels de transport, chimie fine, etc. En plus d'un arbitrage classique sur des questions de fait (qualité des produits, retard de livraison, etc.), elle propose peu à peu un arbitrage sur des questions de droit, portant sur les contrats de plus en plus complexes de ces secteurs – un enjeu à peu près absent des associations de branches, où l'arbitrage est entre les mains d'experts en qualité, et non d'avocats ou de conseils juridiques »¹⁹⁹. De même, l'American Arbitration Association (AAA) est créée en 1926, qui sera aux côtés de la CCI, le principal centre d'arbitrage de l'époque²⁰⁰.

Cependant, cette évolution vers un arbitrage institutionnel n'est pas la seule conséquence des besoins nouveaux des opérateurs du commerce : les arbitrages proposés par les associations de branches au Royaume-Uni puis par la LCA, ou par les chambres de commerce aux Amériques et puis par la AAA, sont des arbitrages selon un modèle local et impérial, soumis au droit local et aux juridictions nationales. Et ce peu importe qu'ils comportent un élément d'extranéité, voire qu'ils soient entièrement détachés de ces juridictions. Ce modèle est le reflet des ambitions économiques de ces puissances et de leurs rivalités pour la place de première puissance industrielle. Facteur aggravant, pour autant que ces milieux économiques et industriels revendiquent leur capacité à s'organiser directement pour la résolution de leur litiges, l'arbitrage demeure entièrement soumis au bon vouloir des États et de leur désir éventuel de l'encourager et dans quel contexte. Face à cela, le vœu d'un arbitrage entièrement détaché des États émerge. Aussi quand en 1919 au lendemain du premier congrès international des Chambres de commerce de cinq pays alliés et qu'il est décidé de créer la CCI et d'installer son siège à Paris, celle-ci portera en son cœur cet idéal.

Peu après sa création, à l'occasion du Congrès de Londres, la CCI s'assigne trois objectifs qu'elle juge nécessaires à la construction d'un cadre juridique favorisant l'arbitrage commercial international et son autonomie : œuvrer en faveur de la validité des clauses

¹⁹⁹ Voir le rapport rendu sur la genèse de l'arbitrage commercial international de LEMERCIER Claire, SGARD, Jérôme, *ibid.*, p.15

²⁰⁰ Sur le déclin progressif de la LCA voir l'annexe « La London Court of Arbitration, une première tentative d'arbitrage supra-sectoriel et potentiellement international, au succès limité » du rapport rendu sur la genèse de l'arbitrage commercial international de LEMERCIER Claire, SGARD, Jérôme, *ibid.*

compromissoires²⁰¹, uniformiser la procédure arbitrale et assurer la force exécutoire des sentences arbitrales. La CCI atteint progressivement ces objectifs au cours du siècle en exerçant une influence particulière sur l'évolution du droit français et du droit international, ce qui justifie son succès, notamment face aux autres institutions actives à l'époque comme la LCA ou l'AAA. Dès la fin des années 1930, la CCI peut se féliciter d'avoir activement participé à l'adoption du Protocole de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et de la convention de Genève pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères en 1927.

En outre, son succès s'explique dans sa capacité à faire évoluer son modèle en tenant compte des besoins de ses usagers. La CCI va réussir à s'adapter à des problèmes juridiques nouveaux induits par l'évolution du contexte économique. La structure des échanges internationaux se modifie se déplaçant des matières premières vers les produits industriels, vendus par des sociétés de plus en plus grandes, réparties dans de plus en plus de pays. Les relations contractuelles en sont grandement complexifiées et la fragmentation entre juridictions nationales devient plus forte, ce qui pose des problèmes de plus en plus sérieux notamment pour l'exécution des sentences CCI. Ce qui amène l'institution à affiner son modèle et à en affirmer l'internationalité : « *la CCI se développe sur un principe radicalement non-impérial, puisqu'il repose sur un cloisonnement complet entre arbitrage domestique et international : parce que la CCI n'est jamais censée traiter de différends contractuels franco-français, sa pratique ne sera jamais locale, donc pas non plus impériale. Au lieu d'inviter les marchands du monde entier à arbitrer selon le droit et les pratiques françaises, la CCI s'engage dans la construction beaucoup plus lente et difficile d'un modèle d'arbitrage inédit, jamais envisagé avant 1914, parce que fondé sur la reconnaissance entière, et donc sur la coordination formelle des ordres juridiques nationaux.* »²⁰². Les membres de la Cour, au départ peu intéressés par les questions très juridiques du conflit de loi, se voient imposer progressivement leur considération.

La discussion commence sous l'angle du lieu de l'arbitrage et du choix des arbitres. Ces questions n'avaient pas été réglées par le règlement d'arbitrage et le sont donc directement par la Cour. C'est ainsi, qu'une fois saisie d'une affaire, la Cour décide de la compétence -

²⁰¹ Elle émettait ainsi le vœu que “ *la validité de la clause compromissoire soit reconnue par toutes les législations [...]*” dans sa Résolution XIV adoptée en 1921 au Congrès de Londres.

²⁰² P.17 du rapport LEMERCIER Claire, SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international et globalisation(s)*.
ibid.

technique et linguistique notamment- que l'arbitre doit posséder selon la spécificité de l'affaire ainsi que d'une nationalité tierce à celles des parties. Cette méthode affirme déjà l'internationalité du modèle CCI, qui fait reposer son choix essentiellement sur la nationalité et non sur la branche ou la position commerciale des parties ; le distinguant ainsi de l'arbitrage interbranches²⁰³.

Outre, le choix des arbitres -neutre en termes de nationalité donc- vient ensuite celui du lieu de l'arbitrage. Or, ici la Cour est souvent désireuse de donner à la sentence une nationalité et d'ainsi la rattacher à un ordre juridique. L'idée ici est de déterminer le droit applicable à la procédure et en vertu duquel sera demandée son exécution. La CCI choisit généralement celui du défendeur, considéré comme le pays où la sentence trouvera probablement à s'exécuter. Cette solution est celle de la raison, dans un contexte où les sentences arbitrales étrangères ne sont pas reconnues dans tous les pays. Mais elle comporte de nombreuses limitations car il peut y avoir de nombreuses raisons d'arbitrer ailleurs ou qui rendent impossible ce choix : en cas de difficultés à déterminer quelle partie a le plus de risques d'être condamnée -les demandes reconventionnelles ne sont pas rares- ou si l'arbitrage comporte une expertise de marchandises. Ce dernier cas implique de procéder à l'arbitrage à leur localisation, ou le déplacement de l'arbitre ou des marchandises avec les frais que cela induit, ou encore de trouver un arbitre de la nationalité voulue disponible au lieu des marchandises, ce qui relève souvent de la gageure. Au vu de ces nombreuses complications, la CCI tend dans ces cas à inciter les parties à une résolution amiable du litige²⁰⁴.

Sur le plan des règles applicables au fond de l'affaire, à ses débuts la CCI a un positionnement en faveur d'un arbitrage technique, rendu non par des juristes mais par des techniciens dans un rôle d'amiable compositeur ; à ce titre ils ne sont pas tenus de d'appuyer leur décision en droit. Mais ces solutions, jugées convenables dans la première décennie d'activité de la Cour, s'avèrent rapidement insuffisantes. La Cour qui souhaitait éviter une juridicisation de son modèle arbitral, va progressivement devoir s'engager dans des discussions très juridiques sur d'une part la question de la nationalité de la sentence et des règles de

²⁰³ Cet arbitrage n'a pour autant pas disparu. Par exemple il existe des Chambres arbitrales pour le Café à Anvers, italienne à Gênes, à Trieste et office du café à Bangalore ; la commission d'arbitrage maritime de Tokyo gère la fonction d'arbitrage du Japan Shipping Exchange ou encore, l'Association pour le commerce des grains et de céréales fourragères de Londres propose toujours ses services d'arbitrage des affaires relatives au commerce des céréales.

²⁰⁴ Archives CCI, Comité d'études de l'arbitrage, Document 9, 5e session du Comité d'études, 17 mars 1930 cité par LEMERCIER Claire, SGARD, Jérôme, *ibid.* p.76.

procédures à respecter pour les demandes d'*exequatur* ; et d'autre part sur le droit applicable au fond du litige.

Ces questions animent d'intenses débats au cours des réunions successives des comités exécutifs. Il en ressort un espoir, celui de voir sauf dispositions d'ordre public ou lacunes, ses règles de procédures qualifiées comme seule loi de la procédure. Émanciper ainsi les sentences CCI de l'obligation de conformité à un droit national pour leur *exequatur*, leur donnerait de ce fait un caractère d'emblée international- ou plutôt supranational. Ce statut très particulier découlerait du positionnement de la CCI comme une institution certes privée, mais réellement internationale. Pour justifier cette idée, la CCI s'appuie sur un arrêt rendu par Tribunal de première instance civile de Paris en 1921 qui fonde la validité d'une sentence étrangère sur la volonté des parties, ce qui par extension établirait l'autonomie de la clause compromissoire, du tribunal arbitral, et finalement de la sentence. Celle-ci n'aurait alors plus besoin de recevoir une validation par une autorité nationale. Son souhait se concrétise finalement avec la Convention de New-York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, sur laquelle la CCI exerce une influence majeure.

Ainsi, la Convention de New-York vient finalement résoudre ces difficultés qui demeuraient en dépit de la tentative de la Convention de Genève de 1927²⁰⁵. Celle-ci exigeait encore dans son article 1(c) pour voir reconnaître la validité d'une sentence que celle-ci « (...) ait été prononcée par le tribunal arbitral [...] constitué conformément à l'accord des parties et aux règles de droit applicables à la procédure d'arbitrage »²⁰⁶. La convention de New-York, sous l'influence de la CCI, va consacrer un modèle internationalisé pour les sentences en listant en son article 5 les cas dans lesquels la sentence ne doit pas être reconnue comme valide ; et faisant cela elle renvoie au premier chef aux règles procédurales librement acceptées par les parties et seulement subsidiairement au droit du siège de l'arbitrage²⁰⁷. C'est

²⁰⁵ En outre, les États avaient multiplié les clauses de sauvegarde, ce qui enlevait beaucoup de l'intérêt de la Convention en leur laissant une large discrétion pour reconnaître ou non une sentence étrangère.

²⁰⁶ Et ce en dépit du protocole de 1923 sur la validité des clauses compromissoires qui disposait en son article 2 que « la procédure de l'arbitrage, y compris la constitution du tribunal arbitral, est réglée par la volonté des parties et par la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu. » et des jurisprudences qui à plusieurs reprises ont donné la primauté à la volonté des parties, la loi nationale du siège arbitral n'intervenant que de manière supplétive en l'absence de manifestation de volonté des parties. Voir, CARABIBER, Charles, *L'évolution...*, op. cit. p.75.

²⁰⁷ Voir l'article 5, d) : « 1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : (...) la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à

un progrès considérable pour l'arbitrage commercial international, et il est largement dû au prestige que la CCI a acquis au fil de son activité et du succès de son modèle auprès des opérateurs privés.

En effet, le succès de la CCI et de son modèle arbitral est évident. Cependant, il ne se reflète pas tant dans la quantité de demandes²⁰⁸ qu'elle connaît, que dans la transformation du type d'affaires et moins radicalement, de parties, entre les années 1920 et les années 1930. Si les premières demandes concernent un arbitrage de qualité similaire à celui de l'arbitrage de branche évoqué, en revanche dans les années 1930 c'est un arbitrage juridique qui se développe impliquant de plus en plus de sociétés anonymes comme parties avec des montants en jeu bien plus élevés : « *La Cour de la CCI a commencé à définir une niche d'activité propre, même si cette activité est encore limitée (...) et c'est sans doute cela qui importe pour le destin à long terme de l'institution.* »²⁰⁹. Si le nombre d'affaires reste faible, cette évolution est le signe de la confiance croissante que lui portent les opérateurs. Et c'est probablement cette évolution qui explique que dans ces affaires, pourtant encore une fois limitées, on dénombre déjà quelques arbitrages impliquant un État à une importante société commerciale étrangère.

B) Le développement de l'arbitrage commercial international entre États et particuliers

Le choix de l'arbitrage CCI relève pour une part au succès de son modèle arbitral auprès des grandes sociétés internationales, et d'autre part de la nécessité pour les États de répondre aux inquiétudes de leurs partenaires commerciaux. Il est en effet déjà admis que les accords qui fixent les droits et obligations de l'État et de son partenaire commercial sont des contrats. Si cette affirmation peut sembler évidente il en découle d'importantes conséquences. La première est que le droit applicable à ces conventions relève des règles du droit international privé. La seconde est que les juridictions compétentes ressortent de l'ordre interne. Or l'immunité de juridiction des États exclu qu'ils soient parties devant des juridictions étrangères, et en l'absence d'une juridiction supranationale, il ne reste que les juridictions du *for* de l'État acheteur. Cela soulève de nombreuses difficultés pour le partenaire privé, de garantie et d'équilibre de la procédure déjà, mais également aussi pour des opérations sensibles comme

la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu (...) »

²⁰⁸ A ses débuts la CCI ne connaît qu'un nombre modeste de demandes d'arbitrage -une quinzaine- jusqu'à voir ce chiffre exploser avec la crise des années 1930.

²⁰⁹ Page 31 du rapport de LEMERCIER Claire, SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international et globalisation(s)*. *ibid.*

en termes d'infrastructures ou d'armement. Se pose ensuite le problème de la reconnaissance des jugements étrangers qui relève du droit international privé. Il s'agit donc d'une question d'offre, d'efficacité économique et de crédit des États : si ceux-ci souhaitent s'approvisionner ou avoir accès à certains services fournis par des sociétés étrangères, ils n'ont d'autre choix que de se plier à la pratique compromissaire.

C'est dans ce contexte que la question d'un arbitrage commercial international entre État et particulier se pose rapidement à la CCI, qui admet sa compétence :

« Dès 1924, Dolléans, consulté à ce sujet par la société Schneider, avait confirmé qu'en théorie, la Cour pourrait arbitrer entre elle et un gouvernement (ottoman), et il avait espéré voir soumettre un litige entre une société italienne et la Marine nationale française ; mais ce dernier était resté en Conseil d'État. À la demande du Comité national britannique, la question d'arbitrages impliquant des sociétés publiques soviétiques avait aussi été étudiée, mais en vain, faute de reconnaissance de la clause compromissaire. En 1928 en revanche, la Cour avait effectivement désigné des tiers-arbitres (de la profession et de la nationalité suggérées par les parties) dans des affaires opposant l'administration française à des entrepreneurs allemands dans le cadre du Plan Dawes ; l'État français avait à nouveau été demandeur en 1938, pour une affaire l'opposant à des constructeurs français et allemand à propos d'un marché pour le port de Dunkerque. La clause CCI était également présente dans un contrat entre le gouvernement d'Haïti et des entrepreneurs de travaux publics. »²¹⁰

Et si cette pratique reste rare : « 4 % des affaires traitées après-guerre, soit une douzaine, avaient un État comme partie »²¹¹, elle sera constante. C'est un mouvement qui se développe au rythme de l'économie et des besoins des États d'y prendre part. Il va en conséquence connaître un coup d'arrêt avec la Première Guerre mondiale, avant de retrouver un élan favorable dans l'entre-deux-guerres, pour encore s'accroître après la Seconde Guerre suivant les besoins de reconstruction de l'économie mondiale et l'implication croissante de l'État dans le secteur économique. On trouve en particulier une pratique des clauses compromissaires dans les contrats d'emprunt d'État²¹² ; ainsi que dans des contrats conclus

²¹⁰ LEMERCIER Claire, SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international et globalisation(s)*. ibid, p. 91

²¹¹ LEMERCIER Claire, SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international et globalisation(s)*. ibid, p. 92

²¹² CARABIBER Charles, cite à ce titre un ensemble de conventions comportant une référence à l'arbitrage : entre l'Argentine et des banquiers américains en 1925, une convention signée par la Bulgarie et qui renvoie à une sorte d'arbitrage du conseil de la Société des Nations pour toute interprétation du texte de l'accord, une

avec des sociétés américaines et des États étrangers ou des sociétés contrôlées par eux²¹³. Dans ce dernier cas en revanche, ces contrats ne renvoient pas à l'arbitrage CCI mais à l'*American Arbitration Association (AAA)* et parfois aux deux institutions alternativement au travers de la clause CCI-AAA, qui est le fruit de leur partenariat :

« Tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement par l'arbitrage. Si l'arbitrage a lieu en dehors des États-Unis d'Amérique, le règlement de la Chambre de Commerce internationale sera applicable, à moins que les parties ne conviennent par écrit d'adopter le règlement de l'American Arbitration Association. Si l'arbitrage a lieu aux États-Unis d'Amérique, le règlement de l'American Arbitration Association sera applicable, à moins que les parties ne conviennent par écrit d'adopter le Règlement d'Arbitrage de la Chambre de Commerce internationale. »

Sur le plan de la théorie juridique, la doctrine est de plus en plus favorable à une limitation des immunités, excipant que l'argument classique de l'incapacité de l'État aux fins de protection des intérêts publics ne se justifie plus en ces temps modernes et d'interventionnisme étatique. Et déjà au lendemain de la Première Guerre mondiale, il est admis un nouveau critère selon lequel l'immunité de juridiction ne saurait s'appliquer *« lorsque le fait matériel ou juridique qui donne lieu au litige a été accompli en dehors de l'exercice des pouvoirs de puissance publique ou lorsqu'il s'agit d'un acte se rapportant à une activité que ne saurait avoir un particulier »*²¹⁴. La limitation des immunités de juridictions dans ce contexte s'exprime également dans le droit conventionnel²¹⁵ et l'Institut du Droit International émet aussi l'avis que *« la tendance moderne du droit international privé est vers la suppression de toute immunité pour l'État commerçant »*²¹⁶. Il est enfin édicté que l'immunité de juridiction

convention passée la ville libre de Dantzig, ou encore une convention conclue entre la Tchécoslovaquie et des banquiers français.

²¹³ CARABIBER Charles cite de nombreux cas dans lesquels étaient impliqués la France, les Pays-Bas, l'Inde, l'Argentine, la Chine, l'Administration des Chemins de fer de Turquie, une société nationalisée tchécoslovaque etc. Voir CARABIBER Charles, *L'évolution de l'arbitrage commercial international*, p.66.

²¹⁴ Jurisprudences citées par CARABIBER, Charles, dans *L'arbitrage entre gouvernements et particuliers*, p.63 : Cour de Liège, 20 février 1931, Trib. Mixte d'Alexandrie, 14 janvier 1932, Cass. req., 23 janvier 1933 (Aff. Hanukiev/État d'Afghanistan).

²¹⁵ La Convention de Bruxelles du 10 avril 1926 pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'État prévoit que ceux-ci seront soumis aux règles du droit commun quand ils se livrent à des opérations de commerce. Voir également un traité bilatéral franco-soviétique du 11 janvier 1934 dans lequel la représentation commerciale soviétique renonce à invoquer l'incompétence des tribunaux français pour les litiges nés de ses opérations commerciales.

²¹⁶ Voir CARABIBER, Charles, *L'arbitrage entre gouvernements et particuliers*, ibid, p.64

n'est pas absolue et que l'État peut y renoncer, notamment par le biais d'une clause compromissoire dans le cadre de contrats internationaux²¹⁷.

Pourtant, aussi encourageants qu'ils soient, ces développements restent lents et les réticences des États demeurent. Une raison invoquée est l'absence d'une juridiction pleinement internationale conçue et organisée afin de limiter les objections adressées au recours d'une procédure arbitrale jugée incompatible avec l'intérêt général et le prestige des États. Ces derniers formulent ainsi des réserves sur « *l'application à des différends auxquels ils se trouveraient impliqués des Règlements de procédure de cours d'arbitrage fonctionnant sous les auspices de groupements économiques ou de chambres de commerce, même lorsque de tels organismes jouiraient d'une autorité particulière* »²¹⁸, comme c'est le cas de la CCI. Dans ce contexte, cette-dernière adopte une résolution lors de sa session de Vienne de 1953 affirmant que « [l]es Gouvernements, les collectivités publiques, les organismes gouvernementaux ainsi que les sociétés placées sous contrôle d'État sont amenés à faire des actes de commerce avec des firmes ou des particuliers étrangers. Convaincue de l'intérêt qu'il y a à recourir à l'arbitrage pour le règlement des différends pouvant naître de ces actes de commerce, **la Chambre de Commerce internationale émet le vœu que la Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye veuille mettre à l'étude, l'adaptation de son organisation au règlement des différends entre États et particuliers.** »²¹⁹ C'est chose faite en février 1962 : le Bureau de la Cour élabore alors un texte intitulé « *Règlement d'arbitrage et de conciliation pour les conflits internationaux entre deux parties dont l'une seulement est un État* ».

A ce stade des éléments juridiques et pratiques permettant le recours à l'arbitrage entre gouvernements et particuliers sont en place. A la fin des années 1950 et au début des années 1960, l'arbitrage, qu'il soit international ou privé, a fait ses preuves. On ne peut parler d'une pratique généralisée mais elle est bien présente et constante. Cette pratique est permise par

²¹⁷ Paris, 10 avril 1957, *Myrtoon Steamship c. Ministère de la marine marchande*, JCP, 1957, II, p. 10078, note Motulsky ; *Gaz. Pal.*, 1957, II, p. 89, note J. Robert ; JDI, 1958, p. 1002, note B. Goldman ; *Rev. crit. DIP*, 1958, p. 120, note Y. Loussouarn ; *D.*, 1958, p. 699, obs. J. Robert. Et Cass. civ. 1^{re}, 14 avril 1964, *ONIC c. Capitaine du San Carlo*, *D.* 1964, p. 637, note J. Robert ; *S.* 1964, p. 93, note Plancqueel ; *Rev. arb.*, 1964, p. 82 ; *JCP*, 1965, II, p. 14406, note P. Level ; JDI, 1965, p. 646, note B. Goldman ; *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 68, note H. Batiffol. Ainsi que Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 1966, *Trésor public c. Galakis*, JDI, 1966, p. 648, note P. Level ; *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 553, note B. Goldman ; *Rev. arb.*, 1966, p. 99 ; *D.*, 1966, p. 575, note J. Robert ; *JCP*, 1966, II, p. 14798, note Ligneau. Il est cependant intéressant de noter que dans toutes ces jurisprudences l'État français tente de se souscrire à l'arbitrage, preuve donc de ses réticences.

²¹⁸ Voir CARABIBER, Charles, *L'arbitrage entre gouvernements et particuliers*, *ibid.*, p.68

²¹⁹ LEMERCIER Claire, SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international et globalisation(s)*. *ibid.*

l'assouplissement des immunités de juridiction des États et la reconnaissance de leur capacité à compromettre quand ils participent au jeu du commerce international. Elle l'est également par l'existence tout à la fois d'une institution privée efficace et dont le modèle internationalisé répond aux besoins du commerce international, la CCI, et d'une institution internationale, la CPA, qui offre des règles de procédures adaptées et qui est animée du souhait de voir ce contentieux se développer afin de dynamiser son rôle.

Si les traits distinctifs sont ainsi en place ; pourtant l'essentiel de la pratique actuelle de résolution des litiges entre États et investisseurs étrangers, et en conséquent du *Système*, n'est pas l'arbitrage ou la conciliation devant la CCI ou même la CPA. Ces expériences précédentes d'arbitrage international, privé puis transnational, auront joué un rôle important, ouvrant une voie, mais le réel catalyseur qui permettra d'aboutir au *Système* tel qu'on le connaît actuellement est la mise en place d'une architecture institutionnelle : celle de la Convention CIRDI. Et l'on doit cette architecture à l'action d'un organisme multilatéral : la Banque Mondiale. C'est cet organisme qui réussira la gageure de la création d'un système institutionnel supranational de l'arbitrage transnational, et de son réel saisissement par des acteurs, notamment étatiques, encore très réticents. C'est l'action efficace de cette organisation et particulièrement d'une poignée de ses agents, qui aboutira à la mise en place des éléments institutionnels, contractuels et conventionnels, qui résulteront en l'explosion du nombre d'arbitrages transnationaux que l'on connaît aujourd'hui.

Une des raisons qui explique tout à la fois le peu d'engouement autour de l'arbitrage transnational, et en conséquence que le champ soit laissé libre à une organisation multilatérale pour s'emparer du sujet, est le manque de consensus des États concernant, non plus cette fois-ci le moyen de protéger les droits des investisseurs – on l'a dit la possibilité du recours à l'arbitrage n'est plus réellement en débat- mais au sujet de son opportunité dans un contexte d'opposition vives des États sur la nature des droits que l'arbitrage doit protéger. Cela revient à poser la question du droit applicable au fond du litige et appliqué par le tribunal arbitral.

La jurisprudence internationale l'a établi : « *tout contrat qui n'est pas contrat entre États en tant que sujets de droit international a son fondement dans une loi nationale* »²²⁰, s'appliquent alors les règles du droit international privé qui renvoient aux juridictions de l'État hôte et à son droit. Ce sera naturellement la solution appliquée par le tribunal arbitral sauf

²²⁰ Cour internationale de justice, arrêt des Emprunts serbes et brésiliens (1928)

convention contraire des parties. Or c'est précisément ce droit qui est à l'origine du litige, notamment en cas d'expropriation. De son côté, pour des raisons évidentes, l'État ne saurait accepter que le litige soit soumis au droit de l'investisseur. Dans cette impasse, reste la solution de soumettre le litige au droit international. Cette option existe valablement depuis qu'un arrêt de la CIJ a reconnu que le droit international est susceptible de créer des droits directs pour les particuliers²²¹. Cette *internationalisation des contrats d'État* par le biais de la clause compromissoire -puis au moment de la prolifération des TBI - intervient soit explicitement soit au travers du renvoi aux principes généraux de ou du droit international. De plus, le droit international peut trouver à s'appliquer indirectement quand le contrat renvoie au droit national de l'État et que celui-ci incorpore le droit international public, ce qui est alors de plus en plus souvent le cas.

Mais une fois l'applicabilité du droit international établie, encore faut-il pour les investisseurs être sûrs des garanties qui en découlent. Hélas, les États ne se sont jamais accordés sur un « standard minimum » de protection devant être accordé aux investissements²²² ; et cette opposition présente dès les débuts du commerce international va s'accroître encore à mesure que le concert des nations s'agrandit de pays importateurs de capitaux susceptibles de remettre en question les équilibres hérités. L'incapacité des États à s'accorder sur ce sujet crucial pour le développement des investissements, et par extension des États qui en sont les bénéficiaires dans la vision de la Banque mondiale, poussera ses fonctionnaires à s'emparer du sujet.

Par ailleurs, cette opposition des États vient également du mode de résolution des litiges d'investissements choisi : parce que l'arbitrage se fonde sur des règles et que donc c'est de ces règles que naîtra la solution au litige vient l'importance de déterminer de quels intérêts elles se font les protectrices et à quel degré. C'est la nature adjudicatrice de l'arbitrage qui justifie l'importance de ces débats pour les États et leur difficulté à s'accorder. Or cette nature adjudicatrice n'était pas une évidence, elle est elle-même la résultante, d'une part du choix fait par les États de favoriser un arbitrage juridique au détriment des moyens consensuels de résolution de leurs litiges, et d'autre part de l'affirmation d'un modèle de résolution des litiges du commerce international qui s'est progressivement juridicisé et a perdu son caractère

²²¹ Cour internationale de justice, Compétence des tribunaux de Dantzig (1928).

²²² Sur le sujet voir notamment DORCE, Milcar Jeff, « *L'émergence du standard minimum de traitement des étrangers en droit international* », *Les Annales de droit* [En ligne], 14 | 2020, mis en ligne le 01 juin 2021, consulté la dernière fois le 06 juillet 2021. URL : <http://journals.openedition.org/add/1747> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/add.1747>

consensuel. Ces choix se retrouveront nécessairement dans l'arbitrage transnational, qui nous l'avons dit, est l'héritier de ces pratiques arbitrales antérieures. En particulier parce que ces formes arbitrales seront bien connues et pratiquées par les fonctionnaires internationaux qui seront ensuite les pères fondateurs du régime de l'arbitrage transnational.

Chapitre 2. La prédominance du paradigme juridictionnel

Dans le chapitre précédent sont abordés la construction parallèle du régime de l'arbitrage international pour la résolution pacifique des conflits entre États, et de l'arbitrage commercial international pour les conflits commerciaux entre particuliers, et de ce que le futur système de l'arbitrage transnational s'est construit sur ces précédents. Or, il ne suffit pas d'indiquer qu'il s'agit « d'arbitrages » pour avoir une vision claire de la manière dont sont résolus ces conflits.

En effet, la matière des modes de résolution des litiges est assez peu attachée aux dénominations de ses modes, qui sont des créations de la pratique²²³. Leur distinction se fait ainsi davantage sur des critères tels que le degré d'implication des parties, l'impérativité de la solution trouvée ou encore la base sur laquelle celle-ci se fonde. Or, dans les deux systèmes que sont l'arbitrage international et l'arbitrage commercial international, on assiste à une bascule progressive de ce qu'on peut appeler une *philosophie « consensuelle »* que l'on peut caractériser comme étant fondée sur une grande implication des parties, avec notamment leur accord sur la solution donnée à leur conflit, et qui se fonde sur une conciliation de leurs intérêts, à une *philosophie « adjudicatrice » et juridictionnelle* (Section 1). Celle-ci quant à elle doit être vue comme basée sur une appréciation du litige sur le fondement de règles de droit, par une personne tierce. La juridicisation combinée à l'institutionnalisation des modes de résolution des litiges, abordés à la section précédente, ont des conséquences importantes sur les modèles de résolution des litiges proposés aux parties (Section 2).

Section 1. Le choix du paradigme juridictionnel dans le modèle international et le modèle privé de résolution des litiges

Ce choix s'exprime d'une part dans le modèle international (A) ainsi que dans le modèle privé (B) de l'arbitrage.

A) Le modèle international

²²³ Voir également en ce sens DUPUY, Pierre-Marie, Précis de Droit international public, op. cit. p.592 : « Il convient cependant d'emblée de signaler que les distinctions formelles traditionnellement établies entre les divers modes de règlement diplomatiques ne sont pas exempts d'académisme. Dans la réalité de la vie internationale, il est souvent difficile de qualifier avec précision une procédure diplomatique, et il n'est pas rare que telle ou telle d'entre elles combine par exemple les caractères de la médiation et de la conciliation, ou bien encore passe insensiblement des bons offices à la conciliation. Toutes sont dérivées ou inspirées de l'esprit général de la négociation ».

Outre la diplomatie de la canonnière qui est ouvertement basée sur la force, les États ont une tradition de résolution consensuelle de leurs conflits, *via* de modes dits diplomatiques²²⁴, basés sur la recherche d'une solution négociée.

Une Histoire de la négociation nous apprend qu'elle remonte à aussi loin que l'humanité si on la définit comme « *une situation où des acteurs interdépendants cherchent par la discussion à mettre un terme à un différend, un conflit d'intérêt, ou même un conflit ouvert, en élaborant une solution acceptable par tous* »²²⁵ ou encore comme « *le processus de communication d'avant en arrière dans le but de parvenir à un accord commun sur les différents besoins ou des idées* »²²⁶. Toujours selon cette analyse historique, une fois les sociétés humaines organisées en États, ceux-ci vivraient en cycle trois phases, qui ne sont pas nécessairement chronologiques ni mutuellement exclusives. Une phase « *d'affermissement du pouvoir et d'agrandissement territorial* »²²⁷, une autre de « *relations internationales centrées sur la guerre et l'affirmation du sentiment national* »²²⁸, enfin une phase qui serait un « *âge d'or des relations diplomatiques* »²²⁹. Dans toutes ces phases, un ensemble de moyens pour résoudre les conflits serait à la disposition des États.

Ces moyens sont fondés soit sur l'évitement, soit sur la coercition, soit sur la confrontation, soit enfin sur le dialogue. Et le dialogue peut se distribuer de deux manières, soit sous forme d'un échange, par troc notamment, ou sous forme d'une négociation, qui est un processus plus global et plus complexe. Dans l'époque qui nous intéresse, qui correspond aux deux dernières phases du cycle, la construction du droit international conduit à une formalisation croissante de ces moyens d'action. Le dialogue précède généralement la coercition et la confrontation -qu'elle soit armée, politique, économique ou juridique ; bien

²²⁴ En droit international public, il est aujourd'hui coutume de classer les divers modes de règlement des différends entre ceux diplomatiques, qui laissent en principe les parties libres d'accepter ou de refuser la solution, éventuellement proposée par un tiers, de modes juridictionnels qui obligent les parties à accepter la solution qui assortie de l'autorité de chose jugée : il s'agit de l'arbitrage et du recours à la juridiction internationale. Voir DUPUY, Pierre-Marie, KERBRAT, Yann, Précis de Droit international public, 16^{ème} éd., Dalloz, 994p., p.591

²²⁵ TOUZARD Hubert « Consultation, concertation, négociation », *Négociations* 1/2006 (no 5), p. 67-74.

²²⁶ ACUFF, Franck L., *How to negotiate anything with anyone anywhere around the world*, American Management Association, New-York, 2008

²²⁷ Le DELEY, Éric, Thèse de doctorat, *L'intemporalité des principes de négociation, analyse comparée des textes anciens et récents sur la négociation*, Université de Reims, disponible à l'URL : file:///Users/marionmalchair/Downloads/LE - DELEY_Eric.pdf

²²⁸ Le DELEY, Éric, *ibid.*

²²⁹ Le DELEY, Éric, *ibid.*

qu'une séparation nette puisse être en pratique artificielle et qu'il arrive que ces moyens se chevauchent. Ainsi dans la protection diplomatique, « [u]ne fois la réclamation portée à la connaissance de l'État étranger, plusieurs voies de règlement sont possibles. **Le plus souvent, le différend se règle par la négociation**²³⁰ ou, éventuellement, par l'arbitrage d'un tiers étranger, généralement un Chef d'État, sans oublier le recours, toujours possible, à la force. »²³¹. De même, les commissions mixtes interviennent généralement pour régler les litiges que les États n'arrivent pas à résoudre directement. Une constante à ce stade est que les États ne se dessaisissent jamais que partiellement du processus, y compris quand un tiers intervient, comme c'est le cas de l'arbitrage d'un autre État ou du rôle du surarbitre dans les commissions mixtes. Ces tiers n'ont jamais qu'un rôle de facilitateur ou de force de proposition, et *in fine*, la solution doit faire l'objet d'un accord entre les États. A ce titre le droit n'a pas réellement pénétré les modes de résolution des différends des États, puisque leur volonté prime et plus souvent que l'inverse la volonté de l'État qui possède les plus de moyens militaires, économiques, ou autres. C'est donc un processus de coercition tacite ou explicite qui s'exerce ici, en dépit des éléments de consensualisme apparents. Et quand l'État en position de faiblesse refuse de se soumettre à son opposant, ce-dernier aura finalement recours à la force pour prévaloir.

Cette situation a un coût énorme, et on l'a dit, les nations commencent à entrevoir que les bénéfices d'une paix durable – notamment pour leur enrichissement- dépasseraient ceux de la possibilité d'affirmer leurs intérêts par la force. Le seul moyen appréhendé alors est celui de la légalisation de la résolution de leurs conflits par un arbitrage basé sur le droit international. Louis Renault écrivait en 1904 au sujet de cette transition que « (...) *l'arbitrage international ne se développera sérieusement qu'en quittant d'une manière absolue le domaine politique et diplomatique où il a été longtemps confiné, pour rester pleinement dans le domaine juridique où il ne fait qu'entrer.* »²³² Les États décident ainsi d'institutionnaliser et de juridiciser l'arbitrage, ce qui aboutit à la création de la Cour Permanente d'Arbitrage (CPA).

Bien qu'il ne s'agisse pas d'une véritable cour, elle porte le désir de légalisation des relations internationales des États qui souhaitent « *étendre l'empire du droit et fortifier le*

²³⁰ Mis en gras par nos soins.

²³¹ Rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes sur le règlement des différends Investisseur – État dans les accords internationaux, op.cit.

²³² Cité par CARABIBER, Charles, *L'arbitrage international entre...*, op. cit., p.19

*sentiment de la justice internationale ; [étant] convaincus que l'institution permanente d'une juridiction arbitrale, accessible à tous, au sein des Puissances indépendantes peut contribuer efficacement à ce résultat »*²³³. Il est vrai que la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux (ci-après « la Convention »), adoptée à cette occasion, traite également d'autres méthodes basées sur le dialogue plutôt que la confrontation, comme les bons offices et la médiation. Cependant ces modes ne sont pas définis dans la Convention, ce qui renvoie nécessairement aux pratiques habituelles des États, laissant tout à la fois une grande flexibilité en fonction des besoins de chaque conflit, mais ce qui revient également à inclure dans ces modes « amiables » tout ce qui ne relève pas du contentieux, sans exclure finalement la coercition tant qu'elle ne relève pas de la force armée et quand elle s'exprime en dehors du droit.

La Convention stipule en outre que ces méthodes doivent être utilisées en amont de l'arbitrage, qui doit demeurer pour « *les questions d'ordre juridique, et en premier lieu dans les questions d'interprétation ou d'application des conventions internationales, (...) qui n'ont pas été résolues par les voies diplomatiques.* »²³⁴. Et si les États affirment leur résolution « à favoriser de tous leurs efforts le règlement amiable des conflits internationaux », il n'en demeure pas moins que seul l'arbitrage est encouragé au travers d'un mécanisme institutionnel. En effet, si ici encore, une grande flexibilité est laissée à l'endroit des modes amiables, l'institutionnalisation d'une part des modes de résolution des conflits seulement peut également avoir l'effet d'encourager ceux-ci -l'arbitrage- au détriment de ceux-là -les modes amiables.

En encadrant l'arbitrage international par des textes et en l'institutionnalisant, les États en processualisent nécessairement sa pratique. De plus, il apparaît clairement que dès les débuts de la CPA, le modèle d'arbitrage choisi par les États s'inscrit dans une logique juridique, puisque l'office arbitral se fonde d'un point de vue processuel sur la confrontation, et sur des règles comme base à la solution. La rédaction de l'article 15 de la Convention l'exprime d'ailleurs clairement : « *L'arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre les États par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit* », et ces juges, qui sont en réalité des arbitres, doivent être en conséquence « *d'une compétence reconnue dans les questions de droit international* »²³⁵. A quoi s'ajoute un formalisme proche de la justice

²³³ Prolégomènes de la Convention de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux.

²³⁴ Article 16 de la Convention.

²³⁵ Article 23 de la Convention.

classique dans les règles de procédure arbitrales établies : représentation par conseils et avocat²³⁶, phase d'instruction et de débat²³⁷, droit de soulever des exceptions et incidents²³⁸.

Cela ne peut donc surprendre que, dès ce moment certains participants, dont notamment les États-Unis, expriment leur désir d'ouvrir une discussion sur la création d'un tribunal permanent composé de juges dont l'activité serait entièrement dédiée à l'examen et au jugement des affaires internationales selon la méthode judiciaire. Le but sous-jacent est d'éviter les disparités dans les sentences rendues, conséquence des changements de composition des tribunaux arbitraux d'une affaire à l'autre. Il s'agit d'un des rares éléments qui différencient l'arbitrage de la CPA d'une juridiction étatique, et il lui sera d'ailleurs reproché. Ces éléments peuvent également expliquer que la CPA sera éclipsée par la Cour Permanente de Justice internationale (CPJi) dès sa création.

De tout cela il apparaît clairement que les États souhaitent une légalisation de leurs rapports et de la résolution de leurs conflits. Il est évident que les modes diplomatiques fondés sur le dialogue et la négociation directe ou assistée restent au cœur des relations internationales²³⁹, mais les États sont conscients des limites de ces méthodes et du risque d'une bascule dans la coercition et la force. Ils prennent également conscience de l'ampleur de la précarité de cette situation dans l'évolution du monde et leur interdépendance croissante. Le droit doit alors servir de garde-fou et permettre une prohibition pure et simple de toute forme de recours à la force armée dans les relations internationales²⁴⁰. Cette même tendance à la

²³⁶ Article 37 alinéa 2 de la Convention : « Elles sont en outre autorisées à charger, de la défense de leurs droits et intérêts devant le Tribunal, des conseils ou avocats nommés par elles à cet effet. »

²³⁷ Article 39 de la Convention : « La procédure arbitrale comprend en règle générale deux phases distinctes : l'instruction et les débats.

L'instruction consiste dans la communication faite par les agents respectifs, aux membres du Tribunal et à la Partie adverse, de tous actes imprimés ou écrits et de tous documents contenant les moyens invoqués dans la cause. Cette communication aura lieu dans la forme et dans les délais déterminés par le Tribunal en vertu de l'art. 49.

Les débats consistent dans le développement oral des moyens des Parties devant le Tribunal. »

²³⁸ Article 46 de la Convention : « Ils ont le droit de soulever des exceptions et incidents. Les décisions du Tribunal sur ces points sont définitives et ne peuvent donner lieu à aucune discussion ultérieure. »

²³⁹ L'article 33 de la Charte des Nations Unies, Chapitre VI le montre clairement : « Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix. »

²⁴⁰ L'article 2 -4 de la charte des Nations Unies dispose que : « Les membres de l'organisation s'abstiennent dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations-Unis ». La CIJ en 1986 dans l'affaire des activités militaires au Nicaragua, a également clairement indiqué que l'interdiction du recours à la force s'imposait à tous les États, et non seulement aux membres de

juridicisation et la processualisation va se retrouver dans le modèle de résolution des litiges du commerce international, deuxième source de l'arbitrage transnational.

B) Le modèle privé

Dans notre contexte, traiter du modèle privé de résolution des conflits internationaux revient à analyser le modèle développé par la Chambre de Commerce Internationale (CCI). C'est en effet ce modèle qui aura une influence déterminante sur le régime de l'arbitrage commercial international et en conséquence sur celui de l'arbitrage transnational. Durant la première moitié du XXème siècle, la CCI élabore son modèle de résolution des conflits, et ce modèle d'abord empreint de consensualisme²⁴¹ progressivement se juridicise et se processualise. Deux influences ont été relevées sur la philosophie de la CCI et son modèle de résolution des litiges. La première est celle des débats antérieurs à la Première Guerre mondiale au sein des différentes chambres de commerce et qui visaient à unifier leurs efforts en matière d'arbitrage. La seconde influence est celle des usagers de la CCI une fois celle-ci mise en place. Ces influences se rejoignent puisqu'elles expriment la capacité de l'institution à rester au plus près des besoins de la pratique et de faire évoluer son modèle. Cette capacité est analysée comme étant le facteur fondamental de son succès.

Sur le plan de la résolution des conflits, les acteurs du commerce international sollicitent très rapidement la CCI après sa création, notamment sa Commission bancaire, afin d'obtenir une aide informelle dans le règlement de leurs litiges. Ces demandes sont le signe du besoin des acteurs du commerce d'une alternative à la justice étatique, juridique et formelle. Afin d'en tenir compte, la CCI développe des services de conciliation et d'arbitrage pour les conflits entrant dans sa compétence : c'est-à-dire les conflits du commerce international. L'origine informelle de son offre explique sans doute l'influence du consensualisme sur le premier modèle de règlement des litiges de la CCI et sur les pratiques des usagers²⁴².

l'ONU, et donc indépendamment du jeu des normes et des institutions établies par le Charte : « *le principe du non-emploi de la force peut être considéré comme un principe de droit international coutumier, non conditionné par les dispositions relatives à la sécurité collective* », CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, 27 juin 1986, p.100, 189.

²⁴¹ Voir ROMERO, Eduardo Silva, JOLIVET, Emmanuel, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage commercial...*, op.cit. Voir également en ce sens CARABIBER, Charles, *L'arbitrage international entre gouvernement et particuliers*, ibid, p.265

²⁴² ROMERO, Eduardo Silva, JOLIVET, Emmanuel, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage commercial...*, ibid.

Les statistiques de la CCI, entre sa création et la Seconde Guerre mondiale, font apparaître l'importance du règlement des litiges par voie consensuelle, soit par la conciliation (12 affaires) soit par les efforts autonomes des parties (59 affaires). Les parties en litige sont en recherche d'un mode de règlement qui leur permettra une poursuite de leur relation d'investissement, ou tout du moins d'un sens du juste qui ne peut venir que d'une prise en compte de l'équité, des usages et règles de leur milieu dans la solution trouvée. Cette philosophie imprègne le modèle de la CCI qui fait du titre sur la conciliation le premier de son règlement²⁴³ et rend le recours à la conciliation obligatoire avant tout arbitrage, ceci afin de favoriser une méthode consensuelle de règlement des différends. Cette faveur pour la conciliation ne doit pas occulter le souhait de la CCI de voir l'arbitrage se développer et son travail de fond pour des droits arbitraux nationaux le permettant. Il est d'ailleurs probable que le succès de la conciliation ait été en partie lié à l'invalidité des clauses compromissoires et à la possibilité pour la partie défenderesse de contester l'arbitrage après la survenance d'un litige, ainsi qu'aux difficultés liées à l'*exequatur* des sentences. Pour autant, cet esprit consensuel se retrouve également dans le modèle d'arbitrage adopté alors par la CCI, et qui est « *largement influencé par l'équité* ». ²⁴⁴

La CCI s'inscrit dans une vision classique²⁴⁵ de l'arbitrage et en adéquation avec les besoins de ses usagers. En particulier, la CCI souhaite offrir un processus aussi souple et amiable que possible afin de permettre une reprise des relations commerciales à la suite du règlement du différend. Cet esprit consensuel de l'arbitrage est décrit par Bruno Oppetit alors qu'il analyse le développement de l'arbitrage commercial au XXème siècle, comme « [du] *passage d'une situation de concurrence à une situation de coordination entre partenaires commerciaux (...), [ainsi selon l'auteur] l'arbitrage s'adapte parfaitement aux besoins des contractants : il convient aussi bien à la solution d'un litige, stricto sensu, qu'à un réaménagement du contrat, il est imprégné des conceptions identiques à celles qui animent les parties, car il traduit une même morale particulière des affaires et met en œuvre les mêmes usages du commerce ; il s'attache moins à trancher un différend en droit strict qu'à ménager la possibilité pour les parties, une fois leur désaccord surmonté, de renouer des relations*

²⁴³ Il était d'ailleurs intitulé « règlement de conciliation et d'arbitrage » montrant la prédominance de ce premier moyen sur le second, intitulé qui s'inversera en même temps que les faveurs pour ces modes.

²⁴⁴ ROMERO, Eduardo Silva, JOLIVET, Emmanuel, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage commercial...*, *ibid.*

²⁴⁵ A titre d'exemple Dans sa « Rhétorique » Aristote écrivait : « *Les parties peuvent préférer un arbitrage à un procès, car l'arbitre voit l'équité alors que le juge considère la loi.* »

*d'affaires, ainsi l'arbitrage paraît inséparable de la dynamique contractuelle, et « il pourrait bien avoir pour fonction latente essentielle de renforcer les mécanismes informels par lesquels les partenaires commerciaux s'assurent du maintien de leurs échanges mutuels en dépit des conflits qui les accompagnent inévitablement »*²⁴⁶. A ce dernier titre, à ce moment de l'histoire de la CCI, celle-ci considère même que la qualité des sentences arbitrales rendues sous son égide a un effet dissuasif incitant les acteurs du commerce à respecter leurs engagements contractuels. Et qu'en conséquence une clause compromissoire serait une sorte « *d'assurance contre les litiges* »²⁴⁷.

Plusieurs éléments transposent cet esprit consensuel dans le modèle arbitral CCI. D'abord la gratuité de la procédure²⁴⁸. Selon l'institution, elle se justifie par la nature honorifique du travail effectué par les arbitres : être choisi comme arbitre est une distinction dans son milieu d'affaires. Aussi, la relation nouée entre l'arbitre et les parties n'est pas de nature monétaire mais de confiance -et donc fiduciaire au sens donné par Charles Carabiber²⁴⁹. Le second élément est sociologique : les arbitres sont sélectionnés prioritairement selon des critères de nationalité et de compétences techniques parmi les représentants des corps de métiers et des industries impliqués dans les conflits. Les compétences juridiques n'ont pas la priorité et on constate même le peu de rôle donné aux juristes au travers d'un commentaire du Règlement de conciliation et d'arbitrage publié en 1925 selon lequel « *le fait qu'un homme est un juriste ne l'empêche pas de servir en tant qu'arbitre* »²⁵⁰. Cet élément est à mettre en lien direct avec la nature des règles applicables au fond du litige. Tout au long de cette période, la CCI encourage les arbitres à avoir recours à l'amiable composition²⁵¹, à régler les litiges au regard de l'équité et des usages du commerce plutôt que du droit étatique. Ici encore, la CCI s'inscrit dans une vision classique de l'arbitrage²⁵² qui l'assimile parfois à l'amiable

²⁴⁶ BELLEY, Jean-Guy, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, Thèse Paris II, 1976, p.535-544. [Mis en gras par nos soins] Et Bruno OPPETIT, « *Éléments pour une sociologie de l'arbitrage* », L'Année sociologique (1940/1948-), Troisième série, Volume 27, 1976, p.179-195.

²⁴⁷ ROMERO, Eduardo Silva, JOLIVET, Emmanuel, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage commercial...*, ibid.

²⁴⁸ Le Règlement d'arbitrage de 1922 précise ainsi que « [l]es arbitres auront droit au remboursement de leurs frais, mais les fonctions d'arbitres seront gratuites ».

²⁴⁹ Voir CARABIBER, Charles, *L'évolution de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p.135

²⁵⁰ E. S. Romero, E. Jolivet, et al., *Aux origines de l'arbitrage...*, op. cit. [mis en gras par nos soins]

²⁵¹ Dans son guide de 1935, la CCI indique que « *l'arbitre décide du litige en équité, comme un homme d'affaires, sans être lié par les lois ou par les règles juridiques de procédure* » puisqu'il est « [...] un expert choisi pour sa connaissance des affaires, son bon sens et son impartialité, plutôt que pour ses connaissances juridiques ». ROMERO, Eduardo Silva, JOLIVET, Emmanuel, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage commercial...*, ibid.

²⁵² En ce sens : « [A]u Moyen âge on trouvait des auteurs pour en faire une notion différente [de l'amiable composition et] de l'arbitrage, tandis que d'autres considéraient que tout arbitre était amiable compositeur.

composition. Les incitations de la CCI se retrouvent dans la pratique des arbitres puisque sur « les 70 sentences rendues entre 1920 et 1945, seules 9 sentences font référence au droit. Les affaires restantes étaient jugées en fonction des faits de l'espèce, de l'équité ou des stipulations contractuelles en cause. Dans trois affaires, les arbitres ont fait référence au droit applicable, tout en fondant le cœur de leur analyse sur les faits, le contrat ou l'équité. Dans la majorité des cas où les différends étaient réglés conformément à un droit étatique, les arbitres ont déterminé eux-mêmes ce droit applicable. (...) Seules deux affaires ont été décidées conformément à un droit choisi par les parties »²⁵³. Cette préférence de la CCI pour l'équité se justifie par plusieurs raisons : en partie par la prédominance à ses débuts d'un arbitrage technique notamment de qualité, et en particulier par un souhait de l'institution de se distinguer de la justice étatique et de limiter la possibilité d'un contrôle des motifs des sentences arbitrales par les juges nationaux.

Enfin, le dernier élément marquant de l'esprit de consensualisme qui irrigue le premier modèle arbitral de la CCI se trouve dans le mode d'exécution des sentences. La CCI le fonde sur l'honneur des parties et la pression des pairs. Ainsi dans son premier Règlement de conciliation et d'arbitrage, la CCI indique que « [l]es parties sont obligées d'honneur à l'exécution de la sentence des arbitres ». Il prévoit en outre un mécanisme sophistiqué de pressions communautaires pour le cas où une partie manquerait à son honneur et n'exécuterait pas spontanément la sentence : mesures disciplinaires appliquées par une chambre de commerce ou un organisme commercial similaire, ou encore publication du nom de la partie fautive ou de la sentence rendue. Preuve de l'efficacité d'une telle menace, ou du partage de cette philosophie consensuelle par les acteurs du commerce, le taux d'exécution volontaire semble être alors particulièrement élevé²⁵⁴.

Tous ces éléments révélateurs de l'esprit consensuel du premier modèle de résolution des litiges de la CCI, et en particulier ceux qui concernent l'arbitrage, ne peuvent que surprendre tant ils contrastent avec le modèle actuel. Et en effet, le modèle CCI va grandement

Aujourd'hui, en droit français, la distinction est bien connue. » JARROSSON, Charles, *Le contrôle de la sentence*, texte reprenant la conférence qui a été prononcée à la Cour de cassation le 14 juin 2002, disponible à l'URL :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/arbitrage_interne_contr_sentence_9235.html#N_1

²⁵³ ROMERO, Eduardo Silva, JOLIVET, Emmanuel, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage commercial...*, *ibid.*

²⁵⁴ 87% en 1937 : ROMERO, Eduardo Silva, JOLIVET, Emmanuel, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage commercial...*, *ibid.*

changer sous l'influence croisée de l'évolution du contexte économique et des crises internationales : crise économique des années 1930, conflits mondiaux, complexification des échanges commerciaux internationaux etc. Ces changements ont un impact majeur sur la pratique des affaires et sur les attentes des acteurs en matière de résolution de leurs conflits, poussant la CCI à adapter son modèle pour y répondre.

Ainsi, les Comités exécutifs se réunissent régulièrement, et font évoluer les pratiques et textes de l'institution sur une base itérative en tenant compte des expériences de la Cour dans les dernières affaires ainsi que des demandes des usagers. Par exemple, dans le contexte de l'importante crise économique des années 1930, les conflits en recouvrement de créances se multiplient et ces conflits présentent de grandes similitudes, ce qui fait naître chez les usagers le souhait de voir les sentences publiées. C'est un besoin de prévisibilité et de sécurité juridique qui est invoqué, et cette question de la publication des sentences arbitrales en vue de leur assurer une certaine « harmonie » a alimenté nombre des débats des Comités. Toujours sous l'influence de la crise des années 1930, la CCI assiste à une explosion des sentences rendues sous son égide, révélant que : « [d]ans un contexte économique plus difficile, les parties semblent donc avoir donné leur préférence à la procédure arbitrale plutôt qu'à la conciliation »²⁵⁵. La CCI en tient compte et le règlement est modifié en 1934 afin de rendre la procédure de conciliation facultative. Il semble assez cohérent que quand les relations se tendent et les enjeux sont plus importants, la voie de l'amiable apparaisse moins attractive pour les usagers. Pourtant, on peut également se demander si cette bascule progressive d'une faveur des usagers pour la conciliation à l'arbitrage n'est pas également la résultante du modèle de conciliation proposé par la CCI.

En effet, ces dernières années, la conciliation proposée par une autre institution, le Centre International pour la Résolution des Différends d'Investissement (ci-après « le CIRDI » ou « le Centre ») a reçu de nombreuses critiques, critiques qui ont poussé le Centre à reformer ses textes. Une de celles qui lui furent adressées par ses usagers et dont la doctrine s'est fait le relais, est celle d'un modèle très formel de conciliation, autant ou presque qu'un arbitrage, sans en offrir les fruits : une décision impérative. On a ainsi qualifié la conciliation CIRDI

²⁵⁵ ROMERO, Eduardo Silva, JOLIVET, Emmanuel, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage commercial...*, ibid, p.8. Ce sera également le cas dans les affaires impliquant un État et un particulier dans lesquelles les clauses compromissoires ont joué jusqu'au stade de la conciliation ou au plus du choix des arbitres seulement. Voir CARABIBER, Charles, *L'arbitrage international...*, op. cit., p.67.

« d'arbitrage non contraignant ». Dans une certaine mesure la critique peut être étendue au premier modèle de conciliation CCI, qui présente sensiblement les mêmes caractéristiques. Celles d'être un mode de résolution des conflits dans lequel les parties sont dessaisies de la solution à leur litige, ne pouvant donc arriver à un processus d'accord à son sujet, mais sans que celle-ci bénéficie d'une force obligatoire, y compris par pression par les pairs, comme c'est le cas de l'arbitrage. C'est dans ce sens que la conciliation semble porter les contraintes sans aucun des avantages de l'arbitrage.

En effet, en souhaitant formaliser les demandes informelles de résolution des litiges que lui apportaient les acteurs du commerce, la CCI a certes conservé un esprit consensuel dans son modèle mais l'a nécessairement processualisé. Elle a produit des règles de conciliation et un cadre, ce qui lui a par là-même fait perdre sa flexibilité et son caractère informel. A ce titre, il faut souligner que dans le modèle de conciliation CCI, la Commission de Conciliation était très interventionniste ; en plus de voir son recours obligatoire. Elle auditionnait les parties et après avoir entendu leurs arguments leur adressait un projet de transaction. Or, ce projet n'était pas nécessairement consensuel, il ne tentait pas de réconcilier les intérêts des parties ou de préserver leur relation. Au contraire, il pouvait parfois se faire arbitre des responsabilités, des torts et des raisons, et ressembler en cela à un jugement : « [b]ien des gens s'imaginent que du moment qu'on parle de conciliation on emploie le système de « la poire en deux ». Nous avons eu dans notre expérience plusieurs cas où la Commission de Conciliation a donné entièrement raison à l'une des deux parties et entièrement tort à l'autre »²⁵⁶. Il n'est donc pas surprenant qu'un arbitrage fournissant une décision susceptible de s'imposer -en raison des pressions de la communauté des affaires, ou en ce qu'elle est revêtue de l'autorité de chose jugée et est susceptible d'exécution forcée devant les tribunaux- soit vue comme plus efficace que la conciliation. Les usagers avaient donc tout intérêt à faire lever l'obligation du recours préalable à la conciliation, surtout une fois la validité de la clause compromissoire reconnue par la plupart des États. En conséquence, les besoins des usagers de rester sur le terrain de l'amiable afin notamment de préserver leur relation n'était pas satisfait par l'offre institutionnelle de la CCI à ses débuts. Et il n'est alors pas surprenant que celle-ci ait développé dans les décennies suivantes son offre de services vers les modes consensuels comme la médiation. D'autant plus que la processualisation provoquée par l'institutionnalisation des modes de règlements des

²⁵⁶ René ARNAUD, *Conciliation et arbitrage*, CCI, Conférence sur l'arbitrage commercial international, 13-15 juin 1946, compte-rendu des séances destiné aux membres de la conférence, pp. 35-36, cité par ROMERO, Eduardo Silva, JOLIVET, Emmanuel, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage commercial...*, *ibid.*

litiges²⁵⁷ va également s'appliquer au modèle arbitral, éliminant encore davantage l'esprit consensuel du modèle CCI. En outre, dans le cas de l'arbitrage le phénomène sera encore davantage saillant, avec une juridicisation sous l'influence du contexte économique de l'époque et de celui du développement d'un cadre juridique favorable à l'arbitrage.

Tout d'abord, c'est la modification dans la structure des échanges qui change la nature de l'arbitrage CCI. Avec la seconde révolution industrielle, les échanges internationaux concernent de moins en moins les matières premières et davantage des produits industriels ou des biens d'équipement. En outre, les échanges s'internationalisent, se complexifient et impliquent des sociétés plus grandes. Les conséquences juridiques sont nombreuses avec une complexification des structures sociétales et contractuelles : création de succursales, de filiales, notamment à l'étranger marquant le développement des entreprises multinationales. Mais aussi implication de droits variés, en termes techniques comme en matière de propriété intellectuelle, et en termes d'ordres juridiques²⁵⁸ avec l'explosion des questions de conflits de loi. Le modèle des associations de branches devient obsolète. Dans ce contexte complexe il n'est plus possible de s'en tenir à des contrats-types standardisés et interprétés par des arbitres commerçants. Les acteurs se tournent alors vers la CCI qui accueille ces nouveaux litiges et marque ainsi sa spécificité par rapport aux centres arbitraux de branche. Et si jusqu'en 1975 les Règlements successifs ne font aucune référence au droit applicable au fond du litige, toujours est-il que le droit servira de manière croissante de base à la résolution des litiges.

Par voie de conséquence, la sociologie des tribunaux arbitraux évolue également, et les arbitres issus des professions du droit deviennent majoritaires, notamment après la Seconde Guerre mondiale²⁵⁹. Ces évolutions impriment leur marque sur les caractéristiques des sentences arbitrales qui deviennent plus longues et plus détaillées. Autre signe d'une processualisation et d'une judiciarisation de l'arbitrage CCI, les demandes d'incompétences et

²⁵⁷ Voir sur ce sujet FOUCHARD, Philippe, *L'évolution des modes de règlement des litiges du commerce international*, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle*, Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Litec, 6p., 2001

²⁵⁸ Pour de plus amples développements voir CARABIBER, Charles, *L'évolution de l'arbitrage...*, op. cit., p.8 et 50. Et LEMERCIER Claire, et SGARD, Jérôme, op.cit. p.17, ainsi que ROMERO, Eduardo Silva, JOLIVET, Emmanuel, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage commercial...*, ibid.

²⁵⁹ Une étude menée par le cabinet PriceWaterhouseCoopers en partenariat avec *The School of International Arbitration* de la *Queen mary University* de Londres est éclairante à ce sujet. Elle révèle que les principaux critères de choix des parties aujourd'hui dans la sélection de leurs arbitres sont d'abord la compréhension du domaine d'activité de l'entreprise puis la connaissance dans la loi applicable au contrat, ensuite celle du processus arbitral et en dernier lieu les connaissances techniques (non juridiques) et la langue de l'arbitre.

d'irrecevabilité se multiplient. Tout ce formalisme induit un allongement significatif de la durée des arbitrages, au point d'ailleurs que la CCI modifie son règlement en 1955 pour y inscrire l'obligation pour le tribunal arbitral d'instruire la cause « *dans les plus brefs délais* »²⁶⁰.

Une autre conséquence de cette bascule d'un arbitrage technique à un arbitrage juridique s'exprime dans la « *moindre capacité des opérateurs de marché à garantir entre pairs la discipline des contrats et l'exécution des sentences arbitrales, sur la base d'un pouvoir de marché et de l'organisation verticale des anciennes associations de branches* »²⁶¹. La question de la reconnaissance à l'étranger d'une sentence étrangère devient alors d'une importance majeure, et pousse la CCI à intégrer dans sa pratique ces considérations extrêmement pointues en termes de technique juridique.

Ensuite, si antérieurement la préférence de la CCI pour l'équité se justifiait par son souhait de se démarquer de la justice d'État et d'éviter un examen des motifs des sentences par le juge, il semble que cet élément ait perdu de son importance tant pour les usagers que pour la CCI à mesure que se développe le cadre juridique sur le plan national : reconnaissance de la validité de la clause compromissoire en France en 1925, construction du double régime de l'arbitrage interne et international ; et sur le plan international, Protocole de 1923 sur la reconnaissance des clauses arbitrales et Convention de 1927 sur l'exécution des sentences. Dans le même temps des relations privilégiées avec l'ordre judiciaire se créent, notamment avec la Cour d'appel de Paris et la Cour de Cassation qui rendent les premières jurisprudences favorables à l'arbitrage dans les années 1930.

Ces raisons justifient la juridicisation de l'arbitrage dans le modèle de résolution des différends de la CCI. Il n'est bien sûr pas question ici de dire que son modèle arbitral et l'arbitrage commercial international en général ne présentent aucun élément de consensualisme. La possibilité de son recours par les parties en est encore une expression forte, tout comme la flexibilité qui leur est laissée dans de nombreux aspects procéduraux : composition du tribunal arbitral, droit applicable, siège, modalités pratique de réunion, pour en nommer quelques aspects ; ou enfin au niveau processuel avec la possibilité de donner des pouvoirs d'amiable composition au tribunal ou d'acter un accord transactionnel *via* une

²⁶⁰ ROMERO, Eduardo Silva, JOLIVET, Emmanuel, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage commercial...*, op. cit. p.12.

²⁶¹ LEMERCIER Claire, et SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international...*, ibid.

sentence d'accord parties. Pour autant, quand après la Seconde Guerre mondiale la CCI atteint une certaine maturité dans son modèle de résolution des litiges, on note que l'esprit consensuel très présent au départ s'est progressivement dilué. Or, cet élément aura son importance durant les décennies qui suivront, au moment de la création du régime de l'arbitrage transnational, en raison de l'influence de la CCI sur le processus de construction du cadre juridique international de l'arbitrage.

Section 2. L'influence de ces modèles : la bascule vers l'arbitrage d'investissement

Cette bascule est tout d'abord le fait de la rencontre entre l'arbitrage et le multilatéralisme (A) qui découle de la présence de la CCI et de son influence dans les instances multilatérales chargées du développement de régime international de l'arbitrage commercial. Ensuite, cette bascule est le fait de la rencontre de l'arbitrage et de la question de la sécurisation des droits des investisseurs étrangers (B).

A) La rencontre de l'arbitrage et du multilatéralisme

Au cours de ce premier demi-siècle, la CCI a des rapports étroits avec les instances multilatérales. D'abord avec la Société des Nations, en particulier avec sa Section économique et financière qui très tôt se saisit de la question de l'arbitrage commercial. Puis avec l'Organisation des Nations Unies et ses multiples agences. A mesure que la CCI gagne en prestige, son influence sur ces institutions multilatérales croît. C'est ainsi que la CCI est en mesure de transmettre le fruit de son expérience et en particulier son modèle de résolution des litiges et d'influer sur le cadre juridique international de l'arbitrage commercial en construction.

Le point de rencontre de la CCI et des institutions multilatérales se fait autour du thème du maintien de la paix, dont l'arbitrage se fait la promesse²⁶². Ce thème ressort puissamment au lendemain de la Première Guerre, période qui voit la création parallèle de la CCI et de la SDN qui ouvre ses portes en 1921 à Genève. Outre la thématique pacifiste de l'arbitrage, la relation étroite que nouent ces institutions s'explique par la résonance forte entre le caractère

²⁶² Les fondateurs de la CCI aimaient ainsi se décrire comme des « marchands de paix », la CCI est considérée comme le pendant économique de la Société des Nations, voir E. S. Romero, E. Jolivet, et al., *Aux origines de l'arbitrage...*, op. cit. p.1

international de la CCI et sur laquelle elle fonde son identité, et le projet multilatéral de la SDN. Il est cependant certain que les milieux d'affaires internationaux, dont la CCI se fait le porte-parole et la défenseuse, ont investi le sujet avec leurs propres intérêts. Rapidement, la CCI décide d'adopter le rôle d'institution *primus inter pares*²⁶³, protectrice du marché et lobby de ses intérêts ; et œuvre ainsi à son développement. C'est ce qu'elle appelle « [l']*action directe pour le bien commun* »²⁶⁴ et qui la pousse à investir systématiquement les forums internationaux où ont lieu les discussions autour de la constitution du régime international de l'arbitrage commercial. Et puisqu'elle choisit de rester solidement ancrée dans la pratique, elle peut faire bénéficier ces discussions de son expérience, de son analyse empirique des besoins des usagers et du marché.

C'est rapidement mais plutôt timidement que se noue la relation entre Paris et Genève. La Section économique et financière de la SDN, s'empare quasi immédiatement après sa création de la question de l'arbitrage avec le problème majeur de la reconnaissance des clauses arbitrales par les États. Elle initie les négociations qui aboutissent au Protocole de 1923. A ce stade, la CCI commence à identifier son intérêt à investir le forum international ; mais il passe inaperçu des experts et des diplomates de la SDN. Pis, la CCI « *n'est pas seulement absente des débats genevois, elle aussi ignorée, sinon méprisée (...) la SDN opère (...) exclusivement à travers le canal des experts et des informations fournis par les gouvernements nationaux* »²⁶⁵. Mais très rapidement les liens se nouent et débouchent sur « *des échanges d'information, de consultation, puis d'influence* »²⁶⁶ rendus possibles par l'accréditation officielle de la CCI auprès de la SDN. Cet accès direct et légitime, dont elle seule bénéficie, lui permet d'avoir sa place autour de la table des groupes de travail et dans les bureaux de la SDN, et plus tard de l'ONU. Et c'est à la demande de la CCI que sont entamées à la SDN les négociations qui aboutissent à la Convention de 1927 sur la reconnaissance des sentences arbitrales. Cependant, si les États répondent positivement à la demande des acteurs privés d'un texte facilitant l'exécution des sentences, le résultat offert, lui, est au-deçà des attentes de la CCI. C'est ce qui explique qu'elle relance le débat en 1953. Un débat qui débouche sur la très célèbre convention

²⁶³ LEMERCIER Claire, et SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international...*, ibid.

²⁶⁴ LEMERCIER Claire, et SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international...*, ibid.

²⁶⁵ LEMERCIER Claire, et SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international...*, op. cit. p.105.

²⁶⁶ LEMERCIER Claire, et SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international...*, op. cit. p.97.

de New-York²⁶⁷ de 1958. Or cette fois-ci, la CCI impose sa marque au projet²⁶⁸. Elle réussit ainsi à corriger les défauts majeurs de la convention de 1927 que sont la double *exequatur* de l'article 1d) et le renvoi au droit du siège de l'arbitrage, offrant ainsi à la sentence une réelle autonomie. Son idéal de « sentence international » est atteint, tout comme les objectifs qu'elle s'était fixée à sa création en termes de modernisation du droit arbitral. L'influence déterminante de la CCI sur ce texte est le reflet du prestige qu'elle a acquis dans le monde arbitral, de sa capacité de lobbying et de sa connaissance des organisations internationales.

Si la SDN portait en son cœur une nouvelle vision de la gouvernance internationale, et qu'ainsi si « (...) avant 1914 le paradigme juridictionnel était au cœur de tous les projets et de toutes les utopies, il n'est plus, désormais, envisagé que comme une pièce d'une architecture plus large, également plus lourde en termes de délégation de ressources d'agency internationale »²⁶⁹, pour autant, « [l]'arbitrage reste au cœur des débats internationaux »²⁷⁰ comme vecteur de paix par le droit. Et c'est donc autour de ce sujet que se retrouvent tout à la fois délégations gouvernementales, experts et acteurs privés de l'arbitrage, dans une multitude de forums – plus ou moins formels, OEEC puis OCDE, ONU, ou encore Conseil de l'Europe. Il est alors évident qu'une forte interpénétration a lieu. C'est sous cette influence croisée que se développe un modèle juridique et formel de l'arbitrage commercial international, imprégné tant du modèle développé par les États dans leur pratique internationale et transnationale, que par celui de la CCI. Cette influence se fait également sentir quand, dans ce même contexte d'interpénétration normative et institutionnelle, sont débattus les moyens de garantir les droits des investisseurs étrangers.

B) La rencontre de l'arbitrage et de la question de la sécurisation des droits des investisseurs étrangers

Dans un mouvement qui peut paraître logique, voire inévitable, l'arbitrage comme mécanisme de résolution des litiges, et la question, controversée depuis déjà longtemps, de la sécurisation des droits des investisseurs étrangers, finissent par se rencontrer au lendemain du

²⁶⁷ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

Conclue à New York le 10 juin 1958, appelée communément la « Convention de New-York ».

²⁶⁸ Pour une généalogie complète de la Convention et le rôle de la CCI, voir LEMERCIER Claire, et SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international...*, op. cit. p.124 et ss., ainsi que ROMERO, Eduardo Silva, JOLIVET, Emmanuel, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage...*, op. cit. p.13 et ss.

²⁶⁹ LEMERCIER Claire, et SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international...*, ibid, p.9

²⁷⁰ LEMERCIER Claire, et SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international...*, ibid, p.9

Second Conflit mondial, alors que les investissements se développent et que les États y prennent une part croissante. Si jusque-là des arbitrages transnationaux ont lieu, ils restent un phénomène vu comme rare et empirique : ils ont lieu dans des cadres soit *ad hoc* -les commissions mixtes – soit qui ne sont pas pensés à l’origine pour ce type d’arbitrage -comme la CCI ou la CPA. Mais, à la fin de la décennie 1940, face à ce changement de contexte économique, s’engage une réflexion sur l’opportunité de leur institutionnalisation.

1- Premiers projets pour une institutionnalisation de l’arbitrage transnational

Dès 1948, l’Association de Droit International – ou ILA de son acronyme anglais- propose deux projets sur le sujet donnant tous deux un droit d’accès direct à l’investisseur : le premier devant une cour internationale spécialisée en matière d’investissement, le second devant un tribunal arbitral. Il est intéressant de noter que les deux projets présentent de grandes similarités avec l’actuel système CIRDI. Dans le même sens, dès 1953 une résolution de la CCI invite la CPA à « *mettre à l’étude, l’adaptation de son organisation au règlement des différends entre États et particuliers* »²⁷¹. Puis, en 1958, la CCI inclut dans son programme prévisionnel du Congrès de Washington la question des arbitrages « *entre États et particuliers* ». La question est ensuite mise au premier plan du programme de travail de la Commission d’arbitrage de 1963, et elle y restera jusque les années 1970. On retrouve alors les liens forts entre cette institution privée et les agences multilatérales de l’ONU : en 1960 à l’occasion de la 95^{ème} session de son Conseil il est affirmé que l’ONU serait prête à aider la CCI à « *dissiper les préventions* »²⁷² qui existeraient autour de ce type d’arbitrage²⁷³. Ceci à la condition, cependant, que la CCI fournisse plus d’informations sur les affaires impliquant un État et un particulier qu’elle arbitre déjà. C’est l’occasion pour la Cour d’arbitrage de la CCI d’établir des statistiques qui seront transmises à l’ONU en 1962, et pour le Conseil de prendre conscience -la confidentialité l’en empêchait jusque-là- que la Cour administre déjà un certain nombre d’affaires de ce type.

²⁷¹ Voir le rapport rendu par LEMERCIER Claire, et SGARD, Jérôme, *Arbitrage privé international et globalisation (s)*..., op.cit.

²⁷² Voir le rapport rendu par LEMERCIER Claire, et SGARD, Jérôme, *ibid.* p.92.

²⁷³ Fruit de l’appui de l’ONU et du travail de fond des Comités nationaux, la clause CCI rencontre un succès grandissant dans les contrats impliquant une entité publique. C’est ainsi que la part du nombre d’affaires soumises à la CCI et impliquant un État ne cessera d’augmenter : de 4% après-guerre à « *13 % en 1966 comme en 1967, auxquels il faut ajouter dans les deux cas environ 10 % d’affaires Est-Ouest décomptées à part, et 31 % au total en 1969* ».

En parallèle des discussions qui ont lieu sur la future Convention de New-York, et toujours au sein des Nations-Unies, la Commission économique pour l'Europe (ECE) de l'ONU héberge les débats qui aboutiront à la signature de la Convention de Genève sur l'arbitrage commercial international en 1961. Ces discussions s'ouvrent en 1954 afin de résoudre des problèmes pratiques d'arbitrages européens entre les deux blocs de l'Est et de l'Ouest ; et la CCI y joue un rôle important. Dès 1957 le secrétariat introduit formellement dans les débats la question de l'arbitrage impliquant une partie publique. Il va même jusqu'à inclure dans l'article 2 de son projet de convention la faculté pour les personnes de droit public de compromettre valablement. La question reste cependant au stade des discussions et n'aura finalement pas d'application directe dans la Convention.

C'est dans le même temps, qu'un autre projet qui vise à inclure l'arbitrage dans un texte multilatéral est débattu par les nations européennes. Un projet initié en République d'Allemagne de l'Ouest sous l'impulsion d'une figure : Hermann Joseph Abs, qui lui donne son nom. Dans son projet, Hermann Abs prévoit un recours tant pour les États que les particuliers devant une cour internationale pour tout litige sur des questions d'interprétation du droit, et devant un tribunal arbitral pour toute question de compensation ou tout litige de « *moindre importance* ». Hermann Abs plaide pour un système multilatéral susceptible de conférer à l'engagement des États de recourir à l'arbitrage un caractère irrévocable, puisque selon lui les traités bilatéraux n'apportent pas une protection suffisante²⁷⁴.

Le terme de « figure » est probablement adapté pour parler d'Hermann Abs : il s'agit d'un personnage extrêmement influent, ayant ses entrées dans les instances gouvernementales et diplomatiques, mais également controversé en raison de ses activités sous le III^{ème} Reich. Ce banquier allemand s'impose alors comme l'autorité mondiale en matière d'expropriations directes et indirectes. En effet, Hermann Abs détient une expérience de première main sur le sujet car il fut directement impliqué dans les expropriations abusives des propriétés juives pratiquées par le gouvernement allemand, et puisqu'il fut témoin d'expropriations de grandes ampleurs et sans compensation de biens allemands dans les pays alliés pendant et après la

²⁷⁴ En outre, si la CPA produit en 1962 un règlement d'arbitrage et de conciliation pour le règlement des différends d'investissement, ce dernier n'a pas valeur de traité, contrairement aux textes fondateurs de la Cour. Ainsi, l'acceptation d'un État de recourir à l'arbitrage selon ces règles pouvait difficilement être assimilée à une obligation internationale susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'État en cas de non-respect.

guerre²⁷⁵. Ces expériences ont forgé la vision d'Hermann Abs, et ce serait une véritable croisade qu'il aurait mené en faveur de la mise en place d'un système multilatéral de protection des investissements étrangers. En pleine crise du canal de Suez, Hermann Abs s'appuie encore sur son expérience personnelle – et sur des exemples concrets européens - quand il présente son projet en 1956. Il soutient alors que la « *progressive désintégration du droit international* »²⁷⁶ peut-être remontée aux propres expropriations menées par les nations occidentales sur des bases politiques ou raciales²⁷⁷. Son projet trouve une résonance particulière dans un contexte d'après-guerre et dans une Allemagne divisée, où plane le risque d'une invasion par l'Allemagne de l'Est - l'inviolabilité de la propriété privée est alors aussi un moyen de séparer les deux Allemagnes. Pourtant, le projet d'Abs ne rencontre pas un soutien franc du gouvernement allemand, qui veille à garder une forte neutralité sur la scène internationale. Ceci explique en revanche le relatif soutien que le projet reçoit du monde des affaires allemand, conscient du peu de poids que mettrait son gouvernement pour soutenir un de ses ressortissants en cas de litige d'investissement avec un État d'accueil étranger. Le gouvernement allemand, voit cependant les idées d'Hermann Abs d'un œil bienveillant et s'il n'endosse pas le projet il le présente tout de même à l'Organisation Européenne de Coopération Économique (OECE)²⁷⁸ comme un texte d'initiative privée et en suggère l'examen.

Hermann Abs bénéficie d'un réseau très étendu de banquiers et d'investisseurs. C'est par l'entremise d'un de ces réseaux, qu'il est en relation avec Hartley Shawcross, juriste et son égal en termes de stature et d'expérience. Lord Shawcross avait lui-même une grande expérience des expropriations, ayant été conseil dans plusieurs des grands arbitrages pétroliers de l'après-guerre, en particulier comme conseil d'AIOC/BP dans l'affaire de la raffinerie d'Abadan²⁷⁹. Et comme Hermann Abs, son expérience personnelle des expropriations a formé sa vision. En revanche, son contexte est sensiblement différent. Le Royaume-Uni est largement

²⁷⁵ Abs était en 1954 à la tête de la délégation allemande sur la question des compensations des expropriations de propriétés allemandes aux États-Unis.

²⁷⁶ Texte du discours donné par Hermann ABS « *The protection of Duly Acquired Rights in International Dealings as a European Duty: Reflections on the Development of the Suez Crisis* » cité par St JOHN, Taylor, op. cit. P.75

²⁷⁷ Hermann ABS fait ainsi remarquer que pour nationaliser le canal de Suez, le gouvernement aurait copié mot pour mot le droit anglais sur le commerce avec l'ennemi « *legislation on trading with the enemy* » qui fut utilisé pour exproprier des biens allemands durant la guerre. V. St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit., p75

²⁷⁸ Elle deviendra l'OCDE en 1961 et par convention de langage nous reprendrons cet acronyme.

²⁷⁹ Pour de plus amples développements sur le sujet voir le petit 1 du grand A de la section 1 « L'influence du contexte sur l'émergence du projet de convention CIRDI » du chapitre 1.

opposé à l'arbitrage d'investissement²⁸⁰ et Lord Shawcross a conscience que le texte d'Hermann Abs ne peut être accepté en l'état comme base de négociation par les États. Il rédige alors une autre version sans la référence à l'arbitrage, qui une fois transmis par le gouvernement britannique à l'OCDE, est fusionnée avec celle d'Hermann Abs sous le nom de projet de convention « Abs-Shawcross ». Le projet est ensuite repris par l'OECE au sein de laquelle le projet est examiné, jusqu'à se solder par un échec faute d'accord à la fin des années 1960²⁸¹.

A ce stade donc, celui de l'après-guerre et des deux décennies qui suivent, la question de la protection des droits des investisseurs par l'arbitrage transnational et son institutionnalisation sont « dans l'air ». Diverses raisons peuvent être avancées pour le justifier : les nombreuses atteintes aux droits privés par voie d'expropriation suite aux deux conflits mondiaux et à la décolonisation ; la multiplication des conflits d'investissement qui donnent notamment lieu à des arbitrages retentissants en matière pétrolière ; un contexte de développement normatif de l'arbitrage commercial international²⁸² et plus globalement un contexte d'après-guerre fertile pour la création d'institutions multilatérales. C'est également le contexte international complexe qui vit de profondes mutations entre reconstruction des États européens, début de la guerre froide, et mouvements de décolonisation. Dans ces circonstances un élément va avoir l'effet d'un catalyseur : l'affirmation de la nécessité d'un accroissement des mouvements de capitaux privés par l'investissement en direction des pays les moins développés. C'est sur la base de cette idée que va se développer l'ensemble de l'architecture du *Système* que l'on connaît aujourd'hui.

2- L'arbitrage « d'investissement » au service du développement

Jusqu'à ce moment, quand est abordée la question des arbitrages transnationaux, on parle d'arbitrages « *entre États et particuliers* ». Ils concernent essentiellement des opérations commerciales passées par des États européens avec des fournisseurs étrangers, européens

²⁸⁰ Le Royaume-Uni craint notamment d'être défendeur dans ce type d'arbitrage contre des investisseurs allemands. En outre, le Royaume-Uni ne souhaite pas soutenir un projet favorable à l'investissement pour des raisons d'économie interne qui rendent impossible pour le gouvernement britannique d'en respecter les termes.

²⁸¹ Pour plus de développement sur ce point voir le petit 2 du grand A de la section 1 « L'influence du contexte sur l'émergence du projet de convention CIRDI » du chapitre 1.

²⁸² La Convention de New-York de 1958 déjà évoquée, mais également la même année l'adoption de la loi modèle sur l'arbitrage de la Commission des Nations-Unies sur le Droit International, et en 1962 la résolution de l'Assemblée Générale 1803 (XVII) sur le Souveraineté permanente sur les ressources naturelles contient en son quatrième paragraphe une référence à l'arbitrage comme un moyen que les États et les investisseurs peuvent valablement choisir pour régler tout litige en rapport avec « l'expropriation, la nationalisation ou la réquisition (...) sur accord des États souverains et autres parties intéressées, le différend devrait être soumis à l'arbitrage ou à un règlement judiciaire international. »

également. Les investissements de ressortissants des nations occidentales en Amérique Latine et du Sud avaient bien lancé les premiers débats autour d'un standard minimum de protection qui devrait être accordé à l'investissement international. Mais par la suite les replis nationalistes, puis les guerres mondiales avaient rompu cette dynamique et à la fin des années 1950 le commerce international n'a pas retrouvé le niveau de la première mondialisation, et l'investissement étranger reste faible. Par ailleurs, si la question de la protection des droits des étrangers est de nouveau d'actualité, les débats restent majoritairement européens – ou tout du moins occidentaux – et tournent essentiellement autour du « solde des comptes » de la guerre et du besoin de reconstructions des économies. Mais, dans la décennie 1950 et encore davantage dans celle qui suit, la vague de décolonisation, d'expropriations, et les débuts de la guerre froide, poussent à reformuler la question. Face aux nations européennes affaiblies, et dans la montée des blocs de l'Est et de l'Ouest, le ralliement des jeunes États issus de la décolonisation est un enjeu important pour les géants qui s'affrontent. Il s'agit bien sûr d'œuvrer à leur développement ainsi que de leur permettre de rejoindre l'économie mondiale. Mais il s'agit aussi de le faire de manière à rallier ces États à « son » côté, au tout du moins sans les pousser à rejoindre le camp opposé. Pour les États-Unis, promoteurs du libéralisme, ce développement doit se faire par l'accroissement des mouvements de capitaux privés à destination de ces États *via* l'investissement direct étranger (IDE)²⁸³.

L'idée alors est de dissocier l'investissement étranger de son caractère impérialiste, afin d'en faire un outil du développement. Cette doctrine, formulée au sein d'un groupe de travail du gouvernement américain, intègre dès 1942 l'arbitrage dans ses propositions. Reflet de ces nouvelles idées, on commence à parler d'arbitrage « d'investissement ». Ce-dernier est exposé comme un moyen de dépolitiser les conflits d'investissement et de défaire l'investissement international de ce qui est jugé être sa capacité pour l'inefficacité et le gaspillage, les frictions internationales et l'injustice. L'idéalisme de justice et de paix sont toujours bien présents dans la suite des idées du paradigme juridictionnel déjà exposé. L'accent est mis sur le potentiel de politique publique et de développement de l'investissement.

²⁸³ A titre d'exemple, Joost PAUWELYN cite Richard GARDNER, un éminent juriste, diplomate et professeur américain, qui écrivait au cœur de la Guerre Froide : « *Economic development requires capital. For the underdeveloped countries, there are three possible sources of capital: domestic, Communist, and Western. The relative emphasis which underdeveloped countries place on these alternative sources will profoundly affect their economic and political evolution and consequently our pursuit of security, prosperity, and freedom.* » PAUWELYN, Joost, *At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed*, 29 ICSID REV. p.372, 2014, p.391

La Charte de la Havane de 1948 reflète cette nouvelle façon de voir les investissements, qui : « (...) *tant publics que privés, peuvent contribuer dans une grande mesure à favoriser le développement économique et la reconstruction, et, par voie de conséquence, le progrès social* » tout en indiquant que « *sans préjudice des accords internationaux existants auxquels les États membres sont parties, un État membre a le droit de prendre toutes mesures appropriées de sauvegarde nécessaires pour assurer que les investissements étrangers ne serviront pas de base à une ingérence dans ses affaires intérieures ou sa politique nationale* »²⁸⁴. A la Havane, en dépit des prémices de cette nouvelle vision des investissements, ceux-ci sont toujours abordés avec méfiance par les quelques États du Sud présents, notamment l'Égypte. Les investissements restent assimilés à un outil d'ingérence économique, ce qui justifie les réticences à leurs accorder des garanties de sécurité.

A la lecture de ce texte, on remarque que les termes actuels du débat autour de l'investissement sont déjà posés : le présupposé bénéfice de l'investissement privé pour le développement, face à la crainte que l'investissement ne conduise à une atteinte à la souveraineté des États importateurs de capitaux. Les promoteurs de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits d'investissement susceptible de stimuler les flux de capitaux, l'auront bien compris et veilleront minutieusement à éviter de le présenter comme une solution créée par les États exportateurs de capitaux imposée à ceux importateurs, mais plutôt comme un outil dont le recours est au contraire une expression de leur souveraineté.

La question est reprise dans les mêmes termes en 1960 dans un rapport soumis par le secrétaire général de l'institution à la 29^{ème} session de l'ECOSOC -le conseil économique et social de l'ONU- sur les moyens d'augmenter les flux de capitaux internationaux²⁸⁵. Ici encore cette question est jugée étroitement liée au problème des investissements dans les pays sous-développés -principalement africains. On retrouve également la rhétorique autour de la paix mondiale puisque, selon ce rapport, remédier prioritairement à ce problème de développement serait le meilleur moyen de garantir une paix durable dans les relations internationales. Dans

²⁸⁴ Charte de la Havane, article 12, a) et c) i. Finalement, ce texte n'entrera jamais en vigueur, en partie car les États-Unis ne l'ont pas ratifié notamment face à l'objection de ses *Business Organizations*.

²⁸⁵ A titre d'exemple, c'est pour répondre à cette crainte des États qu'en 1963 le président de la Commission de l'arbitrage CCI, Lord TANGLEY, proposa à la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD, qu'on appellera également la Banque mondiale dans la suite de notre exposé, puisqu'à l'époque ces institutions se confondaient) de présenter aux États l'arbitrage d'investissement comme un exercice de leur souveraineté : « *that a submission to arbitration was an exercise of sovereignty and not a derogation from it* ». Document ONU/3325, paragraphes 170-171, 200 et 203 (1960). Une proposition qu'il a approfondie dans un rapport ultérieur de 1962 : E/3665/Rev.1., p. 42 à 44.

son rapport, le Secrétaire juge que le sentiment d'insécurité autour des investissements internationaux n'est pas tant le résultat d'un manque de définition des droits des investisseurs, que de celui d'un organisme muni de pouvoirs juridictionnels capable de faire respecter lesdits droits.

Le rapport envisage alors la création d'un organisme arbitral international pouvant traiter des litiges entre entreprises privées et organismes d'État exerçant une activité commerciale. Pour justifier une telle proposition, le Secrétaire général s'appuie sur le fait qu'un certain nombre d'États ont déjà accepté de se soumettre à l'arbitrage soit dans des clauses compromissoires dans des contrats de concession ou encore dans des lois générales - une première forme de consentement dissocié d'origine contractuelle ou législative qui sera largement généralisé par la suite au travers des traités bilatéraux de promotion des investissements. Sous ce même format, le rapport propose la rédaction d'un traité international dans lequel les États parties consentiraient une promesse d'arbitrage devant cet organisme international pour tout conflit émergeant des investissements dont ils se feraient terre d'accueil. Une promesse qui aurait alors la valeur d'un engagement international. La puissance d'un tel mécanisme serait renforcée par l'accès direct dont bénéficierait l'investisseur lésé, qui au contraire de la protection diplomatique, n'aurait nullement besoin de l'endossement de sa réclamation par son État de nationalité. En outre, le champ d'application matériel inclurait les conflits issus de nationalisations ou de restrictions monétaires.

Selon cette proposition, cet organisme pourrait être une institution existante, telle que la CCI ou l'American Arbitration Association. Mais le rapport évoque également la possibilité de créer une institution internationale, qui bénéficierait d'un statut spécial et d'un règlement rédigé en ce sens. Cette solution aurait le mérite de répondre aux hésitations, en particulier des États, envers les organismes arbitraux privés tels que la CCI. Ces hésitations justifieraient la création d'une nouvelle institution, dans un paysage institutionnel où pourtant le recours à un arbitrage entre État et particulier, y compris sur des relations d'investissement, est déjà possible.

Pour l'observateur contemporain, ces diverses propositions autour de l'arbitrage d'investissement, depuis le projet Abs jusqu'à celui développé par le secrétaire des Nations-Unis, peuvent sembler être le processus logique ayant abouti à l'architecture du *Système* actuel.

Et en effet, si l'on se base sur les similitudes des projets et du système de l'arbitrage CIRDI²⁸⁶, il peut paraître évident qu'une réflexion s'est développée au fil du temps autour de l'arbitrage d'investissement, qu'une faveur s'est progressivement formée autour de ce mécanisme, une faveur qui en a ensuite justifié la concrétisation. C'est d'ailleurs la vision souvent transmise dans les articles sur le sujet : la construction de l'architecture du *Système actuel de résolution des différends États-investisseur* serait celle de la mise en place de l'arbitrage CIRDI ; une construction souhaitée par les États car répondant au désir des investisseurs privés et concrétisée *via* la Banque mondiale dans son rôle d'organisme multilatéral.

Et on serait en effet tenté de conclure que l'arbitrage d'investissement devait emporter l'adhésion des États, puisque le Traité de Washington est entré en vigueur dès 1966. En outre, quand on sait que sur les vingt premières ratifications du Traité, quinze venaient d'États d'Afrique sub-saharienne, le soutien de ces États nouvellement indépendants paraît clair²⁸⁷. Selon la même logique, il paraîtrait évident que l'arbitrage d'investissement était au moins souhaité, voire la résultante d'un lobbying des investisseurs, puisqu'ils en sont les bénéficiaires directes. La lecture de l'Histoire du CIRDI pourrait renforcer cette perception.

Dans celle-ci il est dit que l'idée de la création du Centre pourrait être attribuée aux fréquentes sollicitations du Président de la Banque Mondiale afin de « *prêter ses bons offices pour le règlement de divers différends de nature financière, notamment entre États et investisseurs étrangers* »²⁸⁸. Ainsi, au cours des années 1950 la Banque serait intervenue à diverses reprises afin de régler directement des litiges impliquant un État ou un organisme public et une entreprise privée ; ou de désigner des arbitres pour ce faire. Un parallèle avec la CCI pourrait être fait, puisque cette dernière a développé son offre de services après avoir été régulièrement saisie de manière informelle par les opérateurs du commerce international, et qu'elle doit son succès à sa capacité à identifier et répondre aux besoins de la pratique. Sans doute alors, ce serait une motivation similaire qui serait à l'origine de la proposition de création du système CIRDI : offrir une réponse à un besoin général des opérateurs en matière de résolution des conflits d'investissement.

²⁸⁶ Nous entendons par « système de l'arbitrage CIRDI » l'ensemble des textes et organes permettant à un arbitrage d'être administré par le Centre International pour la Résolution des Différends d'Investissement.

²⁸⁷ Entre 1967 et 1971, le nombre d'États ayant ratifié la Convention est passé de 36 à 62, les pays africains représentant alors 50% des États membres en 1971. Voir A. Parra, *op. cit.* p. 122.

²⁸⁸ V. *History of ICSID*, Volume 1, p.3, disponible sur le site Internet du Centre.

Pourtant, il semblerait que la réalité soit bien plus nuancée et que la création du système CIRDI- la Convention de Washington et le Centre- soit davantage le reflet de la vision de la Banque et de ses agents que de celle des opérateurs des investissements, qu'ils soient publics ou privés. En effet, il semblerait que ces acteurs, plutôt que de souhaiter le développement d'un système arbitral international, avaient alors une large préférence pour la mise en place d'un organisme international d'assurance de l'investissement, sur le modèle de ce que proposaient déjà certains États comme les États-Unis. Plus encore, la plupart des États étaient clairement opposés à l'arbitrage d'investissement, et la très grande majorité des acteurs privés ignoraient tout bonnement ce qu'était l'arbitrage d'investissement, ou n'en voyaient pas l'utilité. La faveur pour l'arbitrage des investisseurs, et de leurs conseils juridiques, serait une construction longue de plusieurs décennies. Or, si ni les États ni les investisseurs ne souhaitaient la généralisation de l'arbitrage pour la résolution de leurs conflits d'investissement, la question se pose des raisons de sa mise en place puis de son développement, et incidemment de la légitimité d'un tel système. Car pour reprendre les mots d'Albert de la Pradelle : « *Il ne suffit pas que la justice soit juste, il faut encore qu'elle le paraisse* ».

Par ailleurs, le rapport onusien donne une bonne idée des motivations à l'origine de la mise en place du Centre par la Banque mondiale. Le Secrétaire de l'ONU se base d'une part sur le postulat que l'investissement international est la solution au développement des États en retard industriel. Une affirmation qui était sans fondements scientifiques à l'époque -et qui n'emportait pas l'adhésion des experts-, une vision largement remise en question aujourd'hui. Il affirme d'autre part l'idée que ce qu'il manquerait à l'intensification des investissements vers les pays en voie de développement ne serait pas tant une définition des droits des investisseurs qu'un mécanisme capable de les faire appliquer. Un postulat dont on peut également questionner la pertinence – et qui semble biaisé, déjà à l'époque. Cette affirmation est probablement faite afin de justifier la reprise de la proposition d'arbitrage d'investissement faite du projet Abs-Shawcross, et l'éviction des questions substantielles de protection des investissements.

Il s'agit pourtant d'un point fondamental. En effet, ce postulat s'inscrit dans la droite lignée du paradigme juridictionnel : le droit comme outil de garantie de rapports justes et d'une résolution pacifique des conflits. Le mécanisme tout entier mis en place doit ainsi permettre d'assortir les règles de protection de l'investissement d'un moyen de les faire respecter, sans quoi elles n'auraient aucune force pratique. Mais le pendant d'un tel système est de conférer

une importance déterminante aux règles qui lui servent de base. En conséquence de quoi, pour que ce système soit *juste*, il paraît nécessaire dans un groupe d'entités égales comme c'est le cas de la société internationale, que ces règles soient le fruit d'un consensus - que ce consensus soit sur le fond des règles ou sur les moyens de les obtenir (règles de majorité etc.). Autrement la justice n'est qu'un mécanisme au service de la force. Or, l'observation des nombreuses difficultés autour de la protection des investissements, qui ont marqué et continuent de marquer les rapports des acteurs du système de l'investissement international, montre que ce consensus était loin d'être atteint au moment de la mise en place des bases institutionnelles du *Système de résolution des différends État-investisseur*.

C'est toujours le cas lors de son extension dans les décennies qui suivent, notamment par voie de traités bilatéraux, une extension qui aboutit au *Système* que l'on connaît aujourd'hui. Notre analyse est que les conditions d'instauration de ce système juridictionnel, remettant à plus tard la définition des règles dont il se fait le garant, ont négligé l'importance d'un accord préalable sur celles-ci, et sont en conséquence à l'origine de la crise de légitimité que connaît actuellement le *Système de résolution des différends États-investisseur*.

Titre 2. De l'arbitrage d'investissement à la construction du Système de résolution des différends État-investisseur : analyse d'un processus

« (...) what explains the rise of investor-state arbitration? (...) »

The corporations and law firms that dominate investor-state arbitration today were not present at its creation. It did not emerge through corporate greed or investor lobbying. In fact, there was almost no demand from investors for this type of arbitration. Nor did powerful states have a strong preference for it, compared with other options available to them for investment protection. Nor was it created because there was evidence that it facilitated investment or improved the climate for investment-there was no such evidence. Most investors and officials believed investment insurance was far more effective at facilitating investment.

So why, and how, did it emerge? »

Taylor St John²⁸⁹

²⁸⁹ St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit., p3

La mise en place du système de l'arbitrage d'investissement, tel qu'on le connaît aujourd'hui, n'est pas le résultat d'une décision unique, d'un moment isolé de création ou de *Design* institutionnel. Il est au contraire le résultat d'un processus commencé avec la mise en place d'un contexte idéologique favorable à la résolution pacifique des conflits d'investissement par le droit²⁹⁰. Puis d'idées, il a été concrétisé en un *Système* dont l'architecture juridique est tout à la fois étendue et décentralisée, un véritable « bol de spaghettis »²⁹¹. Il est constitué d'un ensemble de traités bilatéraux, de droits nationaux et de contrats d'investissement, qui fournissent la possibilité de recourir à l'arbitrage d'investissement, et dont le résultat -les sentences arbitrales- est assorti d'importantes garanties d'exécution. C'est au lendemain de la Seconde Guerre mondiale que sont posées les fondations institutionnelles de ce *Système*. Au cours d'une phase qui s'étend globalement de 1954 à 1994, bien avant que l'arbitrage d'investissement ne soit au centre de l'attention. C'est au contraire discrètement, graduellement et sans que les acteurs de l'investissement ne prennent la pleine mesure du *Système* qui se crée, que sont posées les fondations de l'architecture institutionnelle qui permettra l'explosion du nombre d'arbitrages d'investissement qui commence avec les années 2000.

La mise en place du système de l'arbitrage d'investissement, tel qu'on le connaît aujourd'hui, n'est pas non plus le résultat d'une décision multilatérale des États. Le fait que les acteurs directs de l'arbitrage d'investissement, que sont l'État hôte et l'investisseur étranger, ne prennent pas la pleine mesure de ce qui se joue durant ces décennies de mise en place institutionnelle du système, est la conséquence directe de son processus d'élaboration. Dans les analyses contemporaines de l'arbitrage d'investissement, l'influence de la Banque mondiale sur ce processus est largement ignorée. L'observateur contemporain se concentre généralement sur les négociations interétatiques des traités bilatéraux contenant les clauses d'arbitrage qui servent de base à l'essentiel des procédures devant le CIRDI. Pourtant ces négociations correspondent en réalité à la mise en œuvre d'un système et de pratiques initiées quasi exclusivement par l'action de la Banque Mondiale à compter des années 1960.

²⁹⁰ Pour de plus amples développements voir le chapitre premier.

²⁹¹ Une image reprise par exemple par TIENHAARA, Kyla, dans sa contribution « *Investor-state dispute settlement* », à l'ouvrage collectif « *Regulatory Theory : Foundations and applications* », publié par P. Drahos, Acton, A.C.T : ANU Press, 2017, p. 677 et ss.

Ce processus peut être divisé en deux étapes. La première correspond à la mise en place de l'offre de l'arbitrage d'investissement, avec la rédaction et l'entrée en vigueur de la Convention de Washington (que nous appellerons aussi « Convention CIRDI »), et la mise en place d'une institution internationale spécialisée et permanente : le Centre International pour le Règlement des Différends d'Investissement (ci-après « CIRDI » ou « le Centre ») institué en 1966 (Chapitre 1).

Pour la saisine du Centre, la Convention exige un double consentement. Ainsi, le consentement de l'État à la compétence du CIRDI doit être double : il doit d'abord s'exprimer dans le mouvement d'adhésion à la Convention de Washington avec une ratification, puis être doublé d'un second consentement, qu'il soit préalable ou non au conflit. Ce deuxième consentement trouve sa source dans un contrat, dans le droit de l'État ou encore dans un accord international d'investissement, instruments applicables à l'opération d'investissement en question. Aussi, au moment de l'entrée en vigueur de la Convention, l'architecture juridique de l'arbitrage d'investissement n'est que partielle : pour que le CIRDI puisse être valablement saisi il est nécessaire d'obtenir ce deuxième consentement des États. C'est l'objet de la seconde phase du processus durant laquelle la Banque mondiale initie la pratique de l'insertion de clauses d'arbitrage CIRDI dans les contrats et surtout dans les traités d'investissement. Cette dernière pratique était inexistante avant l'action de la Banque : si des traités bilatéraux d'investissement avaient fait leur apparition dans l'arsenal de la protection des investissements, ils ne comportaient pas encore de clause d'arbitrage transnational. C'est sous l'action promotionnelle du secrétariat de la Banque, en particulier par la rédaction de clauses modèles, que cette pratique se développe jusqu'à être reproduite des centaines de fois durant les décennies suivantes. (Chapitre 2)

Chapitre 1. Les fondations du système institutionnel du CIRDI

Au moment de l'élaboration et de la présentation du projet qui mènera à la Convention de Washington²⁹², des débats sur la protection de l'investissement privé ont déjà lieu depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale au sein des forums multilatéraux. Ces discussions portent simultanément, entre la fin des années 1950 et la fin des années 1960, sur trois mécanismes qui offrent autant de voies institutionnelles possibles aux États. En premier lieu, le projet de convention Abs-Shawcross, déjà évoqué, et devenu par la suite le projet dit de « Convention OCDE ». En second lieu, celui qui envisage l'instauration d'un mécanisme de garantie multilatérale. En dernier lieu, le projet développé par la Banque Mondiale et qui propose une convention pour la mise en place d'un système international de résolution des conflits d'investissement par l'arbitrage et la conciliation. Ces trois projets sont proposés aux États, qui les examinent simultanément, les comparent et parfois les appréhendent comme des mécanismes complémentaires.

Ces discussions ont lieu principalement au sein du Groupe d'Aide au développement de l'OECE, puis au sein du Comité d'Aide au Développement (DAC) de l'OCDE lorsque l'OCDE a succédé à l'OECE. Il s'agit d'une organisation avec laquelle la Banque a des liens étroits. Ces débats ont également lieu au sein des réunions annuelles de la Banque Mondiale ; ou encore au cours d'échanges bilatéraux. Dans ce dernier cas, les relations de la Banque avec les gouvernements occidentaux lui permettent de suivre l'évolution des échanges et de connaître les positions des États sans trop de difficultés. Dans ces temps d'après-guerre, très favorables aux institutions multilatérales, la porosité entre institutions – déjà évoquée au sujet de la collaboration entre la CCI et les agences onusiennes- permet à l'information de circuler. Les fonctionnaires de la Banque sont ainsi extrêmement bien informés et ils bénéficient d'un point de vue global sur les débats. Cela leur permet de développer leur technicité sur les sujets, ainsi qu'une analyse fine des relations entre les divers acteurs. Une compétence utile quand il s'agit d'évaluer les chances de succès d'un projet, qui dépend de la coopération desdits acteurs. Les fonctionnaires de la Banque vont également développer un avis sur les projets, et user de leur position d'influence pour orienter l'issue des débats. Car la Banque est sollicitée par les États afin d'apporter son concours aux projets, et son positionnement vis-à-vis d'eux a un

²⁹² Voir généralement, A. de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, 3^e éd., Paris, Pedone, 2020

impact déterminant sur leur succès – ou parfois sur leur échec. Preuve de l'influence de la Banque, il est intéressant de noter que de ces trois projets, c'est le mécanisme de garantie qui avait alors la faveur des gouvernements et des investisseurs. Au contraire le projet de l'OCDE divisait très fortement les États et intéressait globalement assez peu les investisseurs. C'est également le cas du projet de la Banque qui met au centre l'arbitrage d'investissement, un mécanisme qui est alors loin de faire l'unanimité. Pourtant, c'est ce dernier projet qui voit le jour le premier.

Les fondations institutionnelles du système CIRDI sont donc le fruit d'un contexte (Section 1) qui a permis à la Banque d'exercer une influence déterminante et de faire émerger les bases du *Système* que nous connaissons aujourd'hui (Section 2).

Section 1. L'influence du contexte sur l'émergence du projet de convention CIRDI

L'influence de la Banque sur l'issue de ces débats a été favorisée en raison d'une conjonction de circonstances. D'une part car la division des États sur le sujet, notamment dans un contexte de décolonisation, laisse la place à une prise de contrôle du processus par un autre acteur, la Banque. Ensuite, cette prise de contrôle est permise par les États en raison de la réputation de la Banque et de sa capacité à jouer un rôle d'intermédiaire entre les diverses parties prenantes. D'autre part, cette influence s'explique par l'intérêt de la Banque à se saisir du sujet, appuyé de sa capacité matérielle à le faire. Ces circonstances sont remplies dans la décennie 1960.

A) Décolonisation et opposition des États

En dépit de la rhétorique de développement formulée après-guerre par les agences multilatérales, la réalité de l'investissement direct étranger tarde à évoluer. Pour beaucoup de dirigeants des pays nouvellement indépendants, l'investissement étranger est loin d'être la solution à leur développement. Il est au contraire un instrument au service d'une ingérence économique occidentale. Globalement, les relations et mécanismes de l'investissement restent les mêmes, entravant considérablement la marge d'action des gouvernements dans la création des infrastructures et systèmes indispensables à leur développement. L'indépendance économique n'a pas suivie l'indépendance politique, qui de ce fait, reste toute relative. Les contrats de concessions hérités des régimes coloniaux sont un domaine particulièrement

problématique. Ces accords donnent généralement un droit exclusif à une personne de droit privé d'exploiter des ressources naturelles ou un service public. Formulés à une époque de relations asymétriques, leurs termes reflètent ces déséquilibres et avantagent grandement l'investisseur ; et indirectement – voire directement quand elle en est actionnaire- la métropole dont il est le ressortissant. Ces concessions sont en outre généralement dans des domaines stratégiques -matières premières, production et fourniture d'électricité, d'eau etc.- et hautement rémunérateurs. On comprend alors aisément que la question de leur renégociation est pour les États décolonisés une condition de leur indépendance économique. Quant aux États exportateurs de capitaux, elle représente une manne financière et d'influence auxquelles il est difficile de renoncer -tout en étant une forme d'impérialisme qu'il est politiquement et juridiquement plus aisée à maintenir : un impérialisme économique. Dans certains cas, les États exportateurs de capitaux se montrent ouverts à une renégociation ; mais cette volonté dépend souvent du contexte géopolitique²⁹³. Réalisant un calcul rationnel, les États acceptent une renégociation quand ils y trouvent un intérêt ou quand la question n'est pas d'un enjeu stratégique, ce qui est rarement le cas. L'affaire de la Raffinerie d'Abadan est exemplaire à ce titre.

1- L'affaire de la Raffinerie d'Abadan²⁹⁴

Située en Iran, la Raffinerie d'Abadan est la plus importante raffinerie au monde durant des décennies. Elle rapporte à l'Angleterre un revenu colossal : le contrat de concession de la Raffinerie stipule ainsi que durant trente ans c'est au gouvernement britannique que les impôts seront payés et non à l'Iran, État hôte. En outre, le Royaume-Uni est le principal actionnaire de la société d'exploitation de la Raffinerie, qui lui fournit l'essentiel de son pétrole. Le contrôle de la Raffinerie lui est donc d'une importance capitale. Aussi, à l'annonce de sa nationalisation par l'Iran, le gouvernement britannique use de tous les moyens à sa disposition pour renverser cette décision. Il va également avoir recours à tout l'éventail des modes de résolution des conflits : la force – par des intimidations militaires-, le droit – il tente de saisir la CIJ pour un arbitrage-, puis le conseil de sécurité onusien qui refuse de s'impliquer, et également par

²⁹³ C'est par exemple le cas des États-Unis qui à l'annonce du gouvernement mexicain de (re)prendre possession des droits sur ses ressources pétrolières acceptent de négocier sur la question. Après quelques années de négociations un accord monétaire est finalement trouvé. Le contexte géopolitique – montée du communisme, opposition du président Roosevelt à l'industrie pétrolière etc.- justifierait la disposition du gouvernement américain aux négociations, et son inclinaison à les mener sous des termes plus égalitaires à cette époque.

²⁹⁴ Nicolás Gamboa-Morales, 'Algunas Consideraciones sobre Antecedentes y Evaluación Arbitral de las Cláusulas Paraguas', *Revista Brasileira de Arbitragem* (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2009, Volume VI, Issue 22), pp. 116 - 129

l'amiable avec des négociations directes d'une part entre la société d'exploitation et l'État iranien, et d'autre part entre les deux États. Dans ce même élan, le gouvernement britannique finit par demander aux États-Unis et à la Banque mondiale de médier le conflit. Les États-Unis finissent par s'effacer au profit de la Banque, jugée plus à même d'atteindre un accord. Persuadée que l'intérêt des acteurs à voir l'activité de la Raffinerie reprendre devrait favoriser une issue rapide à la médiation, la Banque sous-estime la profondeur du conflit. Une année après les débuts de la médiation, la situation n'a pas évoluée et c'est finalement un coup d'État orchestré par les services britanniques et américains qui aboutit à la reprise du contrôle de la Raffinerie par le Royaume-Uni...ainsi que par les États-Unis. L'affaire de la Raffinerie d'Abadan a deux influences majeures. D'un côté elle montre que la question de la reformulation des équilibres économiques hérités de la colonisation peut se matérialiser *via* un processus long, pénible et couteux renforcé par le manque de confiance des acteurs. Tous réalisent – et tout particulièrement les fonctionnaires de la Banque- le vide institutionnel en matière de résolution des litiges d'investissement, dont la spécificité égale la complexité. Elle montre ensuite que les gouvernements exportateurs de capitaux en dépit d'un soutien de façade à l'indépendance des anciennes colonies, ne sont pas systématiquement enclins à renégocier ces accords qui revêtent un enjeu vital de part et d'autre. Le fossé se creuse entre pays exportateurs et investisseurs d'une part, et pays importateurs de capitaux de l'autre. A ces tensions s'ajoutent celles entre États exportateurs de capitaux, qui n'ont pas toujours la même stratégie sur le sujet de l'investissement privé international ; ce sont ces oppositions qui empêcheront le succès de la Convention OCDE.

2- L'influence de la Banque dans un contexte d'opposition des États

Cette influence sera visible particulièrement sur les débats qui entourent les propositions de mécanismes institutionnels, notamment le projet OCDE et le mécanisme de garantie internationale.

a) Le projet OCDE, entre opposition des États et retrait de la Banque

Le projet de convention de l'OCDE inclue un mécanisme arbitral, mais son ambition est bien plus large que ce mécanisme puisqu'il doit aboutir à la création d'un véritable code de protection des investissements. Ce code doit fixer un socle de normes substantielles, appuyées par des mécanismes juridictionnels : une cour internationale et des tribunaux arbitraux. Ce projet ne rencontre à aucun moment un soutien franc des gouvernements, incapables de s'accorder sur l'intérêt du projet ni sur ce socle de normes. Dès ses débuts, l'opposition des

États-Unis et du Royaume-Uni entame grandement ses chances de succès ; en particulier car le soutien américain est considéré comme un « *sine qua none* » pour la concrétisation du projet. Ces États finissent par changer leur position et soutenir l'idée d'un code au milieu des années 1960. Mais dans les esprits, leur opposition de la première heure a laissé une trace indélébile. En outre, ils ne sont pas les seuls à changer d'avis au sujet du projet mais suivant un mouvement inverse. C'est le cas de l'Allemagne et de la Suisse qui soutiennent au départ le projet tout en commençant à négocier des traités bilatéraux de protection des investissements. Progressivement l'efficacité de cette méthode leur donne la conviction qu'une approche bilatérale leur permettra d'obtenir de meilleurs résultats que celle multilatérale : le maximum obtenu par la voie multilatérale correspond au minimum qui pourrait être obtenu par la voie bilatérale. Ils font alors le choix d'intensifier la signature de traités bilatéraux d'investissement. Cette position est d'ailleurs reprise par de nombreux États de l'OCDE et, vers la fin des années 1960, il est clair que l'approche bilatérale a supplanté celle multilatérale. C'est ainsi que le Secrétaire général de l'Organisation décrit en 1967 le projet de Convention comme un modèle pouvant servir de base à la négociation de traité bilatéraux par les États membres.

Si l'échec de la Convention OCDE est la résultante de la division des États, à aucun moment la Banque Mondiale n'œuvre au soutien de ce projet. Au contraire, alors qu'elle est sollicitée à plusieurs reprises pour en reprendre la direction, d'abord par le secrétariat général de l'OCDE puis plus tard par les États-Unis, la Banque refuse systématiquement. Aaron Broches est alors conseiller général au sein du département juridique de la Banque²⁹⁵. Il se rappelle que l'OCDE « *handed the whole file over to us [and asked] whether we would be prepared to take over the code (...) I was the spokesman for the Bank. I said that we wouldn't do it, because **the code was a one-sided document limited to the protection of foreign property and the obligations of the host countries.** If we were to take it over, we would have to look at the other side, namely the obligations of the investors. **The developing countries would still feel the Bank presented a proposal cooked up by their adversaries, and the industrialized countries would accuse us of watering down a wonderful document.** We were liable to end up having everybody mad at us, or, possibly even worse, coming out with a meaningless*

²⁹⁵ BROCHES, Aaron, « *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965, Explanatory Notes and Survey of its Application* », Yearbook of Commercial Arbitration, 1993, n° 18, p. 668 ; Transcript of oral history interview with Aron Broches held on July 11, 1961 : Main transcript (anglais), <https://documents.banquemondiale.org/fr/publication/documents-reports/documentdetail/316701468160785258/main-transcript>

document. So we definitely said no to that. »²⁹⁶ Cette citation d'Aron Broches est intéressante à plus d'un niveau.

On comprend que la Banque se trouve alors dans une position d'intermédiaire entre d'un côté les États industrialisés, qui sont les initiateurs du projet de Convention OCDE, et de l'autre les États en développement, qui, s'ils furent consultés sur le projet de code en 1962, ne furent pas parties prenantes – le texte est d'ailleurs gardé secret. Cette citation est révélatrice du manque de concertation multilatérale autour du projet OCDE : « *a one-sided document (...) cooked-up by their adversaries* ». Les mots employés par Aron Broches sont à la hauteur des divisions entre États importateurs de capitaux et exportateurs, ou tout du moins de leur perception comme telles. On comprend également le positionnement de la Banque dans une sorte de neutralité voire de double partialité. Ainsi, Aron Broches affirme : « *we would have to look at the other side* », de ces mots on ressent l'obligation faite à la Banque de considérer les vues de la partie en face, c'est-à-dire les États importateurs de capitaux. Cette obligation vient certainement de la relation particulière de la Banque avec ces États qui sont ceux qui la sollicitent pour financer leur développement. La Banque est alors très attachée à la relation de confiance qui l'unit à ces gouvernements emprunteurs, une relation indispensable pour qu'elle puisse remplir son mandat. D'un autre côté, la Banque est bien « entre » ces différents blocs d'États en raison de son organisation interne. Ses principaux actionnaires sont les pays riches, du Nord, et les États-Unis en tête. Pour assurer sa pérennité organisationnelle elle se doit de préserver cette relation également. Il est donc clair que la Banque souhaite rester en bons termes avec l'ensemble de ses interlocuteurs ; et qu'elle juge que son intervention pour faciliter la mise en place d'un code multilatéral serait probablement un échec au vu de l'ampleur des oppositions des acteurs. En outre, ce serait un échec qui lui coûterait la qualité de ses relations avec tous : le jeu n'en vaut pas la chandelle. Plutôt que d'assister les négociations entre les divers États, des négociations qu'elle juge une fois encore perdues d'avance, la Banque fait le choix d'en extraire l'idée autour de la mise en place d'un mécanisme de résolution des conflits, notamment par l'arbitrage. Tirant les leçons de l'échec de la Convention OCDE, elle en extrait la clause de résolution des conflits d'investissement, la reformule et l'isole en un projet indépendant fondamentalement moins ambitieux qu'un code. C'est le pragmatisme qui guide la Banque : il faut trouver le plus petit dénominateur commun entre ces États si largement divisés. Elle va en outre s'en faire le *sponsor* ce qui aura un double

²⁹⁶ Aaron BROCHES cité par St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op cit. p.113. [Mis en gras par nos soins]

avantage. D'abord celui de le couvrir du vernis de la neutralité que sa position d'intermédiaire lui offre, ensuite de lui faire bénéficier de son excellente réputation.

Pourtant le choix de la Banque de soutenir l'arbitrage, entre toutes les solutions auxquelles elle aurait pu donner son soutien, peut surprendre quand on sait que ce mécanisme est à ce moment-là loin de faire l'unanimité. D'autant plus qu'à son contraire, le mécanisme de garantie est alors largement plébiscité et qu'il a été mis en œuvre avec succès par les États-Unis -dont on a déjà souligné l'influence. Ce choix, au-delà d'une dimension organisationnelle qui demeure artificielle²⁹⁷, est réellement celui des fonctionnaires de la Banque, individus dont la prise de décision s'explique par leur vision personnelle sur le sujet.

b) La faveur des acteurs pour le mécanisme de garantie internationale, la Banque à contre-courant

Au contraire du projet de convention multilatérale de l'OCDE, celui pour la mise en place d'un mécanisme de garantie est alors largement soutenu par les États, ou ne rencontre aucune réelle opposition²⁹⁸. Tout au long des années 1960, les États membres de l'OCDE adressent des demandes à la Banque mondiale en vue du développement dudit mécanisme. Ce mécanisme reçoit également le soutien des États-Unis, plus gros contributeur de la Banque. En réponse la première proposition de la Banque mondiale en ce sens date de 1948, et en 1962 plus d'une douzaine de versions détaillées du projet sont rédigées. Mais à contre-courant de cette faveur très forte des gouvernements, et bien qu'elle se plie aux demandes formulées par ses membres d'étudier le sujet, la Banque tient un discours pessimiste sur cette proposition. Dans un rapport remis au début des années 1960 elle affirme qu'un tel mécanisme ne participera pas à une augmentation des flux d'investissement ou à améliorer le climat général des affaires. La Banque met en avant ses doutes quant à l'intérêt du mécanisme qui ne serait pas prouvé, un mécanisme qu'elle sait pourtant déjà utilisé avec succès par les États-Unis. A l'inverse, elle n'hésite pas à choisir de promouvoir l'arbitrage alors qu'il n'existe également aucune preuve de son succès – mais dans ce cas cela ne semble pas poser problème aux fonctionnaires de la Banque. Ce positionnement est d'autant plus surprenant que la CCI, qui a

²⁹⁷ Parler de la Banque est une fiction juridique, les décisions prises sont celles individuelles et collectives des membres qui la composent.

²⁹⁸ La France et le Royaume-Uni étaient les deux États les moins enthousiastes vis-à-vis de cette proposition. Le gouvernement français redoutait ainsi que ses investisseurs nationaux ne lui demande la création d'un mécanisme national, au soutien duquel il n'avait pas les fonds disponibles. Tandis que le Royaume-Uni ne souhaitait pas encourager les investissements vers l'étranger en raison de difficultés liées à sa balance des paiements.

collaboré avec la Banque sur le sujet, arrive à la conclusion opposée et soutient ouvertement la mise en place d'un mécanisme de garantie²⁹⁹.

Un autre argument est évoqué par le Banque : elle s'inquiète d'un potentiel conflit d'intérêt auquel elle s'exposerait en tant qu'organisme prêteur si elle devait avoir également la charge d'évaluer les conditions de déclenchement du mécanisme de garantie. Il est intéressant de noter qu'elle ne s'inquiète pas de ce sujet pour l'arbitrage d'investissement ; ici encore les arguments opposés au mécanisme de garantie ne le sont pas au sujet de l'arbitrage. La question ne semble pourtant pas plus clairement fixée dans le cas d'un arbitrage impliquant un pays emprunteur et un investisseur ressortissant d'un des principaux pays actionnaires de la Banque. Outre ce discours pessimiste sur l'efficacité d'un mécanisme de garantie, la Banque ne prend aucune action en faveur de son développement. Le pessimisme et l'inaction dont fait preuve la Banque sont inversement proportionnels aux efforts qu'elle déploie dans le même temps au service de son projet de convention CIRDI.

Ce positionnement va avoir un fort impact sur le projet de garantie et la vision des États. C'est ainsi que les États-Unis, dont l'importance stratégique a déjà été évoquée, vont revenir sur leur position en notant en particulier l'absence d'accord sur certains points importants du projet et les réticences des États importateurs de capitaux. Ces réticences porteraient spécifiquement sur la répartition de la charge³⁰⁰ dans le mécanisme de garantie. Pourtant, un seul État importateur de capitaux avait manifesté son opposition, ce qui est bien loin de l'opposition à laquelle fait face au même moment le concept d'arbitrage d'investissement. Il a également été noté que la question de la répartition de la charge était un point technique sensible mais sur lequel les États pensaient pouvoir s'accorder³⁰¹. En outre, il était déjà clair pour les États de l'OCDE que dans le cas de l'arbitrage, le poids de la charge reposait entièrement sur les États importateurs de capitaux ; le mécanisme de garantie aurait donc été plus avantageux pour eux.

Loin de fondement techniques ou scientifiques, le positionnement de la Banque en faveur de l'arbitrage résulte davantage de la conviction personnelle de ses fonctionnaires que

²⁹⁹ ICC Doc N°111/114, 4:5:62 cité par St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit. p107.

³⁰⁰ Ou encore appelé « *burden-sharing* » en anglais.

³⁰¹ Taylor St John cite à ce titre cette vue un compte-rendu exprimant cette vue d'un rendez-vous de travail entre l'*Assistant Secretary of Economic Affairs* américain et un représentant de la communauté d'Affaires sur le sujet de ce mécanisme en avril 1969, op cit. p. 108.

la solution se trouve dans un mécanisme juridique plutôt que dans un mécanisme d'assurance. C'est également la conviction que l'arbitrage présente plus de chances de remporter l'adhésion d'une part suffisante d'États tant exportateurs qu'importateurs de capitaux. Ainsi, Aron Broches, un des pères fondateurs de la Convention CIRDI, ne partage pas l'opinion que les États seront en mesure de trouver un consensus sur les questions de répartitions de la charge. Il redoute ces conflits dits distributifs, son expérience lui fait douter de leur capacité à s'accorder. En conséquence, pour Aron Broches et son équipe, il est impératif de trouver un mécanisme qui saura tout à la fois stimuler l'investissement en lui offrant une protection suffisante, et qui sera acceptable pour la plupart des États. Il s'agit donc pour la Banque de réussir à trouver le plus petit dénominateur commun sur la question de la protection de l'investissement privé : une solution que la plupart de ses États membres pourra ratifier à court terme, mais qui également permettra de développer le droit des investissements, réel objectif à long terme. Et pour cela une solution juridique s'impose.

B) Le poids donné à la Banque dans un contexte d'opposition des États

Contrairement aux autres projets, l'initiative de reprendre le mécanisme de résolution des litiges afin d'en faire une proposition à part entière n'est pas venue des États. Ce sont les fonctionnaires de la Banque, et tout particulièrement le président Eugene Black et Aron Broche qui en sont les initiateurs³⁰². Ils sont alors convaincus de la nécessité d'un tel mécanisme ; une conviction formée d'une part de leurs expériences personnelles en matière d'expropriation et d'autre part du regard qu'ils posent sur leur contexte.

1- L'influence de l'Histoire et du paradigme juridictionnel sur la vision des fonctionnaires de la Banque

Dans son étude approfondie des fondements historiques de l'arbitrage d'investissement, Taylor St John explique : « (...) *the international officials who developed investor-state arbitration had all fled the Second World War and were drawn to the idea of ISDS because they believed in the power of Law to resolve disputes peacefully and believed that rich*

³⁰² L'essentiel du travail d'élaboration de la Convention RDI a été effectué par le Conseiller Juridique de la Banque Mondiale, Aaron BROCHES, avec l'assistance d'une équipe de juristes du Département Juridique qui se composait principalement de Leopoldo CANCIO, Georges R. DELAUME, Christopher W. PINTO et Piero SELLA. Ces juristes assuraient également le secrétariat des différents organes *ad hoc* créés pour donner à la Banque des avis relatifs à ce projet.

societies had an imperative to use law to facilitate development in poorer societies »³⁰³. L'auteure ajoute au sujet de la préférence d'Aron Broches pour l'arbitrage d'investissement face au mécanisme de garantie multilatéral : « (...) *a final reason why Broches preferred investment arbitration to insurance stems from his training as a lawyer and life experience. As someone who had written a doctorate in international law at the University of Amsterdam in the 1930s, Broches was steeped in the interstate peacebuilding lineage of arbitration. He likely aspired to bring an elegant legal process to complex investment disputes. He also likely believed that legal processes could provide a sense of finality and justice that insurance could not match: some of the investment disputes that Broches had been involved with -notably the expropriation of his parents' firm (follow by their murder in the Holocaust) and the Abadan dispute- were not disputes that insurance could have resolved completely* »³⁰⁴.

De cette analyse historique, on comprend l'influence déterminante sur le processus de décision de la vision personnelle des fonctionnaires de la Banque ; en particulier d'Eugene Black et d'Aron Broches qui sont les pères fondateurs de la Convention CIRDI. Outre l'inefficacité des processus multilatéraux et l'emploi de la force dans des conflits diplomatiques – tout particulièrement les guerres mondiales- Aron Broches et Eugene Black avaient tous deux fait l'expérience de l'emploi de la force par les États dans des conflits d'investissement. Ainsi, tout comme Herman Abs, ce sont leurs expériences personnelles antérieures qui ont formé leur conviction de la nécessité d'un mécanisme de résolution des conflits par le droit. Ces expériences sont celles des conflits internationaux et des expropriations qui sont des conflits dotés d'une forte charge psychologique, et ce qu'ils soient directement subis ou que les acteurs n'en n'aient été que les témoins. A tel point d'ailleurs, que l'auteure de cette analyse historique avance que ces expériences ont pu prendre le pas sur d'autres considérations objectives devant mener à une solution institutionnelle optimale³⁰⁵. Il est en particulier possible que les

³⁰³ St JOHN, Taylor, *The Rise ...*, op. cit. p.4. [Mis en gras par nos soins]. Sur l'origine et l'usage ethnocentrés du droit des investissements voir par exemple DORCE, Milcar Jeff, « L'émergence du standard minimum de traitement des étrangers en droit international », op. cit.

³⁰⁴ St JOHN, Taylor, *ibid*, p.116. [Mis en gras par nos soins]

³⁰⁵ St JOHN, Taylor, *ibid*, p.13 : « *Given the charged nature of expropriation, I expect previous experiences to be influential, even capable of overpowering considerations of optimal design at times.* » On comprend particulièrement l'attachement d'Aron Broches au développement du droit international et de la protection de l'individu contre le déchaînement de la puissance de l'État quand on sait que sa famille en fut la victime directe avec l'expropriation de l'entreprise familiale sur des bases raciales puis leur meurtre dans les camps de concentration. L'auteure explique encore : « *A central intuition of conventional explanations is that particular proposals for international institutions are adopted because they approach an optimal institutional design, given the cooperation problem to be overcome. In contrast to conventional explanations, historical institutionalists arguments emphasize that ideas or proposals emerge in a particular place and time, and rather than being optimal, reflect the milieu in which they were formed. The actors that promulgate and*

fonctionnaires de la Banque, qui tous avaient été contemporains de régimes totalitaires, aient porté un attachement particulier au droit et aux mécanismes juridictionnels comme remparts à la toute-puissance publique, et plus généralement leur attachement à un idéal de justice.

On comprend que leur vision s'inscrit dans la droite lignée du paradigme juridictionnel, déjà décrit comme la croyance dans la nécessité de substituer le droit à la force dans les mécanismes de résolution des conflits entre États. Le paradigme juridictionnel a alors de solides racines, dont le discours, notamment les critiques adressées à la protection diplomatique, sont sans nul doute connues par Aron Broches qui est issu d'une formation juridique et s'est spécialisé en droit international. Cette vision de juriste ne va pas seulement influencer le fond de la solution proposée -l'arbitrage selon le modèle développé au cours de la première moitié du siècle³⁰⁶-, mais également la forme du processus d'élaboration et d'implémentation de celle-ci.

Pour Aron Broches, l'incapacité de s'accorder des États n'a pas que pour conséquence de produire des conflits qui se soldent par le recours à la force, elle a aussi l'effet d'empêcher le développement de solutions y compris en dehors de toute crise ouverte. A ses yeux l'échec du projet OCDE prouve encore l'inefficacité du processus de discussion multilatéral. Ainsi, et nous y reviendrons, pour éviter aux discussions diplomatiques de faire « dérailler » le projet, Aron Broches va imaginer un processus de conception de la solution, d'information et de ralliement des États qui n'aura que *l'apparence* du multilatéralisme. Le but ici est de s'éloigner autant que possible de discussions politiques au profit de la technique juridique. Il ne faudrait pourtant pas en déduire que les fonctionnaires de la Banque font cavaliers seuls, car si leur expérience personnelle est d'une importance déterminante dans leur initiative de développer un mécanisme de résolution des conflits d'investissement, ce projet s'inscrit également dans son contexte. Ainsi, les pères fondateurs veillent à le formuler de telle sorte qu'il soit adapté au contexte et aux préoccupations des acteurs des investissements, tout particulièrement à celles des États, qui sont les acteurs qu'il s'agit de convaincre pour implémenter la solution. La proposition de convention CIRDI est ainsi présentée d'une part comme la suite des efforts déployés jusque-là de substitution de la force des conflits internationaux par l'arbitrage, et

discuss these ideas also reflect their environment, including in ways that may predispose them to certain ideas, even though these ideas may be far from optimal, or prevent them from taking seriously other ideas that provide better technical solutions. » p. 73 [Mis en gras par nos soins].

³⁰⁶ Voir en ce sens le titre premier du présent travail.

d'autre part comme la solution à l'épineuse question de protection des investissements étrangers, moteurs de développement.

On a évoqué le contexte international et l'écho que trouve le projet de convention CIRDI chez les fonctionnaires gouvernementaux actifs dans les années 1960. Ces-derniers avaient tous vécu la Seconde Guerre mondiale, avec ses nombreuses expropriations -par les gouvernements américains, anglais, allemand, et le gouvernement soviétique entre autres-, ainsi que les expropriations associées à la décolonisation. Ces expériences sont susceptibles d'avoir influé sur les points de vue des fonctionnaires et par extension potentiellement sur la coopération entre les gouvernements. Le manque de confiance des acteurs, les tensions entre gouvernements ont façonné la coopération qui pourrait émerger : ces désaccords entre États expliquent tout à la fois que le sujet de la résolution de conflits soit au-devant de la scène avec la formulation de propositions institutionnelles, et la difficulté des États à s'accorder à leur sujet. En effet, les désaccords persistants et la méfiance entre les gouvernements peuvent compromettre leur capacité à coopérer et à trouver des solutions techniques, ce qui crée des ouvertures pour que les responsables internationaux -tels que ceux de la Banque- puissent entrer dans le processus de conception institutionnelle et imposer leur vision, à condition toutefois qu'ils en aient les motivations et moyens.

2- L'alignement de la vision des fonctionnaires et des objectifs et intérêts de la Banque

Or, ces motivations et moyens étaient présents puisque la promotion de l'investissement privé était inscrite au cœur de la mission de la Banque, une mission alignée avec ses intérêts.

a) La promotion de l'investissement privé au cœur de la mission de la Banque

Il ressort des statuts de la Banque qu'au cœur de sa mission se trouve le fait d'« encourager », « faciliter » ou encore « promouvoir » les investissements privés à l'étranger³⁰⁷. Et la Banque va s'investir dans cette mission, pour rapidement s'apercevoir que les outils adaptés lui font défaut. C'est ainsi qu'elle crée la Société Financière Internationale (SFI) en 1956. Une création motivée par l'idée que cette nouvelle institution favorisera les flux de capitaux privés dont la reprise reste insuffisante après la guerre, privant les pays les plus pauvres de ressources financières indispensables ainsi que des savoirs techniques et managériaux qui les accompagnent. Suivant près d'une décennie d'exercice, il devient clair

³⁰⁷ Cela ressort dès le premier article de ses statuts, article I (i) (ii) et (iii).

pour la Banque que le problème ne se situe pas tant en termes d'absence de capital privé que du souhait de l'investir dans les pays les moins développés, généralement nouvellement indépendants. La Banque oriente alors son action vers l'amélioration du climat des affaires des pays en question. La protection juridique des investissements apparaît comme une priorité. En conséquence, à ce stade pour les fonctionnaires de la Banque faciliter l'investissement privé étranger est au cœur de leur mission ; les statuts de la Banque sont clairs en ce sens et leur rédaction en termes très larges leur offre une grande marge de manœuvre sur les actions prises. En outre, l'expérience précédente de la SFI leur a montré qu'il leur est possible de développer les outils institutionnels qui leur sont nécessaires pour atteindre leur mission. Cela influence leur choix d'intégrer un pan institutionnel au sein de la Banque : la convention CIRDI ne se contente pas de prévoir le recours à l'arbitrage d'investissement et à la conciliation, elle crée également le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (qui porte ainsi le même acronyme que la convention : « CIRDI »).

b) L'intérêt de la Banque à résoudre les conflits d'investissement

A sa création la Banque Mondiale³⁰⁸ n'est pas l'imposante institution au service du développement et largement respectée que l'on connaît aujourd'hui. Elle fait au contraire face à un grand scepticisme. Or, au niveau organisationnel, son capital libéré est relativement faible, ce qui l'oblige, pour pouvoir accorder des prêts, à elle-même emprunter sur les marchés obligataires. Aussi, afin de pouvoir assurer sa mission, il lui est impératif de renforcer sa crédibilité auprès non pas de ses États membres, mais des marchés financiers, ce qui revient à dire auprès des banques d'investissement. Cet impératif lui fait adopter une politique de prêt stricte : aucun financement ne sera accordé à un État en défaut de paiement ou accusé d'expropriation sans compensation avant d'avoir transigé sur ces litiges³⁰⁹. Cette politique fonctionne, et un peu plus de dix années après sa création la Banque est très bien notée sur les marchés obligataires. Sa position est également appréciée des États exportateurs de capitaux, ce qui a son importance pour la Banque puisqu'une part de ses financements³¹⁰ destinés aux pays les plus pauvres provient de contributions volontaires de ces États. Or, ces-derniers

³⁰⁸ A sa création la Banque Mondiale se confondait avec la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) qui est le nom qui lui avait été officiellement attribué. Progressivement de nouvelles institutions internes ont été créées par la Banque, et aujourd'hui elle se divise en cinq : la BIRD, la Société financière internationale (SFI), créée en 1956 ; l'Association internationale de développement (ADI), mise sur pieds en 1960 ; le Centre international de règlement des différends (CIRDI) qui nous intéresse directement ici et établi en 1966 ; et l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA), créée en 1988.

³⁰⁹ Voir en ce sens PARRA, Antonio R., *The History of ICSID*, op. cit., p.21

³¹⁰ C'est le cas des prêts concessionnels qu'elle octroie via l'Association Internationale de Développement (plus connue sous son acronyme anglais « IDA »).

pourraient cesser leurs apports si la Banque devait fournir des prêts à des gouvernements en litige avec des investisseurs ressortissants de ces États exportateurs.

En revanche, sa politique est logiquement largement moins appréciée des États emprunteurs, notamment d'Amérique Latine. En dépit de cela, la Banque entretient de bonnes relations avec les pays en développement, et reste vue comme un organisme au service de leur développement. Sa grande technicité est également reconnue et elle fait figure d'autorité. Cependant l'incapacité de la Banque à prêter aux États parties à des litiges en matière financière ou d'expropriation est un frein important à sa mission de promotion de l'investissement privé dans un contexte de multiplication des conflits autour d'expropriations. Il a alors tout intérêt à voir ce type de conflits résolus. Aussi, quand la Banque est à nouveau sollicitée pour résoudre des conflits d'investissement notablement dans le conflit du canal de Suez, celui de la ville de Tokyo et celui de la Rivière Indus, elle accepte d'intervenir en dépit de l'échec précédent de la médiation de la Raffinerie d'Abadan. Cette intervention de la Banque est permise et facilitée par son statut de prêteur, sa position d'autorité vis-à-vis des États emprunteurs, et généralement par le crédit que lui accorde les diverses parties prenantes. En effet, la position d'organisme prêteur de la Banque qui lui donne une autorité et une réputation de haute technicité est une raison centrale du succès de ses interventions. C'est par exemple le cas dans le conflit du système de la rivière Indus³¹¹, un de ses plus grands succès en termes de résolution de conflit d'investissement. Dans ce conflit les deux États parties, l'Inde et le Pakistan sont des pays emprunteurs de la Banque, ce qui lui donne une influence considérable. En outre, la Banque fournit des fonds pour la mise en place du nouveau mécanisme d'ingénierie sur lequel se sont accordé les parties.

Si la Banque est sollicitée au premier chef pour résoudre ces conflits, c'est en raison de sa posture d'intermédiaire, et d'organisme apprécié des États emprunteurs. Son succès va lui permettre de développer encore cette réputation d'institution capable de trouver un terrain d'entente entre des parties aux vues antagonistes, et surtout entre États importateurs et exportateurs de capital. En outre, l'expérience de la Banque comme organisme médiateur ou conciliateur, lui permet de développer une expertise en la matière que nul autre ne possède, un savoir de niche. Enfin, cette expérience renforce encore la perception des fonctionnaires de la

³¹¹ Pour un descriptif historique du rôle de la Banque comme médiatrice et de la signature du *Indus Water Treaty* le 19 septembre 1960 voir le site Inetrnet de la Banque : <https://www.worldbank.org/en/archive/history/exhibits/The-World-Banks-Role-as-Mediator-in-the-1950s>

Banque selon laquelle s'impliquer dans la question de la résolution des conflits d'investissement est quelque chose que la Banque peut et doit faire dans un contexte de vide institutionnel en la matière. A cette expérience s'ajoute celle réussie en termes de *design* institutionnel de création de la SFI. Par ailleurs, la Banque bénéficie d'une grande autonomie institutionnelle³¹². Le positionnement de la Banque sur les deux autres projets, notamment sa capacité à refuser la reprise du projet de Code OCDE notamment formulée par les États-Unis, son plus important pourvoyeur de fonds, est révélatrice de l'indépendance institutionnelle de la Banque et de l'usage stratégique qu'elle en fait pour influencer les débats et l'avancée des divers projets.

Ainsi, dans la décennie 1960 une conjonction de circonstances est à l'œuvre : dans un contexte de multiplication des conflits d'investissement et de vide institutionnel pour y répondre, doublé d'une incapacité des États à coopérer sur ce sujet sensible, la place est laissée à la Banque de s'emparer de la problématique. Ce qu'elle fait car elle y trouve un intérêt, qu'elle en a les moyens et la capacité, et que cela entre dans le périmètre de sa mission ainsi que dans la vision de ses agents. Progressivement la Banque affine cette vision, ainsi que son expertise et sa réputation d'intermédiaire fiable capable de permettre l'émergence de terrains d'entente entre des acteurs aux intérêts opposés. Cette conjonction va permettre à la Banque d'aller encore plus loin dans la question de la résolution des conflits d'investissement et d'être tout à la fois maîtresse d'œuvre et d'ouvrage des bases institutionnelles d'une nouvelle architecture dédiée à la résolution des conflits d'investissement.

Section 2. L'influence de la Banque sur le processus d'élaboration du système

Cette influence se matérialise par la désignation de la Banque comme cheffe de file du projet (A) et dans la posture d'institution facilitatrice entre les États dans la construction de leurs plus petit dénominateur commun (B).

³¹² Taylor St John explique ainsi « *Most fundamental resources for an international organisation are access to staff and budget without having to ask member states for a specific transfer of resources. Many scholars assume that « international organisations with more resources...are harder for principals (member states) to monitor and sanction. While this is logical it might not be true in practice, as member states may not invest much time or energy in monitoring smaller international organisation. This is especially likely to be true in instances where officials in an existing inter organisation create a new, smaller international organisation, which is more removed from member states control and not funded directly by national government but through the general budget of the larger international organisation ».* *The Rise...*, op. cit. p.214

A) L'influence de la Banque sur sa désignation d'institution cheffe de file du projet

Convaincus de la nécessité de l'institutionnalisation d'un mécanisme juridique de résolution des conflits d'investissement, Aron Broches et le Président Eugene Black lancent en interne le projet visant à la rédaction d'un projet de convention internationale prévoyant le recours à l'arbitrage et à la conciliation. La rédaction est menée par un petit groupe assemblé sous les auspices de l'*American Bar Association* composé notamment d'Aron Broches, de Georges Delaume également fonctionnaire de la Banque, de Elihu Lauterpacht, Clifford Hunning, George Haight, L. Sandberg et M. Blair, assistant de Lord Shawcross. Dans leur rédaction, le groupe s'inspire d'autres textes institutionnels, de sources privées comme publiques : des articles 4, 9, 16 et 21 des statuts de la CIJ et de l'article 7 de ceux de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (ci-après BIRD) ; du règlement de conciliation et d'arbitrage de la CCI (1955), ou encore de la dernière version des règles modèles sur les procédures arbitrales de l'*International Law Association*. Déjà à ce stade de rédaction, le projet de convention prévoit la possibilité que le recours à l'arbitrage se fasse sur la base d'une clause de juridiction incluse dans un traité bilatéral. C'est la preuve que dès ce moment le lien entre arbitrage et traité d'investissement est fait par les rédacteurs. Une idée d'ailleurs déjà développée dans le rapport du secrétaire des Nations Unies, M. Bloch, devant la 29^{ème} session de l'ECOSOC. Il affirmait alors au sujet de la création d'une institution arbitrale internationale : « *If such an agency were able to achieve a wide practice and prestige, it might in time become the natural fulcrum for the conclusion of bilateral, and possible multilateral, agreements between governments on foreign private investments* ». Il est intéressant de noter que les penseurs de ce nouveau mécanisme institutionnel se représentent déjà un futur système de l'arbitrage d'investissement, et plus globalement de la résolution de conflits d'investissement, construit autour d'une convention arbitrale internationale à laquelle s'attache un réseau d'accords bilatéraux et multilatéraux. Une vision qui se réalisera lentement au cours des soixante années suivantes, et qui en dépit de la vision de ses précurseurs, apparaîtra comme une conséquence inattendue – et chaotique- pour les acteurs publics et privés du système³¹³.

En 1961, le projet est déjà bien avancé quand le président Black s'adresse à son conseil d'administration. Il est rapporté qu'il évoque avec un détachement de façade les sollicitations dont il a fait l'objet pour résoudre divers conflits d'investissement. Preuve selon lui d'un vide

³¹³ Pour de plus amples développements voir la conclusion de la première partie de la thèse.

institutionnel, et de l'éventuel intérêt que la Banque aurait à explorer des modes d'intervention. Au sommet de son art diplomatique, il cite le « rapport Bloch » déjà évoqué et présenté devant l'ECOSOC, qui non seulement affirmait l'intérêt de trouver des solutions institutionnelles mais encore suggérait le choix de la Banque comme l'institution la plus à même de mener le projet. L'étude historique menée par Taylor et John³¹⁴ démontre qu'en réalité, à ce stade non seulement l'idée d'un mécanisme institutionnel est largement formée au sein de la Banque, que le texte de la Convention est globalement achevé par le groupe de l'ABA, et que ce serait le président Black lui-même qui aurait demandé au secrétaire des Nations Unies d'évoquer la question et le choix de la Banque comme institution cheffe de file devant l'ECOSOC. Aron Broches opère suivant la même stratégie diplomatique auprès des États contributeurs de la Banque. Notamment auprès des États-Unis dont le soutien est impératif, et du Royaume-Uni dont il est important de renverser l'opposition à tout mécanisme de promotion de l'investissement privé. Habilement ces fonctionnaires de la Banque amènent sur la table la question de la conception d'un nouveau mécanisme institutionnel pour la résolution des conflits d'investissement et se font désigner comme les personnes toutes trouvées pour mener le projet. Leur habileté diplomatique se retrouve aussi dans la formulation et la présentation de leur mécanisme institutionnel. On l'a dit, au même moment deux autres projets de protection des investissements sont débattus : un mécanisme de garantie et un projet de Code multilatéral. La Banque est alors extrêmement bien informée au sujet de l'avancement de ces projets et des positions des États, elle peut ainsi identifier les points de blocages et d'échec des projets. Cette expérience lui permet de s'inspirer afin d'éviter à sa proposition de connaître les mêmes difficultés, tout en ne cherchant pas à prévenir l'échec des autres projets, voire en précipitant leur insuccès dans le cas du mécanisme de garantie.

B) La construction du plus petit dénominateur commun

Face à l'impossible consensus des États, la Banque va repousser les points de blocage majeurs qui auraient de grandes chances d'empêcher le succès du projet dans une discussion multilatérale, et assurer le succès de sa proposition au travers de la construction du plus petit dénominateur commun. Les investisseurs ne seront pas plus associés ni leur point de vue pris en compte.

³¹⁴ St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit., p 130

1- L'absence de recherche d'un accord entre États

Une fois son mandat d'institution cheffe de file sécurisé, la Banque peut enfin présenter officiellement un texte de convention. Celui-ci est quasiment identique à celui rédigé par le petit comité de l'ABA. Cependant, une différence notable se trouve dans la prise en compte du point de vue des États importateurs de capitaux. Les fonctionnaires de la Banque ayant bien observé les divisions entre États importateurs et exportateurs de capitaux, et conscients que le ralliement des premiers serait indispensable au succès de la future convention, adaptent le texte en fonction. Ainsi, tandis que le texte de l'ABA prévoit que le mécanisme arbitral se substitue aux voies de recours locales, celui de la Banque prévoit que le mécanisme doit être adapté au « *principe coutumier international* » de l'épuisement des voies de recours locales. De même, ils mettent l'accent sur le principe du double consentement comme garantie aux États que la seule adhésion à la Convention ne créera pas un recours obligatoire à l'arbitrage. En outre, quand ils conçoivent leur proposition, les rédacteurs ont à l'esprit qu'ils doivent faire en sorte que le projet s'inscrive dans le périmètre du mandat de la Banque, qui est la promotion de l'investissement privé. Ils doivent également s'assurer qu'ils ne seront pas censurés par les officiels de leurs actionnaires, pour la plupart des pays exportateurs de capitaux.

Ces officiels sont présents au sein du Comité d'Aide au Développement (DAC) où les trois projets, y compris celui de la convention CIRDI, sont discutés. Ils ont donc un regard direct sur le projet, et ils appréhendent leur relation à la Banque comme un rapport quasi hiérarchique en ce qu'ils en sont les principaux financiers. Les fonctionnaires de la Banque ont donc conscience qu'ils doivent naviguer sous les lignes de ce contrôle et éviter de présenter leur projet sous un angle qui obligerait ces officiels à le bloquer. En outre, ces officiels sont des experts du sujet du développement et de l'investissement, ils ont l'expertise nécessaire pour comprendre et éventuellement censurer le projet. Enfin, la situation est encore compliquée par les différences de vues de leurs gouvernements sur le sujet de l'investissement privé. Les fonctionnaires de la Banque restent en conséquence très prudents dans la présentation de leur proposition afin de ne pas créer une opposition. Ils y arrivent, et ces officiels laissent faire car ils sont pour beaucoup persuadés que l'arbitrage ne va pas grandement changer la situation. Pour eux instaurer un mécanisme arbitral sera globalement inefficace à stimuler l'investissement privé à destination des pays en voie de développement. Finalement, présenter l'arbitrage sous l'angle du développement est selon eux une cosmétique à destination des pays importateurs de capitaux ; ce serait une tactique destinée à rendre l'arbitrage plus acceptable

pour ces pays en en quête de développement. Ainsi, Taylor St John ³¹⁵explique que ces officiels experts du sujet avaient pour habitude de mesurer l'impact des actions menées en faveur de l'investissement. Ils attribuaient des ressources importantes à ces études quantitatives et avaient une expertise en matière d'économétrie. Il est donc probable que quand la Banque leur présente le projet, censé stimuler l'investissement, tout en expliquant qu'aucune mesure d'impact ne sera réalisée, ils identifient le rapprochement de l'arbitrage à la notion de développement comme un rhétorique politique, et non un discours à valeur technique ou scientifique. Pour autant ces experts ne voient pas matière à s'opposer à ce projet qu'ils jugent inoffensif. Il apparait clairement qu'une des forces de la Banque réside dans sa capacité à adapter à ses publics sa communication autour du projet, qu'il s'agisse des États importateurs ou exportateurs. Grâce à ses actions de communication et l'habileté diplomatique de ses fonctionnaires, la Banque arrive à construire les bases d'un consentement large des États à la future Convention. La logique de création du plus petit dénominateur commun est ici à l'œuvre.

L'idée pour la Banque est de repousser les points de blocage majeurs qui auraient de grandes chances d'empêcher le succès du projet dans une discussion multilatérale. Diviser le consentement dans le temps et entre divers instruments permet de repousser à plus tard les questions difficiles comme celle des droits substantiels qui seront garantis par l'arbitrage. Cette discussion devra tout de même avoir lieu, mais cette fois au travers d'un processus qui pourra être bilatéral, et dans lequel l'obtention d'un accord est simplifiée. La logique est la même dans le choix de l'arbitrage face au mécanisme de garantie : pour Aron Broches un accord des États sur une convention arbitrale est envisageable car aucun arrangement financier n'est à obtenir. Au contraire du mécanisme de garantie qui demanderait aux gouvernements de s'accorder sur qui supporte la charge – et à supporter le coût politique de la justification du financement du mécanisme auprès de leurs électeurs. Finalement, le choix de l'arbitrage ne se fait pas car les protagonistes pensent qu'il s'agit de la solution institutionnelle idéale, mais parce qu'il s'agit d'une solution qui a ses chances de succès dans un climat d'opposition : il n'y a que peu d'obstacles à sa création. Pour les États exportateurs de capitaux, la Convention est présentée au mieux comme une protection de leurs investisseurs, au pire comme un mécanisme inefficace et inoffensif.

³¹⁵ St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit. p. 117

Pour les États importateurs, l'adhésion à la Convention est la promesse de nouveaux investissements privés susceptibles d'apporter une forme de développement à leurs jeunes nations, sans toutefois les obliger à devoir effectivement se soumettre à une procédure grâce au mécanisme du double consentement. La Convention a l'avantage supplémentaire de repousser encore le recours à la protection diplomatique, et ainsi faire échapper ces conflits à la sphère diplomatique et politique. On retrouve dans le discours de la Banque la même rhétorique idéaliste du paradigme juridictionnel, des idées soutenues par aucune analyse empirique à valeur scientifique³¹⁶. Mais cette logique a l'avantage indéniable de créer une zone d'accord possible. Cependant, cet accord ne peut être que de court terme car les difficultés ne sont qu'évitées et leur examen est nécessairement repoussé à plus tard. Ainsi, une des principales critiques adressées aujourd'hui à l'arbitrage est son coût³¹⁷ et le fait que celui-ci soit quasi-exclusivement porté par les États. Ou encore que ce coût est rétroactif pour certains investisseurs qui se voient alors privés d'un accès à la Justice³¹⁸. De même l'abstraction des divisions profondes des gouvernements sur les droits substantiels dans un processus institutionnel visant à créer un mécanisme qui permet de les garantir, nous semble en partie fonder la crise de légitimité actuelle du système³¹⁹. A cela s'ajoute le fait que l'élaboration de la Convention CIRDI n'est pas le fruit d'un travail collectif des États ni d'une réflexion multilatérale. Elle est le résultat de la vision des fonctionnaires de la Banque. Une vision adaptée de telle sorte qu'elle s'inscrit habilement dans un contexte marqué par l'incertitude et le manque d'information, et ainsi perçue comme répondant aux problématiques des États.

Le rôle secondaire des États dans la conception de la Convention- En dépit des expériences précédentes d'arbitrages transnationaux et internationaux, l'idée de développer un mécanisme arbitral international ne vient pas des États. On l'a dit, l'arbitrage transnational est

³¹⁶ Les États ont la possibilité d'exercer des pressions diplomatiques avant qu'une affaire soit enregistrée et après qu'un tribunal ait rendu une décision, et y recourt : GERTZ, Geoffrey, *Commercial Diplomacy and Political Risk*, Global Economy & Development Working Paper 106, August 2017, accessible à l'URL : <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2017/08/gertz-working-paper.pdf> ou PAPANISKIS, Martins, *The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration*, 1er Octobre 2010, Select Proceedings of the European Society of International Law, Vol. 3, 2010, disponible à l'URL: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1716833>

³¹⁷ Un coût estimé par une source à approximativement \$10,000,000 in COMMISSION, Jeffery P., *How Much Does an ICSID Arbitration Cost? A Snapshot of the Last Five Years*, Kluwer Arb. Blog, publication du 29 février 2016, accessible à l'URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/29/how-much-does-an-icsid-arbitration-cost-a-snapshot-of-the-last-five-years/>

³¹⁸ Voir en ce sens : CAPLAN, Lee, *Making Investor-State Arbitration More Accessible to Small and Medium-Sized Enterprises*, in Catherine A Rogers and Roger P Alford (eds), *The Future of Investment Arbitration* (OUP 2009) 297.

³¹⁹ Pour de plus amples développement voir la conclusion de la Première Partie de la thèse.

loin de faire l'unanimité. Ainsi, quand Hermann Abs présente son projet au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, et que l'arbitrage est envisagé pour des procédures intra-européennes, les États lui manifestent leur forte opposition. C'est notamment le cas du Royaume-Uni qui y est très fortement opposé. Les États européens sont contre l'arbitrage s'ils peuvent potentiellement se retrouver dans la position d'être défendeur à une procédure contre un investisseur étranger. La logique reste la même au moment du projet de Convention CIRDI. C'est ainsi que par exemple afin de permettre la ratification de la Convention CIRDI le Département d'État américain dû rassurer des députés et affirmer que le gouvernement américain ne serait probablement jamais défendeur à une procédure arbitrale. C'est sur la base de ce positionnement que Thomas Wälde observait³²⁰ que la doctrine Calvo est bien la maxime dominante des États occidentaux quand ils sont défendeurs dans un litige d'investissement. Preuve supplémentaire de leur désintérêt, voire de leur opposition à l'arbitrage, les États européens ne l'incluent pas non plus dans les textes de leur traités bilatéraux. Les officiels allemands, souhaitant prendre en compte les idées d'Hermann Abs étudient la question, pour en conclure qu'il leur semble tout bonnement impossible de prévoir un arbitrage transnational devant la CIJ. La raison invoquée est celle que les personnes privées ne bénéficient pas d'un droit de recours direct devant cette institution ; et pour la majorité des États, les personnes privées ne *devraient* pas en bénéficier.

La nouveauté, au moment de la Convention CIRDI réside dans une perception de l'arbitrage qui a fondamentalement changé, et ce, sous l'influence de la Banque³²¹. Cette fois les pays occidentaux ne sont pas importateurs mais exportateurs de capitaux : l'arbitrage doit permettre de sécuriser les investissements de leurs ressortissants dans les pays en développement jugés les plus problématiques. En outre, ces conflits le sont sur la base de règles substantielles négociées séparément de la Convention dans un autre instrument bilatérale. Ces négociations sont menées directement par les gouvernements exportateurs au bénéfice de leurs ressortissants au travers d'une convention de droit international, ou par leurs entreprises dans un contrat. Et dans ces deux cas l'avantage économique et technique, voire diplomatique, est

³²⁰ WÄLDE, Thomas W., Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation, *Arbitration International*, Volume 12, Issue 4, 1 December 1996, p. 446

³²¹ Taylor St John affirme : « *Many officials in capital-exporting governments in Europe and America believed they would not be respondents at ICSID, which suggests how influential the World Bank repackaging of IS arbitration (as something primarily for use in developing countries) was, since many of the examples of expropriation in the Abs draft are European or American. In fact, Abs' motivation was likely related to the lack of compensation for German property seized after the World War 2 by Soviet governments in central and eastern Europe, and during the war by the US and the UK.* », *The Rise...*, op. cit., p.78

leur. Georges Delaume, fonctionnaire de la Banque, rédacteur du projet de Convention puis qui en fut le traducteur de sa version française, se remémore : « (...) *politically, the europeans were not for ICSID -except as potential users taking advantage of the institution to protect their investment against developing countries. So it was all biased* »³²². Il est donc clair que les États exportateurs ne souhaitaient pas particulièrement la mise en place d'un mécanisme institutionnel arbitral, mais ils ne s'y opposent pas car ce projet ne leur est pas préjudiciable et qu'il pourrait potentiellement leur être bénéfique.

Plus encore que les États exportateurs, les États importateurs ne souhaitent pas l'instauration de l'arbitrage. Ils ont bien compris qu'en tant que mécanisme juridique, l'arbitrage vise l'application des règles de droit international. Or ils souhaitent voir redéfinies ces règles afin de créer un nouvel ordre économique mondial. En outre, pour ces gouvernements, ce mécanisme juridique serait un instrument de plus au service de l'application des contrats de concession hérités de l'époque coloniale et non de leur renégociation. Il s'agit donc pour la Banque de contourner ces réticences. Il est absolument nécessaire que les pays en développement adhèrent à la Convention puisque c'est à leur encontre que l'on veut pouvoir exercer des recours arbitraux -ou au moins garantir cette possibilité et ainsi améliorer la perception du climat des affaires. Le biais évoqué par Georges Delaume fait référence aux précaution marketing qui entourent la présentation de la Convention à ces États : il faut que le projet de Convention ne soit pas perçu comme venant des États exportateurs, et soit couvert du sceau de la Banque. L'objectif de ses fonctionnaires reste un idéal de résolution pacifique des conflits, et de développement des pays par l'attrait de capitaux privés *via* l'amélioration du climat des affaires. Toujours est-il qu'aussi nobles que soient ces intentions, la réalité demeure que la Banque leur présente le projet sous un angle marketing, sans chercher à les impliquer pleinement dans le processus de réflexion ou de conception ; une situation dont les États exportateurs ont bien conscience et encouragent puisqu'ils en seront les bénéficiaires.

Il est également important de rappeler que les fonctionnaires de la Banque ont extrait l'idée de développer un mécanisme arbitral du projet de Convention OCDE. Cette idée s'accorde bien sûr avec leur vision et leur expertise juridique ; mais celle-ci reste le fruit d'une pensée occidentale -le paradigme juridictionnel longuement évoqué. En effet et ainsi que l'indique son nom, le projet de Convention OCDE impliquait seulement les pays membres de

³²² Georges DELAUME cité par Taylor St JOHN dans *The Rise...*, op. cit. p.78

l'OCDE, soit dix-huit États européens occidentaux jusqu'à l'ouverture de l'organisation en 1964 au Japon, aux États-Unis et au Canada. Ce n'est qu'en 1962 que les États importateurs de capitaux sont consultés sur le projet, soit des années après les premières discussions. Ils ne sont en outre que consultés et non impliqués. La proposition une fois reprise et modifiée par la Banque, ils sont à nouveau seulement consultés sur le sujet, alors qu'on l'aura compris ce sont eux qui réellement sont les plus susceptibles d'être défendeurs à un arbitrage. L'idée n'est pas pour la Banque de ne pas associer spécifiquement les pays en développement, ce qu'elle souhaite à tout prix éviter, ce sont des délibérations politiques qui feraient probablement échouer le projet dans un contexte de trop grandes divisions des États sur le sujet. Pour autant, les fonctionnaires de la Banque ne souhaitent pas reproduire les expériences de conception institutionnelles purement internes de la SFI et de l'ADI³²³. Et puisque les gouvernements ne sont associés ni à la réflexion sur le projet institutionnel ni à la rédaction du projet de Convention, il faut tout de même les informer du projet et les faire adhérer à l'idée. Aron Broches va alors concevoir une nouvelle procédure pour présenter le projet de Convention aux États, une procédure qui n'aura une fois encore que *l'apparence* du multilatéralisme et de la coopération.

Les États au cœur de la stratégie diplomatique de la Banque- La crainte des fonctionnaires de la Banque de voir les conflits distributifs faire dérailler le projet est si forte qu'ils mettent au point une méthode inédite de présentation du projet de Convention aux États à compter de 1963. La rédaction du projet de convention globalement achevée, le projet est expliqué à George Wood, qui remplace alors Eugene Black à la tête de la Banque. Ce-dernier va ensuite aller le défendre auprès des parties prenantes, accompagné d'Aron Broches en soutien technique. Il a recours au même doigté diplomatique que son prédécesseur : il présente le projet au cours de rendez-vous informels et suivant l'ordre d'importance des sphères

³²³ Une raison avancée à cela -outre le fait que la Banque créa la SFI contre l'avis des investisseurs qui affirmaient que le manque de capital privé n'était pas le problème central de l'absence d'investissements étranger mais davantage le climat des affaires, un constat qu'elle finit par partager au bout de dix années d'exercice de la SFI- est la modification de la composition de ses États membres. En effet, entre le moment de la création de la SFI et celui du projet de Convention CIRDI, la composition de la Banque a grandement changé. Ses États membres sont passés de dix-sept à plus de cent, incluant notamment des États nouvellement indépendants. Or le nombre d'administrateurs lui n'a pas changé pour prendre en compte cette croissance. La représentation des membres par un administrateur se fait en fonction de leurs participations dans la Banque. Ainsi, si les plus importants actionnaires nomment un administrateur, en revanche les plus petits eux sont représentés par le même administrateur. Certains d'entre eux représentent ainsi parfois jusqu'à vingt et un membres, dont les voix sont diluées d'autant. Et ce sont ces administrateurs qui sont compétents pour voter la création d'une nouvelle institution interne comme le CIRDI. Or, une fois encore, dans ce cas, rallier le soutien des États importateurs de capitaux est essentiel au succès de la Convention, qui pour cela ne doit pas apparaître comme le produit des États exportateurs.

d'influence. D'abord auprès des principaux actionnaires de la Banque, une poignée des pays exportateurs de capitaux. Puis seulement auprès de l'ensemble des officiels des pays membres de la Banque. C'est donc discrètement, de manière informelle et par ordre d'importance des officiels pour le projet, que le président de la Banque leur présente le projet et recueille leurs vues sur la Convention. D'un point de vue relationnel, la technique ne manque pas de finesse. Chaque interlocuteur est ainsi pleinement écouté par le « *top management* » de la Banque, et peut librement exprimer ses vues et éventuelles réticences. Ces informations stratégiques sont d'une importance cruciale pour la Banque qui peut ainsi commencer à construire des coalitions et des soutiens au projet. Ces entretiens individuels permettent en outre aux fonctionnaires de la Banque d'affiner leur discours sur les points problématiques récurrents. Une fois encore, les fonctionnaires ne suivent pas le schéma classique de traitement des idées et des projets dans la sphère multilatérale qui généralement sont délégués aux institutions par leurs États membres - comme c'est le cas pour le mécanisme de garantie ou de Convention OCDE. Ici c'est un mouvement inverse qui est à l'œuvre. Pour éviter les délibérations politiques, les fonctionnaires de la Banque décomposent et décentralisent le processus : depuis la Banque vers les États, et pas tous les États en même temps. Ce mouvement se manifeste ensuite très concrètement par l'organisation de conférences régionales, dans une vaste tournée internationale ou « *roadshow* ».

En effet, puisque le projet de Convention est un produit purement interne de la Banque, les fonctionnaires sont conscients qu'il risque de manquer de légitimité auprès des États. Or, leur soutien est indispensable pour obtenir les signatures et ratifications nécessaires à son succès. Dans le même temps, ils considèrent qu'une conférence multilatérale a toutes les chances de mener à des débats politiques insolubles. Ils font alors le choix d'organiser des conférences régionales afin de diviser les États par zone géographique, ce qui leur permet de diviser d'autant les risques de coalitions et de blocages. On retrouve l'habileté diplomatique des fonctionnaires de la Banque dans le choix symbolique des quatre capitales des Nations Unies : Genève, Santiago, Bangkok et Adis Abebba. Ce choix extrêmement diplomatique évite que ne soit remise en question cette manière de procéder pourtant totalement novatrice. Les conférences se tiennent entre décembre 1963 et mai 1964. L'intérêt de tout de même organiser des conférences internationales, même régionales, est qu'elles donnent aux gouvernements l'apparence du multilatéralisme. Une apparence seulement car ces conférences sont purement consultatives. Et pour s'assurer d'éviter les mêmes blocages qu'une conférence multilatérale mais à plus petite échelle, les fonctionnaires de la Banque décident de garder la main sur le

projet : ils sont les seuls à pouvoir amender le document. Un autre point important de la stratégie de la Banque réside dans son choix d'inviter les gouvernements à envoyer non pas des représentants étatiques en délégations, mais des experts techniques du sujet de la Convention. Ces conférences sont donc des discussions de techniciens, qui en outre partagent tous une expertise juridique. Les débats en sont d'autant facilités que cette expertise commune leur permet de partager le même langage technique, la même logique et les mêmes concepts.

En outre, bien qu'issus d'écoles et de courants de pensée divers, tous ces juristes ont vécu les mêmes événements historiques – la Seconde guerre mondiale, la signature la charte des Nations Unies, les débats autour de la décolonisation- et s'inscrivent dans la lignée du paradigme juridictionnel. Ils partagent la croyance que le droit porte la promesse d'une paix durable, et que l'arbitrage est le concept clé. En conséquence, il eut été surprenant que ces discussions remettent en question le bien fondé de créer un mécanisme juridique pour résoudre les conflits d'investissement. Les experts qui assistent aux conférences ne demandent pas d'analyses économétriques prouvant le bénéfice de la mise en place d'un mécanisme arbitral sur l'investissement privé international et le développement des pays. Leurs discussions portent uniquement sur l'opportunité de ce mécanisme juridique spécifiquement, et sa faisabilité technique. Au total 86 experts assistent aux conférences et les discussions se tiennent dans l'esprit recherché par la Banque. Ce sont des débats d'experts, entre paires, soucieux d'élever les discussions au-dessus de la politique et d'œuvrer au développement du droit international. Le mode opératoire conçu par la Banque est également suivi sans que cela ne pose de problèmes pour les participants : les discussions sont purement consultatives, aucune délibération ni aucun vote ne se tient. Les experts ne représentent pas leur gouvernement mais offrent leur point de vue technique ; ils acceptent ainsi plus facilement la contradiction et parfois le compromis. Ces débats fournissent des indications utiles aux fonctionnaires de la Banque sur les principaux points de blocages et sur les modifications nécessaires afin de garantir le plus grand soutien possible des États. Ils leur fournissent également une bonne vision du positionnement des États sur le projet et la probabilité de les voir y adhérer.

Les inquiétudes des experts se concentrent autour de quatre sujets. Tout d'abord certains experts questionnent le bien fondé de permettre au droit international de reconnaître un droit d'accès direct à des individus de droit privé. Il est également évoqué le sujet historiquement sensible d'octroyer le droit à des investisseurs de recourir directement à l'arbitrage transnational sans épuiser les voies de recours internes à l'État hôte de l'investissement.

Certains des experts désignés par les pays d'Amérique Latine et du Sud affirment que l'arbitrage est un mode de résolution des conflits internationaux, qui ne doit pas être rendu accessible aux personnes de droit privé pour lesquelles la voie naturelle reste les juridictions nationales. Enfin, certains experts soulèvent que l'arbitrage transnational pourrait avoir de sérieuses incidences sur les politiques publiques des États d'accueil des investissements étrangers. Les fonctionnaires de la Banque s'évertuent de calmer ces inquiétudes et oppositions en invoquant particulièrement le mécanisme du double consentement des États instauré par la Convention³²⁴. Selon eux, un État peut ainsi limiter son consentement à l'arbitrage à certaines matières³²⁵, ou à l'obligation d'avoir épuisé préalablement les voies de recours locales³²⁶, dans l'instrument portant le second consentement -contrat, loi ou traité- et également en formulant des réserves à la Convention. Ils précisent également la possibilité pour les États, et non juste les investisseurs de saisir la juridiction du CIRDI³²⁷ ; et enfin que les parties sont libres du choix du droit applicable, et qu'en cas d'absence de choix c'est le droit de l'État hôte qui s'applique par défaut au litige³²⁸.

Mais pour beaucoup d'experts le mécanisme du double consentement est insuffisant à apaiser leurs craintes. Ils font remarquer que si aucun traité bilatéral ne comporte *au moment des conférences* de clause compromissoire, cette potentialité d'un fondement conventionnel de l'arbitrage transnational leur est problématique. Ces experts entrevoient déjà les effets à long terme de la Convention et le fait qu'elle porte le potentiel d'un changement de paradigme pour le droit international *via* des traités bilatéraux et la future jurisprudence arbitrale. Ils comprennent déjà que la Convention porte la possibilité de repousser les débats de substance dans des rapports bilatéraux ou laissé aux mains de tribunaux arbitraux privés sans contrôle juridictionnel ultérieur, et qu'ainsi ces débats risquent d'échapper à une vraie discussion, éclairée et dans un rapport de force équilibré. Ces experts ont déjà une vision claire du système qui se construira progressivement et discrètement, sentence par sentence, au cours des décennies suivantes. Mais la décentralisation des consultations permet aux fonctionnaires de la Banque de répondre aux inquiétudes dans une logique régionale, ils canalisent ainsi les craintes des États et évitent la formation de coalitions d'opposition. Et si techniquement les arguments

³²⁴ Qui figurera à l'article 25.1 du texte de la Convention.

³²⁵ Article 25.4 de la Convention.

³²⁶ Article 26 de la Convention.

³²⁷ Article 36.1 de la Convention.

³²⁸ Article 42 de la Convention ; ce dernier ajoute cependant « *ainsi que les principes de droit international en la matière.* »

de la Banque sont théoriquement corrects, en pratique le contrôle de l'étendu du second consentement formulé dans l'ensemble des instruments d'investissement d'un État et dans le temps demande des ressources administratives importantes dont les États les plus pauvres sont dépourvus. Leur manque d'expérience à ce sujet les empêche d'appréhender cet élément pratique, et de réaliser la complexité du système qui va se créer sur les bases de la Convention, et les moyens qui seront nécessaires pour la maîtrise d'une telle complexité. Taylor St John décrit : « *Some experts were convinced by Broches' argument that arbitration and local remedies could be complementary. These expertes usually came from states with the least experience of investment arbitration. (...) In fact, no capital-importing state ever ratified the Convention with a stipulation that local remedies should be exhausted first* »³²⁹.

Suivant la même logique stratégique, la Banque cloisonne l'information entre les conférences. Quand des questions sont posées sur les échanges qui ont eu lieu dans les autres conférences, la Banque ne donne que des réponses partielles, soigneusement choisies et aucun résumé des débats n'est produit à destination des États. La Banque invoque le coût que ces résumés impliqueraient, mais il est peu probable que le manque de ressources soit la véritable explication quand dans le même temps la Banque finance ces conférences de grande ampleur. En plus de prévenir la formation d'opposition, ces conférences permettent également d'expliquer le projet aux experts désignés par les gouvernements, qui à leur tour s'en font les émissaires de retour dans leur État.

Cette transmission est particulièrement importante dans les États nouvellement indépendants – première cible de la Banque- qui manquent de ressources techniques au sein de leurs jeunes administrations. C'est alors l'occasion pour certains de ces États de formuler des demandes d'assistance technique auprès de la Banque sur les sujets de la résolution de conflit et de l'investissement. Ils appréhendent la Banque comme une autorité experte, et cette posture participe à leur adhésion au projet. En effet, la plupart des pays importateurs de capitaux sont également des États nouvellement indépendants et sous-développés. Pour beaucoup ils manquent cruellement de moyens humains et techniques, ainsi que d'expérience sur ces sujets et globalement sur la formulation de politiques publiques en matière d'investissement. C'est particulièrement le cas des pays les plus pauvres et dont le l'importance géographique, géopolitique ou économique est la plus modeste. Ces États sont plus enclins à adopter une

³²⁹ St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit. p. 164

posture d'élève vis-à-vis de la Banque et à adopter son langage et point de vue sur la matière. A cela s'ajoute leur position de pays emprunteurs qui renforce encore l'influence que la Banque a sur eux. Cette relation particulière de la Banque explique peut-être que des quatre réunions régionales, c'est la première, celle d'Adis Abebba, qui a compté le plus de participants ; plus d'une cinquantaine d'experts ont été envoyés par 29 États africains³³⁰.

Ce jeu relationnel est un facteur essentiel dans le soutien des pays exportateurs de capitaux au projet de la Banque. Ces États ont quant à eux une relation vis-à-vis de la Banque diamétralement opposée. Si la Banque bénéficie de la même réputation d'expertise vis-à-vis de ces États, ils n'adoptent pas une posture d'apprenants car ils ont pu développer leur propre expérience de ces sujets et politiques publiques. En revanche, en tant que principaux actionnaires et financiers de l'institution, ils ont plutôt tendance à se placer dans une position d'autorité, de mandant, vis-à-vis de la Banque. De leur point de vue, la Banque est une entité autonome qui agit librement...tant que ses actions restent dans leur intérêt. C'est ainsi que ces États comptent sur le statut dont bénéficie la Banque auprès des pays importateurs pour qu'ils adhèrent à la Convention. Ils pensent également qu'un centre d'arbitrage administré par elle aura plus de chance d'être positivement regardé par ces gouvernements, à la différence des centres d'origine occidentale comme la CCI ou la CPA. Cependant, certains d'entre eux manifestent leur inquiétude de voir le futur centre arbitral hébergé au sein de la Banque. En effet, ils s'inquiètent des éventuels doutes des pays importateurs quant à l'impartialité des procédures si celles-ci venaient à plus largement favoriser les investisseurs. Un autre avantage que les pays exportateurs voient dans la relation particulière de la Banque vis-à-vis des pays importateurs est que leur position d'emprunteurs limiterait leur capacité à refuser un arbitrage ou une sentence rendue sous les auspices de la Banque -une idée à rapprocher de la politique stricte de la Banque en matière de prêt à des États qui sont en conflit sur des sujets financiers ou d'expropriation. Ils prennent ainsi grand soin de ne pas interférer dans le projet de la Banque, afin que le projet de Convention CIRDI continue à bénéficier du vernis de neutralité de la Banque, garant de son succès.

Ces conférences fournissent aux fonctionnaires de la Banque un flot d'informations utiles ; ils s'assurent ainsi qu'un nombre suffisant d'États est réceptif au projet afin de pouvoir

³³⁰ Voir l'Histoire de la Convention CIRDI, vol. III, pp. 54-126 disponible sur le site Internet du CIRDI, voir également PARRA, Antoni R., *The History of ICSID*, OUP, 2012, p. 53

poursuivre le processus. Sur la base des quatre conférences, il leur semble que le projet bénéficie du soutien nécessaire pour aboutir, en dépit des résistances de certains États. L'étape suivante du processus est celle du vote devant le conseil des gouverneurs de la Banque. Ce vote doit permettre de confier aux administrateurs de la Banque la mission de rédiger une convention pour la résolution des conflits d'investissement, ce avec l'aide d'un comité juridique constitué des représentants des pays membres intéressés. En d'autres termes, il s'agit de la validation administrative de l'opportunité du projet qui jusque-là a été conçu de manière autonome par les fonctionnaires de la Banque, et de sa poursuite officielle. Sur la base de leur analyse des conférences, les fonctionnaires de la Banque s'attendent à une opposition de certains États, mais que celle-ci sera insuffisante à empêcher la résolution d'être adoptée. Au sein du conseil des gouverneurs chaque État membre a une voix, à la différence du conseil des administrateurs de la Banque. Le soutien d'un nombre suffisant d'États importateurs - majoritaires- est donc impératif. Loin d'obtenir le vote unanime demandé par le président Woods, la résolution déclenche le « No de Tokyo » : 21 pays, principalement d'Amérique Latine et du Sud, mais pas exclusivement, s'opposent à la résolution. Leur refus s'appuie sur leur conception traditionnelle de la protection de l'investissement étranger, formulée dans la doctrine Calvo. Ils refusent le principe de l'arbitrage transnational qui ouvre un recours en dehors des juridictions nationales du pays hôte, un recours inaccessible aux investisseurs locaux. L'inégalité de traitement ainsi créée ne se justifie pas selon eux alors que leurs systèmes de justice empêchent les confiscations de biens, interdisent les discriminations et garantissent une indemnisation en cas d'expropriation. Les juridictions nationales sont et doivent rester la voie pour régler les litiges d'investissement dans un État. Cette opposition est attribuée à l'histoire bien particulière du continent sud-américain vis-à-vis de l'investissement étranger. Ce « No de Tokyo » n'est cependant pas suffisant pour empêcher la résolution d'être adoptée. Il est possible que si des délibérations multilatérales s'étaient tenues au sujet de la Convention plutôt que ces conférences régionales, d'autres pays aient rejoint cette opposition : la stratégie de la Banque de cloisonnement régional des oppositions a fonctionné.

La résolution adoptée par les gouverneurs de la Banque donne la légitimité recherchée au projet de Convention. Ce qui permet à Aron Broches au moment de l'ouverture des réunions

du comité juridique³³¹ de fermer la porte à tout débat sur l'opportunité de la Convention³³² : la question a été définitivement tranchée par le vote des gouverneurs. En outre, dans un esprit de pragmatisme et d'efficacité, la Banque continue d'appliquer au sein du Comité des mécaniques de coopération largement cadrées et limitées, qui éloignent le résultat de Convention d'un produit réellement concerté. Sur le modèle des conférences consultatives, le pouvoir de modifier le projet de Convention reste dans les mains des fonctionnaires de la Banque. Ce sont encore des experts désignés par les États intéressés – et non des représentants diplomatiques – qui participent aux discussions. Leur voix est prise en compte dans un mécanisme de délibérations et de votes, mais uniquement sur les sujets jugés mineurs par les fonctionnaires de la Banque. Efficace, la Banque procède au vote immédiatement à la suite des débats. Les sujets jugés importants eux sont soustraits du spectre des délibérations du Comité pour être confiés à l'examen des administrateurs. Il convient de rappeler que la représentation des pays membres de la Banque par les administrateurs est fonction de leur participation dans le capital de la Banque. Qu'ainsi, un administrateur représente un pays, dans le cas des États actionnaires majoritaires -tous exportateurs de capitaux-, et peut en représenter jusqu'à 21 dans le cas des pays les plus minoritaires – généralement importateurs de capitaux. Ce qui dilue d'autant leur poids sur les décisions du conseil d'administration de la Banque, et dans le cadre de la Convention, sur les sujets jugés sensibles. C'est encore le conseil d'administration de la Banque qui donne son accord au projet final de Convention en mars 1965.

Puisque l'avis des experts désignés par les États n'est pas déterminant dans la finalisation de la Convention, que le pouvoir de décision reste entre les mains des fonctionnaires de la Banque et *in fine* dans ceux des administrateurs, on peut alors s'interroger sur l'objectif de la Banque dans la création d'un tel Comité. Ce qui est visé ici encore par Aron broches et le Président Woods est de renforcer la légitimité de la Convention en lui donnant l'apparence du multilatéralisme. D'un côté il est évident que les fonctionnaires de la Banque pouvaient ressentir le besoin d'avoir des avis d'experts en droit sur le texte de la Convention. Le texte avait bien été rédigé par le service juridique de la Banque, mais la rédaction restait un exercice de droit procédural complexe auquel ils n'étaient pas habitués. D'un autre côté, si le but des fonctionnaires était d'obtenir des conseils en matière de droit procédural, ils auraient

³³¹ Ces réunions se tiennent sur trois semaines entre novembre et décembre 1964. La Banque invite de nouveau à ses frais les États intéressés à envoyer un expert juridique pour participer aux discussions.

³³² Taylor St JOHN cite Aaron BROCHES : « *The present meeting was no longer concerned with the question of the desirability of creating machinery for facilitating the settlement of investment disputes since that question has already been decided in the affirmative* ». *The Rise...*, op. cit. p. 141

pu solliciter l'avis de quelques experts choisis et n'avaient nul besoin de convoqué un Comité d'experts du monde entier sur plusieurs semaines. Renforcer la légitimité de la Convention reste le réel objectif de ces réunions, auxquels étaient d'ailleurs particulièrement conviés les États importateurs ouvertement ou non opposés au projet. Deux autres objectifs sont avancés par Taylor St John dans son étude historique. Le premier serait que les fonctionnaires de la Banque souhaitent constituer un corpus de travaux préparatoires qui permettrait de guider les futurs arbitres dans leur travail d'interprétation de la Convention³³³. L'idée pour les fonctionnaires est de protéger leur travail de possibles interprétations trop libérales et erronées des futurs tribunaux arbitraux. Un moyen pour cela est de fournir un ensemble solide de travaux préparatoires. Le second objectif selon l'auteure aurait été un objectif pédagogique. Outre un travail sur sa légitimité, pour convaincre les États à adhérer au système de la future Convention, il convient également de les convaincre de son bénéfice. C'est la même logique de dissémination de l'information par les experts dans leur pays d'origine que lors des conférences régionales consultatives. L'espoir derrière ce Comité est de continuer à construire un consensus autour de la Convention : ce Comité constitue une formidable opportunité de répondre collectivement aux interrogations, doutes et oppositions des gouvernements, particulièrement des États nouvellement indépendants et importateurs de capitaux.

De tout ce qui précède il est impossible de conclure que la Convention CIRDI est le fruit d'un travail collaboratif multilatéral entre les divers acteurs concernés par le sujet des conflits d'investissement. Depuis sa conceptualisation, jusqu'aux ébauches du textes et à sa finalisation, le poids de la Banque sur le projet est déterminant. Une apparence de multilatéralisme et de consensualisme est entretenue par la Banque, et encouragée par les pays exportateurs de capitaux. Le but, jamais affirmé explicitement dans le contexte particulier du milieu des années 1960, est de rallier l'adhésion des pays importateurs de capitaux indispensables à la réussite du projet. La Banque et les pays exportateurs ne partagent pas les mêmes objectifs dans leur soutien à la Convention, mais ils font œuvre commune pour sa concrétisation. En outre, alors qu'ils sont pourtant directement concernés par le sujet, les investisseurs sont totalement absents du processus, qui reste essentiellement d'origine internationale.

2- L'absence d'implication des investisseurs au projet de Convention

³³³ Voir en ce sens, St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit. p.142 et s.

Le désintérêt des investisseurs pour l'arbitrage d'investissement est résumé dans la question de Taylor St John : « *If investors lobbied for arbitration, why did it take them so long to bring cases?* »³³⁴. En effet, l'explosion du nombre d'arbitrages d'investissement ne s'est produite que des décennies après la création du système CIRDI. Il est cependant courant de lire, suivant une sorte de mythologie du domaine, que l'arbitrage est le résultat du lobbying des investisseurs auprès de leurs gouvernements. Cette analyse ne manque pas de logique puisqu'ils en sont les premiers bénéficiaires. Pourtant, ce présupposé tombe au vu de l'étude historique menée par l'auteure sur la construction du système. Celle-ci prouve d'une part que bien qu'une poignée de spécialistes du sujet, notamment à la CCI, œuvrait au développement de l'arbitrage, la majorité du monde des affaires n'était pas informée ou intéressée dans le mécanisme, à l'inverse de celui de garantie multilatérale qui avait leur faveur. Elle prouve d'autre part, que s'ils étaient la cible première du système créé par la Convention, ils ne furent ni informés ni impliqués dans son processus d'élaboration. Leur avis et leurs besoins ne sont pas intégrés au projet, seule la *perception* de la Banque sur leurs avis et besoins l'est.

En effet, paradoxalement, dans l'esprit des fonctionnaires de la Banque, la Convention est directement créée pour être utile aux investisseurs. Elle doit les rassurer sur la protection de leurs investissements en cas d'atteinte dans les pays en voie de développement, jugés les plus problématiques. Et quand cinq années après sa création le secrétariat du CIRDI n'enregistre toujours aucune demande, la Banque s'en étonne et s'en inquiète. Elle finit par conclure à l'effet dissuasif de l'arbitrage par sa capacité à inciter les États à négocier afin de se prémunir d'une procédure contentieuse. L'absence de demande serait finalement le signe que le système instauré par la Convention est un succès. Pourtant, en 1976 un sondage réalisé auprès des directeurs juridiques des entreprises du classement « *Fortune 1000* » indique que seulement 15% d'entre eux sont familiers du système CIRDI. Dix ans après sa création, 85% des meilleurs juristes des plus grandes entreprises internationales n'ont même pas connaissance du mécanisme ; ils devraient pourtant en être le premier public. Ce manque de connaissance est révélateur de l'absence d'implication de ces acteurs dans la mise en place du mécanisme. A aucun moment un groupe d'investisseurs ne fut associé à la réflexion autour de la Convention. Pis, la Banque occulte leur désintérêt pour l'arbitrage, pourtant manifesté dès 1962 dans un sondage mené par la CCI. Celui-ci révélait que seulement 16% des interrogés croyaient que l'arbitrage était susceptible d'affecter le climat des affaires d'un pays. Des statistiques dont elle

³³⁴ St JOHN, Taylor, *The Rise...*, ibid.

avait connaissance ayant été transmises par la CCI à l'ONU et à la DAC. Si le talent diplomatique de la Banque a déjà été relevé, en revanche cette institution qui porte le multilatéralisme dans son ADN, pêche dans sa capacité à prendre en compte les vues du monde des affaires³³⁵.

Elle avait pourtant déjà fait l'expérience de cette carence avec la SFI. Lorsque la Banque avait exposé le projet de création de cette nouvelle institution interne, la majorité des banquiers et hommes d'affaires présents à la présentation avaient manifesté leur opposition à sa création. Ils avaient alors fait remarquer, à juste titre, que du point de vue des investisseurs le réel problème à la source du peu d'investissement dans les pays en développement n'était pas le manque de capitaux mais l'absence d'un climat des affaires favorable. La Banque n'avait alors pas tenu compte de cet avis, et puisque la proposition de création de la SFI bénéficiait du soutien des États-Unis, l'institution avait été créée. Ce n'est que dix années plus tard que la Banque s'était rendue à l'évidence que le réel problème était le climat des affaires. Elle décida d'axer son action en ce sens en abordant le sujet selon le point de vue des investisseurs...avec le projet de Convention CIRDI. Pourtant les investisseurs sont clairs sur le sujet : ils ne souhaitent pas particulièrement la mise en place d'un mécanisme arbitral pour la résolution de leurs potentiels conflits avec les États hôtes. Ils lui préfèrent très largement le mécanisme de garantie multilatérale. Ainsi, la CCI associée au projet de garantie conclu à son probable bénéfice et affirme le souhait de ses membres de sa mise en place prioritaire- les trois projets sont alors à l'examen : Convention OCDE, garantie ou arbitrage d'investissement. Mais, la Banque ne tire pas les leçons de ses erreurs passées et ignore une fois encore l'opinion du monde des affaires. Les fonctionnaires de la Banque avancent que l'intérêt du mécanisme d'assurance n'est pas prouvé, et affirment que ce mécanisme ne peut jouer que dans les domaines où les investisseurs ont le choix des pays dans lesquels investir ; ce qui est impossible dans le cas de certaines matières premières. La Banque s'appuie sur le manque de preuves, ce qui est une fois encore paradoxale étant donné que les États-Unis assurent déjà avec succès leurs investisseurs, et que dans le cas de l'arbitrage l'absence de données prouvant son bénéfice n'est pas jugé problématique par eux. D'ailleurs quand au cours des conférences consultatives certains experts soulèvent ce point, les fonctionnaires de la Banque éludent les questions. Le

³³⁵ Mason et Asher cités par Taylor ST JOHN dans son étude historique affirment : « *Despite the World Bank's ideological leaning in the 1950s, it did little active fraternizing with foreign private profit-seeking firms trying to trade with or invest in developing countries, other than mining – and the protocol was that the Bank was to relate to indigenous developing country firms only through their governments* ». Op. cit. p.123

soutien de la Banque au projet de l'arbitrage est bien le résultat de la conviction personnelle de ses membres, une conviction si forte qu'elle fait fi de tout ce qui pourrait en détourner sa matérialisation, dont la prise en compte de l'opinion contraire des investisseurs.

En conséquence, si la plupart des investisseurs ne désiraient pas l'instauration d'un mécanisme arbitral international, ou n'en avaient pas connaissance, comme semblent l'établir les statistiques disponibles à l'époque, il paraît peu probable que beaucoup d'entre eux aient intégré la demande de voir incluses des clauses compromissaires dans leurs accords d'investissement aux négociations contractuelles avec les États hôtes ; ou qu'ils aient fait pression pour voir la possibilité de l'arbitrage reconnue dans l'arsenal réglementaire et législatif en matière d'investissement. Ce qui soulève la question de l'appropriation du système mis en place par la Convention par les acteurs de l'investissement avec au premier chef les États d'accueil de l'investissement et les investisseurs étrangers.

Chapitre 2. L'extension du système institutionnel de la Convention CIRDI

Une fois le texte définitif de la Convention approuvé par les administrateurs de la Banque, il est accompagné de leur rapport et transmis par le président Woods aux États membres de la Banque pour signature. Un premier signe du succès de la Convention est que les États importateurs, tout particulièrement africains, s'engagent rapidement dans cette étape. En effet le premier État à signer la Convention est la Tunisie, le premier à la ratifier, le Nigéria. Et plus globalement, sur les vingt premières signatures nécessaires à son entrée en vigueur, quinze viennent d'États africains : le Bénin ; le Burkina Faso ; la République du Congo ; la Côte d'Ivoire ; le Gabon ; le Ghana ; Madagascar ; le Malawi ; la Mauritanie ; le Nigéria ; l'Ouganda ; la République centrafricaine ; la Sierra Leone ; le Tchad et la Tunisie. Les cinq autres pays à avoir ratifié la Convention dans ce groupe des vingt sont : les États-Unis d'Amérique, dont la signature est déterminante pour l'engagement des autres pays exportateurs ; l'Islande ; la Jamaïque ; la Malaisie ; et les Pays-Bas.

Mais avec à l'entrée en vigueur de la Convention en 1966, l'architecture institutionnelle du système de résolution des différends ainsi mise en place n'est que partielle. La mécanique du double consentement qu'elle instaure nécessite pour l'État de donner son consentement au travers d'un autre instrument : dans un contrat d'investissement, dans son droit interne ou encore dans un accord international. Sans ce deuxième consentement la Convention resterait lettre morte ne produisant pas d'effets pratiques. Aaron Broches avait d'ailleurs mis l'accent sur ce point pour rassurer les États : la vraie délégation de la résolution du litige d'investissement donnée au Centre (le CIRDI) créé par la Convention ne se manifeste qu'au travers de ce deuxième consentement. Avant cela, l'accession de l'État au système CIRDI, par sa signature et ratification de la Convention, n'ouvre que la *possibilité* d'une telle délégation. C'est donc ce deuxième consentement qui représente la réelle adhésion des États au système ; et pour le tout jeune secrétariat du Centre -dont Aaron Broches est désormais à la tête-, l'assurance d'une survie institutionnelle. Or, les fonctionnaires de la Banque ont bien conscience qu'obtenir un tel consentement pour résoudre un conflit d'investissement déjà matérialisé est beaucoup plus difficile qu'en amont de toute difficulté – un constat fait dès le conflit de la Raffinerie d'Abadan au cours duquel Aaron Broches regretta l'absence d'un tel

consentement préalable à l'arbitrage, un regret qui laissa une empreinte durable. Aussi, dans la lignée des actions menées pour la création de la Convention, la Banque et le secrétariat du CIRDI vont œuvrer activement pour collecter des consentements *préalables* à la juridiction du Centre. Il s'agit de la deuxième phase du processus de création du système CIRDI.

Mais le *Système actuel de résolution des différends d'investissement* est plus large que le seul système CIRDI, même si ce dernier est central. En le mettant en place, les fonctionnaires de la Banque ont initié une dynamique plus large, un mouvement qui portait en lui-même sa propre inertie et qui a conduit au développement progressif d'un *Système de résolution des différends d'investissement*. Et ce développement s'est fait suivant la voie déjà tracée par cette dynamique première initiée par la Banque. Le *Système de résolution des différends d'investissement* actuel s'est construit progressivement dans le sillon de cette première impulsion – la Convention CIRDI- dont la légitimité ou la pertinence ne furent pas remise en question durant ce processus d'extension institutionnelle. Un système complexe a émergé de l'extension de cette première architecture institutionnelle. Et ce système, comme tout système complexe, échappe aux prévisions de ses créateurs et acteurs, apportant des conséquences parfois inattendues voire indésirables, conduisant à la crise de légitimité actuelle et la remise en question du *Système*. Ces conséquences n'ont fait jour pour les acteurs qu'au moment des premiers arbitrages, des décennies après qu'aient été posées les bases institutionnelles du *Système*. L'ensemble des acteurs ont alors pris – ou repris- la pleine mesure du *Système* créé et de ses implications.

Il convient donc d'observer le passage de la convention CIRDI au développement du système CIRDI, et l'influence des agents de la Banque dans l'initiation de cette dynamique institutionnelle (Section I). Au centre de cette dynamique, un phénomène de conversion du système CIRDI s'est produit à mesure que ses acteurs s'approprièrent les mécaniques institutionnelles à leur disposition, et qui a conduit à l'extension du système CIRDI en un système plus large puis globale, le système objet de cette thèse : le *Système de résolution des conflits d'investissement entre État hôte et investisseur étranger* (Section II).

Section 1. De la Convention CIRDI au système CIRDI : l'influence de la Banque mondiale dans l'initiation d'une dynamique institutionnelle

Aux balbutiements de la Convention, le contexte qui accompagnait la rédaction du texte n'a pas changé : les États exportateurs savent que le succès de la Convention dépend de la

perception de leur distanciation vis-à-vis d'elle. À ce moment-là peut-être encore davantage alors que l'opposition entre États exportateurs et importateurs sur le sujet de la protection de l'investissement étranger ne cesse de croître dans les instances multilatérales. Et de leur côté, les investisseurs n'ont pas, ou peu, connaissance de l'existence de la Convention. Dans ce contexte, la Banque a conscience que la pérennité du système créé dépend de sa capacité à recueillir le deuxième consentement des États et à informer les investisseurs des mécanismes offerts par la Convention. Pour cela une vaste campagne d'information est initiée par le Secrétariat qui se rend directement dans les États, auprès des fonctionnaires gouvernementaux et des investisseurs. La Banque bénéficie d'un accès privilégié à un grand nombre de gouvernements, notamment de pays en développement – qui sont ceux dont le second consentement est à obtenir prioritairement. Ces gouvernements sollicitent régulièrement son assistance technique et ses services de bailleur de fonds. Le Secrétariat du CIRDI va user de cet accès privilégié pour les informer des activités du Centre et solliciter leur appui pour collecter des nouvelles adhésions étatiques à la Convention. Le Secrétariat va dans un second temps déployer une stratégie pour faire émerger des consentements préalables à la juridiction du CIRDI au travers des trois instruments potentiels : les droits nationaux, les contrats d'investissements et les accords internationaux, notamment les traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements (ci-après « TBI ») qui ont le vent en poupe. Et le moyen le plus efficace trouvé par le Secrétariat est de promouvoir indirectement la Convention sous couvert de son rôle d'entité conseil des gouvernements en développement.

A) L'influence de la Banque sur le consentement préalable des États intégré dans leur droit interne et dans leurs contrats d'investissement

La Banque va chercher à développer l'intégration de consentements préalables des États d'une part dans leurs droits internes en matière d'investissement, et d'autre part dans les contrats d'investissement qu'ils signent avec les investisseurs étrangers.

1- Le consentement préalable des États dans les droits internes en matière d'investissement

En 1969, Aaron Broches lance le projet pilote sur les « *Investment Laws of the World* », qui, grâce aux ressources de l'ensemble de la Banque mondiale, doit permettre la « *creation, classification, and eventual dissemination of national legislations and international*

agreements relating to foreign investments »³³⁶. En lançant ce vaste projet de catalogue des lois et accords internationaux d'investissements des États importateurs de capitaux, le Secrétariat est en étroite collaboration avec les pays concernés, ce qui renforce sa position d'entité conseil. Grâce à cela le Secrétariat va être en mesure de fournir des conseils informels sur la réforme des politiques d'investissement des États et leur droit en la matière ; et ainsi inciter les États à intégrer dans ces instruments un consentement préalable à la juridiction du CIRDI³³⁷. Le projet est ambitieux : les pays sont sélectionnés pour représenter une grande variété de traditions et de systèmes juridiques ; et sur les dix-huit États étudiés huit ne sont pas membres de la Convention. Un bénéfice secondaire est bien d'encourager les États à la ratification de la Convention, bien que ce ne soit pas l'objectif principal du projet³³⁸ qui reste la multiplication des consentements préalables étatiques dans leurs lois en matière d'investissements.

Si la Banque incitait les gouvernements à intégrer un tel consentement dans leur droit de l'investissement³³⁹ déjà bien avant ce projet, ce-dernier est efficace et accélère le mouvement. C'est ainsi qu'en 1981, à l'issue du mandat d'Aaron Broches à la tête du Secrétariat, treize États l'ont fait, dont onze sont des États d'Afrique : le Benin, la République du Congo, l'Égypte, le Ghana, Madagascar, le Niger, le Sénégal, le Soudan, la Tunisie, le Burkina Faso et la République Démocratique du Congo³⁴⁰. Après ce projet, la Banque continue de proposer son aide aux pays en voie de développement aux fins de modernisation de leur droit des investissements. Cet accompagnement intègre généralement la recommandation d'ajouter un consentement préalable à la juridiction du CIRDI. Cela se matérialise par une assistance personnalisée aux États dans la rédaction des clauses de résolution des litiges présentes dans leurs divers codes des investissements et autres textes en la matière. Cette campagne de fond, aura porté ses fruits et aujourd'hui la très grande majorité des États d'Afrique, notamment subsaharienne, donne un consentement préalable à la juridiction du CIRDI dans ses lois

³³⁶ Mots prononcés par Aaron BROCHES, Third Annual Meeting, 29 septembre 1969, cité par St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit. p.192

³³⁷ Une possibilité envisagée par les administrateurs dans leur rapport accompagnant le texte de la Convention : [...] *un État hôte pourrait offrir, dans le cadre d'une législation destinée à promouvoir les investissements, de soumettre à la compétence du Centre les différends résultant de certaines catégories d'investissements, tandis que l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l'offre par écrit* ».

³³⁸ Un bénéfice secondaire qui s'exprime dans le fait que seul la République Démocratique du Congo a intégré le système CIRDI durant le projet.

³³⁹ Cette invitation est déjà contenue dans le rapport des administrateurs de la Banque joint au texte de Convention adressé aux États membres pour signature.

³⁴⁰ Les deux autres États sont l'Afghanistan et le Sri Lanka. Voir ICSID Sixteenth Annual Report, p.36 accessible à l'URL : <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/en/1982-ar-final-en.pdf>

d'investissement. Ils le font soit directement avec un renvoi clair au CIRDI pour un arbitrage voire une conciliation, soit indirectement en revoyant par exemple aux dispositions des traités bilatéraux signés avec l'État de la nationalité de l'investisseur³⁴¹ qui intègrent la juridiction du CIRDI. Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'en 2017, 16 pour cent³⁴² des affaires portées devant la juridiction du CIRDI impliquant un État africain se basaient sur une loi d'investissement de l'État hôte. Ce chiffre est largement plus élevé que la moyenne mondiale qui n'est que de quatre pour cent pour la même année³⁴³. Une tendance constante pour l'Afrique.

2- Le consentement préalable des États et des investisseurs dans les contrats d'investissement

En même temps que le Secrétariat réalise un recueil des lois en matière d'investissement, il collecte également des informations sur des contrats d'investissement impliquant une entité publique. Ces informations lui sont communiquées directement par les parties, parfois afin d'obtenir d'éventuels conseils du Secrétariat sur la rédaction du consentement à la juridiction du Centre, parfois afin que le Centre en garde la trace. Aaron Broches l'explique en ces termes : « *Though parties to investment contracts that provide for the settlement of any future disputes pursuant to the Convention are not required to notify the Centre of the conclusion of such agreements, many of them have done so, either in advance of signature in order to obtain the Secretariat's views on the proposed text, or subsequently as a matter of record* »³⁴⁴.

Cette veille documentaire permet au Secrétariat de mesurer l'impact de son action de promotion du système CIRDI auprès d'une part des États, mais surtout des investisseurs et de leurs conseils juridiques. Leur adhésion au système peut ainsi être mesurée par leur consentement préalable à la juridiction du CIRDI contenu dans des contrats d'investissement, seul instrument sur lequel ils ont une prise directe par le jeu des négociations. Pour toucher les

³⁴¹ Les États renvoient ainsi par exemple à un accord compromissoire entre les parties, ou à un traité bilatéral, tous deux susceptibles de contenir une référence à la juridiction du CIRDI.

³⁴² Voir les statistiques fournies par le CIRDI accessibles à l'URL :

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/en/Special%20Issues/ICSID%20Web%20Stats%20Africa%20%28English%29%20June%202017.pdf> p.11

³⁴³ Voir les statistiques fournies par le CIRDI accessibles à l'URL :

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/en/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20%28English%29%20Final.pdf> p.25

³⁴⁴ ICSID Fifth Annual Report accessible à l'URL :

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/en/1971-ar-final.pdf>, p.3

investisseurs, la Banque utilise le relais des agences de garantie des investissements internes des États exportateurs ; en s'adressant à un organisme public plutôt qu'aux associations professionnelles, le Secrétariat reste porteur du même esprit internationaliste déjà évoqué. Une fois les agences de garanties informées, celles-ci commencent à sensibiliser les investisseurs de l'existence du CIRDI et des opportunités offertes par la Convention. Elles donnent également l'opportunité au Secrétariat de se présenter directement aux investisseurs.

L'autre pan de cette action, réside dans la rédaction et la diffusion auprès des investisseurs – privés et publics comme les sociétés d'États- de clauses modèles en matière de résolution des différends³⁴⁵. Les premières clauses modèles sont diffusées en 1968. Selon le Secrétariat leur rédaction est justifiée par des demandes d'assistance techniques formulées par des investisseurs sur le consentement à la juridiction du CIRDI. Les conditions de saisine du Centre sont jugées inhabituelles et le large choix donné aux parties dans la Convention en matière de droit applicable augmente le risque de contestation de la compétence du tribunal arbitral. Dans le document incluant les clauses modèles, le Secrétariat conseille d'inclure un consentement préalable *via* le contrat d'investissement conclu pour le projet : « *it is advisable to record an understanding in advance – and this can most conveniently be done as part of the consent agreement* »³⁴⁶. Ces clauses sont jugées un succès, car si tous les contrats contenant un consentement à la juridiction du Centre ne lui sont pas adressés, un nombre suffisant l'est pour permettre à Aaron Broches d'affirmer en 1971 : « *The number of notifications does not furnish an adequate basis for any precise conclusions concerning the frequency with which parties agree to confer jurisdiction on the Centre, except to confirm the widespread use of the Convention, involving some score of developing States, as well as investors from about half as many capital exporters. The texts furnished to the Centre do yield significant indications of some types of transactions in which an ICSID clause was used, more and more of which reflects the language of the model clauses formulated for this purpose by the Secretariat some years ago. Many of those involved direct, often massive investment by foreign interests invited by a developing State, where the initiative for the inclusion of an ICSID clause may*

³⁴⁵ Voir notamment RAMBAUD Patrick. Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI. In: *Annuaire français de droit international*, volume 28, 1982. pp. 471-491.

DOI : <https://doi.org/10.3406/afdi.1982.2500>
www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1982_num_28_1_2500

³⁴⁶ ICSID Second Annual Report accessible à l'URL : <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/en/1968-ar-final.pdf>

*have come from the host government, from the investor or even from the latter's government in connection with investment guarantee arrangements ».*³⁴⁷

Aaron Broches poursuit : « *Sometimes it was necessary to create new companies or enterprises in the host State, often by means of **formal “Establishment Conventions” including an ICSID clause.** In some instances the contracts in question related to the restructuring of relations with the host State with reference to existing investments that often antedate the Convention and even the independence of the State; as a condition of their continued participation in the new arrangement the investors requested and received the firm assurance flowing from an ICSID clause. Recently an ICSID clause was used, apparently for the first time, in the instruments by which an African State raised a foreign currency loan by the issue of bonds in the European market through a syndicate of international bankers.* ». Cette citation d'Aaron Broches donne une bonne idée des structuration juridiques des investissements en Afrique subsaharienne et dans l'intégration à ces structures de clause de renvoi à la juridiction du CIRDI. Ainsi, la pratique des « Conventions d'établissement » évoquée par le Secrétariat du Centre est largement répandue. Ces conventions sont des contrats solennels, dont la signature est généralement autorisée par le Parlement puis ratifiée, le texte étant même parfois publié au Journal Officiel. Cette pratique exigée par les investisseurs leur permet de s'assurer d'une double protection. Il est intéressant de noter qu'Aaron Broches constate alors que les investisseurs étrangers, négociant ou renégociant des contrats au moment des indépendances, exigent l'inclusion d'une clause d'arbitrage CIRDI dans ces conventions d'établissement.

Et il est vrai que le fondement contractuel porte une importance toute particulière dans le contexte africain où, au moment de l'entrée en vigueur de la Convention CIRDI, la protection des investissements est essentiellement contractuelle, et le restera dans le temps³⁴⁸ au travers

³⁴⁷ ICSID Fifth Annual Report accessible, ibidem, p.4 ; mis en gras par nos soins.

³⁴⁸ C'est la pratique des contrats d'État qui se développe, un sujet sur lequel la littérature est abondante au vu des nombreuses questions de droit qu'il soulève. Sur la thématique qui nous intéresse, il s'agit notamment des questions autour de la protection des investissements par le droit applicable et l'internationalisation de ces contrats ou encore les clauses de stabilisation. Sur les développements autour de la protection des investissements par la voie contractuelle voir par exemple : KAHN, Philippe, *Les investissements internationaux, nouvelles données : un droit transnational de l'investissement*, 2007, Académie de droit international de La Haye, p.5 ou encore BORZU, Sabahi, LAIRD. Ian A., *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*, op. cit., p.15 et 16 : « *The (...) contractual devices gradually became the main method of protecting foreign investors prior to the advent of investment treaty-based protections.* »

des divers instruments contractuels développés : conventions d'établissement, concessions, pactes d'actionnaires, contrats de partenariat, plans de privatisation etc. Cette importance de la protection contractuelle se retrouve dans les statistiques du CIRDI. Ainsi, durant les vingt-cinq premières années d'existence du Centre, toutes les affaires apportées reposent sur un contrat entre l'État hôte et l'investisseur, et en particulier des concessions ; et sur cette vingtaine d'affaires, quinze impliquent un État africain.³⁴⁹ Ces chiffres restent toujours très élevés aujourd'hui puisqu'en 2017³⁵⁰ 40 pour cent des affaires portées devant le Centre et impliquant un État africain reposaient sur des contrats, contre 16,8 pour cent (soit +23 points) pour l'ensemble des affaires devant le CIRDI. En parallèle, une part plus faible de procédures arbitrales impliquant un État africain est basée sur un accord international de protection des investissements. Si dans plus de 73 pour cent des affaires enregistrées par le Centre la base du consentement à la juridiction du Centre invoquée est un accord international du type d'un TBI, ce n'est le cas que dans 44 pour cent (-29 points) des affaires impliquant un État africain, soit un chiffre à peine plus important que celles basées sur un contrat d'investissement³⁵¹. Ce qui prouve l'importance de la base contractuelle dans la protection des investissements privés étrangers en Afrique et l'influence de l'action de la Banque sur le contenu des négociations au sujet du mode de résolution des conflits intégré dans les contrats passés entre État hôte et investisseur étranger.

Ces chiffres contrastent effectivement avec ceux du reste du monde, car aujourd'hui les accords internationaux d'investissement, et en particulier les traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements, constituent la source la plus invoquée par les investisseurs pour recourir à la juridiction du CIRDI. Et en effet, des trois instruments pouvant contenir un consentement préalable à la juridiction du CIRDI, ce sont les TBI qui seront déterminants à une échelle globale durant cette deuxième phase. Ils joueront le rôle d'un accélérateur qui permettra l'expansion du système CIRDI en un système complexe de résolution des différends d'investissements. Et ce rôle des TBI est dû au départ à la Banque à qui l'on doit l'intégration

³⁴⁹ C'est en 1990 dans l'affaire *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No ARB/87/3, qu'un tribunal arbitral accepte de fonder la juridiction du CIRDI sur un traité bilatéral (entre les États-Unis et le Sri-Lanka).

³⁵⁰ A la date d'écriture de ce texte, les dernières statistiques du CIRDI pour l'Afrique datent de 2017, elles sont accessibles sur le site du CIRDI à l'URL :

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/en/Special%20Issues/ICSID%20Web%20Stats%20Africa%20%28English%29%20June%202017.pdf>

³⁵¹ Voir en ce sens NGWE, Marie-Andrée, DELIGNY MALCHAIR, Marion *La propension des Etats africains à résoudre leurs litiges d'investissement à l'amiable*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 34, Issue 2, Spring 2019, Pages 388–410, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siz009>

de la juridiction CIRDI à ces traités, ce qui revient à dire l'intégration du consentement d'un État dans un instrument de droit international de donner à une personne privée, l'investisseur, une action directe contre lui devant un tribunal arbitral transnational. Taylor St John l'analyse en ces termes : « *The model clauses for contracts were important, but if the Secretariat had stopped with contracts, then it is likely that investor-state arbitration would look different today. The Secretariat's revolutionary innovation was the model clauses issued for investment treaties. With its interstate pedigree, the ICSID Secretariat was able to promote new clauses in which governments provided individuals with standing in treaties* »³⁵².

B) L'influence de la Banque sur le consentement des États intégré dans les traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements

Avant et durant la rédaction de la Convention CIRDI, l'idée est déjà présente qu'un lien pourrait potentiellement se faire entre le système mis en place par la Convention et des accords internationaux, notamment bilatéraux. Qu'ainsi le second consentement des États pourrait être intégré à ces instruments internationaux de protection des investissements. Cette idée se confirme dans les années qui suivent l'entrée en vigueur de la Convention, alors que les États exportateurs négocient de plus en plus de traités bilatéraux pour protéger leurs ressortissants qui investissent dans les pays nouvellement indépendants³⁵³. Pour le Secrétariat il convient de profiter de cette tendance qui offre un nouvel instrument susceptible d'étendre la compétence du Centre et la promotion des investissements privés dans les pays en développement : « *Since foreign investment are increasingly being made with the encouragement and under the protection of investment treaties, it appears that **these instruments too could become a vehicle incorporating both governmental consent to the jurisdiction of the Centre and appropriate inducements for investors to submit on their part.** To assist in the formulation of such provision, the Centre has just issued a set of Model Clauses for Insertion into Bilateral Treaties* ».³⁵⁴

³⁵² St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit., p.196

³⁵³ Si le nombre de TBI reste encore modeste (soixante-douze seulement ont été signés entre 1959 et 1969), cette période est importante car elle fixe le modèle de base des accords d'investissements des quarante années suivantes. Dans les standards de ce modèle on retrouve des garanties de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée (NPF) pour les investissements réalisés, un traitement juste et équitable, un traitement conforme au droit international coutumier, une garantie d'indemnisation rapide, adéquate et effective en cas d'expropriation, la liberté de transfert des paiements liés aux investissements.

³⁵⁴ Aaron Broches s'exprimant devant la 3^{ème} Réunion annuelle des administrateurs de la Banque, le 29 septembre 1969 et cité par St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit. p.197, mis en gras par nos soins.

Tout comme pour les contrats d'investissements, le Secrétariat non seulement rédige des clauses modèles, mais il les diffuse également largement aux États. Il le fait toujours dans le cadre d'une assistance technique proposée aux gouvernements. Cette fois cependant, l'action de la Banque se concentre sur les États exportateurs de capitaux afin d'influencer les négociations de leurs TBI signés avec les pays importateurs de capitaux. La Banque a conscience que ces-derniers n'ont pas la main dans ces négociations, qu'ils sont davantage des « *rule-takers* » que des « *rule-makers* »³⁵⁵. Stratégiquement donc, il est préférable d'axer la diffusion des clauses modèles à destination des États exportateurs. Dans ces clauses, le Secrétariat montre un exemple de consentement à la juridiction CIRDI qu'il est possible d'intégrer dans des traités d'investissements. Aaron Broches ainsi que d'autres fonctionnaires de la Banque, se rendent ensuite directement auprès des gouvernements afin de discuter de la possibilité d'un consentement basé sur un accord international. Les résultats se font sentir et dans les suites des visites du Secrétariat auprès des officiels des pays exportateurs, essentiellement occidentaux, certains commencent à intégrer dans leur traité modèle en matière de protection des investissements un consentement préalable à la juridiction du CIRDI.

A partir de cela, la pratique se répand selon un réseau en étoile vers les traités bilatéraux signés par les États exportateurs avec les États en développement³⁵⁶. Lors des négociations, les États exportateurs précisent que la Banque est à l'origine de la clause proposée ; ils s'appuient ainsi sur la relation qu'à la Banque avec ses emprunteurs afin de renforcer la légitimité de la clause auprès des États en voie de développement. Ces clauses sont ajoutées aux côtés des clauses classiques, qui prévoient généralement la possibilité d'un arbitrage international entre États. Elles ne se substituent pas aux clauses habituelles de résolution des litiges, elles ne sont pas présentées comme une révolution des modalités habituelles de résolution des litiges ; il s'agit plutôt d'une addition discrète à l'existant. En 1981, à la fin du mandat d'Aaron Broches, le Secrétariat a connaissance de soixante-sept accords d'investissement contenant un renvoi à la juridiction du CIRDI³⁵⁷. La Belgique, la France, l'Italie, les Pays-Bas et le Royaume-Uni

³⁵⁵ Une expression utilisée par ALSCHNER, Wolfgang, SKOUGAREVSKIY, Dmitriy, dans leur article '*Rule-takers or Rule-makers? A New Look at African Bilateral Investment Treaty Practice*', 13(4) *Transnatl Disp Mgmt*, 2016, disponible à l'URL : www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2357 consulté le 20 juillet 2018.

³⁵⁶ Voir à ce titre St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit. qui au travers d'une analyse des correspondances des États et de la Banque et des Traités modèles montre la corrélation claire entre les visites d'Aaron Broches auprès des gouvernements des États exportateurs et l'apparition dans leurs modèles de traités de clauses de juridiction CIRDI.

³⁵⁷ Voir l'annexe de ICSID Sixteenth Annual Report, accessible à l'URL : <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/en/1982-ar-final-en.pdf>

l'incluent dans la majorité de leurs TBI. A moindre échelle c'est également le cas de l'Allemagne et de la Suède ; puis de la Roumanie après son adhésion au système de la Convention en 1976. Enfin, quatre TBI conclus par des États non-européens y font également référence³⁵⁸. Ainsi, bien que le mouvement soit discret et sporadique, le coup d'envoi est donné sous l'impulsion du Secrétariat à une nouvelle pratique, qui se développera jusqu'à se standardiser, au point d'ailleurs que ces traités contenant le renvoi à la juridiction du CIRDI sont assimilés à la deuxième génération de TBI.

En outre, en 1979 le CIRDI crée son Mécanisme supplémentaire qui permet aux États non parties à la Convention d'intégrer dans leurs TBI un renvoi à la juridiction du Centre. La création de ce Mécanisme supplémentaire initie une extension non-conventionnelle du système CIRDI, qui vient appuyer son extension conventionnelle.

Section 2. Du système CIRDI à un *Système global de résolution des différends d'investissement* : l'appropriation du Système par ses acteurs

On assiste à un phénomène d'extension du système CIRDI, un mouvement qui se fait tout à la fois par le biais conventionnel et non-conventionnel grâce au Mécanisme supplémentaire. Ce phénomène se matérialise par une véritable explosion du nombre de dispositions renvoyant à la juridiction du CIRDI et par la quasi-universalisation de la Convention CIRDI (A). Par ailleurs, progressivement les acteurs s'approprient le système, le font évoluer selon leurs besoins et y recourent effectivement : les procédures arbitrales se multiplient. S'en suit un phénomène de conversion du système qui le fait évoluer d'un système CIRDI à un *Système global de résolution des différends d'investissement* (B).

A) La quasi-universalisation de la Convention

Cette quasi-universalisation de la Convention est le résultat de l'extension conventionnelle et non conventionnelle du système CIRDI, et de la multiplication exponentielle, du « boom », des dispositions renvoyant à la juridiction du CIRDI dans les

³⁵⁸ Il s'agit de TBI conclus entre l'Égypte et le Japon, l'Égypte et la Yougoslavie, tous deux conclus en 1977 ; La Corée et le Sri Lanka, et entre Singapour et le Sri Lanka, conclus en 1980.

accords d'investissement ainsi que dans les lois en matière d'investissement des États en développement.

1- L'extension conventionnelle et non conventionnelle du système CIRDI

Sous l'effet de l'action de la Banque, le système CIRDI s'est encore étendu et au début des années 1980, quatre-vingt-trois États ont ratifié la Convention- des adhésions qui se font en outre sans réserve ou déclaration vis-à-vis du texte de la Convention. De plus, les consentements secondaires fleurissent dans les divers instruments des États, mais on ne peut encore parler de pratiques universelles car certains groupes d'États restent réticents voire opposés au système CIRDI.

C'est le cas des États socialistes pour des raisons idéologiques, et de ceux d'Amérique latine historiquement opposés à l'arbitrage international qu'ils jugent contraire à leur souveraineté³⁵⁹. Ces États n'acceptent de soumettre les différends qui les opposent à des ressortissants étrangers qu'à leurs seules juridictions nationales. Cependant, dans ces années les prémices du changement se font sentir et l'opposition au CIRDI apparaît moins absolue qu'auparavant. Dans la première moitié de la décennie, plusieurs États latino-américains ratifient la Convention : en 1983 le Paraguay et le Salvador en 1984. Le Costa Rica de son côté signe la Convention en 1981³⁶⁰. En outre, certains d'entre eux comme le Brésil, le Belize et Panama commencent à accepter de désigner le CIRDI comme autorité de nomination dans leurs accords d'investissement³⁶¹.

Du côté des États socialistes, le même mouvement débute dans la décennie 1980 également. En dépit de leur idéologie, ces pays font de plus en plus appel à l'investissement privé étranger, y compris d'origine occidentale, pour contribuer à leur développement. Ils n'hésitent plus non plus à conclure des contrats de partenariat dans le cadre de nouvelles formes de coopération industrielle qui établissent des liens complexes et durables entre les partenaires publics et privés. Une forme d'investissement reconnue par la Convention, puisque si celle-ci ne définit pas le terme, les administrateurs avaient noté que pouvait être considéré comme un

³⁵⁹ Ils refusent ainsi systématiquement la compétence de la CIJ ; en revanche ils admettent l'arbitrage commercial, sous l'égide notamment de la CCI.

³⁶⁰ Cependant la ratification n'interviendra qu'en 1993.

³⁶¹ Voir SHIHATA, Ibrahim F.I., *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MICA*, 1 ICSID Rev.-FILJ 1, 12 (1986) accessible à l'URL : <https://academic.oup.com/icsidreview/article/1/1/1/756171>

investissement « *toute transaction économique qui implique* « des relations à longue échéance ou l'engagement de ressources substantielles de la part de l'une des parties » *et qui revêt* « une importance particulière pour l'économie de l'État partie au différend », *ce qui permet d'englober tant les divers types d'accords de coopération industrielle que les gros marchés de génie civil* »³⁶². La Chine ouvre ainsi ses frontières aux capitaux étrangers et commence des discussions avec le Secrétariat en vue d'une adhésion.

Outre l'extension du système conventionnel, on constate une extension non-conventionnelle du système, avec des États non parties qui recourent au Mécanisme supplémentaire mis à leur disposition par la Banque en 1978. Ce Mécanisme a été créé dans deux objectifs. Tout d'abord afin de réglementer les procédures de conciliation et d'arbitrage pour des différends qui n'entrent pas dans la catégorie de ceux pouvant être conventionnellement soumis au CIRDI. Ensuite, le second objectif de la Banque est de combler une lacune de la Convention en proposant aux parties au litige un mécanisme de constatation des faits, procédure précontentieuse d'enquête ou d'instruction, déjà pratiquée en matière de résolution des conflits internationaux entre États. Cette procédure est accessible y compris pour les États non-membres à la Convention, à condition que l'autre partie en soit membre, ou ressortissant d'un État membre, et sous réserve d'un accord conclu à cette fin. Les deux premiers accords à faire référence au Mécanisme supplémentaire ont été conclus en 1982 par les États-Unis et le Panama, et par le Royaume-Uni et le Belize.

Finalement, ces résistances qui déjà montraient des signes d'effritement, cèdent presque complètement³⁶³ à la fin des années 1980, suivant la chute du bloc soviétique³⁶⁴, la crise de la dette des États sud-américains et leur besoin urgent de capitaux privés pour financer leur développement. C'est le triomphe du libéralisme. Progressivement la Convention atteint une quasi-universalité³⁶⁵. C'est ainsi que les nouveaux États issus du démantèlement de l'URSS et

³⁶² Voir RAMBAUD, Patrick, Note sur l'extension du système CIRDI. In: *Annuaire français de droit international*, volume 29, 1983. pp. 290-299. DOI : <https://doi.org/10.3406/afdi.1983.2554>
www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1983_num_29_1_2554

³⁶³ Un certain nombre d'États d'Amérique latine restent encore en dehors du système CIRDI comme le Brésil, le Venezuela, le Suriname, l'Écuador et la Bolivie.

³⁶⁴ Bien que la Russie reste encore aujourd'hui en dehors du système de la Convention, l'ayant signé en 1992 mais jamais ratifiée.

³⁶⁵ Cependant les autres agences de la Banque, la SFI et l'AMGI comptent davantage d'adhésions : 181 pour l'AMGI et 184 pour la SFI sur 189 États membres, contre 153 pour le CIRDI. Dans les pays qui n'adhèrent pas au système on note l'Inde, la Lybie, l'Éthiopie, la Pologne, la Russie n'en est que signataire et ne l'a toujours pas ratifiée, l'Angola ou encore l'Iran.

ceux d'Amérique latine rejoignent le système CIRDI et celui de l'investissement privé international. Du côté des États en développement, la décennie 1990 est celle du consensus de Washington, des privatisations dans le cadre de programmes d'ajustement structurel, essentiellement par capitaux privés étrangers. Cette décennie est donc globalement celle d'une complète bascule d'une ambiguïté vis-à-vis de l'investissement direct étranger à une faveur affichée des États en développement et des pourvoyeurs de l'aide au développement³⁶⁶. Dans ce contexte, qui est celui du renouveau de la mondialisation, la croissance des mouvements de capitaux et des échanges provoque un véritable effet d'accélération sur la signature des instruments d'investissements et par la même des clauses de renvoi à la juridiction du CIRDI qu'ils contiennent.

2- Le « boom » des dispositions renvoyant à la juridiction du CIRDI

Ce « boom » se produit d'une part dans les lois en matière d'investissement des États en développement. Dans ce nouveau contexte économique et politique, ces États modifient leurs politiques vis-à-vis de l'investissement direct étranger afin d'instaurer un climat plus favorable³⁶⁷. On passe d'une idée de *protection* des investissements à celle de *promotion* des investissements. La pratique d'inclure un renvoi à la juridiction du Centre dans les codes d'investissement, déjà établie sous l'influence de la Banque, continue alors à se généraliser.

D'autre part, c'est la pratique du consentement contractuelle à la juridiction du Centre qui se standardise. Ces États cherchent à établir de nouvelles formes de coopération public-privé notamment dans le cadre des larges plans de privatisation ou pour des projets industriels d'envergure. Ces nouvelles formes de coopération³⁶⁸ induisent des relations complexes et durables entre État hôte et firmes multinationales représentées au travers de nouvelles formules contractuelles qui intègrent très largement la pratique du consentement à la juridiction CIRDI.

³⁶⁶ Pour de plus amples développements sur le sujet voir le chapitre introductif de la thèse, p. 25 et ss.

³⁶⁷ Voir en ce sens l'enquête de la CNUCED menée sur 895 changements nationaux de politique en matière d'investissement direct étranger intervenus entre 1991 à 1998 qui établit que 94 % de ces changements visaient à instaurer un climat plus favorable à l'investissement. Accessible à l'URL : https://unctad.org/fr/system/files/official-document/iteiit20073_fr.pdf

³⁶⁸ Sur le sujet de la gouvernance en matière d'eau voir par exemple : MAKKAOUI, Raoudha, DUBOIS, Jean-Luc, « *Nouvelles formes de gouvernance dans le domaine de l'eau. Apports et limites de la coopération décentralisée dans les pays en développement* », *Développement durable et territoires* [En ligne], Vol. 1, n° 1 | Mai 2010, mis en ligne le 30 septembre 2010, accessible à l'URL : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/8413> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/developpementdurable.8413>

Enfin, une autre manière d'attirer les investissements étrangers consiste pour les pays en développement à multiplier la conclusion des accords d'investissement notamment bilatéraux. Dans la décennie précédente, le nombre de TBI est déjà fortement en augmentation, mais dans ce nouveau contexte du consensus de Washington, on assiste à un véritable effet d'emballement. Suivant la tendance, la grande majorité de ces TBI contiennent un renvoi à la juridiction du CIRDI aux côtés de l'arbitrage entre États³⁶⁹. Le CIRDI aurait ici aussi joué un rôle crucial dans l'accélération de la signature de TBI. Pour certains acteurs de l'époque, c'était même là sa vocation première³⁷⁰. Outre le CIRDI, la signature de TBI est encouragée par la Banque dans son ensemble, ainsi que d'autres institutions multilatérales comme la CNUCED³⁷¹, qui conseille directement les États en développement. On retrouve cette tendance dans la pratique des États africains :

³⁶⁹ Certains de ces traités ne contiennent que rarement une clause de résolution des litiges. Il s'agit d'accords comportant des dispositions limitées en matière d'investissement, qui visent généralement à accorder davantage l'accès aux marchés aux investisseurs étrangers qu'à la protection des investissements après leur établissement. Il s'agit également d'accord dont le sujet est uniquement la coopération en matière d'investissement. Ils contiennent par exemple, des activités de promotion des investissements ou formulent une intention de négocier des engagements substantiels sur les investissements à l'avenir.

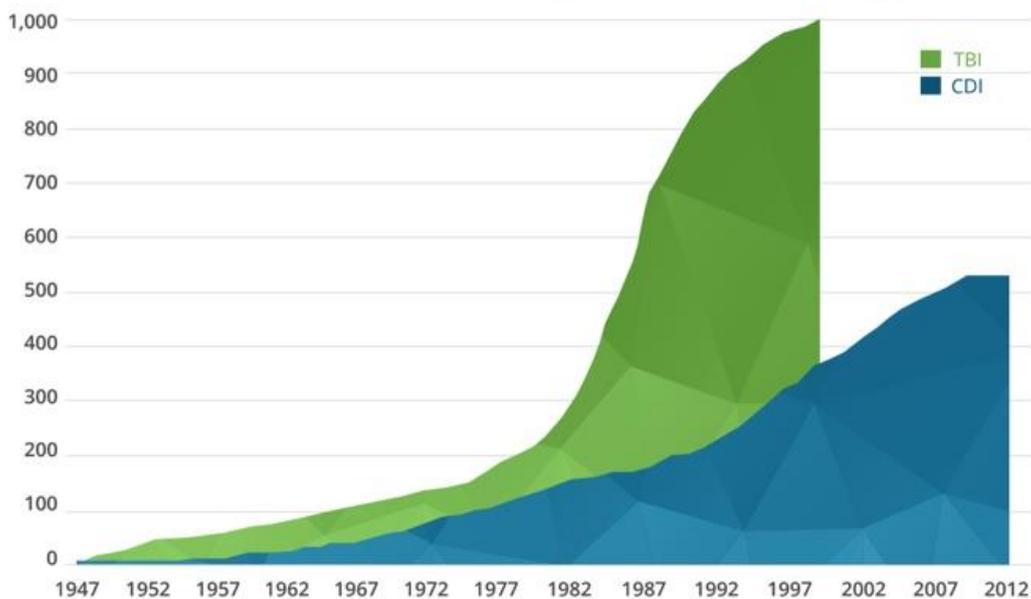
³⁷⁰ Taylor St John cite Mc NAMARA, Secrétaire Général du CIRDI qui disait en 1968 : « *The Centre, through its very existence, is helping to ease and accelerate the process of negotiating investment agreements and is thus already fulfilling the purpose for which it was so recently established* ». *The Rise...*, op. cit., p.197. Le rapport des administrateurs le dit d'ailleurs en ces termes : « l'exigence du consentement ? Le rapport des administrateurs fournit ici quelques pistes :

« *Le consentement des Parties doit avoir été donné avant que le Centre ne soit saisi; mais la Convention ne contient aucune précision quant à la date à laquelle le consentement doit être donné. Il peut être donné, par exemple, dans une disposition d'un accord prévoyant la soumission au Centre des différends auxquels il pourrait ultérieurement donner lieu, ou dans un compromis concernant un différend déjà né.* » [Mis en gras par nos soins] Ce qui fait dire à Patrick Julliard : « (...) la convention bilatérale (...) devient « la pierre angulaire » de la compétence du CIRDI. La Convention de Washington ne comporte pas de « volet promotionnel ». Elle n'en demeure pas moins un instrument puissant — bien qu'indirect — d'incitation à la conclusion d'accords de protection entre les parties. » dans son cours sur L'évolution des sources du droit des investissements, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye, Volume 250.

³⁷¹ Lors de plusieurs réunions à la fin des années 1990 et au début des années 2000, la CNUCED a réuni des pays en développement pour promouvoir et faire signer plusieurs dizaines de TBI par ces pays. Voir UNCTAD, 'Bilateral Investment Treaties 1959–1999', UNCTAD/ITE/IIA/2 (2000) 2–3, PAUWELYN, Joost, *At The Edge...*, op. cit., p.384

Augmentation des TBI et des CDI

On constate une augmentation marquée du nombre de TBI et de CDI signés en Afrique au milieu des années 1990, comme dans le reste du monde. Il est encore plus important de noter que certains de ces premiers accords ont servi de base (ou de modèle) aux nombreux accords et mécanismes d'investissement ultérieurs qui prévalent encore dans de nombreux pays africains.

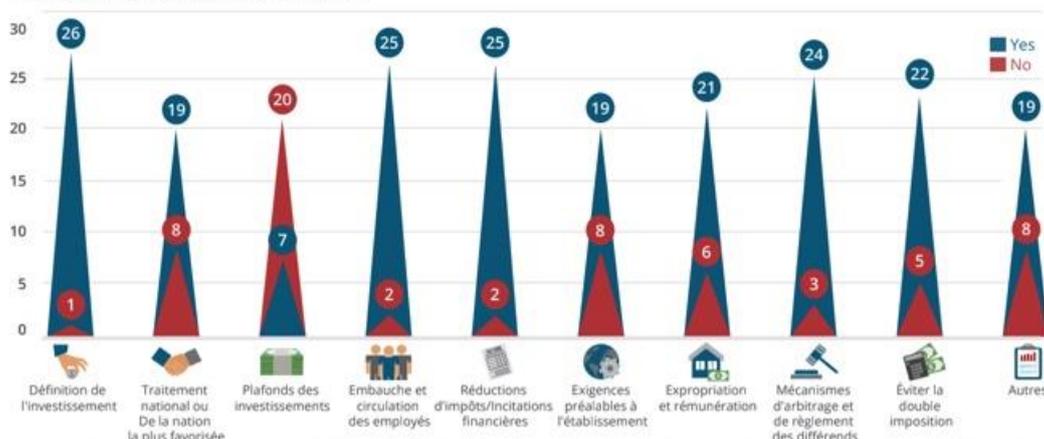


Source : Sur la base des informations issues de la base de données des conventions de double imposition de la CNUCED et du site « Investment Policy Hub » <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IIAsByCountry#iialInnerMenu>
 Remarque : cette augmentation du nombre de TBI a été largement encouragée par les partenaires traditionnels du continent africain en matière d'échanges commerciaux et d'investissement, ce qui reflète ses liens et son héritage colonial. Ces TBI étaient essentiellement destinés à protéger les intérêts particuliers des pays développés partenaires déjà présents dans la région, notamment dans les secteurs comme l'industrie minière et l'extraction des ressources naturelles.

372

Champ d'application des traités

L'environnement des accords internationaux d'investissement couvre la quasi-totalité des domaines proposés dans le questionnaire, à l'exception des plafonds d'investissement. Sur les 29 pays interrogés, 20 pays ont indiqué que les réglementations/politiques ne prévoient pas de dispositions concernant des plafonds d'investissement. De nombreux pays exercent une politique monétaire flexible et donnent aux investisseurs la liberté de transférer le montant du capital de leur choix lors de la formation d'une entreprise.



Source : Commission économique pour l'Afrique (CEA). Étude de l'environnement des accords internationaux d'investissement en Afrique en 2014

373

³⁷² Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale, Commission Économique des Nations Unies pour l'Afrique, 2016, rapport disponible à l'URL : <https://repository.uneca.org/handle/10855/23352> p.4.

³⁷³ Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique, op. cit., p.5.

La multiplication des TBI est également le résultat du changement par les États-Unis de leur politique en la matière, un acteur de poids dans le jeu des échanges internationaux. En effet, les États-Unis n'avaient jusque-là pas pris part à la signature de TBI, continuant leur pratique des Traités d'amitié, de commerce et de navigation. Ces derniers prévoyaient des droits substantiels larges, ce qui rendait leur négociation complexe d'autant plus dans un contexte de division des États sur le contenu de la protection des investissements étrangers. Le dernier Traité d'amitié, de commerce et de navigation signé par les États-Unis datait ainsi de 1966, vingt ans plus tôt. Dans ce contexte, les États-Unis, adoptent à partir de 1988 la pratique des TBI européens de seconde génération. Ces traités ayant un contenu substantiel beaucoup plus étroit mais incluant une référence à l'arbitrage d'investissement sont vus par les États-Unis comme un moyen efficace de continuer à garantir le « standard minimum » de protection de leurs investisseurs auxquels ils sont attachés. Les États-Unis ne se contentent pas cependant de reprendre le modèle européen, ils créent leur propre modèle de TBI et lui ajoutent des dispositions issues des anciens traités d'amitié, de commerce et de navigation ainsi que des clauses novatrices. Tout particulièrement, ils prévoient explicitement le recours à l'arbitrage d'investissement non pas seulement en cas de non-respect du contrat, mais aussi du TBI lui-même³⁷⁴. Cette pratique préfigure le mouvement d'arbitrages basés sur des TBI – initié avec l'affaire AAPL v. Sri Lanka- et est une preuve que les acteurs commencent à s'emparer du système mis en place par la Banque et à le faire évoluer.

B) De l'arbitrage CIRDI à l'arbitrage d'investissement

Cette évolution est le résultat de l'appropriation du système CIRDI par ses acteurs et des permutations qu'ils lui font subir, ainsi que de la multiplication des recours à l'arbitrage et des sentences ainsi rendues, résultats de ces procédures.

³⁷⁴ PAUWELYN, Joost, *At The Edge...*, op. cit., p.399-400 : « *The United States complemented it [BIT] with a number of features from its FCN program, in particular establishment or access provisions (based on a negative list model) and provisions facilitating transfer of capital and profits. It also added some novel features such as a prohibition on performance requirements. Of considerable note, unlike European BITs, the US BIT explicitly provided for investor-State arbitration not just for breach of contract but also for breach of the BIT itself (...)* In so doing, the BIT also clarified beyond doubt that BIT obligations are directly enforceable by private investors. In other words, what European BITs had left open—can private investors directly invoke treaty breach?—US BITs confirmed explicitly. This explicit confirmation in US BITs (pre-AAPL) may, indeed, have contributed to the majority's finding in AAPL. » [Mis en gras pas nos soins]

1- L'appropriation du système CIRDI par ses acteurs

Par effet d'entraînement, avec la multiplication des TBI et des clauses d'arbitrage qu'ils contiennent, l'idée du recours à l'arbitrage pour les conflits d'investissement se généralise. Cela ouvre une voie vers l'arbitrage transnational plus largement, et non plus seulement sous l'égide du Centre. L'idée étant désormais largement admise du recours à l'arbitrage pour ce type de conflits, les acteurs s'approprient le système CIRDI et le font évoluer au gré de leurs besoins au travers de permutations sur la base de la clause modèle³⁷⁵. Ils choisissent ainsi parfois de désigner le CIRDI en tant qu'autorité de nomination des arbitres. La saisine du Centre n'est parfois conçue que comme l'ultime recours d'un processus comportant des étapes préliminaires : tentative de règlement à l'amiable, *cooling-off period*, procédure arbitrale *ad hoc* préalable etc. Le recours est parfois conditionné à la ratification de la Convention CIRDI de l'État co-contractant, et la clause ne produit d'effet qu'à cette condition. Certains États commencent également à intégrer à ces clauses la renonciation à l'obligation préalable d'épuisement de voies de recours internes.

Les États diversifient également leur consentement en ajoutant d'autres forums que le CIRDI, en sus ou à la place de la juridiction du Centre. Ils le font notamment quand la partie co-contractante est réticente vis-à-vis de la juridiction du Centre. La nouvelle Convention CIRDI n'a pas gommé les modes de recours à l'arbitrage antérieurs devant des institutions arbitrales, notamment privées. Ces-dernières se sont d'ailleurs largement développées parallèlement à la mise en place du système CIRDI, en bénéficiant de l'instauration d'un cadre juridique favorable à l'arbitrage commercial international. Certaines ont acquis une réputation solide et internationale, et profitent à ce moment-là de la généralisation de l'idée de l'arbitrage d'investissement provoquée par la Convention CIRDI. Elles finissent ainsi par trouver leur place dans les recours possibles aux côtés du Centre au sein des clauses de résolution des litiges d'investissement dans les divers instruments : lois, contrats et traités. C'est le cas de la Cour d'arbitrage de la CCI, de la CPA, de la LCIA, ou de la Chambre d'arbitrage de Stockholm (ci-après CCS) pour ne citer que les principales. Les parties n'hésitent pas non plus à prévoir un

³⁷⁵ A ce titre, une innovation juridique intéressante est celle à l'œuvre dans le TBI entre les États-Unis et la Pologne signé le 21 mars 1990. Dans ce traité les États-Unis incorporent les dispositions de la Convention CIRDI qui les intéressent (au sein de l'Article X) pour la résolution des conflits entre État hôte et investisseur, notamment l'arbitrage d'investissement devant le Mécanisme supplémentaire du Centre, et le système d'*exequatur* de la Convention. Cela permet de contourner les oppositions de la Pologne autour de son adhésion à la Convention CIRDI. Le texte du Traité est disponible à l'URL suivante : https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6222_1.pdf et pour une analyse très complète des ressorts des négociations voir St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit. p.222 et ss.

recours à un arbitrage *ad hoc* soumis aux règles de la CNUDCI qui ont été publiées en 1976. Outre les forums, les clauses deviennent de plus en plus sophistiquées et complexes à mesure que les États tentent d'intégrer des solutions aux problèmes rencontrés au cours d'arbitrages précédents. Dans leur rédaction ils tentent d'augmenter leur contrôle de la procédure arbitrale et de clarifier les pouvoirs donnés au tribunal arbitral ou encore de diminuer les coûts procéduraux. Ces modifications des clauses contenues dans les premiers TBI donnent naissance à des traités dits de troisième génération.

Les permutations se font également à l'échelle des instruments eux-mêmes. Outre les TBI, les États commencent à intégrer des chapitres sur l'investissement dans des accords économiques qu'ils soient bilatéraux, régionaux ou plus rarement multilatéraux comme le Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE)³⁷⁶. Ils prennent notamment la forme d'accords de libre-échange (ALE) tel que l'Accord de Libre Échange Nord-Américain (ALENA)³⁷⁷ ou encore des accords d'association comme l'Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de la Conférence islamique (OCI, désormais "Organisation de la coopération islamique") ou la Convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes. Ils intègrent des dispositions sur la résolution des litiges par l'arbitrage dans le volet « investissement ».

2- La mise en œuvre du système par les acteurs : la multiplication des recours

Ce cadre institutionnel commence à être utilisé par les investisseurs, et dans un moindre mesure les États. Jusque-là les recours restaient rares : entre un et quatre cas par an maximum jusqu'en 1996. Les investisseurs ne se saisissaient pas encore réellement du système à leur

³⁷⁶ Ce traité a été conclu en 1994 par une cinquantaine d'États, dont tous les pays européens, l'ex-Union soviétique, ainsi que l'Australie, le Japon et la Mongolie. Outre les deux premiers articles portant sur les définitions et son objet même, il comporte tout à la fois une partie qui a trait au commerce, et une seconde qui pose un régime de promotion et de protection des investissements. Cette dernière contient notamment des dispositions sur le traitement des investissements étrangers, le statut des personnels, l'expropriation ou encore le transfert des paiements afférents aux investissements. Enfin, la cinquième partie du Traité est entièrement consacrée au règlement des différends entre un investisseur et un État partie ou entre États parties, et qui fait référence à l'arbitrage international. Les dispositions en matière de résolution des litiges sont contenues à l'article 26 de la TCE.

³⁷⁷ À la suite d'un premier accord intervenu en 1988 entre les États-Unis d'Amérique et le Canada, une zone de libre-échange étendue au Mexique a été créée par cette Convention conclue en 1992 et entrée en vigueur en 1994. Son fameux chapitre 11 -en raison de son invocation fréquente et des vifs débats dont il fait l'objet- contient le même type de dispositions que celles généralement prévues par les TBI comme le principe du traitement de la nation la plus favorisée, la garantie d'une « *full protection and security* » ou encore le droit de rapatriement des profits et de transfert des fonds relatifs à l'investissement. La Convention prévoit également que l'investisseur bénéficie d'un standard minimum de protection en matière d'expropriation, tant directe qu'indirecte. Enfin, il lui est reconnu un droit d'accès direct à l'arbitrage international, notamment devant le CIRDI.

disposition. Cependant ces premières jurisprudences arbitrales ne sont pas sans effets, et encore davantage celles jusqu'à la fin des années 2000. Une incidence majeure résulte des questions posées autour de la compétence des tribunaux arbitraux. L'interprétation large donnée par les arbitres à la notion « d'investissement »³⁷⁸ ainsi que à celle de la référence à la compétence du Centre qui est faite dans les instruments d'investissement, permettent d'élargir et d'assoir la compétence du CIRDI.

Ainsi, à partir de l'affaire AAPL v. Sri Lanka et la reconnaissance d'un recours basé sur un TBI, les tribunaux arbitraux poursuivent l'élargissement de la compétence du Centre³⁷⁹. C'est le cas pour des actes intéressants l'ordre public, qui s'ils ne sont alors pas considérés comme arbitrables dans de nombreuses législations nationales³⁸⁰, ne font pas l'objet de réserve des États à la Convention CIRDI dans le cadre de l'article 25.4³⁸¹, entrant ainsi dans le champ de la compétence du Centre. En outre, puisque le Centre est reconnu comme valablement saisi sur la base d'un traité et non d'un contrat entre l'État et l'investisseur, le mécanisme de la clause Calvo qui impose à l'investisseur l'épuisement de voies de droit internes, et à laquelle les États en développement particulièrement Sud-américains sont attachés, ne trouve plus à

³⁷⁸ Outre les activités classiques en matière d'investissement, il a été accepté que la notion d'investissement pouvait recouvrir des activités purement financières comme la prorogation de crédit ou la souscription à des obligations d'Etat (Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on jurisdiction, 11 July 1997; Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999; CDC Group plc v. Republic of Seychelles, ICSID Case No. ARB/02/14, sentence du 17 décembre 2003). Il a également été admis que la notion pouvait recouvrir des activités au titre de contrats de génie civil comme la construction d'une autoroute (Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction, 23 June 2001 ; Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005) ou d'autres services du même type (SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003 ; et SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004). Dans l'affaire Salini contre l'État du Maroc déjà citée, une définition objective a été posée, en posant des critères dits « critères Salini » souvent repris. Le tribunal arbitral a jugé que l'investissement au sens de la Convention CIRDI supposait « *des apports, une certaine durée d'exécution et une participation aux risques de l'opération* ». Il a également ajouté, en se référant au préambule de la Convention, une condition relative à « *la contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investisseur* ». Dans la doctrine voir par exemple : ONGUENE ONANA, Édouard, *Qualification d'investissement et compétence en arbitrage international relatif aux investissements : la théorie du contrôle séparé devant le CIRDI*. Revue générale de droit, 42(1), 57–104, 2012 accessible à l'URL : <https://doi.org/10.7202/1026916ar>

³⁷⁹ Au sujet des développements suivants voir PAUWELYN, Joost, *At The Edge...*, op. cit., p 400-401: « *Following AAPL, arbitral awards in the 1990s and 2000s took private standing for treaty breaches to its logical next steps* » ... jusqu'à la fin de la section IV.

³⁸⁰ C'est le cas par exemple dans le droit français : article 2060 du Code civil : « *On ne peut compromettre sur les questions d'État (...) ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.* »

³⁸¹ Article 25.4 de la Convention : « *Tout État contractant peut, lors de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la Convention ou à toute date ultérieure, faire connaître au Centre la ou les catégories de différends qu'il considérerait comme pouvant être soumis ou non à la compétence du Centre.* »

s'exprimer. Ceci est combiné au fait que les États n'ont, pour la très grande majorité, formulé aucune réserve imposant l'épuisement des voies de recours internes au titre de l'article 26³⁸² de la Convention. En conséquence de quoi, un investisseur peut accéder directement à la juridiction du CIRDI sans avoir à épuiser les voies de recours internes de l'État hôte – sous réserve cependant, que le TBI n'ait pas inclue une telle exigence, bien que le jeu des clauses de la nation la plus favorisée ait régulièrement permis de passer outre.

Un autre développement de la compétence du CIRDI sur la base de cet « *arbitration without privity* » selon l'expression anglaise aujourd'hui commune, est l'élargissement du recours, non plus juste vis-à-vis de l'autorité signataire du contrat d'investissement, mais du gouvernement de l'État hôte dans sa globalité. En effet, avec une base conventionnelle de la compétence du Centre, le recours peut être porté contre n'importe laquelle des émanations de l'État et non plus seulement le ministère ou la collectivité ayant signé le contrat avec l'investisseur. On peut cependant s'interroger sur la limite d'une telle extension, d'une part dans le cas de changement d'organisation interne de l'État par exemple, et l'impossibilité de l'assigner en arbitrage, le Centre aurait-il réellement décliné sa compétence sur ce motif ? D'autre part, considérant les effets mêmes de la sentence sur une base contractuelle : la condamnation à réparation serait-elle limitée au budget de l'entité signataire du contrat, ou sur le budget global de l'État ?

Enfin, l'arbitrage sur la base d'un traité a permis de reconnaître des « demandes indirectes »³⁸³ d'actionnaires étrangers d'une société locale contrôlée par l'État hôte. Ces actionnaires ont ainsi pu invoquer un dommage non seulement sur la base de leurs droits d'actionnaires mais également sur celle d'un préjudice subi par l'entreprise locale contrôlée par l'État hôte, au titre d'une expropriation par exemple. Pour J. Pauwelyn : « *This pierced the corporate veil between a company and its shareholders, which in most domestic legal systems (as well as under the rules of diplomatic protection) prevents a shareholder (or its State of nationality) from directly invoking the rights of the company in which it holds shares. BITS*

³⁸² Article 26 de la Convention : « *Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés.* »

³⁸³ BOTTINI, Gabriel, Indirect Claims under the ICSID Convention, 2008, 29 U Pa J Intl L 563, accessible à l'URL : <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1168&context=jil>

thereby offer direct redress to shareholders against the host State for damages caused to the company they invested in, without having to go through the company they invested in »³⁸⁴.

Outre cette interprétation très large de la juridiction du Centre, les sentences rendues sont généralement favorables à l'investisseur, ce qui leur envoie un signal positif³⁸⁵. Dans le même temps, leurs conseils juridiques découvrent qu'ils ont intérêt à participer à de telles affaires qui s'avèrent très lucratives. L'intérêt des investisseurs et de leurs conseils pour l'arbitrage croît, et avec lui le nombre de recours à la juridiction du Centre. Au cours de la première moitié des années 1990, le nombre de cas n'est pas significatif, mais il accélère au début des années 2000. Avant 2003, le nombre cumulé de cas était inférieur à cent. Il y a eu une légère diminution du nombre de cas déposés dans la deuxième moitié des années 2000, pour au cours des trois premières années des années 2010, augmenter de nouveau de manière sensible. Finalement, au cours des huit dernières années, plus de cinquante nouvelles affaires ont été déposées chaque année, pour un total cumulé de près de trois-cent cas, soit près de deux fois plus de cas en dix ans que n'en a connu le Centre depuis sa création en 1966.³⁸⁶ L'explosion du nombre d'arbitrages CIRDI est le résultat combiné du nombre de ratifications intervenues et de la multiplication des consentement secondaires, ainsi que de l'interprétation de la juridiction du Centre dans la jurisprudence arbitrale.

³⁸⁴ PAUWELYN, Joost, *At The Edge...*, op. cit. p.401

³⁸⁵ Ainsi dans 47 pour cent des affaires concernant des différends décidés par des tribunaux arbitraux sous la Convention CIRDI et le Règlement du Mécanisme supplémentaire, le tribunal a fait droit aux demandes en tout ou partie. Or dans la très grande majorité des cas les demandes sont formulées par l'investisseur. Voir statistiques du CIRDI entre 1966 et 2020 au 30 juin 2020, accessible à l'URL :

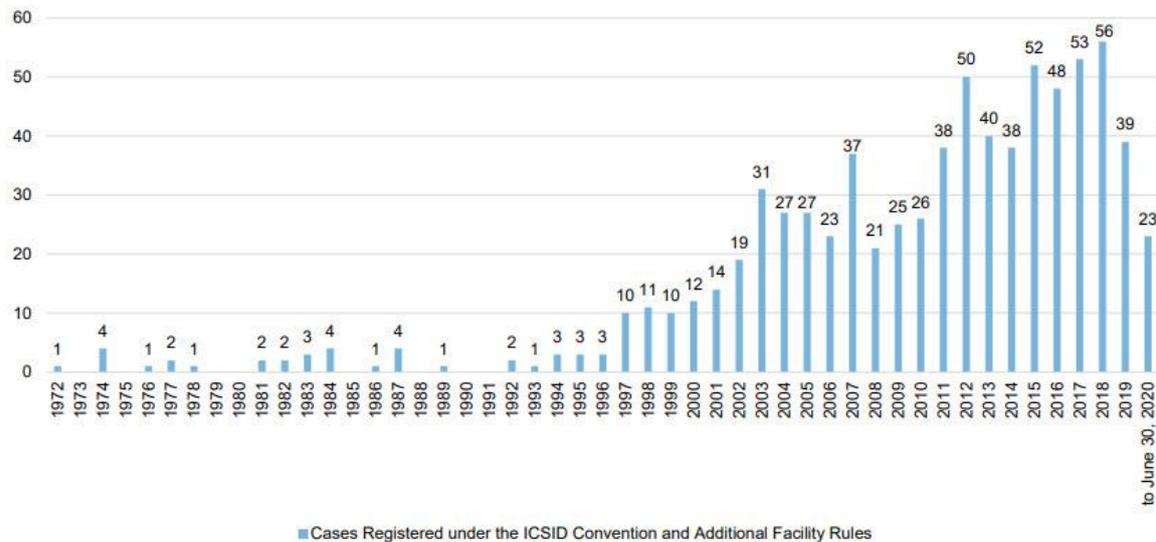
<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20ENG.pdf> En outre, il existe un quasi consensus autour de l'interprétation de la

référence au droit international dans l'article 42 de la Convention « (...) ainsi que les principes de droit international en la matière ». Selon ce quasi-consensus, cette disposition doit être interprétée de telle sorte que, en l'absence de choix de loi applicable par les parties, le rôle du droit international public est limité au complément de la loi de l'État hôte en cas de lacune dudit droit, ou à sa correction en cas de contradiction avec le droit international. Voir en ce sens : GAILLARD, Emmanuel, BANIFATEMI, Yas, « *The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process* », 2003, 18 ICSID Rev—FILJ 375, 38, 1, disponible à l'URL :

https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012178520651780the_meaning_of_and_article_42_1_eg.pdf. Une interprétation qui a débuté avec la sentence rendue dans l'affaire *Starting Klockner c. Cameroun*, Décision du Comité Ad hoc du 3 Mai 1985 : « *The 'corrective role' of international law means, in essence, that where host state law contradicts international law, the latter prevails.* »

³⁸⁶ Ibid.

Chart 1: Total Number of ICSID Cases Registered, by Calendar Year



As of June 30, 2020, ICSID had registered 768 cases under the ICSID Convention and Additional Facility Rules.

A terme le CIRDI finit par s'imposer comme la juridiction de droit commun, même si dans une moindre mesure les autres institutions arbitrales comme les cours d'arbitrage de la CCI, la SCC, la LCIA ou la CPA connaissent également d'arbitrages impliquant une entité étatique et un investisseur³⁸⁷. Bien que le CIRDI et son système institutionnel occupe une place centrale, progressivement, sous l'effet des évolutions et mutations, un système plus large se crée autour de lui. C'est un véritable *Système global de résolution des différends d'investissement*, dont l'arbitrage d'investissement est la clé de voute, qui se construit en s'appuyant sur l'architecture et la dynamique institutionnelle créées par la Banque mondiale. Ce *Système*, à mesure que les acteurs des investissements y adhèrent, le mettent en action et le transforment, supprime totalement celui de l'arbitrage international entre États, et plus globalement la résolution des conflits d'investissement par les États³⁸⁸. Ce *Système* est constitué par un réseau juridique toujours plus dense et élaboré entre les États, et entre les États hôtes et les investisseurs qu'ils accueillent. Avec la multiplication des instruments -contrats,

³⁸⁷ Une interview menée avec un *General Counsel* de la Cour d'arbitrage de la CCI a permis d'avoir le chiffre d'une dizaine de cas par an, un chiffre qui serait stable depuis les années 1960. Dans le cas de la PCA, les affaires sont rendues publiques sur le site de la Cour et il semblerait que celle-ci connaisse de plus en plus d'arbitrages transnationaux depuis cinq ans – trois cas en 2015, deux en 2016, trois en 2017, dix en 2018, six en 2019 et en 2020, voir : <https://pca-cpa.org/fr/cases/>. Et dans le cas de l'institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (SCC), dans les statistiques disponibles depuis 2008, tous les ans moins d'une dizaine d'arbitrage d'investissement sont comptabilisés, voir : <https://sccinstitute.com/statistics/statistics-2008-2019/>

³⁸⁸ Dans ce contexte, le rôle de la protection diplomatique s'est estompé, n'étant plus appelée à intervenir que rarement en cas d'absence de régimes conventionnels ou s'ils sont inopérants. Voir à ce sujet pour un état de la jurisprudence en la matière et la protection « par substitution » : DECAUX, Emmanuel, De FROUVILLE, Olivier, *Droit International Public*, 12^{ème} Edition (2020), Hypercours, 702 p., paragraphe 86 et ss.

codes d'investissement et autres réglementations nationales, accords internationaux variés- se forme une nébuleuse de clauses dont la variété égale la quantité. Grâce aux mécanismes d'internationalisation des sociétés qualifiées alors de « multinationales »³⁸⁹, ainsi qu'à la présence de clauses de la nation la plus favorisée dans les traités de protection et de promotion de l'investissement³⁹⁰, les investisseurs bénéficient d'une couverture quasi-globale de leurs investissements³⁹¹.

C) Les conséquences du processus de construction du système CIRDI et du phénomène de conversion du *Système* par ses acteurs

Le *Système de résolution des différends d'investissement* actuel s'est construit progressivement dans le sillon de la dynamique institutionnelle impulsée par le Banque. De la particularité du processus de création du système CIRDI puis de sa conversion dans le système global dont cette thèse est l'objet, des conséquences ont découlé. En particulier, un système complexe a émergé de l'extension de cette première architecture institutionnelle. Et ce système, comme tout système complexe, échappe aux prévisions de ses créateurs et acteurs apportant des conséquences parfois inattendues voire indésirables, et ne remplissant pas les objectifs au

³⁸⁹ Voir par exemple : BETZ, Timm, POND, Amy, YIN, Weiwen, *Investment agreements and the fragmentation of firms across countries*, Rev Int Organ, 2020, accessible à l'URL : <https://doi.org/10.1007/s11558-020-09402-0>. Certains auteurs invoquent le « *Treaty shopping* », soit l'établissement d'un investisseur dans un État ayant conclu un TBI avec l'État avec lequel il est en conflit, afin de pouvoir bénéficier des dispositions de ce traité et notamment de l'accès au recours arbitral, voir TIENHAARA, Kyla, *Investor-state dispute Settlement*, op. cit., p.681 ; voir également LEE, Eunjung, *Treaty Shopping in International Investment Arbitration: How often has it occurred and how has it been perceived by tribunals?*, 2015, accessible à l'URL : <https://www.semanticscholar.org/paper/Treaty-Shopping-in-International-Investment-How-has-Lee/3a3dbc7504679fb9557d1cb719ec31a6b38a88e3>

³⁹⁰ Il existe une littérature abondante sur ce sujet, voir par exemple : OCDE (2004), « Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », Éditions OCDE, accessible à l'URL : <http://dx.doi.org/10.1787/338113032407>, ou S. FRIEDRICH, Sandra, SALOMON, Claudia, *How most favoured nation clauses in bilateral investment treaties affect arbitration*, Practical Law Arbitration, Latham & Watkins International Arbitration Group. De nombreux débats ont toujours lieu sur la question de savoir si une clause MFN permet d'étendre le recours à l'arbitrage prévu dans un autre instrument (notamment un TBI), les clause MFN étant souvent rédigées dans des termes vagues laissant une large part à l'interprétation, voir la sentence controversée *Maffezini v. Spain* (ICSID Case No ARB/97/7) (*Maffezini*), réaffirmée dans les sentences : *Siemens v. Argentine Republic* (ICSID Case No ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004), *Gas Natural SDG v. Argentina* (ICSID Case No ARB/03/10, Decision on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 June 2005) ainsi que *Hochtief AG v. Argentina* (ICSID Case No ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24 October 2011).

³⁹¹ Pour Stephan SCHILL grâce aux clause de la nation la plus favorisée, l'ensemble des TBI s'agglomèrent pour former un instrument unique multilatéral : SCHILL, Stephan W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press 2009, p.15-16 : « (...) the consistent failure of multilateral instruments and the rise of bilateral treaties do not imply that multilateralism as an institution in investment relations has not materialized to a certain extent (...) BITs in their entirety (...) function analogously to a truly multilateral system as they establish rather uniform general principles that order the relations between foreign investors and host States in a relatively uniform manner independently of the sources and targets of specific transborder investment flows ».

fondement de sa création, conduisant à la crise de légitimité actuelle et la remise en question du *Système*.

1-Les conséquences du processus de construction du Système : des effets attendus non obtenus

Lors de la conceptualisation des mécanismes instaurés par la Convention CIRDI, ses pères fondateurs en avaient formulé les objectifs et donc les *effets attendus*. Il s'agissait d'objectifs à trois niveaux et en cascade : le second dépendant du premier et le troisième du second. Ces objectifs liaient les dimensions économique et politique, l'économie étant appréhendé comme un levier vers un objectif supérieur d'harmonie internationale. Dans la vision des concepteurs du *Système*, l'efficacité économique ne devait ainsi pas être opposée à cet objectif supérieur, mais était le moyen de l'atteindre.

a) Le premier effet attendu : la dépolitisation de la résolution des différends d'investissement

Le premier de ces niveaux était celui de la résolution des conflits d'investissement par le droit, ou tout du moins de la possibilité de le faire qui devait servir comme d'une incitation à une résolution amiable des conflits. L'ensemble permettant de prévenir le recours à la protection diplomatique et à son corolaire la force. Ensuite, au second niveau, se trouvait l'objectif de l'instauration des bases d'une relation équilibrée et de confiance entre les acteurs des investissements, ainsi que d'un climat favorable à l'investissement privé étranger dans les États en développement. Cet objectif était jugé comme un préalable indispensable à l'augmentation des flux d'investissements privés au bénéfice des États en développement, et ainsi d'atteindre le troisième et ultime niveau, la raison même de la création du *Système* selon la Banque : le financement du développement³⁹² de ces États afin de combler les écarts économiques existants, garantie de plus d'équité et d'harmonie entre les nations. Ces *effets*

³⁹² « Du point de vue juridique, conformément à la Convention de Washington, la contribution au développement est généralement considérée comme un critère pertinent de qualification d'un investissement. Ainsi, une doctrine autorisée a identifié ce critère, en soulignant que « l'importance de l'opération pour le développement de l'État-hôte » est une « caractéristique typique de l'investissement selon la Convention ». Selon le comité ad hoc d'annulation dans l'affaire Mitchell, la contribution au développement économique constituerait même un critère autonome de qualification d'un investissement. En l'absence d'un tel critère, le tribunal arbitral CIRDI ne serait donc pas compétent pour se prononcer sur l'opération litigieuse en cause. » Voir MASUMY, Naimeh, L'incapacité des tribunaux CIRDI à corriger le déséquilibre entre les principes de développement durable et les protections de l'investissement, *Investment Treaty News*, du 20 décembre 2021, accessible à l'URL : <https://www.iisd.org/itn/fr/2021/12/20/icsid-tribunals-fail-to-address-the-imbalance-between-sustainable-development-principles-and-investment-protections/>

attendus étaient largement présents dans le discours de promotion de la Convention CIRDI. Or, il semblerait que pour chacun de ces niveaux d'objectifs, le bilan soit négatif.

Ainsi, le premier objectif avancé pour le développement d'un *Système* international de l'arbitrage transnational était de permettre de dépolitiser les conflits d'investissement en évitant le recours à la protection diplomatique. Cette idée s'inscrivait dans la lignée directe du paradigme juridictionnel, selon lequel résoudre les conflits par l'application de règles de droit est le meilleur moyen de garantir la paix entre les nations et de prévenir le recours à la force. Or s'il est vrai que la protection diplomatique est aujourd'hui reléguée au rang d'un mode très exceptionnel de résolution des conflits d'investissement, il semblerait que les mécaniques relationnelles à l'œuvre dans la protection diplomatique sont toujours présentes. Le *Système* n'aurait alors pas abouti à une réelle dépolitisation des conflits et les États exportateurs continueraient d'user d'une forme de force diplomatique afin de défendre les intérêts de leurs ressortissants à l'étranger. Joost Pauwelyn cite l'exemple des États-Unis : « [US have been using] *domestic legislation unilaterally retaliating against host States that, for example, expropriate US investors without compensation. Such unilateral retaliation can take the form of suspending foreign assistance, blocking World Bank or International Monetary Fund (IMF) loans or denying trade preferences (...)* ».³⁹³ Si l'auteur précise que la question reste débattue quant à la qualification de ces agissements comme d'une forme de protection diplomatique proscrit par la Convention CIRDI, il n'en demeure pas moins que pour lui ces exemples restent des manifestations de rapports de forces entre États : « [t]his (...) is a vivid example of how home States continue to use broader power-based, political pressure at the highest governmental level to back up the protection of private investors abroad, a remnant of

³⁹³ L'auteur poursuit avec des exemples de telles pratiques : « *Most recently, the United States has used its veto power in international financial institutions such as the Inter-American Development Bank to block loans to Argentina. In 2012, the United States also suspended Argentina as a beneficiary under the US Generalized System of Preferences (GSP) invoking the non-payment by Argentina of certain ICSID awards* » PAUWELYN, Joost, *At the Edge...*, op. cit., p.391. Voir dans le même sens une étude empirique menée par GERTZ, Geoffrey, JANDHYALA, Srividya, POULSEN, Lauge N. et qui résumait ainsi ses conclusions : « *Highlights: (I) The US government routinely involves itself in disputes between American investors and developing countries, but aggressive diplomatic responses are rare compared to the Cold War period. (II) The US government is as likely to intervene in investment disputes with and without investment treaty coverage. (III) The results cast doubt on an important justification for the investment treaty regime, where developing countries have been promised that consent to investment treaty arbitration 'de-politicizes' disputes with foreign investors.* » in *Legalization, Diplomacy, And Development: Do Investment Treaties De-Politicize Investment Disputes?*, [World Development Volume 107](#), July 2018, Pages 239-252

diplomatic protection and the ancient clan-type communal view of ownership and debt (...))³⁹⁴.

D'une part, pour les créateurs du système CIRDI, au-delà de l'éviction de la protection diplomatique, la mise en place d'un système ouvrant la voie du recours à l'arbitrage transnational pour les investisseurs devait servir comme d'un mécanisme dissuasif, poussant les parties à recourir davantage à l'amiable. Sur ce point, il semblerait que le *Système* soit efficace mais probablement pas sur la base des raisons espérées par les pères fondateurs de la Convention. Une étude menée en 2014 par Roberto Echandi et Priyanka Kher³⁹⁵ confirme que dans un nombre important de cas, les parties engagées dans une procédure arbitrale CIRDI s'accordent sur une solution négociée, souvent avant que tout débat au fond n'ait eu lieu voire avant même la constitution du tribunal arbitral. Ce ne serait donc pas la procédure même de l'arbitrage et sa capacité à donner aux parties une vision plus nette de leurs chances de succès, mais la simple potentialité d'une condamnation qui pousseraient les parties, tout particulièrement les États hôtes, à transiger. Ce sont les conclusions auxquelles arrive les auteurs : « (...) *Our hypothesis is that if settlements are taking place so early that the parties have not used the arbitration process to assess the strength of their respective claims and arguments, then the need for a tribunal to elucidate a disagreement of law or fact would be questionable. In those situations, we argue that it would be the very availability of arbitration that is the key factor promoting settlements* »³⁹⁶. Mais ce constat est à rapprocher des analyses des rapports de force des parties aux conflits d'investissement. En effet, pour nombre d'auteurs³⁹⁷, l'axiome selon lequel dans une situation d'investissement, la partie forte est l'État importateur face à un investisseur partie faible, est une simplification éloignée de la réalité, et finalement probablement erronée. Cet axiome repose sur la théorie de la souveraineté de l'État et de la force de la puissance publique qui s'exerce sur son territoire. Mais dans la pratique, les

³⁹⁴ PAUWELYN, Joost, *At the Edge...*, *ibid.* [Mis en gras par nos soins]

³⁹⁵ ECHANDI, Roberto, KHER, Priyanka, *Can International Investor-State Disputes be Prevented?, Empirical Evidence from Settlements in ICSID Arbitration*, *ICSID Review*, Vol. 29, No. 1 (2014), pp. 41-65, doi:10.1093/icsidreview/sit034. Publié en décembre 2013

³⁹⁶ ECHANDI, Roberto, KHER, Priyanka, *Can International Investor-State Disputes be Prevented?...op. cit.* p.3

³⁹⁷ Taylor St JOHN cite ainsi un auteur qui dès 1980 aurait remarqué que « *for investors and capital-exporting states, access to ICSID becomes "another weapon in the armory for protection of foreign investment"* »

O'Keefe cite par St JOHN, Taylor, dans *The Rise...*, *op. cit.* Voir également KOVAR, Robert, *La « congolisation » de l'Union Minière du Haut Katanga in Annuaire français de droit international*, volume 13, 1967. pp. 742-781., DOI : <https://doi.org/10.3406/afdi.1967.1958>
www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1967_num_13_1_1958, ou encore DUROSELLE, Jean-Baptiste, *Les conflits entre États et compagnies privées. Note introductive*, in *Revue française de science politique*, 17^e année, n°2, 1967. pp. 286-293.
www.persee.fr/doc/rfsp_0035-2950_1967_num_17_2_418485

États en développement seraient potentiellement la partie faible de la relation d'investissement et du conflit qui en découle, ceci d'un point de vue économique mais également diplomatique, considérant que l'investisseur originaire d'un État généralement développé et occidental bénéficie potentiellement des pressions -implicites ou explicites- exercées par son État d'origine. Les États en développement n'auraient ainsi qu'un semblant de souveraineté, n'ayant jamais acquis les moyens économiques d'imposer leurs vues dans une communauté internationale où l'égalité n'est qu'artificielle. En conséquence de quoi, la possibilité d'un recours en arbitrage renforcerait encore la position de force des investisseurs étrangers dans un *Système* déjà vu comme étant à la défaveur des États en développement.

Si ces déséquilibres s'expriment en cas de conflit³⁹⁸, ce serait également le cas en amont lors de la création de la règle que ce *Système* doit permettre de défendre. C'est en ce sens d'ailleurs que les pays se voient qualifiés de « *rule takers* » ou de « *rule makers* », et les opérateurs étrangers qui viennent investir dans ces pays que les rapports de forces désavantagent, bénéficient indirectement (voire directement) de la position de force de leur pays d'origine. C'est le cas d'une part au niveau conventionnel (traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements), et d'autre part au travers des négociations contractuelles, ou tentatives de renégociations d'accords d'investissement hérités de la colonisation ou au fil de l'évolution du contexte national de l'État d'accueil. En outre, dans le cas de nouveaux contrats, les négociations sont parfois précédées ou accompagnées de demandes d'intégration dans le système normatif de l'État d'accueil d'une convention d'établissement, d'un code des investissements, ou de textes spéciaux, règlements ou décrets, devant favoriser l'investissement et/ou geler un cadre normatif favorable à l'investissement. Or ces règles devraient avoir pour objectif de permettre aux acteurs d'avoir un cadre commun sécurisant afin de faire émerger leur coopération.

³⁹⁸ Voir à ce titre par exemple DUROSELLE, Jean-Baptiste, *Les conflits entre États et compagnies privées*, Note introductive, In: *Revue française de science politique*, 17^e année, n°2, 1967. pp. 286-293, disponible à l'URL : www.persee.fr/doc/rfsp_0035-2950_1967_num_17_2_418485, dès les premières lignes l'auteur affirme ainsi : « [I]es conflits (...) entre un État et une puissante compagnie privée (...) [sont des] conflits internationaux dans la mesure où le siège de la compagnie se trouve hors du territoire de l'État considéré, mais généralement sur le territoire d'un État plus riche et puissant, et où les capitaux de la compagnie sont fournis en majorité par les nationaux de cet État. (...) [d]e tels conflits existent rarement sans qu'intervienne le grand État où la compagnie a son siège et d'où proviennent la plupart de ses capitaux. Dans ce cas on revient au conflit d'État à État, et le grand et le petit, et le seul problème est de savoir si le petit possède suffisamment d'appuis au dehors pour pouvoir résister au grand. »

En conséquence, toutes les étapes de la vie contractuelle de l'investissement sont marquées par des jeux de pouvoirs et non la recherche d'une relation équilibrée en termes de gains mutuels. Cet état de fait est justifié par les investisseurs et leur État d'origine comme la conséquence d'un climat des affaires peu favorable et instable dans l'État importateur de capitaux.

b) Le second effet attendu : l'établissement d'une relation équilibrée et de confiance entre État hôte et investisseur étranger

Il paraît clair que le second objectif³⁹⁹ souhaité par les concepteurs du système CIRDI qui était d'établir une relation équilibrée et de confiance entre les acteurs de l'investissement, ainsi que sa perception comme telle par eux, n'est pas atteint. Il s'agissait d'un objectif particulièrement complexe puisqu'il nécessitait de créer les conditions propices à un sentiment de confiance réciproque. Or cela relève, quand on reconnaît la dimension humaine des relations d'investissement, principalement de *perceptions* : *perception* de sécurité juridique dans l'État hôte, *perception* de réciprocité, de loyauté ou de tout autre élément jugé indispensable à un sentiment de confiance dans la culture et la psychologie des acteurs. Or ces perceptions étaient négatives, un sentiment trouvant sa source et/ou son expression dans les tensions sur le sujet du droit des investissements, des nationalisations post-décolonisation et de la tentative d'instauration d'un nouvel ordre économique international au sein des Nations Unies dans les décennies précédentes.

Les pays développés et ceux en développement s'opposent sur la nature de la protection à accorder aux investisseurs étrangers. Pour les pays développés, en particulier ceux d'Europe occidentale et d'Amérique du Nord, le droit international coutumier fixe une norme minimale internationale de traitement devant s'appliquer aux investisseurs étrangers sur le territoire du pays d'accueil. Pour eux, cette norme comporte notamment le versement d'une indemnisation « rapide, adéquate et effective » en cas d'expropriation. C'est-à-dire que cette indemnisation doit être d'un montant correspondant à la véritable valeur marchande des investissements étrangers expropriés. De leur côté, les pays en développement et les pays socialistes contestent l'idée que le droit international coutumier fixe une norme minimale internationale de traitement

³⁹⁹ Opening Remarks of Robert Mc NAMARA, Chairman, to the Fourth Annual Meeting, September 23, 1970, cité par St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit., p188 : « *I share the widely held belief that the confidence inspired by the mere existence of such an ultimate forum will go a long way to avoiding the very situation for which it was created, by providing an atmosphere favorable to the adjustment, by the parties, of the disputes by means of negotiations.* »

au bénéfice des investisseurs étrangers et affirment que ces derniers ne peuvent prétendre qu'au même traitement que celui accordé par le pays d'accueil aux investissements réalisés par ses ressortissants. Dans ce sens, en 1974 ils font adopter par l'Assemblée générale des Nations Unies une résolution contenant ce droit d'exproprier les investissements étrangers en ne s'appuyant que sur la législation nationale de l'État d'accueil. La résolution vise en outre à mettre en place des obligations liant les investisseurs et à garantir l'autonomie réglementaire nationale. Par cette résolution les États appellent à la création d'un nouvel ordre économique international.

Cette initiative, à laquelle sont venues s'ajouter de nouvelles vagues d'expropriations dans les années 1970, ont poussé d'autres pays développés à lancer des programmes de TBI. Pourtant, par la suite les expropriations arbitraires dans les pays en développement diminuent fortement : quatre-vingt-trois cas sont répertoriés pour la seule année 1974 contre onze seulement entre 1981 et 1992, soit un cas par an, en moyenne⁴⁰⁰. En dépit de cela, la perception selon laquelle les États en développement ont le loisir de porter atteinte de manière unilatérale et sans compensation aux intérêts des investisseurs est ancrée, notamment si la relation d'investissement est basée sur un contrat.

Cette perception fait également abstraction du fait qu'avant les années 1990 et l'explosion des TBI, la jurisprudence arbitrale s'exprime très largement en faveur du respect du principe de droit international *pacta sunt servanda* et que les investisseurs se voient allouer des compensations significatives sur la base de la violation de ce principe par les tribunaux arbitraux. Or, ainsi que l'affirme Denis de Rougemont, « [l]e caractère le plus profond du mythe, c'est le pouvoir qu'il prend sur nous, généralement à notre insu » et c'est ainsi que pour certains auteurs⁴⁰¹, ce serait dans l'espoir de contrecarrer ce mythe, cette perception, que la

⁴⁰⁰ YACKEE, Jason Webb, 'Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?' 42 L & Socy Rev 805, 2008, 827-8., p.9.

⁴⁰¹ Sur la force du mythe voir particulièrement la recherche menée par Jason Yackee qu'il résume ainsi : « *The myth is the notion that, prior to the explosion of popularity of BITs in the early 1990s, developing countries were free to break their promises to foreign investors with legal impunity. In the mythic account, developing countries succeeded in destroying the principle of pacta sunt servanda, or "promises shall be kept," through a series of United Nations General Assembly ("UNGA") resolutions related to the establishment of "permanent sovereignty over natural resources."* My main argument is that, contrary to the myth, a long line of international jurisprudence demonstrates that state promises to foreign investors have been strongly presumptively enforceable as a matter of consistent international law and practice. This line of jurisprudence begins in the 1930s and consolidates in the 1970s with the great oil arbitrations, in which international tribunals, charged with resolving legal claims arising from petroleum concession nationalizations in Libya and Kuwait, forcefully rejected extravagant claims by certain developing countries that foreign investment contracts could be freely breached as a matter of sovereign right. This jurisprudence demonstrates that could an investor

vaste majorité des États en développement auraient adhéré au système des TBI à la fin des années 1980. Il s'agirait d'un « *signaling effect (...) considering them as important indicators of a State's willingness to protect foreign investment* »⁴⁰². En d'autres termes, un signal de bonne volonté dans une situation où l'attrait des financements extérieurs est vu comme une absolue nécessité pour leur développement, sans réelle prise de conscience des effets à court, moyen et long terme d'une telle adhésion : « *Although careful cost-benefit considerations drove some developing countries to adopt investment treaties, this was rare. By overestimating the benefits of BITs and ignoring the risks, developing country governments often saw the treaties as merely 'tokens of goodwill'. Many thereby sacrificed their sovereignty more by chance than by design, and it was typically not until they were hit by their first claim, officials realised that the treaties were enforceable in both principle and fact* »⁴⁰³. Cette adhésion se base ainsi également sur la croyance que leur développement ne se fera qu'à la condition d'accueillir un maximum d'IDE, croyance qui a fondé le système CIRDI puisque le troisième objectif était la multiplication de ces flux afin de financer le développement des États du Sud⁴⁰⁴.

c) Le troisième effet attendu : la multiplication des IDE en vue du financement du développement des États hôtes

Il s'agissait bien d'une croyance appuyée d'aucune recherche scientifique, ainsi que l'approche historique de la première partie l'a révélé. Or, cet objectif n'est lui aussi que partiellement atteint, et face à ces résultats insatisfaisants la recherche académique a

show to the satisfaction of a neutral, authoritative decision maker-typically, an international arbitral tribunal-that a state had breached a promise to the investor, the investor would almost certainly be awarded meaningful compensation. » YACKEE, Jason Webb, *Bilateral Investment Treaties...*, Ibid.

⁴⁰² WÄLDE, Thomas, 'The "Umbrella" Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases', 6 J. World Investment & Trade 183, 188, 2005

⁴⁰³ POULSEN, Skovgaard L. N., *Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality*, A thesis submitted to the Department of International Relations of the London School of Economics and Political Science for the degree of Doctor of Philosophy, London, June 2011, accessible à l'URL : http://etheses.lse.ac.uk/141/1/Poulsen_Sacrificing_sovereignty_by_chance.pdf

⁴⁰⁴ Il est ainsi intéressant de noter que cette croyance n'était pas partagée par tous, voire que pour certains États l'absence de lien était clair comme le relève GUDGEON, Scott K., *United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purposes, and General Treatment Standards*, 4 Intl Tax & Bus L 105, 111-2., 1986 : « *Although the titles and preambles to most of the BITs refer to the 'encouragement' as well as the 'protection' of investments, the BIT Model was not designed with an intent to catalyze investment decisions. Rather, the practical functions of the BIT program were conceived in more static, protective terms, in relation to stocks of investment already in place. In fact, the framers of the Model BIT were unaware of any proven relationship between the existence of FCN treaties or European BITs and investment flows. Indeed, the developers of the Model BIT regarded the absence of evidence of a capital flow relationship as advantageous in rallying support for the BIT program, since evidence of a positive correlation between investment treaties and increased capital flow abroad could have spurred opposition by organized labor and regional economic interest groups within the United States.* » [Mis en gras par nos soins]

naturellement questionné la valeur de cette croyance⁴⁰⁵. Il en ressort que si dans une certaine proportion les flux se sont bien multipliés, la raison de cette croissance reste incertaine. Ainsi, il n'existerait pas de consensus sur une relation de cause à effet selon laquelle l'existence d'un système conventionnel de protection des investissements inciterait les investissements privés⁴⁰⁶, qui à leur tour permettrait de financer le développement des États d'accueil⁴⁰⁷. L'idée à la base du *Système* serait alors potentiellement erronée, et en conséquence le *Système* incapable de produire le résultat pour lequel il a été créé, y compris dans son extension d'un arbitrage contractuel à un arbitrage conventionnel. C'était pourtant l'espoir implicite de ses concepteurs, un espoir qu'ils n'avaient pas partagé, expliquant que cette extension du *Système* d'un arbitrage contractuel à un arbitrage conventionnel soit un effet inattendu pour la plupart des États en développement qui ont adhéré au *Système*, et qui participe à sa crise de légitimité.

2-Les conséquences du processus de conversion du Système par ses acteurs : des effets obtenus et inattendus

⁴⁰⁵ Voir notamment POULSEN, Lauge, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*, Cambridge University Press. 2015, et KERNER, Andrew, LAWRENCE, Jane, *What's the Risk? Bilateral Investment Treaties, Political Risk, and Fixed Capital Accumulation*, British Journal of Political Science 44 (1):107–21, 2014 cités par R. L. Wellhausen, *International Investment Law and Foreign Direct Reinvestment*, International Organization 73, Fall 2019, pp. 839–58, doi:10.1017/S0020818319000225, UNCTAD, *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, UN Doc UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, UN Sales No E.09.II.D.20 (2009), Yoram HAFTEL: [looking only at ratified BITs concluded by the United States (and thus, unlike European BITs, not only covering protection of FDI stocks but also liberalizing entry or flows of FDI), finds that a] *jointly-ratified BIT increases American foreign investment in the host country from 0.07 per cent to 0.24 per cent of GDP. To put this in perspective, this means that for a country whose GDP is equivalent to the Democratic Republic of Congo's 2011 GDP of \$15 billion, the entry into force of a US BIT (the strongest type of BIT that exists) might be expected to provide more than three million dollars in additional FDI.*” : HAFTEL, Yoram Z., *Ratification Counts: U.S. Investment Treaties and FDI flows into Developing Countries*, (2010) 17 Rev of Intl Pol Econ 348, YACKEE, Jason Webb, *Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?*, (2008) 42 L & Socy Rev 805, 827–8: de son côté cet auteur ne trouve aucune preuve d'une corrélation entre croissance des flux d'IDE et les TBI contenant des clauses d'arbitrage (dits “strong BIT”). Un constat également formulé par : AISBETT, Emma, *Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation Versus Causation*, in Karl P Sauvant and Lisa E Sachs (eds), *The Effects of Treaties on Foreign Direct Investment* (OUP 2009), 395.

⁴⁰⁶ Voir en ce sens : POULSEN, Lauge, book review, Karl P. Sauvant, and Lisa E. Sachs. (eds). *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Eur J Int Law, 2009, 20 (3): 935-938 qui analyse les études pour évaluer l'impact des accords d'investissement sur les flux d'IDE, et remarque que ces études diffèrent dans leurs conclusions et suggère qu'il n'y a pas de consensus sur les implications économiques des accords d'investissements; face à BUSSE, Matthias, KÖNIGER, Jens, NUNNENKAMP, Peter, *FDI promotion through bilateral investment treaties: more than a bit?*, Review of World Economics / Weltwirtschaftliches Archiv, Vol. 146, No. 1 (April 2010), pp. 147-177, qui concluent que les TBI favorisent les flux d'IDE.

⁴⁰⁷ NURBEL Alain, AHAMADA, Ibrahim, *Investissements directs étrangers entrants et développement : l'enjeu de la capacité d'absorption*, Mondes en développement, 2008/3 (n° 143), p. 79-96. DOI : 10.3917/med.143.0079, accessible à l'URL : <https://www.cairn.info/revue-mondes-en-developpement-2008-3-page-79.htm>

A côté des effets attendus non obtenus, certains effets **possibles** étaient imaginés par les fonctionnaires de la Banque ou par des observateurs avertis.

a) Des effets obtenus, inattendus pour les États hôtes

Il s'agissait de la possibilité de fonder un arbitrage sur un accord international d'investissement, et donc de la multiplication des recours sur leur base suivant l'action combinée de la prolifération de ce type d'instrument et de la croissance des flux d'investissements. Sur cette base, les États développés, eux bien conscients de cette potentialité, y voyaient bien leur intérêt : l'instauration d'un système de l'arbitrage transnational conventionnel était le moyen d'un véritable développement du droit international des investissements selon leur conception, et par la même d'une protection considérablement plus large que ne le permettraient jamais des débats multilatéraux.

La plupart de ces **possibles effets** furent amplement moins discutés publiquement que ceux **attendus** du mécanisme. Et on le comprend bien puisque l'objectif de la Banque dans la conception de la Convention CIRDI était de contourner les blocages dus aux oppositions des États sur le sujet du droit international et de la protection devant être accordée aux investisseurs étrangers. De même, les États exportateurs évitèrent soigneusement d'évoquer ces effets **potentiels**, souhaités par eux, afin de susciter l'adhésion des pays en développement⁴⁰⁸ à la Convention. En raison de l'absence de larges discussions sur ces potentiels effets, la plupart des États en développements en ont été surpris quand ils se sont finalement réalisés. Cela renvoie aux développements précédents : cet écart de compréhension qui était connu voire provoqué par les États exportateurs de capitaux et permis par l'absence de multilatéralisme de processus de création du *Système*, justifierait que les États en développement aient finalement adhéré au système du CIRDI puis des TBI sans réelle connaissance des conséquences de telles adhésions. Or, ces effets **inattendus** pour eux, étaient non seulement **non-souhaités** mais **non-souhaitables**, et le recul dont nous bénéficions aujourd'hui, nous permet de dire que ces effets du *Système* ont un impact considérable sur ces acteurs et fondent largement les critiques dont le *Système* fait l'objet. Enfin, d'autres effets inattendus pour tous, y compris pour les concepteurs du *Système*, se sont produits qui appuient d'autant cet état de fait.

⁴⁰⁸ Pour de plus amples développements sur le rôle de la Banque et des États exportateurs dans l'évitement des débats sur ces sujets voir le chapitre 2, section 1, B. ainsi que St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit., p.207

b) Des effets obtenus, inattendus pour tous

Si l'on peut considérer que la différence de connaissance de certains effets potentiels du système CIRDI et son extension est le résultat de son processus de création et de la stratégie diplomatique de la Banque, en revanche, la méconnaissance de tous les acteurs de certains des effets que le système pouvait potentiellement produire pour tous, est le résultat du phénomène de « *conversion* »⁴⁰⁹ qui fut à l'œuvre⁴¹⁰. Dans son analyse historique, Taylor St John l'explique en ces termes : « *Institutions do not determine the purposes to which they may be put* »⁴¹¹. Autrement dit, les créateurs d'une institution ne peuvent totalement contrôler l'usage de l'institution qui en sera fait par ses utilisateurs. Pour l'auteur, ce sont des changements institutionnels graduels qui expliquent l'émergence d'effets inattendus, dont certains seront vus comme préjudiciables. Ils seraient ainsi la conséquence des mutations que les acteurs font subir au *Système* au travers notamment des nouveaux usages qu'ils en ont. Or, ces effets non souhaités par ses concepteurs ont pour résultat dramatique de faire aboutir le *Système* à l'extrême opposée de ce qui était souhaité par ses créateurs : il devient un outil d'exercice de la force qu'il visait justement à bannir. Les concepteurs du *Système* n'avaient en effet pas prévu qu'il donnerait un pouvoir démesuré aux États exportateurs de capitaux et leurs sociétés multinationales, et qu'il serait vu comme profondément injuste.

Cette conversion s'effectue durant les années 1980 et encore davantage dans les années 1990, moment où le *Système de résolution des différends entre État hôte et investisseur étranger* devient un outil au service des États du Nord pour verrouiller les réformes économiques libérales des États en développement. Ce mouvement est initié par les États-Unis au moment de la chute de l'URSS. Pour ces États il convient de profiter de ce contexte pour s'assurer du passage des États anciennement socialistes -en termes politiques et économiques- du côté du libéralisme, d'une économie de marché, et dans leur sphère d'influence. On voit ici encore le lien étroit entre les dimensions politique et économique. Les États-Unis font ainsi miroiter des investissements privés américains -toujours sur la base de la perception que ces

⁴⁰⁹ Taylor St John utilise le concept de « *conversion* » qui vient d'une approche appelée « *historical institutionalism* » utilisée pour étudier les changements politiques et sociaux. Pour Taylor St John, une « *conversion* » s'est produite concernant le système instauré par la Convention CIRDI : « *When circumstances change, the reasons for investment treaties change. When the reasons for investment treaties change, the purpose of investor-state arbitration within those treaties and the importance of a country's ratification of the ICSID Convention may also change. This kind of gradual institutional change is **conversion**: when an existing institution is put to new purposes, without a change in its form* ». [mis en gras par nos soins]. St JOHN, Taylor, *ibid.*, p. 211

⁴¹⁰ Voir également la qualification du *Système* en système adaptatif complexe dont une caractéristique est le phénomène d'émergence, dans le chapitre 2 du Titre premier de la seconde partie de cette thèse.

⁴¹¹ St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit. p.4

flux devraient servir le développement des États hôtes- au travers notamment de la signature de TBI, à condition que ceux-ci intègrent l'arbitrage international comme mécanisme de garantie de l'application du droit international (parfois une adhésion à la Convention CIRDI) et les diverses clauses usuelles du standard américain de protection de l'investissement (c'est le cas des TBI entre les États-Unis et le Rwanda, le Cameroun, la Pologne, ou encore l'Argentine⁴¹²). Or, ainsi que nous l'avons relevé sur le positionnement des États en développement comme des « *rule-takers* », les TBI négociés sont largement vus comme déséquilibrés. Ce déséquilibre est notamment relevé en comparaison aux précédents programmes de traités d'amitié, de commerce et de navigation : « (...) *one core difference between FCN treaties and early BITs is that early BITs were **de facto one-way streets** (one country exporting capital, the other importing capital) and consistently concluded between developed and developing countries until the late 1980s when South–South BITs emerged, and the mid-1990s when investment chapters were included in FTAs between developed countries. FCN treaties, in contrast, had traditionally **been more symmetrical or reciprocal** (both *de jure* and *de facto*) and were originally concluded amongst European or Western (developed) nations.* »⁴¹³ Cette logique est ensuite appuyée par les organismes pourvoyeurs de l'aide au développement avec les programmes d'ajustement structurels. Les États en développement, dont la situation économique est souvent dramatique, n'ont d'autre choix que de s'y plier parfois à un prix interne extrêmement lourd et pour finalement un bénéfice très largement contesté aujourd'hui.

Si au moment de cette conversion du *Système* les acteurs lient toujours croissance des flux d'IDE et développement des États, et qu'ils y trouvent là une justification, il n'en demeure pas moins que le *Système* permet de forcer la main aux États en développement, ce qui renforce l'idée qu'il se met au service de pressions diplomatiques. En effet, du point de vue du fond du *Système*, les États-Unis et plus largement les États occidentaux, y trouvent le moyen de faire prédominer leurs vues sur le sujet des règles de protection des investissements étrangers.

Ainsi, la nature unilatérale du *Système* est frappante, un unilatéralisme qui alimente une forme d'hypocrisie, en tout état de cause on ne peut parler de véritable coopération des acteurs. En effet, les États exportateurs n'ont souhaité le développement du *Système* qu'en raison du postulat selon lequel ils seraient toujours exportateurs de capitaux et en seraient alors toujours

⁴¹² Voir à ce titre St JOHN, Taylor, *The Rise...*, ibid, p.220 et ss.

⁴¹³ PAUWELYN, Joost, op. cit. [Mis en gras par nos soins]

les principaux bénéficiaires⁴¹⁴, une idée qui s'est confirmée dans la pratique⁴¹⁵. Ce qui faisait remarquer Thomas Wälde que : « (...) *the Calvo-doctrine, much opposed by Western governments with respect to developing countries, has in fact been- and still is- the dominant maxim of Western countries themselves* »⁴¹⁶. C'est ainsi que José E. Alvarez, qui a longtemps fait partie de l'équipe nord-américaine de négociation des TBI affirme : « [A BIT is] *hardly a voluntary, uncoerced transaction* »⁴¹⁷. On comprend alors que les États en développement les plus puissants politiquement et/ou économiquement, notamment les membres dits des BRICS⁴¹⁸, soient soigneusement restés en dehors du système des TBI. Un système qui suivant la prolifération de clauses de la nation la plus favorisée, permet en outre une pratique de « *treaty shopping* » ou de « chalandage de traités »⁴¹⁹ au bénéfice des groupes multilatéraux, déséquilibrant encore un peu plus le *Système* en leur faveur. Un état de fait qui fait écho à la « complication » très importante voire la complexité invoquée du *Système* par les États en développement et l'impact porté sur leur capacité à en sortir éventuellement⁴²⁰. Il est d'ailleurs intéressant de noter que la croissance des accords d'investissements entre États du Nord contenant une référence à l'arbitrage d'investissement -en particulier le chapitre 11 du NAFTA- et des arbitrages qui en découlent⁴²¹ pourrait expliquer la mobilisation des États du

⁴¹⁴ Voir à ce titre St JOHN, Taylor, op.cit. : « *We should not anticipate arbitral awards given against the US which would have the effect of altering any position of US law. The reason I say that is that when a foreign investor invests in this country then most often does is not pursuant to some special contract or agreement...instead, when an investor comes here he does so understanding that the US laws are going to apply to him just as to any other entrepreneur* » ainsi que « *When investors came to the US, they accepted that domestic law and domestic courts would govern the investment.* »

⁴¹⁵ Au moins 95 gouvernements ont fait face à l'arbitrage investisseur-État : 61 pays en développement, 18 pays développés et 16 pays à économie en transition. On notera qu'un État développé fut partie à une instance (l'Islande, dans une affaire enregistrée le 16 juin 1983).

⁴¹⁶ WÄLDE, Thomas W. cité par T. St John, *The rise...*, op. cit. p.177

⁴¹⁷ ALAVAREZ, José Enriquè cité par ST JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit., p. 178

⁴¹⁸ Le Brésil a signé un certain nombre de TBI, mais n'en a jamais ratifié aucun, et les TBI dont la Chine est partie sont vus comme particulièrement circonscrits. Un phénomène que l'on constate également dans les États subsahariens.

⁴¹⁹ Voir par exemple sur le sujet : NGO, Quoc Chien, LY, Van Anh, *Le chalandage de traités à l'épreuve des accords d'investissement de nouvelle génération*, Revue internationale de droit économique, 2017/3 (t. XXXI), p. 85-108. DOI : 10.3917/ride.313.0085. Accessible à l'URL : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2017-3-page-85.htm> ainsi que les références bibliographiques citées à la note de bas de page 380.

⁴²⁰ Un constat que fait également Taylor St JOHN : « *The hurdles to realignment vary by country: while the institution of ISDS is sticky but malleable for officials in powerful countries, the institution of ISDS is stuck and viewed as unchangeable by officials in smaller countries* », *The Rise...*, op. cit. , p.78

⁴²¹ Malgré le fait que le chapitre 11 sur l'investissement visait en grande partie à contraindre le Mexique, les investisseurs ont présenté des réclamations contre les trois pays signataires et le Canada a en fait été confronté au plus grand nombre d'arbitrages.

Nord dans l'actuelle réforme du *Système* et leur souhait de voir l'arbitrage d'investissement largement réduit dans son principe⁴²².

⁴²² Voir à ce titre par exemple la position de l'UE au sein du groupe de travail III de la CNUDCI.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Cette première partie avait pour vocation de comprendre certains traits de l'actuel *Système de résolution des différends entre État hôte et investisseur étranger* au travers d'un retour aux origines du *Système*.

Un retour aux origines du *Système* - En retournant à ses origines et en déconstruisant son processus d'élaboration, deux objectifs étaient notamment recherchés : d'une part de comprendre pourquoi l'arbitrage en est la clé de voute, ce en dépit de l'existence d'autres modes de résolution des litiges ; d'autre part, de comprendre les ressorts réellement à l'œuvre dans ces modes de résolution des conflits en dépit des terminologies employées. En poursuivant ces deux objectifs, ce retour aux sources était également le moyen de cartographier les acteurs du *Système*, de comprendre par exemple pourquoi dans la majorité des clauses de résolution des litiges d'investissement, des centres privés comme ceux de la CCI ou de la LCIA côtoient le CIRDI, un centre de nature multilatérale. Outre leur cartographie, il s'agissait également d'identifier les relations qui les lient. Il semblait ainsi utile de mesurer l'influence de l'Histoire, notamment économique, sur les relations qu'ont aujourd'hui acteurs publics et privés de l'investissement. Finalement, l'objectif était d'essayer de mettre à jour les raisons des critiques croissantes adressées au *Système de résolution des différends entre État hôte et investisseur étranger*, critiques dont certaines vont jusqu'à souligner l'existence d'une crise.

Les critiques du Système- Elles sont nombreuses⁴²³, et puisque l'arbitrage d'investissement est la clé de voute du *Système*, elles lui sont principalement adressées⁴²⁴. À leur origine se trouve la multiplication de condamnations très importantes d'États en développement⁴²⁵ par des tribunaux arbitraux. La remise en cause de leurs prérogatives

⁴²³ La littérature est très abondante sur ce sujet, voir notamment : NOLAN, Michael, *Challenges To The Credibility Of The Investor-State Arbitration System*, American University Business Law Review, Vol. 5, No. 3 2018, disponible à l'URL: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aubl/vol5/iss3/6>, CAMPBELL, Chris, NAPPERT, Sophie, NOTTAGE, Luke, *Assessing Treaty-based Investor-State Dispute Settlement: Abandon, Retain or Reform?*, TDM 1, 2014, disponible à l'URL: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>, COE, Jack jr., *Towards a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes—A Preliminary Sketch*, 12 UC Davis J. Int'l. L & Pol'y 7, 2005, du même auteur : *Settlement of Investor-State Disputes through Mediation—Preliminary Remarks on Processes, Problems and Prospects*, in R. Doak Bishop (ed.), *Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns* (New York: Huntington, JurisNet LLC, 2009), et encore : *Transparency in the Resolution of Investor-State Disputes – Adoption, Adaptation, and NAFTA Leadership*, 54 Kan. L. Rev. 1339, 2006 ; CONSTAIN, Silvia, *Mediation in Investor-State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape*, 29 ICSID Rev. 25-40, 2014, disponible à l'URL: <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/29/1/25.full.pdf+html>, FRANCK, Susan D., *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*: contenu d'un Symposium tenu en date du 29 Mars 2010, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, disponible à l'URL : <http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=318>, FRANCK, Susan D., JOUBIN-BRET, Anna, (eds.), U.N. Conference on Trade and Dev., *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, U.N. Doc. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, 2011, GONZALEZ, García Luis, "Making impossible investor-State reform possible", TDM 1, 2014, disponible à l'URL: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023> ; HSU, Locknie, "Investor-State Dispute Settlement Reform – Examining the Formative Aspect of Investment Treaty Commitments: Lessons from Commercial Law and Trade Law", TDM 1 (2014), disponible à l'URL : <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023> ; JOUBIN-BRET, Anna, KALICKI, Jean, *Introduction TDM Special issue on "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In search of a Roadmap"*, 2014, disponible à l'URL : <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>, JOUBIN-BRET, Anna, KNOERICH, Jan, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, United Nations: New York and Geneva, 2009, disponible à l'URL : http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20108_en.pdf, KARTON, Joshua, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: Lessons from International Uniform Law*, TDM 1, 2014), disponible à l'URL : <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>, K. Kizer & J. Sharpe, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: The US Experience*, TDM 1 (2014), disponible à l'URL <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>, LESTER, Simon, *Liberalization or Litigation? Time to Rethink the International Investment Regime*, TDM 1, 2014, disponible à l'URL <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>, PARRA, Antonio, *Advancing Reform at ICSID*, TDM 1, 2014, disponible à l'URL : <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>, SALACUSE, Jeswald, *Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution*, 31 Fordham Int'l L.J., 2007, SCHNEIDER, Michael E., *Investment Disputes—Moving Beyond Arbitration*, in Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement, BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, KOHEN, Marcelo G., VIÑUALES, Jorge E. (eds). (Leiden: Koninklijke Brill NV, 2013), RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Proposal of changes to the system of investment dispute resolution: a contribution from South America*, TDM 1, 2014, disponible à l'URL : <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>. WAIBEL, Michael et al. (eds), *The Backlash Against Investment Arbitration*, Kluwer 2010 ; KAHALE, George, 'Is Investor-State Arbitration Broken?', 2012, 7 TDM ; Corporate Europe Observatory, 'Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom' (CEO and Transnational Institute 2012).

⁴²⁴ Voir par exemple : EL ISSA, Rayyan, *La place contestée de l'arbitrage international en droit de l'investissement* [SERAGLINI, Christophe (dir.)], Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris Sarclay, 2023

⁴²⁵ Cela a notamment été le cas, on l'a dit, dans les suites des programmes de privatisation ou *via* les offres de contrats de concession portant sur des services publics ou sur la prospection et l'exploitation des ressources naturelles qui ont donné lieu à des litiges de grande ampleur, bénéficiant d'un fort retentissement, et provoquant des controverses politiques tant internes qu'externes à l'État. A titre d'exemple, une procédure d'arbitrage

régaliennes alimente une critique assez vive de l'arbitrage, exacerbée par les craintes des États de ne plus être en mesure d'honorer et de suivre leurs engagements internationaux, ni de contrôler leur contentieux face à la multiplication des bases juridiques de l'arbitrage d'investissement : clauses de résolution contractuelles, TBI, droit national et régional des investissements (charte et codes, loi de promotion, plan de privatisation etc.). Pour Taylor St John, outre la dimension humaine déjà évoquée, le poids mort des décisions politiques et institutionnelles limiterait la capacité des gouvernements et des autres acteurs à changer de stratégie : « *Governments seeking to change or exit investor-state arbitration today face thousands of treaties, contracts, and laws* »⁴²⁶. La critique vient ainsi de la prise de conscience des États de l'aspect décentralisé de leur consentement, et des difficultés que cela engendre pour une potentielle sortie du *Système*. Cela est particulièrement prégnant pour les États en développement qui manquent généralement des moyens techniques, humains et/ou financiers nécessaires.

Au-delà de l'ampleur des condamnations, c'est le recours à l'arbitrage pour ce type de conflit qui est critiqué, y compris parfois par les investisseurs sur des aspects de procédure arbitrale. Coût⁴²⁷, lenteur, perte de maîtrise de la procédure par les parties sont les critiques les plus récurrentes, complétées par le manque patent de prévisibilité quant à l'issue de la procédure. Il est invoqué le fait que la notion de précédent ne s'applique pas en matière d'arbitrage d'investissement. En outre, une étude de la CNUCED⁴²⁸ a montré un manque d'uniformité dans la manière dont les TBI traitent divers éléments qui sont au cœur de la protection des investissements. Ce manque d'uniformité se retrouve également dans la rédaction des clauses ainsi que dans leurs intitulés qui sont très variables. Il en résulte des incohérences dans l'interprétation de ces clauses par les tribunaux d'arbitrage, au sujet des dispositions de fond mais également en ce qui concerne la condamnation de l'une ou l'autre des parties, ou des deux, aux dépens. De plus, les interférences du droit international de l'investissement provenant des traités avec les contrats d'État sont aujourd'hui manifestes, et toutes les difficultés générées par la coexistence des deux régimes -le droit des contrats d'État

d'investissement à mise à la charge de l'Équateur une condamnation à 177 milliards de dollars de compensation pour les dommages subis par un investisseur dans le secteur pétrolier : *Occidental v Ecuador*, ICSID Case N°. ARB/06/11italaw.com/cases/767.

⁴²⁶ St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op.cit. p121. [Mis en gras par nos soins]

⁴²⁷ A titre indicatif, le montant moyen des frais de conseil dans un arbitrage d'investissements s'élève actuellement à 8 millions de dollars, et les frais d'administration à 1 million.

⁴²⁸ CNUCED, (2010) *Étude de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement, Différends entre investisseurs et État*, Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage

et celui de l'investissement international- ne sont pas résolues. Les principales manifestations de cette coexistence s'observent au niveau de la possibilité de saisir les tribunaux arbitraux fondés sur les traités de demandes d'ordre contractuel. Et lorsqu'elles sont accessibles, les différentes règles de protection de l'investissement issues du droit international font l'objet d'une application aux contrats qui se révèle parfois délicate⁴²⁹. Par ailleurs, la plupart des arbitres nommés pour des arbitrages d'investissement sont généralement des experts de droit du commerce international plutôt que du droit public. L'enjeu se situe alors autour de l'interprétation de notions comme celle de la violation d'une obligation ou de celle de la réparation concernant une personne publique. Les États affirment en outre la nécessité de prendre en compte leur culture administrative et juridique. Au-delà des aspects procéduraux, c'est l'utilité même et la légitimité de l'arbitrage en matière d'investissement qui est questionnée.

A ce titre, Anna Joubin-Bret parle d'un mode inadapté à la relation entre un État et un investisseur « (...) *dans la mesure où le règlement du différend constate l'échec de cette relation et y met un terme définitif par le paiement d'une compensation. [L'arbitrage] n'est donc pas adapté à la poursuite de cette relation et à l'objectif à long terme d'une opération d'investissements pour les deux parties. [II] mettra un terme final à cette relation et ne permettra pas à la relation de perdurer au-delà des difficultés en recherchant une solution positive au conflit. La sentence arbitrale tout comme le jugement d'un tribunal étatique ou international règle le différend en terme juridique mais ne prend pas en compte les aspects économiques, sociaux, politiques ou de développement qui accompagnent un investissement étranger et qui s'inscrivent dans la durée* »⁴³⁰. Il est ainsi remarqué qu'en reformulant un conflit en termes litigieux des dimensions importantes du conflit sont occultées, et puisque la

⁴²⁹ Plus largement, sur la nature hybride du système, Joost PAUWELYN écrit : « (...) *when originally introduced, ICSID was portrayed and sold to countries as a minimalist project that avoids any of the substantive, ideological discussions that were then raging at the UN, and merely provides institutional scaffolding for the settlement of investor-State disputes, use of which is, in any event, purely optional. Beneath the surface, however, ICSID introduced what would turn out to be two major developments. First, mixing and combining investment contracts, host State law and international law as sources of what is now commonly referred to as the 'hybrid' of foreign investment law (a process initiated earlier with the 'internationalization' of State contracts and so-called umbrella clauses in BITs (...)). Second, ICSID confirmed the model of commercial-style arbitration for the settlement of investor-State disputes (party-appointed arbitrators, confidential proceedings, quick and final decisions without appeal, focus on money damages rather than compliance), thereby embedding the system with the competing analogies of private commercial arbitration and public international law.* » PAUWELYN, Joost, *At the Edge of Chaos...*, op.cit., p.36. [Mis en gras par nos soins]

⁴³⁰ JOUBIN-BRET, Anna, KALICKI, Jean, *Introduction TDM Special issue on "Reform of Investor-State Dispute Settlement...*, ibid. [Mis en gras par nos soins]

mission du juge s'inscrit principalement dans le cadre de la norme, il ne peut trancher que le litige délaissant les autres aspects du conflit. Le règlement par voie d'arbitrage est axé principalement sur le versement d'une réparation pour les dommages découlant de la violation d'une disposition conventionnelle (traité ou contrat d'investissement), il ne laisse donc pas à l'investisseur et à l'État la possibilité de s'entendre sur d'autres « solutions »⁴³¹. Par exemple celles qui concernent une modification éventuelle de la décision contestée, ou qui offrent d'autres formes de compensation « en nature ». La résolution du litige et non du conflit est une source d'insatisfaction pour les parties.

Il est à noter pourtant que les arbitres peuvent se voir dotés des pouvoirs d'arbitres compositeurs par les parties, ce qui a pu faire dire à Charles Jarrosson que l'arbitrage est une « gomme les contours de l'arbitrage pour le rapprocher de la conciliation »⁴³². Cependant, dans cette configuration encore, les parties se voient imposer une solution qui ne tranchera que le litige juridique et non l'ensemble du conflit, avec un gagnant et un perdant. Il y a donc tout lieu de croire que ce dernier, à qui l'on impose une solution juridique qui lui est défavorable, même si celle-ci prend sa source dans l'éthique en plus du droit, ne l'accueillera pas avec bonheur, et que cela aboutira à une rupture de la relation avec son partenaire voire des difficultés par la suite pour obtenir l'application de la sentence. Cela rejoint la vision de l'analyse transactionnelle⁴³³ dans laquelle, devant un tribunal, le justiciable se trouve dans une relation de communication « parent/enfant » dans le sens où le juge « parent normatif » va lui dire comment il doit se comporter, et sa décision s'imposera selon une relation d'autorité verticale.

On peut imaginer que cela est d'autant plus prégnant quand ce justiciable est un État, souverain donc, qui verra trancher la légalité internationale d'une de ses mesures ainsi que sa

⁴³¹ Voir en ce sens les tenants de l'approche de la justice restaurative. L'approche de la justice restaurative met l'accent sur la réparation des torts et la recherche de solutions consensuelles dans la résolution des conflits. Elle offre une alternative au paradigme purement juridictionnel en favorisant la communication, la réconciliation et la collaboration entre les parties concernées. Voir par exemple ANGELET, Nicolas, *Alleviating the Disruptive Nature of Investment Arbitration. Some Remarks on Restitution and Post-Arbitration ADR*, TDM 2014, vol. 11, p. 5.

⁴³² UNESCO, *Les fondements endogènes d'une culture de la paix en Afrique, Mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique noire*. UNESCO, 1999. En outre, on pourrait s'interroger sur l'usage de l'arbitrage dans le contexte des procédures arbitrales d'investissement où la construction d'une solution équitable doit se faire dans un contexte normatif assez différent, où la recherche de l'équité doit se faire au regard du Droit international public pour l'interprétation des accords d'investissement ; tandis que dans le contexte des procédures arbitrales commerciales, cette interprétation se fait dans l'idée d'une modération des effets d'une loi nationale déterminée.

⁴³³ Mouvement fondé par Éric BERNE, médecin psychiatre américain.

responsabilité internationale par une ou plusieurs personnes privées, en dépit du fait qu'il a participé à leur nomination. En outre, cette décision ne passera pas par le filtre du contrôle interne de légalité, aussi, la question de la légitimité de l'arbitrage international est soulevée. La réflexion s'axe notamment autour du respect par l'arbitrage international de l'État de Droit⁴³⁴, en particulier sur la remise en question de la pertinence de confier à des tribunaux arbitraux -aussi indépendants et compétents que soient leurs membres- le soin de trancher des questions touchant la politique des pouvoirs publics, alors qu'ils ne présentent pas les mêmes garanties de responsabilité et de transparence que celles qui sont exigées habituellement des tribunaux nationaux. Ceci en particulier en raison de la mise en cause par des investisseurs étrangers de mesures d'ordre public prises par les autorités étatiques pour protéger leur environnement, la santé publique ou encore le droit des minorités. Cela conduirait à une forme d'autocensure réglementaire des États incapables de faire face aux conséquences prévisibles d'un contentieux d'investissement, une réalité qui a donné naissance au terme anglais de « *regulatory chill* »⁴³⁵. Pour certains cette situation est jugée inacceptable du point de vue de la souveraineté des États. En tout état de cause, elle est vue comme extrêmement dommageable pour les populations qui ne bénéficient pas des réformes jugées nécessaires, le gouvernement se trouvant bloqué par des contrats qui s'étendent fréquemment sur des décennies et intégrant des clauses de stabilisation, pour certains hérités de la (dé)colonisation et qui parfois en ont reproduit les (des)équilibres. Il est ainsi évoqué l'ironie d'une telle situation alors que les IDE sont encouragés afin de servir le développement de ces États.

Les critiques que subit aujourd'hui le *Système de résolution des différends entre État hôte et investisseur étranger* sont en conséquence acerbes et elles ne s'attachent pas qu'à des débats de technique juridique. La remise en question du *Système* provient des États en développement, mais également des membres de la société civile ou des organisations défendant leurs intérêts, et globalement l'arbitrage d'investissement a très mauvaise presse. On a ainsi pu lire que les tribunaux arbitraux « *détrousseraient les États* »⁴³⁶, ce qui permettrait de comprendre que « *certains États aux ressources faibles cherchent à tout prix des compromis,*

⁴³⁴ En Afrique voir le *Fairness Arbitration Summit* tenu à Nairobi, ou encore l'intitulé du premier colloque ICCA à s'être déroulé en Afrique en mai 2016 : « *International Arbitration and the Rule of Law : Contribution and Conformity* » au cours duquel s'est posée la question de l'éloignement aujourd'hui de l'arbitrage international et notamment d'investissement du « sens de la Justice ».

⁴³⁵ Voir par exemple : JANEBA, Eckhard, *Regulatory Chill and the Effect of Investor State Dispute Settlements*, Juillet 2019, CESifo Working Paper Series No. 6188, Disponible à SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2887952>

⁴³⁶ Selon le titre d'un article de Benoît Breville et Martine Bulard dans *Le Monde diplomatique* en date de juin 2014, accessible à l'URL : <https://www.monde-diplomatique.fr/2014/06/BREVILLE/50487>

quitte à renoncer à leurs ambitions sociales ou environnementales ». Pour les auteurs « [n]on seulement un tel système profite aux plus riches, mais de jugements en règlements amiables, il fait évoluer la jurisprudence et donc le système judiciaire international hors de tout contrôle démocratique, dans un univers régenté par l'« industrie de l'injustice ». Dans *The Economist* en 2014 on pouvait également lire : « [i]f you wanted to convince the public that international trade agreements are a way to let multinational companies get rich at the expense of ordinary people, this is what you would do : give foreign firms a special right to apply to a secretive tribunal of highly paid corporate lawyers for compensation whenever a government passes a law to, say, discourage smoking, protect the environment or prevent a nuclear catastrophe »⁴³⁷. Enfin, Madame la commissaire européenne au Commerce Malmström aurait même qualifié le système, en évoquant son abréviation anglaise « ISDS », de « *most toxic acronym in Europe* »⁴³⁸.

Il nous semble que l'origine de ces critiques est de deux ordres. D'une part le *Système* est vu comme **illégitime**, d'autre part il est vu comme **inefficace** ; et ce à deux échelles : celle processuelle de la résolution du litige et celle plus large du *Système* dans son entier et des objectifs qu'il doit servir. Et parce que le *Système* est jugé illégitime il est inefficace, et parce qu'il est jugé inefficace il est illégitime. Ces dernières tournures peuvent sembler relever d'un effet de style mais elles recouvrent des réalités différentes : dans un cas c'est l'efficacité du *Système* qui prime, dans l'autre ce sont des aspects tels que l'équité qui en sont l'essence quitte à ce que son efficacité pratique soit moindre.

Ainsi, le *Système de résolution des conflits d'investissement* est aujourd'hui en partie remis en question car il n'a pas produit les effets escomptés, et qu'il en a produits des inattendus qui s'avèrent non seulement non-souhaités mais *non-souhaitables* pour certains acteurs du *Système*. Au regard des développements de la première partie, on comprend notamment que l'unilatéralisme du processus de création du *Système*, stratégie développée par le Banque afin d'éviter des débats multilatéraux susceptibles de bloquer sa mise en place, n'a fait que renforcer ce problème car elle a produit un écart entre les attentes des acteurs et les effets réels du *Système*⁴³⁹. Ainsi que Taylor St John le résume : « (...) *many of the main contours of*

⁴³⁷ Cité par Taylor St JOHN, *The Rise...*, op.cit., p.4.

⁴³⁸ La Commissaire Cecilia Malmström aurait prononcé ces mots en 2015 à Washington DC, puis devant le Parlement européen en 2015, cité par St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit., p.3

⁴³⁹ Sur les sources des conflits que sont nos évaluations erronées et nos attentes insatisfaites voir SAMBETH GLASNER, Birgit, LACK, Jeremy, *La créativité dans la prévention et la résolution des conflits*, 2008, présentation PPT accessible à l'URL : <https://fddocuments.fr/reader/full/la-creativite-dans-la-prevention-et-la-resolutuion-des-conflits-me-b-sambeth-glasner-me-j-lack>

contemporary investor–state arbitration, including a large treaty-based caseload, would not surprise officials that were heavily involved in the 1960s. Yet, due to the absence of intergovernmental deliberation and then the decentralized manner in which investor–state arbitration spread, expectations were not widely shared ». ⁴⁴⁰ C'est une des raisons de la crise de légitimité que le *Système* rencontre aujourd'hui. Pour certains, selon si l'on met l'accent sur l'efficacité du *Système* davantage que sur son équité, un mode de pensée assez dominant, cet écart aurait pu être acceptable si le *Système* avait produit des effets positifs pour tous, ce qui n'est pas le cas. Ainsi que le résume Marwa Farag au sujet de l'arbitrage conventionnel : « [t]he regime is under attack because the expected benefits of international investment agreements have not materialized as clearly as have the massive claims and subsequent awards against States » ⁴⁴¹. Pour d'autres, plus profondément que son efficacité pratique, le *Système* doit être réformé car il n'a pas permis d'atteindre l'idéal de justice et d'éviction de la force, de coopération et d'équilibre relationnel souhaité. Cela conduit donc à une remise en question quasi globale du *Système*.

En résumé le pari fait par les fonctionnaires de la Banque : contourner « *the hard political work of reaching agreement on the laws* » ⁴⁴² au bénéfice du climat des affaires, cela afin de permettre le développement des flux d'investissement privés, et *in fine* le financement du développement des États les plus défavorisés, n'a pas porté ses fruits. Mais on comprend que cette stratégie ait été vue comme celle du pragmatisme et de la nécessité dans un contexte d'insurmontables oppositions des États. Or ce contexte n'est peut-être plus tout à fait le même aujourd'hui. Notre analyse est que le *paradigme juridictionnel* n'était que les prémices, ou le stade préalable, d'un mouvement plus large qui se produit notamment depuis la fin du XIX^{ème} siècle et particulièrement depuis les deux conflits mondiaux, à mesure que le monde se complexifie et que les acteurs prennent conscience de leur interdépendance.

Ce mouvement est celui de l'évolution des modes de pensée, et des processus et comportements qui en découlent, vers une authentique coopération. Or, quand on garde à

⁴⁴⁰ St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit. p.184.

⁴⁴¹ FARAG, Marwa « [Arbitration Reform Efforts: Are Reformers Wasting a 'Once-in-a-Lifetime' Opportunity?](#) », Kluwer Arbitration Blog, du 4 juin 2021

⁴⁴² ALVAREZ, José Enriquè op. cit. p.26 et René-Jean DUPUY, *Le droit international*, Presse Universitaires de France, 1990, 128p.: « (...) dans une société internationale en pleine crise de croissance, les différends majeurs concernent non l'application de la règle mais la règle elle-même : alors s'opposent les conceptions politiques qui commandent la définition de celle-ci ».

l'esprit l'importance de la dimension humaine qui a été mise à jour, il est possible d'imaginer que cette bascule puisse porter la potentialité d'un changement de paradigme vis-à-vis des relations des acteurs de l'investissement, et par extension de leur gestion de leurs inévitables conflits ainsi que de sa matérialisation dans le *Système de résolution des différends entre État hôte et investisseur étranger*.

Partie 2. La transformation du *Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger* : le paradigme consensuel

Dans cette seconde partie de la thèse, nous explorons l'émergence d'un nouveau paradigme face à la complexification du monde (Titre 1), le **paradigme consensuel**, c'est-à-dire un modèle basé sur l'idée d'une résolution de conflit centrée sur la recherche de solutions négociées et consensuelles entre les parties impliquées. Dans ce paradigme, les parties sont encouragées à collaborer, à communiquer et à trouver un terrain d'entente mutuellement satisfaisant. L'objectif est de favoriser la participation active des parties, de reconnaître et de prendre en compte leurs intérêts et leurs préoccupations, et de promouvoir des solutions créatives et durables. Pour cela nous nous appuyons sur une théorie historique en sciences des organisations selon laquelle les modes d'organisations des hommes évolueraient par poussées successives afin de faire face à la complexité de leur environnement. Cette théorie nous fournit un cadre explicatif et heuristique pour comprendre l'actuel *Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger*, un cadre complémentaire de la démarche historique menée au cours de la première partie de cette thèse.

Par ailleurs, puisque la complexité semble exercer une influence déterminante sur le *Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger*, il convient également d'aller puiser dans le champ des sciences de la complexité, et particulièrement dans la théorie des systèmes adaptatifs complexes et des *wicked problems* afin de comprendre l'impact de cette complexité sur le fonctionnement du *Système*. C'est particulièrement ce que ces théories peuvent nous apprendre de la dynamique du *Système*, et donc sa capacité à changer et à évoluer qui nous intéresse étant donné le souhait de réforme avancé par de nombreux acteurs. Ainsi, analyser le *Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger* à l'aune des théories de la complexité nous fournit les clés pour impulser une dynamique de transformation du *Système* (Titre 2), et notamment définir les conditions nécessaires à la mise en œuvre de ce nouveau **paradigme consensuel** comme fondement du *Système*.

Titre 1. L'émergence d'un nouveau paradigme face à la complexification du monde

Au cours de la première partie de cette thèse, une approche historique nous a permis de retracer la genèse du *Système de résolution des différends entre État hôte et investisseur étranger* et particulièrement de l'arbitrage qui est à son cœur. Il a été également relevé que dans un processus d'innovation, il est rare que la nouveauté soit totale. Que fréquemment elle est davantage le résultat d'une nouvelle application faite de l'existant, souvent pour répondre à une difficulté ou un défi. Et que c'est ce type d'innovation qui fut à l'œuvre dans l'instauration du *Système de résolution des différends entre État hôte et investisseur étranger*.

Il a en effet été noté que l'arbitrage et les autres modes de résolution des conflits, et au-delà des dénominations employées, que les ressorts à l'œuvre dans ces modes tels que la coercition, l'évitement, le dialogue et la confrontation, n'ont pas été inventés par et pour le *Système* durant les dernières décennies. De plus, il a été relevé que c'est ce constat qui a poussé des auteurs à s'interroger sur la réelle nouveauté apportée par l'arbitrage d'investissement et qui permettrait de le qualifier de « révolutionnaire ». Il doit en outre être ajouté que le droit comme régulateur social n'est pas davantage apparu au XX^{ème} siècle. Alors face à cette interrogation autour de la perception de l'arbitrage d'investissement comme d'une révolution, l'approche historique a permis de mettre à jour que ce serait l'intention -le pourquoi davantage que le comment- dans l'usage de ces outils qui représenterait la véritable innovation. Et suivant le schéma décrit, cette innovation a bien été provoquée par un problème auquel les acteurs économiques faisaient face.

Ce problème concernait le recours généralisé à la force pour résoudre les conflits, et les inévitables conséquences engendrées par ce type de résolution des conflits pour les acteurs de l'investissement, mais également à une échelle plus globale. L'analyse historique a permis de montrer qu'au-delà du cantonnement de la force, c'est un idéal très fort qui a entouré la création du *Système* et qui s'est incarné dans l'arbitrage : un idéal de paix, d'égalité et de coopération à grande échelle entre les nations. Or, l'approche historique a mis à jour les contradictions entre les valeurs au fondement du *Système*, et sa concrétisation.

En effet, le *Système de résolution des différends d'investissement* tel que conçu par la Banque mondiale a résulté d'un processus qui n'avait que les apparences du multilatéralisme, sans réelle coopération des divers acteurs du système. Une réalité qui fonde une partie des critiques actuelles sur sa légitimité, puisque certaines des conséquences d'une telle démarche sont le manque d'implication des acteurs, ainsi qu'un écart entre leurs attentes, leurs besoins et les effets réels du mécanisme. Outre le processus, le paradigme au cœur de sa conception desservait les idées qui avaient présidé à sa création. En effet, afin de donner vie à cet idéal de coopération et de paix les *designers* institutionnels de ce *Système* ont choisi le droit comme instrument, soutenu par une résolution des conflits litigieuse au travers d'un processus juridictionnel. Ce que nous avons nommé « le **paradigme juridictionnel** ». Or, un tel *Système*, pour être légitime, doit remporter l'adhésion de ses acteurs sur lesdites règles, que ce soit sur le fond même de la norme ou sur sa source. Pourtant, et cela est peut-être plus gênant encore que le processus utilisé, l'approche historique a révélé que cette condition n'était pas remplie dans le cas du *Système de résolution des différends d'investissement*, bien au contraire. Cela expliquait sa perception comme un système injuste, et ainsi incapable de donner vie à l'idéal de coopération recherché.

À ce stade, l'identification des sources de la crise actuelle du *Système* pose les bases indispensables à un changement réel, et des éléments de réponse peuvent commencer à affleurer. Mais, si les difficultés identifiées sont les conséquences d'un mode de pensée, d'un paradigme, ne faut-il pas en sortir afin d'en trouver les réponses ? Ainsi qu'Albert Einstein l'affirmait : « *On ne peut résoudre un problème avec le même mode de pensée que celui qui a généré le problème* ». Mais comment sortir du **paradigme juridictionnel** et la **logique adversariale** ? Quelles méthodes, quels outils et quelles postures adopter ? Il nous semble que les sciences organisationnelles, et tout particulièrement l'analyse des stades de pensée de l'humanité de Frédéric Laloux, sont susceptibles d'apporter un éclairage intéressant. Elles nous fournissent en effet une grille de lecture que nous pouvons superposer à nos premières clés de compréhension. Cela nous permet ainsi de tirer des conclusions sur la construction et l'évolution du *Système de résolution des différends d'investissement* à l'aune de théories en sciences des organisations (Chapitre 1).

Ainsi, à la lumière de cette analyse, on comprend que le choix de privilégier le droit pour résoudre les conflits, fruit d'une idéologie novatrice, le **paradigme juridictionnel**, était révélateur d'un changement de mode de pensée dans le monde occidental. Il nous semble en

effet que le *Système de résolution des différends d'investissement*, avec en son cœur le système CIRDI, aurait été le produit d'un nouveau stade organisationnel et de son mode de pensée qui tendait vers une forme d'universalisme et un idéal égalitariste. Un stade que l'auteur appelle « le paradigme Pluraliste-Vert ». Il nous semble encore que le *Système de résolution des différends d'investissement*, comme produit de ce mode de pensée, a échoué à mettre en œuvre les principes même qu'il défendait, faisant face aux limites et contradictions intrinsèques à son modèle. Il nous semble finalement que face à ces difficultés et aux dysfonctionnements du *Système*, loin d'avoir disparu, ce mode de pensée continue de progresser menant le *Système de résolution des différends d'investissement* vers un nouveau paradigme : le **paradigme consensuel**.

Cette progression serait le résultat de la complexification croissante du monde du fait de sa globalisation. Il a été évoqué dans le chapitre introductif de la présente thèse les phénomènes de mondialisation à l'œuvre depuis deux siècles et la construction du système de l'investissement international. Il s'en est suivie une multiplication des acteurs des investissements et de leur interdépendance, faisant de ce système un système décentralisé dont la dynamique est d'une très grande complexité. Les théoriciens de la complexité nous parlent de ce type de systèmes comme des **systèmes sociaux adaptatifs complexes**. Ces auteurs nous apprennent notamment que ces systèmes tendent à produire des problématiques appelées des *wicked problems* présentant des caractéristiques similaires au système dans lequel elles s'inscrivent. En conséquence, aborder notre sujet à l'aune des théories de la complexité, nous permet de comprendre que le *Système de résolutions des différends d'investissement* est une tentative de réponse à un *wicked problem* qu'est la résolution d'un conflit d'investissement, émanation d'un projet d'investissement dont la complexité est le reflet de celle du système des investissements. Ces deux systèmes, celui des investissements et celui entourant un projet d'investissement, étant des systèmes sociaux adaptatifs complexes (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le *Système de résolution des différends d'investissement* à l'aune d'une théorie historique en sciences des organisations

Il semble évident que la question des modes de résolution des conflits dans les projets d'investissement, des modes plus ou moins collaboratifs et institutionnalisés, est en lien avec le domaine de l'étude des modes d'organisation des Hommes. Notamment car leur capacité à s'organiser et coopérer dépend en partie de leur aptitude à prévenir, à gérer et à résoudre les inévitables conflits qui émergent de leurs relations. C'est pourquoi les liens entre sciences de gestion (en anglais *management*) des organisations privées et publiques et notre sujet d'étude semblent aisément faits. Un exemple de cette application se situe dans le champ du *Dispute System Design* appliqué aux entreprises et institutions publiques qui vise la conception de mécanismes de prévention et de *management* des conflits intégrés à ces organisations. Et en ce sens, une étude récente en sciences des organisations paraît intéressante. Il s'agit de la recherche réalisée par Frédéric Laloux⁴⁴³ sur l'émergence de nouveaux modes organisationnels.

Frédéric Laloux est un ancien partenaire associé du cabinet de conseil McKinsey, et s'inscrit dans un mouvement d'auteurs américains qui ont travaillé sur des théories de stades de développement des individus et des organisations constitué de Clare Grave⁴⁴⁴, Don E. Beck, Christopher C. Cowan⁴⁴⁵ et Ken Wilber⁴⁴⁶. Frédéric Laloux s'appuie particulièrement sur la théorie des stades de développement proposée par ce dernier auteur. Une théorie basée sur des concepts en anthropologie et une partie de la littérature dite « psycho-historique » ; des références critiquées par certains comme dépassées. Et en effet, la démarche proposée par Frédéric Laloux subit des critiques tranchées. Pour certains observateurs, elle s'inscrirait dans

⁴⁴³ LALOUX, Frédéric, *Reinventing organizations- A guide to Creating Organizations Inspired by the Next Stage of Human Consciousness*, Ed. Française de 2015, Ed. Diatino, 484 p.

⁴⁴⁴ Cet auteur a créé un modèle de développement par stades, qu'il a dénommé « *Levels of Existence* » :

GRAVE, Clare, *Levels of Existence: An Open System Theory of Values*, *Journal of Humanistic Psychology*, 1970

⁴⁴⁵ Don E. BECK et Christopher C. COWAN ont par la suite popularisé le modèle de Clare Grave, dans un ouvrage intitulé *Spiral Dynamics: Mastering Values, Leadership and Change*, publié en 1996.

⁴⁴⁶ Ce modèle fut ensuite repris par Ken WILBER en partenariat avec Don. E. Beck, dans un nouveau concept : *Spiral Dynamic Integral*, repris dans deux ouvrages de Ken WILBER : *A Theory of Everything* et *Integral Psychology*, tous deux publiés en 2000.

des courants « *new-age* » dépourvus de tout fondement scientifique⁴⁴⁷. À l'inverse pour d'autres, le travail de Frédéric Laloux serait d'excellence et révolutionnaire⁴⁴⁸ : « *Ses recherches sur les modèles organisationnels émergents ont été décrites comme un « saut dans la pensée du management » par certains des spécialistes les plus respectés* »⁴⁴⁹. Généralement, au-delà des critiques formulées, qu'elles soient positives ou négatives, on constate un fort engouement autour des travaux de Frédéric Laloux. Parfois à la limite d'une adoption dogmatique au sein du public des praticiens et de la communauté des affaires, qui qualifie son travail d'une des « *Bibles des livres de management sur les entreprises libérées* »⁴⁵⁰. Dans le cadre de notre sujet d'étude, l'analyse de Frédéric Laloux nous paraît intéressante, à condition cependant d'en connaître les limites.

Tout d'abord, la première partie de cette thèse a révélé qu'un certain nombre de difficultés que le *Système* connaît aujourd'hui, vient du fait qu'il a été organisé sur la base du **paradigme juridictionnel**. C'est-à-dire en utilisant quasi exclusivement le droit comme outil garantissant la collaboration des acteurs, ce qui favorise de fait une collaboration sous contrainte, plutôt qu'une collaboration spontanée. Aussi, il nous semble opportun de faire un pas de côté vis-à-vis des sciences juridiques. Et nous appuyer sur des théories du *management*, qui se définit comme la science de l'administration d'un système, paraît approprié⁴⁵¹. D'autant plus que notre sujet d'étude concerne la coopération des acteurs du système de l'investissement dans leur capacité à résoudre leurs conflits.

⁴⁴⁷ Voir particulièrement : HASSAN, Zaid , *Is Teal The New Black? Probably Not*, 2015, disponible à l'URL : <https://social-labs.org/is-teal-the-new-black/>

⁴⁴⁸ « *Overall, this is an excellent work, really a seminal work, on new-paradigm organizations. This book certainly qualifies for the Journal of Social Change's definition of social change (...) This book clearly articulates a new paradigm of organization that is emerging on the planet right now, and this new paradigm offers hope that we can create organizations that honor the human spirit at work* » selon David K. Banner dans son article *Book Review: Reinventing Organizations: A Guide to Creating Organizations Inspired by the Next Stage in Human Consciousness by Frederic Laloux*, *Journal of Social Change*, Volume 8, Issue 1, Pages 73–77, Walden University, School of management, 2016

⁴⁴⁹ Voir en ce sens la note de lecture de Danièle BRETONÈS, professeur de *management* à l'ESCEM : BRETONÈS, Daniel, *Notes de lecture, Vie & sciences de l'entreprise*, 2015/2 (N° 200), p. 148-155. DOI : 10.3917/vse.200.0148. Disponible à l'URL : <https://www.cairn.info/revue-vie-et-sciences-de-l-entreprise-2015-2-page-148.htm>

⁴⁵⁰ Voir un article du Monde : L'autogouvernance : un modèle de société ? du 26 mars 2017 disponible à l'URL : <https://www.lemonde.fr/blog/internetactu/2017/03/26/lautogouvernance-un-modele-de-societe/>

⁴⁵¹ Pour des travaux sur la théorie de la complexité et ses implications pour la gestion des organisations voir par exemple : MACINTOSH, Robert, MACLEAN, Donald, STACEY, Ralph, GRIFFIN, Douglas, *Complexity and Organization, Readings and Conversations*, Routledge, 312 p. ; et EOYANG, Glenda H., HOLLADAY, Royce J., *Adaptive Action, Leveraging Uncertainty in Your Organization*, Stanford University Press, 2013, 264 p.

Par ailleurs, la méthode choisie par l'auteur, historique et interdisciplinaire, nous semble pouvoir apporter à notre réflexion puisque nous avons opté pour une approche similaire dans notre travail. Particulièrement, le travail de Frédéric Laloux bien que sujet à la critique selon des critères académiques, fournit une base explicative et heuristique utile à nos travaux ; à l'image de ce que les ouvrages de William Ury, Roger Fisher et Bruce Patton peuvent apporter aux travaux en matière de négociation, dans les liens faits, par exemple de concepts issus de la psychologie, de l'économie et de la théorie des jeux, à des problèmes concrets de négociation et de résolution de conflits. Il convient également de préciser que l'échelle de temps adoptée par Frédéric Laloux excède largement celle que nous avons retenue. En effet cet auteur réalise une méta-analyse des travaux dans de nombreuses disciplines⁴⁵² sur le sujet de l'Histoire de l'humanité et de son évolution d'une forme de conscience primitive à la conscience moderne dans toute sa complexité. L'auteur nous explique ainsi que :

« [T]out au long de cette histoire, nous avons inventé des types d'organisations en fonction de **la vision du monde et du niveau de conscience dominants**. (...) Tous [les] travaux montrent que l'humanité évolue par étapes. Nous ne sommes pas comme les arbres, dont la croissance est continue. Nous évoluons par transformations soudaines, comme la chenille qui devient papillon, ou comme le têtard qui devient grenouille. (...) Chaque basculement vers un nouveau stade de conscience a ouvert la porte à une étape totalement nouvelle de l'histoire humaine, dans tous les domaines : dans la société (des hordes familiales aux tribus puis aux empires et aux États nations), dans l'économie (de la cueillette à l'horticulture, à l'agriculture et à l'industrialisation), dans les structures de pouvoir et dans le rôle de la religion (...) [et] à chaque nouvelle étape de la conscience a correspondu une avancée radicale de notre capacité à travailler les uns avec les autres, qui a donné naissance à un nouveau modèle d'organisation »⁴⁵³.

Frédéric Laloux recourt à des mots clés pour décrire les caractéristiques principales des stades de développement, et à des couleurs pour codifier les paradigmes organisationnels associés : Réactif-Infra-Rouge, Magique-Rouge, Impulsif-Ambre, de la Réussite-Orange, Pluraliste-Vert et finalement Évolutif-Opale. Pour l'auteur, l'analyse des diverses étapes de l'Histoire de l'humanité et de l'évolution de ses modes de pensée, permet de conclure qu'un nouveau stade de conscience est en train d'émerger (le stade Évolutif-Opale).

⁴⁵² En Histoire, anthropologie, philosophie, mystique, psychologie et neurosciences.

⁴⁵³ LALOUX. Frédéric, *Reinventing...*, op. cit. p. 36-37.

Or, il nous semble que le droit, en tant que produit social de gestion des relations et des conflits, et plus particulièrement le système juridictionnel de résolution des conflits d'investissement pensé par la Banque mondiale afin d'établir les conditions d'une coopération économique entre les acteurs de l'investissement, trouvent nécessairement leur place dans cette frise historique. On constate que la perspective qui intéresse l'auteur est extrêmement large : les stades de pensée retenus seraient ceux de l'humanité et se traduiraient dans des formes organisationnelles à un niveau « macro » c'est-à-dire sociétal et à un niveau « micro », au sein des organisations publiques et privées. Si notre sujet d'étude est plus restreint puisqu'il vise les relations des acteurs de l'investissement international, nous optons cependant pour une approche systémique à plusieurs échelles. D'abord celle du *Système global des conflits d'investissement*, celle de l'État d'accueil en tant qu'organisation publique, celle de l'investisseur comme organisation transnationale, et enfin celle des projets d'investissement réunissant ces parties prenantes ainsi que d'autres acteurs⁴⁵⁴ telles que les communautés locales. Or, une grande partie du travail de Frédéric Laloux consiste à observer les nouveaux modes organisationnels qui s'appuient sur la dynamique systémique des organisations pour leur gouvernance. Il s'agit des organisations fonctionnant prioritairement selon le stade Évolutif-Opale qui sont comparées à des écosystèmes. Alors, ici encore, cette approche peut nous offrir des pistes intéressantes et transposables à notre sujet.

Ainsi après avoir exposé les divers stades de développement et les paradigmes organisationnels qui leurs sont associés par Frédéric Laloux (Section 1), nous pourrions transposer ces concepts au *Système de résolution des différends d'investissement* (section 2).

Section 1. Les stades de développement et les paradigmes organisationnels associés

⁴⁵⁴ La Société Financière Internationale (IFC) les définit ainsi : « *Les parties prenantes sont des personnes ou des groupes qui sont directement ou indirectement affectés par un projet ainsi que ceux ayant des intérêts dans un projet et/ou la capacité d'influencer sur ses résultats, que ce soit positivement ou négativement. Les parties prenantes peuvent comprendre les communautés ou les individus localement affectés ainsi que leurs représentants officiels et non officiels, les autorités gouvernementales locales ou nationales, les politiciens, les responsables religieux, des groupes et organisations de la société civile avec leurs intérêts spéciaux, le monde de l'enseignement ou d'autres entreprises. (...) Il existe aussi des parties prenantes qui, en raison de leur stature ou de leurs connaissances, peuvent contribuer positivement au projet, en agissant par exemple en tant qu'intermédiaire impartial dans la médiation des relations.* », IFC, *Dialogue avec les Parties Prenantes : Le Manuel des bonnes pratiques pour les entreprises réalisant des affaires sur les marchés en développement*, mai 2007, accessible à l'URL : https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/1e7c35df-4828-4e49-bd9b-6a80063232bb/IFC_StakeholderEngagement_French.pdf?MOD=AJPERES&CVID=jqeEXQE Pour d'autres auteurs il est important de distinguer les « parties prenantes » qui seraient celles ayant pris sur le système étudié, des « acteurs » qui s'appliqueraient plus largement à toutes les personnes impliquées directement ou indirectement.

Pour rendre son analyse plus intelligible, l'auteur recourt à des mots clés pour décrire les caractéristiques principales des stades de développement, et à des couleurs pour codifier les paradigmes organisationnels associés. Dans un premier temps nous reprendrons les descriptions que l'auteur fait des divers stades, depuis le stade Réactif jusqu'au stade Pluraliste (A) avant de nous attarder sur les limites de ce dernier stade dit Pluraliste et de son paradigme organisationnel Vert (B).

A) Du stade Réactif au stade Pluraliste

Dans la chronologie faite par Frédéric Laloux, il convient de distinguer différents stades de développement : Réactif, Magique, Impulsif, Conformiste, de la Réussite, et finalement Pluraliste. Et ces différents stades se partagent entre stades pré-organisationnels, et stades organisationnels, à compter du moment où dans l'Histoire les Hommes ont commencé à s'organiser.

1- Le stade Réactif et le stade Magique : les stades pré-organisationnels

Le premier stade décrit par Frédéric Laloux est celui dit **Réactif** et son paradigme organisationnel, le **Paradigme InfraRouge**. Ce stade correspond à l'époque qui s'étend de 100 000 à 50 000 ans avant notre ère. Socialement, les Hommes s'organisent alors en petits groupes familiaux « [qui] *ne dépassent pas une dizaine de membres. Au-delà, la cohésion se désintègre car la capacité à gérer des relations complexes est encore très limitée à ce stade (...), la violence y est omniprésente (...)* ». A ce stade, d'un point de vue psychologique et cognitif, l'ego des individus n'est pas développé et ils ne se perçoivent pas comme des entités indépendantes et séparées du groupe. En outre, « (...) *il n'y a pas de hiérarchie au sein du groupe, pas d'ancien ni de chef pour diriger l'ensemble* »⁴⁵⁵.

Le stade suivant est le stade dit **Magique** et son **Paradigme Magenta**. Dans ce stade qui commence aux environs de 50 000 ans avant notre ère « (...) *on passe de petits groupes familiaux à des tribus qui peuvent compter jusqu'à plusieurs centaines de membres. D'un point de vue psychologique et cognitif, il s'agit d'une avancée majeure dans la capacité à gérer la complexité. (...) Faute d'une vraie compréhension de la relation de causalité, on croit que*

⁴⁵⁵ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 39 [mis en gras par nos soins]

l'univers est rempli d'esprits et de magie (...) la violence et le meurtre restent très présents »⁴⁵⁶.

2- A partir du Stade Impulsif l'humanité s'organise

10 000 ans avant notre ère, nous serions passés au stade **Impulsif** et à son **Paradigme organisationnel Rouge**. À ce stade « *l'ego est totalement développé et l'être humain a une conscience de soi distincte des autres et du monde. Cette prise de conscience est de prime abord effrayante (...) Si je ne suis qu'une petite partie séparée d'un tout, je peux souffrir ou mourir. Le monde apparaît comme un endroit dangereux où la satisfaction des besoins de l'individu [et donc tout conflit d'intérêt] dépend de sa force et de sa résistance. (...) Il n'y a pas de véritable empathie pour les sentiments d'autrui. Le présent domine l'orientation temporelle – je veux ça et je le veux tout de suite- mais la nature Impulsive à ce stade peut également se projeter vers un futur proche et échafauder des stratégies de puissance, de manipulation ou de soumission pour y gagner des avantages »⁴⁵⁷.*

Ce stade serait celui des premières chefferies et proto-empires, et des premières formes d'organisations. En effet la différenciation de l'ego permet de créer des rôles et des hiérarchies, et avec elle une division du travail : c'est l'apparition de l'esclavage à grande échelle. Frédéric Laloux fait remarquer que selon de nombreux chercheurs, le fonctionnement Impulsif-Rouge est encore présent de nos jours dans des contextes hostiles : « *zones de combat, guerres civiles, États en déliquescence, prisons ou quartiers très défavorisés »⁴⁵⁸, et en termes de formes d'organisations, les gangs de rue et les mafias seraient la forme contemporaine des organisations du stade Rouge.*

Dans ces organisations la violence est au cœur du mode de fonctionnement, et si pour l'auteur il est évident que les gangs et mafias ont recours aux outils offerts par la modernité, du point de vue de leur structure et mode de fonctionnement, ils restent modelés sur le paradigme Impulsif Rouge : « *[l]eur ciment est l'exercice sans relâche du pouvoir au sein de relations interpersonnelles »*. Elles sont comparables à une meute de loups, dont le mâle alpha doit faire montre de sa force afin de préserver son statut dès qu'un jeune mâle tente de prendre sa place au sommet de la hiérarchie. Ainsi « (...) seules la peur et la soumission empêchent

⁴⁵⁶ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 39 [mis en gras par nos soins]

⁴⁵⁷ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 40. [Mis en gras par nos soins]

⁴⁵⁸ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 41.

l'organisation de se désintégrer »⁴⁵⁹. Ici donc pas de règles sauf celle du plus fort selon la « loi de la jungle » ainsi qu'il est coutume de l'exprimer dans le langage commun.

Suit le **Stade Conformiste** et son **paradigme Ambre** qui serait aujourd'hui le stade « *d'une grande partie de la population adultes des sociétés développées* », ainsi que des administrations, de l'armée ou encore de l'école publique. La révolution cognitive de ce stade serait l'acquisition de la relation de causalité ainsi que le concept de temps linéaire (passé, présent et futur), qui permettent notamment la mise en place de processus suivant la capacité de planifier à moyen et long terme : ce qui a été fait hier peut-être reproduit aujourd'hui et le sera demain. Grâce à cela l'agriculture émerge et avec elle « *un surplus de calories [qui permet] de nourrir une classe de dirigeants, d'administrateurs, de prêtres, de guerriers et d'artisans, et c'est ce qui a entraîné, en Mésopotamie, à partir de 4000 ans avant notre ère, le passage des chefferies aux États et aux civilisations* »⁴⁶⁰.

L'autre révolution cognitive à ce stade est une conscience plus profonde des sentiments et des perceptions d'autrui. Ce serait une avancée considérable car elle permet de « *m'identifier à mon point de vue et à mon rôle et voir qu'ils sont différents de ceux des autres. Je peux aussi m'imaginer comment les autres me voient. Mon ego et le sentiment de ma valeur sont maintenant largement fonction de l'opinion d'autrui. Je vais chercher à gagner l'approbation de mon cercle social, à m'en faire accepter et à m'y intégrer. À ce stade, on internalise les règles du groupe et la pensée est dominée par la question de savoir si l'on a un aspect, un comportement et des pensées comme il faut. Le dualisme Rouge n'a pas disparu mais le couple individuel « ce que je veux/ce que tu veux » est remplacé par le couple collectif « nous/eux ». L'égoïsme Rouge a cédé la place à l'ethnocentrisme Ambre* »⁴⁶¹. L'auteur cite alors Ken Wilber qui formule cet ethnocentrisme ainsi : « *J'étends au groupe, mais pas au-delà, le cercle de ma bienveillance et de mes préoccupations. Si vous êtes membre du groupe – de ma mythologie, de mon idéologie- vous êtes « sauvé » vous aussi. Mais si vous appartenez à une culture, à un groupe, à une mythologie ou à un dieu différents, alors vous êtes damné* »⁴⁶². Une conséquence d'un tel mode de pensée est que les organisations Ambres visent le monopole, l'autarcie et l'autonomie, dans une forme de rejet du monde extérieur et de l'autre.

⁴⁵⁹ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 42.

⁴⁶⁰ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 43.

⁴⁶¹ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 43

⁴⁶² WILBERT, Ken, *A Brief History of Everything*, Boston: Shambhala Publications, 1996, 273p., Edition francophone : *Une brève histoire de tout*, Boucherville, Mortagne, 1997.

En outre, ce stade est dit « conformiste » car c'est le moment de la création d'un corps de règle et de normes sociales⁴⁶³ auxquelles il est impératif de se conformer car, dans les sociétés Ambre, il n'existe qu'une seule bonne manière de faire ou de voir les choses : « *la vision du monde est statique : il existe des lois immuables qui fondent la justice dans un monde où les choses sont ou bien, ou mal. Si vous faites ce qui est bien, vous serez récompensé, dans cette vie ou dans la suivante. Mais si vous faites ou dites ce qui est mal, vous serez puni ou même exclu du groupe, et vous risquez de souffrir dans l'au-delà* »⁴⁶⁴. C'est également le moment de la création d'une stratification sociale stricte qui se fait en parallèle de celle des organisations.

L'auteur explique que tout changement de paradigme est tout à la fois libérateur et insécurisant. Et c'est en effet le cas à partir de ce stade où l'humanité a conscience d'elle-même, de sa finitude et du fait que son environnement est régi par des règles strictes que sont la causalité et le temps linéaire. Face à cela, ce sont l'ordre, la stabilité et la prévisibilité qui sont recherchés par les individus. Ils créent des institutions, des administrations et avec elles des rôles, des hiérarchies et des identités strictement définis par des classes, des castes, des genres, qui déterminent l'ensemble de la vie de l'individu et dont il ne peut changer. Un tel système apporte ordre et stabilité, ce qui est une avancée certaine comparé au stade Rouge et sa violence permanente, et en ce sens ce stade en dépit de sa rigidité est libérateur. Il permet également l'émergence d'organisations stables et capables de se développer. C'est le début des organisations globales, de l'Église catholique à la compagnie des Indes orientales, et des réalisations sans précédent tels que les systèmes d'irrigation, les Pyramides, la Grande Muraille de Chine, les cathédrales ou encore la colonisation et les comptoirs coloniaux installés à des milliers de kilomètres. Toutefois, le pendant de ce stade et son paradigme Ambre est évidemment sa rigidité déjà évoquée, ainsi que son incapacité au changement et les fortes inégalités qu'il produit.

Vient ensuite dans la classification de l'auteur, le **Stade de la Réussite** et le **Paradigme organisationnel Orange**. Il serait apparu en Occident au moment de la Renaissance, avec une toute petite minorité de savants et d'artistes, et se serait répandu avec les Lumières et la

⁴⁶³ L'Histoire du droit nous parle ainsi du code d'Ur-Nammu rédigé vers 2 100 av. J.-C., puis du code de Hammurabi rédigé en 2000 av. J.-C., puis du droit romain comme premier système juridique.

⁴⁶⁴ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 44.

Révolution industrielle, puis plus largement avec la Deuxième Guerre mondiale. Ce serait la vision du monde qui prévaut aujourd'hui au sein des élites des affaires et de la politique. La révolution de ce stade est que l'Homme ne perçoit plus le monde comme un « *univers intangible gouverné par des règles immuables, mais comme un mécanisme d'horlogerie complexe dont il est possible d'étudier et de comprendre les rouages internes et les lois naturelles* »⁴⁶⁵. Ce changement cognitif marque les débuts de la démarche scientifique que nous connaissons bien aujourd'hui et qui nous semble évidente : poser une hypothèse et la vérifier. Ce n'était pourtant pas le cas jusque-là où les certitudes étaient imposées par l'autorité et acceptées sans remise en question⁴⁶⁶. Cette nouvelle capacité cognitive permet de remettre l'autorité en question, ainsi que les normes du groupe et le « *statu quo hérité* » : « [Elle] *nous a permis, pour la première fois, de risquer notre vie à chercher la vérité hors du dogme religieux ou de l'autorité politique. Nous sommes devenus capables de remettre en question l'environnement dans lequel nous sommes nés et de nous en extraire. Nous pouvons nous libérer des idées et des comportements que notre sexe et notre condition sociale nous auraient autrefois imposés. En comparaison de l'égoïsme du stade Rouge et de l'ethnocentrisme du stade Ambre, le stade Orange a fait naître la possibilité d'une perspective universaliste* »⁴⁶⁷.

Le stade Orange est également l'avènement de l'innovation, de la capacité à voir des possibles qui ne sont pas encore réels mais qui pourraient le devenir. Le changement est appréhendé comme une chance, et non plus comme une menace. Les processus sont maintenant au cœur, tout comme les structures hiérarchiques pyramidales, bien que l'idée de « projets » qui se développe permet de la transcender afin toujours de favoriser la communication et l'innovation. En émerge la révolution industrielle qui amène l'humanité, avant tout dans les pays du Nord, à un niveau de prospérité sans précédent. L'espérance de vie s'allonge en même temps que recule la famine et les maladies. C'est également l'avènement de l'entrepreneuriat et avec lui un nouvel étalon du « bien » dans la prise de décision : l'efficacité remplace la morale, c'est la culture du résultat. Les émotions, le sens ou la finalité n'ont pas leur place,

⁴⁶⁵ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 49.

⁴⁶⁶ L'auteur cite avec humour un exemple de « vérité » acceptée pendant près de 2000 ans sans questionnement car elle vient d'une source d'autorité : Aristote avait affirmé dans un traité écrit 350 ans avant J.-C. que les femmes avaient moins de dents que les hommes. Il aura fallu attendre le stade Orange et la naissance de la démarche scientifique pour que cette affirmation soit remise en question. LALOUX, Frédéric, *ibid*, p.21 cite *L'histoire des animaux* d'Aristote : « *Chez l'homme, le mouton, le bouc et le porc, les mâles ont plus de dents que les femelles.* »

⁴⁶⁷ LALOUX, Frédéric, p. 51.

seuls les objectifs l'ont et les missions passent avant les relations. Dans ce paradigme « *la conception du monde est profondément matérialiste : seul ce qu'on peut voir et toucher est réel. Toute forme de spiritualité et de transcendance est suspecte, du fait de la difficulté de croire en ce qui ne peut être ni prouvé ni observé* »⁴⁶⁸.

Ce stade est aussi celui de la méritocratie. Ce stade porte le nom de celui de la Réussite car outre la prospérité apportée et la recherche d'efficacité, le mode de pensée à ce stade est que tous peuvent réussir s'ils s'en donnent du mal. Aussi « *chacun devrait être libre de poursuivre ses propres buts dans l'existence, et ce sont les meilleurs qui devraient réussir dans chaque secteur* »⁴⁶⁹. Cette réussite individuelle est vu comme le gage d'une réussite plus globale de l'entreprise et de la société en général, c'est la « main invisible » d'Adam Smith. Selon l'auteur la majorité des élites des affaires et de la politique fonctionnerait aujourd'hui selon ce mode de pensée dont l'incarnation organisationnelle seraient les grands groupes multinationaux.

Ce stade apporte ses « ombres » dont les critiques sont actuellement nombreuses : la course folle à la croissance, l'épuisement des ressources et le désastre écologique qui s'en suit. Mais aussi son matérialisme : quand « *le succès se mesure uniquement en termes d'argent et de reconnaissance (...) nous sommes voués à éprouver le sentiment d'un vide existentiel* »⁴⁷⁰, une impression de manque de sens. L'auteur nous dit ainsi que « *la crise de la quarantaine est une maladie emblématique des entreprises Orange* ». A quoi s'ajoute la cupidité, individuelle et collective, mise à jour par les nombreux scandales qui ont éclaboussés les entreprises : abus de position dominante, rémunérations excessivement élevées des dirigeants et leurs « parachutes dorés », fraudes fiscales, corruptions des autorités de régulation etc.

Le stade Pluraliste et son **Paradigme Vert** vient alors prendre le contre-pied du paradigme Orange et des inégalités qu'ils ont créé, et ce dès la fin du XVIIIème siècle. Ce nouveau stade est porteur d'une perspective universaliste : « *[l]e stade pluraliste Vert est très sensible à ce que les gens ressentent. Il soutient que tous les points de vue méritent un égal respect. Il veut la justice, l'égalité, l'harmonie, la communauté, la coopération et le consensus* »⁴⁷¹. A ce

⁴⁶⁸ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 52.

⁴⁶⁹ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 51.

⁴⁷⁰ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 57.

⁴⁷¹ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 58.

titre, tout ce qui est vu comme oppressant les individus doit être supprimé : les castes et les classes sociales, le patriarcat et les religions instituées etc. Le paradigme Vert s'oppose notamment à la vision duale du Stade de la Réussite qui oppose ce qui marche à ce qui ne marche pas. Frédéric Laloux décrit : « [p]our la conception pluraliste du monde, c'est une idée encore trop simpliste. La vie ne se résume pas au succès et à l'échec. Le stade du Pluralisme a une conscience aiguë de l'ombre que le stade Orange projette sur les gens et sur la société, sous forme d'obsession matérialiste, d'inégalité sociale et de destruction du sentiment de communauté »⁴⁷². De ce mode de pensée émergent la montée du féminisme et des mouvements des femmes⁴⁷³, les mouvements qui se battent pour l'abolition de l'esclavage, ceux pour la séparation de l'Église et de l'État, pour la liberté religieuse ainsi que pour la démocratie. Au départ cette perspective n'est partagée que par une poignée d'intellectuels, une petite élite dont l'influence est pourtant majeure sur la pensée occidentale. Puis, au XXème siècle elle se répand et ne cesse d'attirer : les mouvements de la contre-culture des années 1960 et 1970 en sont une expression vive. L'auteur, nous explique encore, que si le paradigme Orange est aujourd'hui le mode de pensée dominant de la classe politique et du monde des affaires, le paradigme Vert quant à lui est très présent dans « la pensée universitaire post-moderne, dans les organisations à but non lucratif, chez les travailleurs et chez les militants associatifs. »⁴⁷⁴

B) Les organisations Vertes : avancées et limites

Le stade Pluraliste-Vert apporte avec lui différentes avancées observées aujourd'hui dans les organisations qui mettent les aspects de leur culture au cœur, telles que les entreprises Ben&Jerry's, Southwest Airlines ou encore The Container Store⁴⁷⁵. Cependant ce stade vient également avec des limites notamment dues à la recherche de consensus entre ses membres.

1- Les révolutions des organisations Vertes

Avec le stade pluraliste viennent trois avancées majeures dans les mécanismes de coopération qui s'ajoutent à celles du paradigme Orange : l'autonomisation, une culture de valeurs fortes et la prise en compte du point de vue de toutes les parties prenantes.

⁴⁷² LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 58.

⁴⁷³ Notamment par exemple avec Mary Wollstonecraft et son ouvrage « *A Vindication of the Rights of Woman* », publié en 1792.

⁴⁷⁴ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 60.

⁴⁷⁵ Voir par exemple une analyse de la culture de cette entreprise selon une certification des meilleures organisations dans lesquelles travailler du point de vue des salariés : « *Great place to work* » : <https://www.greatplacetowork.com/certified-company/1000436>

a) L'autonomisation et la décentralisation

Si les organisations Vertes conservent la hiérarchie fondée sur le mérite du stade Orange, la différence ici est que la base a le pouvoir de prendre des décisions à fort impact sans avoir à demander l'aval de la direction. Ce changement vient de l'idée que les personnes sur le terrain sont les plus à même de trouver les solutions aux difficultés qu'elles rencontrent, plutôt que les « experts » éloignés des problèmes. La clé de cette organisation dépend cependant du « *type de direction (...) des cadres supérieurs et intermédiaires. Il ne leur suffit pas de résoudre froidement les problèmes, comme au stade Orange. Il faut qu'ils soient au service et à l'écoute de leurs subordonnés, pour les autonomiser, les motiver et leur permettre de développer leur potentiel* »⁴⁷⁶. Pour réussir à obtenir une direction « *au service de* », les organisations Vertes ont mis en place des stratégies qui consistent d'une part à embaucher des candidats aux postes de direction qui ont déjà l'état d'esprit et les comportements en phase avec le mode de pensée Pluraliste (humilité, tendance naturelle à partager le pouvoir etc.). Ensuite, ces qualités et compétences sont nourries par des formations, et par une évaluation à « 360° » des équipes de direction c'est-à-dire par leurs subordonnés et non juste leurs supérieurs hiérarchiques. Finalement, dans certaines structures qui ont poussé le modèle encore plus loin, les directeurs ne sont pas nommés par la direction mais par la base.

b) Une culture des valeurs fortes

Le ciment de ces organisations décentralisées est une culture forte avec des valeurs partagées, qui donnent un sens et une direction aux membres de l'organisation. C'est l'idée que tous partagent les mêmes valeurs qui fondent la confiance dans la capacité des membres de contribuer à l'organisation et de prendre les bonnes décisions. C'est-à-dire des décisions qui vont dans le sens de la finalité poursuivie par l'organisation. Ainsi, dans les organisations Vertes, les individus sont amenés à regarder au-delà des tâches quotidiennes induites par l'activité, pour voir le sens, la grande finalité de leur travail. C'est cela qui doit permettre de les motiver, de les « animer » dans le sens d'agir, et ce dans la même direction que la finalité de l'organisation. L'auteur cite ainsi deux exemples d'entreprises Vertes qui ont une culture et des valeurs fortes : Ben & Jerry's⁴⁷⁷ qui affirme que leur métier ne se réduit pas à fabriquer des

⁴⁷⁶ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 62.

⁴⁷⁷ Sur son site, l'entreprise affirme : « *We believe that ice cream can change the world. We love making ice cream—but using our business to make the world a better place gives our work its meaning. Guided by our Core Values, we seek in all we do, at every level of our business, to advance human rights and dignity, support social and economic justice for historically marginalized communities, and protect and restore the Earth's*

glaces mais également à protéger l'environnement ; ou les salariés de la compagnie aérienne Southwest Airlines qui affirment que leur véritable métier est la « liberté »⁴⁷⁸ car ils permettent à des gens de faire des voyages qu'ils n'auraient pas pu faire autrement si la compagnie n'offrait pas des tarifs aussi bas.

Frédéric Laloux explique encore que cet aspect des organisations Vertes est parfois regardé avec sarcasme et cynisme. Cela est dû notamment au fait que des entreprises Oranges, ayant vent des résultats souvent exceptionnels⁴⁷⁹ des entreprises Vertes « *se sentent de plus en plus obligées de céder à cette mode : elles définissent un ensemble de valeurs, les affichent aux murs de l'entreprise, les publient sur leur site Web et s'empressent de les oublier dès que cela arrange le bilan* ».

c) Le point de vue de toutes les parties

Pour Frédéric Laloux, à la différence des organisations Oranges pour lesquelles une société à but lucratif doit être conduite dans l'intérêt des actionnaires, et dont les dirigeants ont pour (seule) obligation de maximiser le profit des actionnaires, une organisation Verte se conçoit comme responsable devant toutes les parties prenantes : « *la direction, les salariés, l'environnement social immédiat, la société dans son ensemble et l'environnement proprement dit* ». Dans ces organisations, « *[l]e rôle de la direction est de faire les bons compromis pour que toutes les parties prenantes soient bénéficiaires (...) Les organisations Vertes placent souvent la responsabilité sociétale au cœur de leur raison d'être, et c'est elle qui les pousse à innover pour être des entreprises davantage citoyennes (...) Pour leurs dirigeants, la prise en compte des parties prenantes risque d'entraîner des surcoût à court terme, mais elle améliorera le retour sur investissement à long terme, ce qui profitera aux investisseurs* »⁴⁸⁰. C'est une différence importante d'avec les entreprises Oranges, pour qui publier un rapport de

natural systems. In other words: we use ice cream to change the world. », voir :

<https://www.benjerry.com/values>

⁴⁷⁸ Sur son site Internet, la compagnie aérienne énonce sa raison d'être, sa vision, et sa promesse en tant qu'organisation faite à ses salariés et celle faite par les salariés à l'entreprise. La vision de entreprise est par exemple : « *Connect People to what's important in their lives through friendly, reliable, low-cost air travel.* » ou encore la promesse des salariés : « *I will demonstrate my Warrior Spirit by striving to be my best and never giving up. I will show my Servant's Heart by delivering Legendary Customer Service and treating others with respect. I will express my Fun-LUving Attitude by not taking myself too seriously and embracing my Southwest Family.* » [mis en gras par nos soins]: <https://careers.southwestair.com/culture>

⁴⁷⁹ Frédéric Laloux cite notamment la première étude importante sur le lien entre valeurs et performance, *Corporate Culture and Performance* de John KOTTER et James HESKETT, professeurs à la Harvard Business School, qui date de 1992, publiée en 1993, LALOUX, Frédéric, op. cit., p.461

⁴⁸⁰ LALOUX, Frédéric, ibid, p. 64.

Responsabilité Sociétale des Entreprises (ci-après « RSE ») n'est qu'une contrainte, une perte de temps éloignée de leur objectif premier.

2- Les contradictions et limites du paradigme Vert

Ces contradictions et limites ont deux sources. La première vient du fait qu'un nouveau stade ne supprime pas les anciens, et qu'ainsi les organisations Pluralistes-Vertes cohabitent avec celles fonctionnant prioritairement selon des paradigmes antérieurs. En ce sens, la seconde limite de ce paradigme est de chercher un consensus avec des organisations pour lesquelles la collaboration est absente ou difficile.

a) La difficile cohabitation des organisations du paradigme Vert avec les autres paradigmes

Les organisations Vertes connaissent une première limite que l'on pressent intuitivement quand on décrit le stade Pluraliste et qui réside dans son souhait de prise en compte de l'ensemble des points de vue, y compris quand ceux-ci sont issus de modes de pensée des stades antérieurs. Frédéric Laloux l'explique en ces termes : « (...) *ce stade présente d'évidentes contradictions. Il exige que tous les points de vue soient traités sur un pied d'égalité mais il se retrouve piégé quand d'autres abusent de la tolérance pour exprimer des idées intolérantes. Le comportement fraternel Vert est rarement payé de retour par l'égoïsme Rouge, par la conviction Ambre ou par le mépris pour ce qu'Orange considère comme de l'idéalisme.* »

Une parade trouvée par les organisations qui fonctionnent aujourd'hui avec succès selon le paradigme Vert est de n'intégrer que des individus ayant atteint ce stade Pluraliste, comme nous l'avons vu au sujet des modalités de recrutement des entreprises Vertes. Et d'appuyer ces dispositions avec des formations et divers mécanismes garde-fous. Car selon l'auteur en effet, les divers modèles d'organisations, les divers modes de pensée, coexistent.

Les organisations du stade Impulsif Rouge s'épanouissent dans les milieux hostiles, comme les États que l'auteur qualifie « d'en déliquescence », que nous pourrions appeler « de non-droit ». Dans les autres elles continuent d'exister à la frontière de la légalité dans des poches comme les quartiers défavorisés. Le stade Conformiste Ambre est majoritaire dans les organismes gouvernementaux, les écoles publiques, l'armée, les institutions religieuses. Celui de la Réussite Orange est clairement celui des affaires, largement répandu dans les entreprises

quelle que soit leur taille, des TPME⁴⁸¹ aux groupes cotés en bourse. Finalement, le paradigme Pluraliste-Vert est de plus en plus répandu dans le monde académique, dans les organisations à but non-lucratif mais également dans le secteur des affaires. Pour l'auteur, il est cependant important de noter qu'aucun stade n'est « meilleur » que l'autre, et que chaque stade est adapté à un contexte particulier. Ainsi, en cas de guerre civile, c'est en suivant le paradigme Rouge qu'un individu se défendra le plus efficacement, tandis qu'en temps de paix dans une société post-industrielle, ce paradigme ne fonctionnera pas aussi bien que les autres paradigmes postérieurs. L'auteur précise également que cette coexistence peut également se faire à l'échelle d'un individu, voire d'une organisation ou d'une société. Ainsi, « *chaque paradigme inclut et transcende le précédent* »⁴⁸², ce qui nous permet selon le contexte de réagir selon un paradigme antérieur, ou d'évoluer vers un stade plus avancé. En outre, « *[l] 'humanité se développe selon de multiples dimensions – cognitive, morale, psychologique, sociale, spirituelle, etc.- mais pas nécessairement à la même vitesse dans chacune de ces dimensions* »⁴⁸³. Alors, un individu, un groupe, une organisation, peuvent fonctionner dans ces dimensions selon des paradigmes différents : « *nous pouvons avoir internalisé les processus cognitifs Orange et diriger une entreprise innovante, alors que, du point de vue spirituel, nous adhérons à des croyances religieuses dogmatiques (Ambre)* »⁴⁸⁴.

Cette coexistence des stades rend l'objectif Pluraliste difficile en pratique, en raison de sa vision égalitaire et de sa recherche du consensus.

b) L'impasse du consensus

Et en effet, la volonté de consensus du paradigme Vert se révèle extrêmement difficile en pratique, et bien souvent ineffective. Quiconque a déjà essayé d'obtenir un consensus d'un groupe important de parties prenantes peut mesurer cette difficulté et se ranger du côté du scepticisme du paradigme Orange : « *L'obtention d'un consensus au sein de larges groupes est en soi difficile. Elle se traduit en général par d'épuisantes discussions qui aboutissent à une impasse. Du coup, les jeux de pouvoir se déchainent en coulisses, dans un effort pour remettre la machine en mouvement. Il ne suffit pas de souhaiter la fin du pouvoir. Comme l'hydre de Lerne, dès que vous lui aurez coupé la tête, il va lui en repousser une nouvelle aussitôt* »⁴⁸⁵. Et

⁴⁸¹ Acronyme de très petites, petites et moyennes entreprises.

⁴⁸² LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 71.

⁴⁸³ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 71.

⁴⁸⁴ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 71.

⁴⁸⁵ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 61.

ainsi, le souhait des organisations Vertes de voir le pouvoir et la hiérarchie complètement bannis, puisque vus comme la source des inégalités et de l'oppression, n'a en pratique pas abouti. L'auteur cite les exemples d'expériences radicales comme « *le mouvement coopératif de la fin du XIXème et du début du XXème siècles, en réaction contre les inégalités criantes engendrées par la révolution industrielle, ou dans les communautés des années 1960, inspirées par la contre-culture de l'époque (...)* [autant] *de formes extrêmes d'organisations égalitaires [qui] n'ont jamais réussi sur une échelle ni pendant une durée significatives* »⁴⁸⁶.

C'est ainsi que les organisations qui fonctionnent aujourd'hui avec succès selon le paradigme Vert n'ont pas adopté une vision radicale de l'égalité, et le pouvoir et la hiérarchie y sont toujours présents. En revanche, le pouvoir n'y est plus concentré qu'entre les mains du haut de la hiérarchie, la base bénéficie d'une part importante de ce pouvoir et peut ainsi prendre des décisions stratégiques. Cependant, à l'image de la métaphore de la famille, qui selon l'auteur décrit le mieux ces organisations (et qu'elles adoptent également se décrivant comme « une grande famille », « un village » ou « une communauté »), elles gardent à leur tête une figure qui sert de guide à l'organisation, comme les parents pour les enfants, selon une vision classique de la famille.

⁴⁸⁶ LALOUX, Frédéric, *ibid*, p. 61.



487

L'analyse de Frédéric Laloux est aujourd'hui jugée pertinente par de nombreux auteurs des sciences sociales et du *management* en ce qu'elle met à jour un « *dysfonctionnement managérial* [qui] *touche tous les types d'organisations : des entreprises aux associations, en passant par les services publics – nos systèmes de santé et le monde de l'éducation* ». Aussi, il serait surprenant que les projets d'investissements, et le *Système* qui permet de résoudre leurs conflits y soient complètement étrangers. Au contraire, l'application des stades de développement au *Système de résolution des différends d'investissement* permet de donner des clés de compréhension aux éléments relevés dans la première partie de la présente thèse.

Section 2. L'application des stades de développement au *Système de résolution des différends d'investissement*

En premier lieu il est intéressant d'appliquer la théorie des stades de développement et leurs paradigmes organisationnels associés au *Système de résolution des différends d'investissement*. Une telle application permet de constater que le *Système* contient des organisations qui fonctionnent prioritairement selon des paradigmes différents (A), ce qui

⁴⁸⁷ Infographie proposée par Manag'Educ, disponible à l'URL : <https://manageduc.fr/contenu/reinventing-organizations-frederic-laloux> (dernière consultation au 18 septembre 2021).

permet en second lieu de comprendre son (dys)fonctionnement, et ses limites, dus à cette pluralité d'acteurs et de paradigmes et leur impossible consensus (B).

A) Le Système de résolution des différends d'investissement entre les paradigmes Ambre, Orange et Vert

Le *Système de résolution des différends d'investissement* fut constitué autour de la relation entre les États, hôtes et d'origine, et les investisseurs, par les organisations multilatérales, particulièrement la Banque Mondiale. Or, si l'on fait application des théories de Frédéric Laloux, ces diverses organisations ne fonctionnent pas prioritairement selon le même paradigme.

1- La communauté des États : une organisation Ambre

Si l'on applique la grille de lecture de Frédéric Laloux à nos développements précédents, il semble cohérent de reconnaître que les États sont **des produits du stade Conformiste-Ambre**. C'est en conséquence également le cas de leurs mécanismes inter-organisationnels et relationnels que sont la politique de la canonnière, la protection diplomatique et généralement le droit international visant la protection des investisseurs étrangers et de leurs intérêts tels qu'ils se développent et s'affirment à partir du XVème siècle. Les États sont ainsi des organisations hautement hiérarchiques, stables et autocentrées, produisant une norme, rigide, à portée générale. Frédéric Laloux explique que les organisations Ambres sont ethnocentrées et qu'en ce sens elles visent l'autarcie et l'autonomie, dans une forme de rejet du monde extérieur et de l'autre. Et en effet, l'ethnocentrisme paraît être au cœur des relations géopolitiques, qui sont caractérisées par des alliances de nations proches culturellement et géographiquement dans l'idée que « l'union fait la force »⁴⁸⁸. La

⁴⁸⁸ Au moment de l'écriture de ces lignes en septembre 2021, un exemple de cet ethnocentrisme nous fut donné dans l'actualité : l'Australie venait d'annoncer l'annulation d'une commande de sous-marins français et le lancement d'un partenariat militaire dans la zone indopacifique avec les États-Unis et le Royaume-Uni, baptisé Aukus. Dans ce contexte, Hugh SCHOFIELD, correspondant à Paris du groupe de médias public britannique BBC, estime que [la France devrait faire preuve de réalisme](#) quant à la dureté des relations internationales et nous donne à ce titre un bel exemple de l'expression actuelle de l'ethnocentrisme Ambre. Son article peut être ainsi traduit : « *Lorsqu'ils se seront relevés de leur humiliation, les Français devront retrouver leur sang-froid et affronter quelques cruelles vérités. La première : les sentiments ne comptent pas en géopolitique. [...] Qui a déjà entendu parler d'une nation qui diminuerait ses priorités en matière de défense pour ne pas être blessante ? Le fait est que les Australiens ont calculé qu'ils avaient sous-estimé la menace chinoise et qu'ils devaient donc renforcer leur niveau de dissuasion. Ils ont agi avec un mépris total envers les préoccupations de la France, mais c'est ce que font les nations lorsqu'elles sont dans l'urgence. C'est presque la définition d'une nation : un groupe de personnes qui se sont réunies pour défendre leurs propres intérêts. Les leurs, pas ceux des autres.* » Source : Edition de Brief.me du lundi 20 Septembre 2021.

superstructure des États qu'est la communauté internationale, et le corps de règles qu'elle produit pour normer ses relations, le droit international, en sont nécessairement imprégnés.

Il en est de même au niveau des intérêts économiques et du droit qui en découle, puisqu'ainsi qu'il a déjà été souligné, les dimensions politiques et économiques sont étroitement liées. Ici, l'ethnocentrisme s'est manifesté d'abord par ce que les économistes ont appelé le mercantilisme. Ce-dernier concevait le commerce international comme une arme de guerre, soit l'économie au service de la force armée. Puis, et en dépit de la première mondialisation, il s'est manifesté par le retour d'une forte concurrence entre les nations sous forme de protectionnisme, et par leur désir d'hégémonie avec les comptoirs coloniaux et les droits exclusifs d'extraterritorialité, ou encore par les traités de commerce inégaux. Cet « ethnocentrisme économique » a représenté la norme dans les relations internationales jusqu'à la libéralisation de l'économie mondiale et au développement du système des investissements⁴⁸⁹ durant la seconde partie du XXème siècle.

2- Les multinationales-Orange et les organisations multilatérales Pluralistes-Vertes

Toujours selon l'analyse des stades de développement, a suivi la révolution industrielle, et les premières grandes entreprises. D'abord Ambres, elles évoluent pour la plupart vers le paradigme de la Réussite-Orange. Le développement du système du commerce international permet celui des entreprises internationales et multinationales, qui elles, sont les archétypes des organisations Oranges. Leur poids économique devient alors stratégique pour les États, et à ce titre elles gagnent en influence et en pouvoir dans le jeu international. Leurs relations avec les États, qu'elles soient directes (l'État comme partenaire économique de l'investisseur étranger, comme client, commanditaire, maître d'ouvrage etc.) ou indirectes (investissement d'un étranger sur le territoire de l'État d'accueil s'intégrant dans son tissu économique mais sans contrat avec l'État), les fait interagir dans un système Ambre. En conséquence, elles en adoptent quand elles le peuvent les mécanismes basés sur les rapports de force. C'est le cas lorsqu'elle sollicite la protection diplomatique de leur État d'origine ou au travers d'une demande informelle de pressions diplomatiques dans l'espoir d'influer le rapport de force à leur faveur. Elles bénéficient encore plus directement du poids de leur État d'origine quand elles sont des entreprises à Charte, à capitaux publics, ou encore quand elles reprennent un

⁴⁸⁹ Voir en ce sens le chapitre introductif de la thèse.

contrat négocié du temps de la colonisation, usant *a posteriori* du rapport de force de la métropole.

En parallèle, apparaissent la première mondialisation et les théories libérales venues du Royaume-Uni au XIX^{ème} siècle, qui doivent être qualifiées d'expressions du paradigme Pluraliste-Vert (elles sont d'ailleurs historiquement associées aux Lumières). Pour revenir à la dimension politique, dans le même temps que le libéralisme, le multilatéralisme se développe. Il est également une expression du stade Pluraliste-Vert. Frédéric Laloux fait remonter les débuts de ce stade au XVIII^{ème} siècle tout en expliquant qu'il a réellement pris de l'ampleur au XX^{ème} siècle, particulièrement après la seconde guerre mondiale. Il se serait ainsi exprimé de plus en plus clairement dans les années 1960 et 1970 avec le mouvement hippie, mai 1968 en France ou encore la contre-culture. Les développements de la première partie trouvent leur place ici : les débuts du multilatéralisme, avec l'institutionnalisation de l'arbitrage international et la conférence de la Paix de la Haye, la SDN puis les Nations Unies et sa Charte. Et d'un point de vue économique avec l'architecture institutionnelle qui se met en place avec le GATT et les institutions de Bretton Woods etc. C'est également le cas de l'arbitrage privé international tel que conçu à la fin du XIX^{ème} siècle par les acteurs des affaires, et développé par la CCI. On repense ici aussi à la rencontre de cette élite des affaires, incarnée par la CCI et sa vision internationaliste, et des organisations multilatérales, qui peut probablement s'expliquer par le fait qu'elles fonctionnent toutes selon le paradigme Pluraliste-Vert. Elles partagent en effet un idéal universaliste, visant la coopération et la paix. C'est le cas de la Banque mondiale, et par extension du *Système de résolution des différends d'investissement* qu'elle conçoit.

C'est probablement d'ailleurs pourquoi ses fonctionnaires ne ressentent pas la nécessité de vérifier scientifiquement leur croyance selon laquelle l'investissement privé est le moyen de combler les inégalités de développement des États nouvellement indépendants. Pour reprendre les mots de Frédéric Laloux : « *Pour la conception pluraliste du monde, [le couple ce qui marche/ce qui ne marche pas du stade Orange, et avec lui sa démarche scientifique] est une idée encore trop simpliste. La vie ne se résume pas au succès et à l'échec* »⁴⁹⁰. Ce stade est empreint d'idéalisme, et vise à lutter contre les inégalités provoquées par les stades précédents, une idée au fondement même de la Convention CIRDI. On retrouve également le désir de prise en compte de tous les points de vue dans le système développé par le Banque qui met au premier

⁴⁹⁰ LALOUX, Frédéric, op. cit. p.58

plan la relation plutôt que le processus et le résultat : « *Le stade pluraliste Vert (...) soutient que tous les points de vue méritent un égal respect. Il veut la justice, l'égalité, l'harmonie, la communauté, la coopération et le consensus (...) il s'efforce (...) de nouer des liens étroits et harmonieux avec tout le monde* »⁴⁹¹. Des idées clairement exprimées dans le rapport des Administrateurs de la Banque sur la Convention, qui doit être « *une étape importante vers l'établissement d'un climat de confiance mutuelle* ». Ainsi pour les Administrateurs : « *Bien que l'objectif général de la Convention soit d'encourager l'investissement privé international, les dispositions de la Convention sont conçues en vue de maintenir l'équilibre entre les intérêts des investisseurs et ceux des États hôtes. En outre, la Convention permet tant aux États hôtes qu'aux investisseurs d'entamer la procédure et les Administrateurs ont eu pour constante préoccupation de prévoir des dispositions qui répondent aux besoins des deux situations* »⁴⁹². De leur côté, les gouvernements, archétypes des organisations Ambres, sont disposés à accepter une croyance sans question quand elle vient de ce qu'elle considère comme une figure d'autorité. Et dans ce contexte, pour la plupart des États en développement c'est la Banque qui détient l'autorité technique sur le sujet. Cela a pour conséquence que les fondements du *Système* ne sont que très peu remis en question par les gouvernements des pays en développement, et qu'ils vont adhérer à la Convention en dépit de l'absence d'analyses économétriques capables de fonder sa pertinence.

Cette transposition rapide des stades de développement à la genèse du *Système de résolution des différends d'investissement* donne des clés de compréhension des critiques que subit le *Système* actuellement, en particulier au sujet de son efficacité et de sa légitimité. On comprend notamment que la Banque mondiale a rencontré les mêmes difficultés que les autres organisations Vertes dans la mise en pratique des idées égalitaristes.

B) Le (dys)fonctionnement du *Système de résolution des différends d'investissement* : les limites d'un *Système* issu du stade Pluraliste-Vert

Ainsi que Frédéric Laloux l'explique, l'apparition d'un nouveau stade de pensées et de ses manifestations (qu'elles soient organisationnelles ou relationnelles) ne fait pas disparaître

⁴⁹¹ LALOUX, Frédéric, op. cit. p.58

⁴⁹² Voir le Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, paragraphe 13 disponible sur le site du CIRDI à l'URL : <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/StaticFiles/basicdoc-fra/partB.htm>

les modes de pensée antérieurs pour autant. Il s'agit de compétences additionnelles de l'humanité, qu'elle mobilise selon ses besoins et le contexte, un individu ou une organisation peut ainsi fonctionner selon divers stades. Or la transposition des catégories de paradigme au *Système de résolution des différends*, réalisée dans les paragraphes précédents, montre bien que les acteurs du *Système* fonctionnent prioritairement selon des paradigmes différents. En effet, la plupart des États, et leurs émanations qui agissent dans le système des investissements comme les sociétés nationales pétrolières, ou à capitaux publics investissant dans des États étrangers, continuent d'évoluer selon le paradigme Ambre, voire Rouge pour les États en pleine crise politique telle qu'une guerre civile, ou un coup d'État, comme c'est régulièrement le cas sur le continent africain. De même, la très vaste majorité des entreprises multinationales et locales créées par des investisseurs étrangers sont des organisations Oranges.

Or, cette coexistence d'organisations fonctionnant selon des paradigmes différents rend le Pluralisme-Vert et son idéal égalitaire très difficile en pratique. Cela va se retrouver au niveau des normes devant régir les rapports des acteurs de l'investissement, ainsi qu'au niveau du système juridictionnel permettant la mise en œuvre de cette norme.

1- La difficulté pratique de l'idéal égalitariste : Égalité en droit, inégalité de fait

Les États sont les entités maîtresses des relations internationales : ce sont elles qui en créent les règles. Et plus précisément, ce sont les États les plus forts qui sont les vrais détenteurs du pouvoir. En conséquence, une forme d'ethnocentrisme Ambre est toujours présente dans le droit des investissements, point de rencontre entre les relations internationales et économiques, provoquant les débats que l'on connaît⁴⁹³. Les règles deviennent alors un outil au service de cet ethnocentrisme « eux versus nous »⁴⁹⁴ et du maintien des rapports de force et des inégalités.

⁴⁹³ Des débats repris dans les termes de la Cour Internationale de Justice dans l'Affaire Barcelona Traction : « *Compte tenu des importants événements survenus depuis cinquante ans, de l'extension des investissements étrangers et de l'ampleur prise par l'activité des sociétés sur le plan international, notamment celle des sociétés holding, souvent multinationales, compte tenu aussi de la prolifération des intérêts économiques des États, il peut être à première vue surprenant que l'évolution du droit ne soit pas allée plus loin et que des règles généralement reconnues ne se soient pas cristallisées sur le plan international. Néanmoins un examen plus approfondi des faits montre que le droit en la matière s'est formé en une période d'intense conflit de systèmes et d'intérêts* », CIJ, Recueil 1970, pp. 46-7. [Mis en gras par nos soins]

⁴⁹⁴ Au XVIIIème et XIXème siècle, seule une poignée d'États étaient exportateurs de capitaux, et ces États avaient recours à divers moyens pour protéger leurs intérêts à l'étranger : colonisation, zones d'influence, traités, pressions diplomatiques. Ainsi, entre 1870 et 1913, près de 90 pour cent des investissements étaient le fait de six pays européens, avec le Royaume-Uni à leur tête (42 pour cent). Ce sont leurs pratiques qui fondèrent le droit coutumier des investissements. C'est ce qu'explique Oscar SCHACHTER : « *As a historical fact, the great body of customary international law was made by remarkably few states* ». Il est ainsi admis que ces six États rejoints par la suite par les États-Unis eurent une influence déterminante sur la construction du droit des investissements : « *It was the rules and practices developed in the « informal empire », when investment was*

La force, présente déjà dans les paradigmes Infra-Rouge et Rouge, a trouvé à s'exprimer sans limite quand, avec le stade Conformiste-Ambre, s'est imposé le concept moderne d'État et avec lui les notions juridiques de souverainetés qui lui ont donné sa légitimité. Puis, les relations internationales ont évolué à mesure que les États ont mesuré leur interdépendance. La force armée devient très largement vue comme devant être bannie afin de permettre d'une part l'enrichissement des nations et d'autre part d'éviter une annihilation de l'humanité – une réalisation au cœur de la Guerre Froide. La force est alors régulée, mais à mesure que les Hommes échangent et interagissent, elle trouve de nouveaux moyens d'expression. Elle ne prend ainsi plus seulement la forme armée, mais également politique, économique, ou encore culturelle. Et ces autres formes qu'elle adopte, plus subtiles, ne subissent pas la même mise au ban par la communauté internationale. Elles restent des formes acceptables du jeu diplomatique ; et de ce fait, elles sont aujourd'hui les armes acceptables de l'expression de la puissance d'un État sur un autre. Car, dans un système international constitué d'entités réputées égales et sans entité supérieure pour réguler leurs relations, c'est la régulation du groupe qui demeure et c'est alors la coercition de la majorité -en nombre ou de moyens- qui reste la manière d'assurer ce qui semble être « le bon » selon celle-ci. On retrouve les caractéristiques du stade Conformiste et sa vision du monde statique. Et le droit, ici international qui gouverne les rapports entre États, s'est fait le reflet de ce contexte : réussissant tout à la fois à encadrer le recours à la force armée⁴⁹⁵ mais se faisant également l'instrument du maintien d'une égalité des États qui n'est qu'artificielle, perpétuant leurs rapports de force.

On retrouve cette idée dans les propos de Guy Ladreit de Lacharrière, un juriste doté d'une connaissance profonde du monde diplomatique et des organisations multilatérales⁴⁹⁶ :

secured through treaty and no direct control, which gave rise to international investment law (...) all international legal discourse has been shaped by imposing « universal standards » that essentially furthered European/Western interests, but this is perhaps most explicitly true in case of international investment law ». SCHACHTER, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, Developments in International Law, Volume: 13, Brill, 1991, 432 p.

Voir par exemple ANGHIE, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2004, 380 p. disponible à l'URL :

https://assets.cambridge.org/97805218/28925/frontmatter/9780521828925_frontmatter.pdf

⁴⁹⁵ C'est le cas du paragraphe 4 de l'article 2 Charte des Nations Unies, déjà citée.

⁴⁹⁶ « [L]es fonctions [de Guy Ladreit de Lacharrière] ont façonné son œuvre. On peut suivre en miroir ses écrits et les évolutions de sa carrière, les uns renvoyant constamment aux autres. La première période de sa carrière le conduit à traiter principalement des questions de développement alors que dans un second temps c'est sur les questions de droit de la mer que se concentreront ses écrits. Ce rattachement d'une pensée juridique à une expérience de premier plan dans les sphères de négociation et d'application du droit international donne à son œuvre une saveur très particulière ; celle d'un ancrage dans le réel. L'importante contribution de Lacharrière aux questions de développement est marquée par sa participation aux travaux de la CNUCED ainsi qu'aux

« On peut d'abord faire ressortir — et bien entendu cela a été fait très fréquemment — comment la puissance des États modèle le droit international, comment cette puissance s'incarne (d'autres diront : se camoufle, se déguise) dans des règles de droit et comment dès lors la norme de droit vient légitimer, consacrer et donc renforcer les rapports tout crus entre les forces. Un exemple typique sera, d'après les pays en voie de développement, la clause de la nation la plus favorisée, règle de droit apparemment égale et qui, cependant, d'après de nombreux pays, est un instrument de la domination des plus forts sur les plus faibles. Ou encore, comme règle de droit incarnant et renforçant les rapports de puissance, on citerait l'institution des monnaies de réserve au FMI ou telle règle de vote au sein d'un organisme international (vote pondéré ou droit de veto). Mais on peut, inversement, à propos de l'influence de la puissance des États sur le droit international, montrer comment le droit international se constitue par limitation de cette puissance. On viserait alors les règles sur l'égalité des États, sur la non-intervention, le recours aux juges, l'inviolabilité des frontières, etc. On dirait que les progrès du droit international coïncident, dans une large mesure, avec cette limitation des rapports de puissance ou du moins avec le tri entre ce qui est **une opportune prise en considération de la puissance et inéquitable consécration de la raison du plus fort** »⁴⁹⁷.

Cette analyse du droit international montre bien la divergence de perception sur celui-ci : si le droit vient bien en limite de la violence omniprésente dans les paradigmes précédents, et c'est un apport considérable du stade Conformiste-Ambre, dans le même temps il incarne les inégalités importantes associées à ce paradigme. Et puisque le droit est un outil, il peut en conséquence être utilisé à divers desseins. La dernière phrase de l'auteur selon laquelle le droit international intervient comme instrument de « (...) tri entre ce qui est **une opportune prise en considération de la puissance et inéquitable consécration de la raison du plus fort** » montre clairement que les rapports de force et de puissance demeurent acceptés et acceptables dans le jeu des relations internationales, et que le droit ne sert que d'arbitre entre la violence légitime et celle illégitime.

négociations organisées dans le prolongement du GATT. » Voir le portrait de l'auteur sur le site de la société française pour le droit international, disponible à l'URL : <https://www.sfdi.org/internationalistes/lacharriere-guy-ladreit-de/>

⁴⁹⁷ LADREIT DE LACHARRIÈRE, Guy, *L'influence de l'inégalité de développement des États sur le droit international*, Volume 139, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, première publication en 1973, accessible à l'URL : http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028604247_04

Une autre longue citation, cette fois-ci Bartholomeus Landheer, sociologue du droit, est également intéressante. L'auteur souligne notamment que puisque le droit est un outil, il est alors important de mettre de la conscience sur l'intention derrière le processus de création de la norme. On y retrouve l'ambivalence du paradigme Ambre et des inégalités sociétales qu'il créé. Dans son analyse sociologique du droit, Bartholomeus Landheer adopte également une vision par stades de développements. Elle se fait en miroir de la complexité croissante à laquelle l'humanité doit faire face à force d'expansion des groupes sociaux entrant en interaction, depuis les hordes familiales, aux tribus, puis aux proto-Empires, jusqu'aux États et enfin à la communauté internationale :

« Lorsqu'un corps social est en voie de transformation et cherche à étendre son influence, ce désir s'exprime généralement par une revendication de liberté. Mais, comme un groupe en pleine évolution est incapable de définir cette liberté de façon concrète, il s'arroge souvent, dès l'abord, une liberté absolue, bien qu'à l'usage cette liberté totale puisse se révéler plus gênante que constructive. L'on voit ainsi l'État, à l'époque moderne, tenter de s'attribuer une liberté totale, qui se traduit en absolutisme à l'intérieur et en souveraineté à l'extérieur ; pourtant, la superstructure culturelle demeure, qui, elle, restreint à nouveau la liberté.

*Le droit commence alors à voir diminuer ses attributs structurels et à faire siennes **des formes de droit égalitaire qui correspondent à une évolution sociale plus rapide**. Pourquoi cette accélération du rythme de l'évolution sociale produit-elle un système juridique égalitaire ?*

*Le droit est, pour partie, l'expression d'un système social, qu'à son tour il influence. **Il n'y a pas égalité, dans la réalité sociale, mais bien plutôt inégalité. L'inégalité est, en vérité, la raison d'être de la société.** Pourtant le système social se modifie constamment, et le droit entraverait l'évolution s'il devait perpétuer les conditions existantes.*

*C'est pourquoi l'on pense faciliter l'évolution de la société en octroyant l'égalité des droits à des individus ou groupes inégaux sous d'autres rapports. **Cela n'est que partiellement exact car, si l'écart social n'est pas trop large, l'égalité sur le plan juridique peut en effet servir à le réduire encore. Le droit joue alors le rôle d'un mécanisme de compensation.***

***Mais, si l'écart est grand, l'égalité sur le seul plan juridique peut devenir une fiction dont le plus fort se servira pour conserver sa position.** Les rapports d'employeur à employé ou ouvrier en sont l'exemple : l'égalité des droits contractuels concédés à l'ouvrier ne lui apporta aucun*

avantage et ce n'est que l'action collective qui a permis l'institution de rapports juridiques de caractère plus structurel et favorable à l'ouvrier.

En outre, la complexité croissante de la société favorise le droit égalitaire car, plus la société devient complexe, plus il est possible d'élaborer un droit structurel à l'image des imbrications de la réalité. Ainsi, les sociétés plus complexes ont tendance à recourir au système plus abstrait du droit égalitaire, mais ceci avec de nombreuses exceptions, par exemple pour le statut des femmes, des enfants, des aliénés, ou pour tenir compte de la situation économique, du niveau intellectuel, des facteurs psychologiques, etc.

Dans son application concrète, le droit est toujours un mélange de droit égalitaire et de droit structurel ; c'est pourquoi il est d'autant plus important de définir le but que l'on poursuit. »⁴⁹⁸

Dans la ligne de ces idées, et du développement du paradigme Pluraliste-Vert, on voit dans les années 1960 à 1980 émerger une nouvelle vision du droit international : le droit international du développement. Il est alors acquis que dans la communauté internationale, les nations sont peut-être égales en droit, mais qu'elles ne le sont pas en fait. Certaines bénéficient d'avantages naturelles et leur développement respectif ne fut pas égal. Cela est d'autant plus vrai dans une Histoire géopolitique marquée par la domination des unes sur les autres. Dans ce contexte, c'est l'équité⁴⁹⁹ plus que l'égalité qui devrait être recherchée selon le droit international du développement. Une vision partagée par les États en développement qui pâtissent de ces déséquilibres.

Ces idées fondent en partie le mouvement des 70 à l'Assemblée générale des Nations Unies et leur souhait de voir un nouvel ordre économique international émerger⁵⁰⁰. Mais si ces États bénéficient d'une majorité numérique à l'Assemblée, leur poids économique reste faible, leur indépendance économique n'ayant jamais été réellement acquise. Or on l'a dit, la force

⁴⁹⁸ LANDHEER, Bartholomeus, *Les théories de la sociologie contemporaine et le droit international*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Volume 92, première publication en 1957, Accessible à l'URL : https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789028612921_04 [Mis en gras par nos soins]

⁴⁹⁹ Ou une « inégalité compensatrice » dans les termes de Guy LADREIT DE LACHARRIERE, « *L'influence de l'inégalité de développement des États sur le droit international* », op. cit.

⁵⁰⁰ C'est ce que constate également Guy LADREIT DE LACHARRIERE dans son cours devant l'Académie de la Haye (op.cit.) : « *En effet, plutôt qu'à la négation du droit international, c'est à la réforme de celui-ci qu'ils vont s'attacher. Là encore, comme l'avait dit le professeur Falk dans son cours, il se passe pour le tiers monde ce qui s'est passé pour les pays socialistes. Lorsque les pays socialistes sont arrivés sur la scène internationale, ils ont eu, eux aussi, la tentation de répudier non pas seulement le droit international classique mais aussi tout droit international. Puis ils ont changé d'approche. De la même façon, on peut dire que les pays en voie de développement ont traversé la phase de tentation de la répudiation idéologique du droit international et sont immédiatement passés à la phase de manipulation pragmatique de celui-ci* ».

économique est un des moyens d'expression de la puissance d'un État sur un autre. Et avec la chute du modèle socialiste et le triomphe du libéralisme, les États en développement à faible poids économique n'ont d'autre choix que de rejoindre le mouvement. Plutôt que le droit international du développement, c'est le droit des investissements qui triomphe et son ethnocentrisme Ambre. On retrouve ici les limites de l'idéal Pluraliste du paradigme Vert incarné dans le multilatéralisme : il ne suffit pas de souhaiter l'égalité – et de l'instaurer en théorie- et la fin des rapports de force, pour que cela se produise en pratique. Ainsi que le résumait Ian Brownlie : « *It is all very well to say that nationalization is possible -providing prompt and adequate compensation is paid. In reality this renders any major economic or social programme (sic) impossible, since few states can produce the capital value of large proportion of their economies promptly. [Particularly when] [i]t is common for the poorer economies to be subjected to foreign ownership to a great extent (...).* »⁵⁰¹

2- Face à l'impossible consensus, le processus unilatéral de la Banque : de l'idéal Vert à la pratique

Il a été relevé dans la première partie de la présente thèse que le processus de conception puis de mise en place du système CIRDI fut largement influencé par les divisions importantes des États au sujet du droit international des investissements. Et plus largement, par les tendances absolutistes de certains États et les conflits géopolitiques qui ont marqués la première moitié du XX^{ème} siècle. Cet état de fait a abouti à une évidente contradiction : la Banque mondiale, organisation multilatérale, a conçu unilatéralement et non multilatéralement le système devant s'appliquer aux États et aux investisseurs étrangers pour la résolution de leurs conflits.

De l'analyse de Frédéric Laloux, on comprend que la Banque a fait face à la même difficulté pratique du paradigme Pluraliste-Vert que d'autres organisations : la recherche d'un consensus au sein d'un large groupe, d'autant plus quand ce groupe est constitué d'entités fonctionnant sous le paradigme Ambre, hautement inégalitaire et ethnocentré, comme nous venons de le voir. Pour reprendre les mots de Frédéric Laloux : « [l]e stade [pluraliste-Vert] présente d'évidentes contradictions. Il exige que tous les points de vue soient traités sur un pied d'égalité mais (...) le comportement fraternel Vert est rarement payé de retour (...) par la conviction Ambre (...). Dans le paradigme Vert, la relation à la règle est ambivalente et

⁵⁰¹Sir Ian BROWNLIE, cité par ST JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit. p.63.

conflictuelle : d'un côté, les règles finissent toujours par devenir arbitraire et injustes, mais de l'autre côté, se débarrasser complètement des règles se révèle vite inconfortable et ouvre la porte aux abus. Le paradigme Vert est plus fort pour abattre les vieilles structures que pour formuler des alternatives pratiques. (...) L'obtention d'un consensus au sein de larges groupes est en soi difficile. Elle se traduit en général par d'épuisantes discussions qui aboutissent à une impasse. Du coup les jeux de pouvoirs se déchainent en coulisses, dans un effort pour remettre la machine en mouvement. Il ne suffit pas de souhaiter la fin du pouvoir pour l'obtenir. »⁵⁰².

Il nous semble que c'est très exactement ce qui fut à l'œuvre dans la mise en place du *Système de résolution des conflits d'investissement* : la conscience des agents de la Banque de l'impasse du multilatéralisme dans sa recherche d'un impossible consensus ; leur reprise en main du sujet « en coulisses » afin de trouver une solution pratique et permettre le développement des investissements, cela au détriment de leur idéal égalitaire et des discussions multilatérales nécessaires à ce que ce système, s'appuyant sur un corps de règles, soit perçu comme légitime⁵⁰³. Par exemple, l'impossibilité pratique d'un consensus est probablement la raison pour laquelle les pères de la Convention ont présenté son mécanisme à chaque « groupe » d'États (nous entendons par là les États se considérant comme du même bord, faisant partie du même « nous ») en fonction de ses intérêts, et non dans une vision holistique du mécanisme. C'est probablement encore pourquoi ils n'ont pas tenu compte de l'avis du monde des affaires, qui fonctionne selon le paradigme de la réussite Orange, et qui, à ce titre, ne partageait pas leur idéal Pluraliste-Vert.

⁵⁰² LALOUX, Frédéric, op.cit. p.60 et 61.

⁵⁰³ Dès 1912, Elihu ROOT, juriste américain, envisageait les risques d'une telle démarche : « *Where there is no law, a submission to arbitration or to judicial decision is an appeal, not to the rule of law, but to the unknown opinions or predilections of the men who happen to be selected to decide* », ceci est d'autant plus vrai dans le contexte d'un droit des investissements en construction, peu précis et en conséquence largement soumis à l'interprétation⁵⁰³. L'auteur en conclut que « (...) [t]he development of the peaceful settlement of international disputes **by the decision of impartial tribunals** waits therefore upon the further development of international law ». La critique du manque d'harmonie des sentences arbitrales et du manque de prévisibilité du système qui en découle, ainsi que celle de l'interprétation extensive du droit des investissements par les tribunaux arbitraux, trouvent ici leur fondement. José Enrique Alvarez explique ainsi au sujet de la construction des systèmes juridictionnels de cours internationales que « *global courts worth building need to assuage the suspicions engendered by the colonialist legacies of international law* » (ALVAREZ, José Enrique, « *Mythic Courts* », iCourts Working Paper Series, no. 2014, 2020, disponible à l'URL : <https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2020/10/Alvarez-Mythic-courts.pdf>). Ce constat est selon nous transposable au sujet de la mise en place du *Système de résolution des différends entre État hôte et investisseur étranger* et de l'arbitrage en son cœur. Une transposition que l'auteur réalise d'ailleurs au sujet de la possible réforme du *Système* par la création d'une cour internationale des investissements, proposition formulée par l'Union Européenne (Part III à V de l'article, *ibid*).

L'analyse de Frédéric Laloux permet alors de comprendre comment le *Système* mis en place dans ces conditions n'a pas mis « fin au pouvoir » et à l'usage de la force comme mécanisme de résolution des conflits d'investissement. Le processus a porté ses fruits et le projet fut concrétisé, ce qui n'aurait probablement pas été le cas si les agents de la Banque étaient restés fidèles à l'idéal Pluraliste et avaient cherché le consensus. Cependant, les critiques actuelles du *Système* et en particulier son manque de légitimité, qui nous le pensons vient en partie de ce processus, montrent les limites d'une telle démarche.

En outre, en adoptant un processus unilatéral, les fonctionnaires de la Banque n'ont pas eu conscience de l'ethnocentrisme du *Système* qu'ils concevaient. En effet, ainsi qu'il a été relevé, les fonctionnaires de la Banque étaient essentiellement des juristes occidentaux. Aussi, ils ont naturellement adopté le **paradigme juridictionnel** comme base pour ce *Système* : l'arbitrage en son cœur comme mécanisme d'application de la règle de droit. Or par là-même, ils ne se sont pas attachés au fait que la logique juridictionnelle était le produit d'une pensée d'origine occidentale éloignée des mécanismes traditionnels de résolution des conflits d'autres zones géographiques⁵⁰⁴. Ainsi que l'écrit José Enrique Alvarez au sujet de la logique juridictionnelle qui sous-tend la création croissante de cours internationales : « [the] *bias in favor of judicialization is grounded on a premise that what works for Europe works for the world* »⁵⁰⁵. Ce constat peut être étendu à l'arbitrage d'investissement et il est évidemment problématique pour la légitimité du *Système* dont il est la pierre angulaire. L'auteur évoque le vide institutionnel du *Système* dans son état actuel notamment vis-à-vis des modes consensuels de résolution des litiges : « (...) *binding international adjudication by permanent judges is only one possible option for interpreting and enforcing international rules -- one whose merits need to be considered alongside other options, including national and regional forums and other methods for peaceful dispute settlement* »⁵⁰⁶.

Il est vrai, qu'outre son ethnocentrisme, si on l'analyse d'un point de vue processuel, le **paradigme juridictionnel** adopté par les fonctionnaires et transcrit dans le *Système de résolution des différends d'investissement*, doit être vu comme un mécanisme Ambre. De fait,

⁵⁰⁴ Voir par exemple au sujet de l'Afrique sub-saharienne : DIENG, Amadou, « *Approche culturelle des ADR en OHADA* » ; *Les fondements endogènes d'une culture de la paix en Afrique, Mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits*, ouvrage publié par l'UNESCO, Octobre 1999 ; ainsi que ROULAND, Norbert, *Anthropologie juridique*, 1988, Collection Droit Fondamental, PUF, 128 p.

⁵⁰⁵ ALVAREZ, José Enrique, « *Mythic Courts* », *ibid*, p.63.

⁵⁰⁶ ALVAREZ, José Enrique, « *Mythic Courts* », *ibid*, p.9.

les agents visaient un objectif Pluraliste-Vert -abolir la force arbitraire pour établir les bases d'une coopération durable- mais pour ce faire ils ont adopté un mécanisme qui ne favorise pas la coopération des acteurs et la prise en compte de l'ensemble de leurs points de vue. C'est en conséquence une des critiques qui est actuellement adressée au *Système* et dont on peut rechercher les fondements.

Il a été évoqué dans la première partie de cette thèse une distinction des modes de résolution des conflits qui est basée sur le processus à l'œuvre : l'évitement, la coercition, la confrontation, ou le dialogue. Sur la base de cette grille processuelle, l'objectif visé dans le **paradigme juridictionnel** est que la coercition et la confrontation se fondent non plus sur la force mais sur le droit. Une dichotomie se crée : le droit opposé à la force quand le dialogue failli. Puis une autre distinction des modes de résolution des conflits est théorisée dans la seconde partie du XX^{ème} siècle⁵⁰⁷. Celle-ci ne s'appuie plus seulement sur le processus à l'œuvre mais cette fois sur l'approche, la logique ou on pourrait encore dire sur l'intention, au cœur des modes de résolution.

Trois sont identifiées : les modes qui visent à déterminer qui est le plus fort, ceux qui visent à identifier qui a raison sur la base de règles acceptées, et enfin ceux dont l'objectif est de réconcilier les intérêts sous-jacents aux positions des parties⁵⁰⁸. Soit une classification de modes, pour reprendre leur dénomination en langue anglaise, entre les *power-based methods*, les *rights-based methods* et les *interest-based methods*⁵⁰⁹. Parmi ces dernières on trouve certains types de négociations ou de médiations dites raisonnées. Quant aux méthodes basées sur la force, elles visent les mêmes expressions que celles que nous avons déjà évoqué telles

⁵⁰⁷ Une distinction faite par William Ury, Jeanne Brett, et Stephen Goldberg dans leur ouvrage *Getting Disputes Resolved* publié en 1993. Un cadre conceptuel repris par Roberto Echandi dans sa réflexion en *Dispute System Design* appliqué au *Système de résolution des conflits d'investissement : Towards a New Approach to Address Investor-State Conflict: Developing a Conceptual Framework for Dispute Prevention*, Working Paper No 2011/46| August 2011, Swiss National Centre OF competence in Research, accessible à l'URL : https://www.wti.org/media/filer_public/9a/ff/9aff3b9e-50e9-4aa6-af06-49edf2b2c904/wp_2011_46_echandi.pdf : « According to the approach used by the parties in attempting to resolve their disputes, dispute resolution theory classifies the universe of dispute resolution process into three broad categories. First, the parties involved in a quarrel may attempt to solve their disagreements by determining who is more powerful – “power-based resolution” –; second, by determining who is right – “rights-based resolution” – or third, by reconciling their interests—what is also called “interest-based resolution”. (Ury, Brett and Goldberg, 1993; Smith and Martinez, 2009). » p.9

⁵⁰⁸ Dans cette dernière approche, ce qu'on entend par « les intérêts sous-jacents aux positions des parties » est d'aller rechercher les motivations profondes des parties, d'identifier les besoins auxquels il est tenté de répondre par les demandes – notamment juridiques-, qui ne sont qu'une stratégie parmi d'autres pour les satisfaire.

⁵⁰⁹ William Ury, Jeanne Brett, et Stephen Goldberg *Getting disputes...*, op.cit., voir également FISHER, Robert, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to yes: negotiating agreement without giving*, 3rd ed., 2011

que la diplomatie de la canonnière ou les sanctions économiques pratiquées au niveau international. De son côté, la logique juridictionnelle se range dans la catégorie des *rights-based methods* en ce qu'elle repose sur l'adjudication des torts et des raisons, et donc des responsabilités, sur la base des règles de droit. Et l'arbitrage tel qu'il est conçu à la fin de la première moitié du XIX^{ème} siècle tant au niveau international que privé, s'inscrit de fait dans cette catégorie. Dans le contexte de l'époque où le **paradigme juridictionnel** s'impose afin d'évincer les mécanismes basés sur la force, les acteurs n'explorent pas encore la troisième voie des intérêts comme base d'un mécanisme institutionnel. En effet, l'arbitrage occupe alors le devant de la scène et les acteurs publics comme privés sont très occupés à construire un régime de l'arbitrage international puis commercial international. Cette démarche nécessite de nombreux efforts afin d'une part de produire des textes multilatéraux et internationaux, et d'autre part de moderniser les droits nationaux de l'arbitrage. Une conséquence est que la question de la nature juridictionnelle⁵¹⁰ de l'arbitrage ne figurent pas au cœur des débats. Or, ainsi que développé dans la première partie de cette thèse, ces régimes juridictionnels servent par la suite de modèles à celui de l'arbitrage transnational en émergence, qui en adopte de fait la même logique processuelle. Et pour ce régime les débats s'axent également davantage autour de la nature transnationale de l'arbitrage et de l'éventuel droit d'accès direct reconnu aux particuliers, que sur la pertinence de fonder la résolution des conflits sur une logique litigieuse et juridictionnelle. L'arbitrage transnational étant la clé de voute du *Système de résolution des différends États-investisseurs*, ce dernier a emprunté la même voie et incidemment les mêmes mécanismes et leurs modèles.

Il est à nouveau intéressant d'apposer la grille de lecture des stades de développements sur ces considérations. Le résultat d'un tel exercice est que les *power-based methods* seraient une expression du paradigme Rouge, voire Conformiste-Ambre quand la force est légitimée par le droit. Les *rights-based methods* quant à elles, sont sans équivoque le produit du paradigme Ambre, et finalement, les *interest-based methods* celles du paradigme Pluraliste-Vert. En effet, ces-dernières visent également à prendre en compte le point de vue de tous, à chercher le lien et l'harmonie, voire l'égalité et l'équité, et elles mettent la relation au premier plan. En conséquence, selon cette grille, le *Système de résolution des différends*

⁵¹⁰ Il est tout de même à noter que « [L]es pays en développement [...] percevaient l'arbitrage comme une justice imposée par l'Occident. Dans les pays arabes par exemple, l'arbitrage était considéré comme une renonciation aux compétences législative et judiciaire ». Voir DOSSOU, Robert, *La pratique de l'arbitrage en Afrique, in L'OHADA et les Perspectives de l'Arbitrage en Afrique*, Travaux Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement, volume 1, p. 125 et ss.

d'investissement met en œuvre des mécanismes qui relèvent du paradigme Ambre pour atteindre des objectifs Pluralistes-Verts. C'est le cas de l'arbitrage, mais également de la conciliation, développés par le CIRDI ou la CNUDCI comme des *rights-based methods*, ou encore du mécanisme de constatation des faits qui est certes neutre mais vise à l'éclaircissement des faits qui sous-tendent généralement ensuite une logique ou un processus basé sur le droit.

D'un point de vue institutionnel donc, seuls les mécanismes basés sur le droit furent développés. Pourtant, ce « *vide institutionnel* »⁵¹¹ noté à l'endroit des mécanismes basés sur les intérêts aurait pu être satisfaisant dans le sens où une institutionnalisation des mécanismes amiables issus de la pratique tend à les formaliser, leur ôtant notamment une part de la flexibilité recherchée. Et on aurait pu s'attendre à ce que les parties d'un conflit d'investissement recourent spontanément aux mécanismes de résolution fondés sur les intérêts sur une base *ad hoc*. Mais ce n'est pourtant pas le cas, ce que l'on peut attribuer au fait que l'architecture institutionnelle qui se construit est le reflet du mode de pensée dominant à ce moment-là : le paradigme Ambre. Et naturellement, celui-ci s'exprime également dans la pratique des acteurs. Ainsi, puisque les États fonctionnent largement selon le paradigme Ambre, notamment dans leurs relations au sujet de l'investissement - négociations de traités, appuis informels donnés à leurs ressortissants investissant à l'étranger etc.- et que les États sont les entités dominantes dans le système de l'investissement, il est peu surprenant que les autres entités, au premier chef desquelles les multinationales, adoptent les comportements du paradigme Ambre dans leurs rapports à leur État d'accueil. Ce schéma de pensée imprègne les processus de résolution des conflits, y compris ceux dits amiables et basés sur le dialogue, comme la négociation – on revient ici à la difficulté de la mise en œuvre pratique de la vision égalitariste et consensuelle entre entités dont certaines fonctionnent selon un paradigme autre que celui Pluraliste.

En d'autres mots, d'un point de vue processuel, il est vrai que dans leur pratique les États et les acteurs privés utilisent principalement la voie du dialogue pour résoudre leurs conflits. Cela essentiellement par voie de négociations directes : la plupart de leurs litiges ne sont pas résolus par voie d'arbitrage ou devant la CPJi puis la CIJ, mais bien par la voie diplomatique ou amiable. Pour autant un mode de résolution des litiges basé sur le dialogue

⁵¹¹ Voir en ce sens une publication du Harvard Law Review, *Mediation of Investor-State Conflicts*, du 20 juin 2014, qui parle d'un « *Dispute-Process Gap in Investor-State Dispute* », accessible à l'URL : <https://harvardlawreview.org/2014/06/mediation-of-investor-state-conflicts/>

comme la négociation directe ou assistée par voie de médiation par exemple, ne se positionne pas nécessairement dans la catégorie des *interest-based methods*. En effet, il ne le sera qu'à la condition d'identifier dans le fond de l'affaire les intérêts sous-jacents aux positions - notamment juridiques- des parties en conflit. Sans cela, y compris dans un mode dit « amiable » sous l'angle du processus, la résolution du conflit reste basée sur la force. En d'autres termes, le « consensualisme » observé dans les mécanismes « amiables » dans ce contexte, n'ont de consensuel que le fait d'être des mécanismes de résolution *directe* des conflits, par opposition aux modes qui font intervenir un tiers. Et quand une baisse du « consensualisme » est observée dans la première partie de cette thèse au profit d'un règlement juridictionnel, c'est davantage dans l'idée que les parties se mettent à déléguer le règlement de leurs conflits et qu'en ce sens on observe une diminution du règlement direct des conflits par la voie du dialogue, puisque c'est finalement la force qui prime dans ce rapport direct. Et finalement alors dans ce contexte, une résolution indirecte juridictionnelle peut apporter plus d'équité qu'un rapport direct basé sur la force.

En effet, la voie des intérêts suppose une réelle coopération qui est contre-intuitive dans ce schéma de pensée Ambre largement basé sur les rapports de forces (même si la force s'exprime par les juridictions et non par la force) et une vision hiérarchique des rapports humains. C'est particulièrement vrai dans le contexte complexe d'un point de vue relationnel de l'investissement. Il est ainsi observé que la part émotionnelle dans les conflits, ainsi que leur complexité, tend à diminuer l'habileté des parties à identifier leurs intérêts et ceux de la partie adverse⁵¹². C'est-à-dire, leur capacité à adopter une démarche pluraliste qui revient à accepter que l'autre partie puisse avoir un point de vue différent du sien, et le considérer, dans les deux sens du terme : l'examiner et le respecter tout à la fois. Or, les conflits d'investissement, par les enjeux et parties en présence, sont une forme de litiges particulièrement complexe, et présentant de nombreux éléments d'interculturalité, un sujet émotionnellement chargé et compliquant le dialogue. Ce qui a souvent pour conséquence de faire échouer les tentatives d'accord.

Outre les négociations directes, ce constat est confirmé par notre expérience pratique de la résolution assistée de conflits d'investissement au travers d'un mode basé sur les intérêts.

⁵¹² COE, Jack J. Jr., *Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes — A Preliminary Sketch*, 2007

De plus, les divers conciliateurs.trices et médiateurs.trices d'investissement que nous avons eu l'opportunité d'interviewer évoquent également cette difficulté. Elle a été formulée ainsi : chercher à faciliter une résolution de conflit auprès d'acteurs qui ne sont pas dans « *l'état d'esprit* » adéquat -ce que nous pourrions qualifier de positionnement Pluraliste- est un exercice extrêmement délicat voire impossible. Aussi, ces professionnels confèrent généralement une attention particulière à préparer les parties à la médiation *via* un processus qui vise à les rapprocher de cet état d'esprit Pluraliste. Cela est fait en règle générale sous forme de questionnement devant amener à une forme d'introspection des parties dans le but de créer une prise de recul, et ainsi une maturation du conflit⁵¹³. Les parties sont guidées afin de commencer à identifier leurs besoins réels, et d'imaginer ceux de leur opposant, un processus qui se poursuivra tout au long de la médiation. L'idée est bien d'introduire des éléments de pluralisme dans les rapports des parties. En dépit de ces efforts et de l'instauration d'un cadre favorable (mis en place de règles de communication respectueuse, de respect mutuel etc.), il n'est pas chose aisée de faire adopter un fonctionnement Pluraliste-Vert à des personnes fonctionnant prioritairement selon un paradigme Orange et Ambre. Dans ce contexte, une parade largement adoptée consiste à revenir à une logique issue cette fois du paradigme Orange : mettre l'accent sur le processus et le résultat. Quitte à ce que ces-derniers ne prennent pas réellement en compte les intérêts et points de vue de tous. On peut faire entrer dans cette catégorie la conciliation et la médiation évaluative/directive. Une démarche qui ne met plus au cœur la relation mais le résultat, ce qui est d'ailleurs généralement assumé : le but du processus est de permettre aux parties de se séparer avec le minimum de dommage possible.

⁵¹³ Voir sur le sujet de la « maturité » du conflit au sens de son plein développement et comme d'un état propice voire nécessaire à sa résolution : ZARTMAN, William I., '*Ripeness*': *the importance of timing in negotiation and conflict resolution*, 20 décembre 2008, disponible à l'URL : <http://www.e-ir.info/2008/12/20/ripeness-the-importance-of-timing-in-negotiation-and-conflict-resolution/>> consulté pour la dernière fois le 20 juillet 2018; et du même auteur : '*Ripeness: The Hurting Stalemate and Beyond*' dans P. C. Stern and D. Druckman (eds), *International Conflict Resolution After the Cold War* (National Research Council 2000), disponible à l'URL: <https://www.nap.edu/read/9897/chapter/7#231>, consulté pour la dernière fois le 20 juillet 2018.

Au cours de ce chapitre nous avons sollicité l'analyse des stades de développement proposée par Frédéric Laloux, un outil de sciences sociales, et plus particulièrement de *management*. Cela nous semblait opportun de faire un pas de côté vis-à-vis des sciences juridiques en ce que d'une part le *management* se définit comme la science de l'administration d'un système – et que notre sujet d'étude concerne la coopération des acteurs du système de l'investissement dans leur capacité à résoudre leurs conflits. Et d'autre part, car la première partie de cette thèse a révélé qu'un certain nombre des difficultés que le *Système de résolution des conflits d'investissement* connaît aujourd'hui, vient du fait qu'il a été organisé sur la base du **paradigme juridique**. C'est-à-dire en utilisant quasi exclusivement le droit comme outil garantissant la coopération des acteurs. Ce qui favorise de fait une coopération sous contrainte, plutôt qu'une coopération spontanée. Ce pas de côté paraissait donc opportun. La théorie de Frédéric Laloux apporte à ce titre des éléments intéressants, à condition toutefois d'en reconnaître les limites.

Particulièrement, il nous semble important de noter que l'analyse de Frédéric Laloux ne doit pas être vue comme mondiale, mais plutôt comme suivant l'Histoire du monde occidental, voire celle des vieilles puissances du Nord. Les stades décrits par Frédéric Laloux comme ceux de « *l'humanité* » seraient en réalité plutôt ceux d'une Histoire du monde occidental⁵¹⁴ et de l'imposition croissante de son mode de pensée ; ceci jusqu'à être à la source de nombreux systèmes considérés aujourd'hui comme « *mondiaux* » ou « *internationaux* »⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Notamment, l'auteur décrit un stade qui suivrait le stade Pluraliste-Vert et appelé « Évolutif-Opale », (*Teal* en anglais). Or, l'auteur ne semble pas prendre en compte l'existence de sociétés autochtones qui se sont spontanément organisées selon un mode de fonctionnement très proche de ce stade. On en trouve des exemples notamment dans les sociétés amérindiennes ou africaines. Voir un intéressant article en ce sens : intitulé « **The Most Dangerous Notion in « Reinventing Organizations »** » par Jessica PRENTICE du 25 mai 2016 disponible à l'URL <https://medium.com/@jessicajprentice/the-most-dangerous-notion-in-reinventing-organizations-9032930295e2>; « *Teal management approaches may be new to us, with our legacy of kingdoms instead of kindoms, of feudal ideas of private property ownership, our left-brain ways of interpreting reality, our chronic wealth disparity, and our generally exploitative approach to other humans and the rest of the natural world. But the assertion (as written on the back of my Reinventing Organizations hardcopy) that Laloux is documenting the “few pioneers [who] have... ‘cracked the code,’” makes it sound as if a handful of modern European and American male executives have “discovered” something brand new, which sounds a bit like the modern equivalent of the conceit that Columbus “discovered” America in 1492. I think the assertion that Teal approaches are new is a very dangerous notion, as it reproduces hubristic attitudes of superiority and arrogance that are part and parcel of oppressive hierarchies in the first place.* » La nuance serait alors que le stade Opale ne serait pas une « découverte », mais une évolution du monde des affaires et des organisations occidentales, vers des principes qui étaient déjà (et le sont encore) connus par d'autres ailleurs et/ou en d'autres temps.

⁵¹⁵ Le système des Nations-Unies en est un bon exemple, qui bien qu'il ait connu des évolutions et l'intégration de nombreux États, était à son origine un système des Nations occidentales, et dont le conseil de sécurité et le droit de veto montrent le défi constant que connaît le multilatéralisme face au principe de puissance imposé. Voir ci-après les analyses de Bertrand BADIE.

Et le *Système de résolution des conflits d'investissement* n'aurait pas échappé au phénomène ainsi qu'il a été noté par certains auteurs⁵¹⁶, ou comme l'a montré l'analyse des racines du système CIRDI et de son extension réalisée dans la première partie de cette thèse.

Cependant, en raison de l'influence de l'Occident sur le droit des investissements, du système de l'investissements en général et sur celui visant la résolution des conflits d'investissement, l'analyse de Frédéric Laloux reste pertinente tant que ces limites sont connues. L'analyse des stades organisationnels permet alors de poser une grille de lecture explicative et heuristique sur la genèse du *Système de résolution des litiges d'investissement* et sur son développement : le mouvement de paix par le droit, ou **paradigme juridictionnel**, serait une expression du stade Pluraliste-Vert, et en conséquence le fondement idéologique du *Système de résolution des différends d'investissement* le serait également. Nous avons également apposé la grille des paradigmes organisationnels de Frédéric Laloux sur les premiers acteurs du système de l'investissement, ceux pour lesquels le *Système* a été conçu, pour en conclure qu'ils fonctionnent selon des paradigmes différents. Plutôt Orange pour les multinationales, et Ambre pour les États voire Rouge s'ils connaissent ce que l'auteur qualifie un état de « *déliquescence* ». Aussi, différents paradigmes organisationnels coexistaient au moment de la conception du système CIRDI puis de son évolution.

Puis sur ces bases, nous en avons déduit que puisque le *Système* est une expression du stade Pluraliste, il est probable que ses fondateurs – ici les agents de la Banque mondiale- ait connu les mêmes difficultés de mise en œuvre du paradigme Pluraliste que d'autres organisations Vertes. En particulier pour réussir la prise en compte de l'ensemble des points de vue des parties prenantes quand celles-ci fonctionnent sous d'autres stades que celui Pluraliste -particulièrement les États Rouge ou Ambre ici-, et d'obtenir un consensus pour réaliser une organisation égalitaire animée par des liens harmonieux. Et il semble qu'en effet, au regard de ce qui a été mis à jour du processus de conception et de mise en place du système CIRDI, puis de son extension décentralisée, ses fondateurs, pourtant animés de valeurs et d'objectifs Pluralistes, ont eu recours à des méthodes qui relèvent davantage des stades précédents que sont la hiérarchie et l'unilatéralisme. Et que naturellement le résultat obtenu est un système inégalitaire, et dans lequel ce n'est pas l'harmonie qui domine mais les rapports de force. Finalement, cette grille apporte de la lumière sur les insuffisances du système et les critiques

⁵¹⁶ Voir les développements p. 229 reprenant l'analyse de José Enriqué ALVAREZ.

auxquelles il fait face aujourd'hui. D'ailleurs, cette analyse et ce bilan peuvent être étendus au sujet des autres tentatives institutionnelles d'instauration du multilatéralisme, dont le système onusien est l'archétype puisqu'il est né du même idéal de paix par le droit. Et le système des Nations-Unies subit les mêmes défis de collaboration entre des États dans un système international où le principe de puissance est encore très fort face au désir (et besoin) de coopération qui s'incarne dans le multilatéralisme.

En effet, ces idées qui au fil de la mondialisation et des conflits mondiaux progressent et s'affirment, ne triomphent toujours pas de la « *power politics* » et du principe de puissance qui guident les actions des États sur la scène internationale depuis leur création. Une politique que le second conflit mondial a renforcé puisque dans l'esprit des vainqueurs, c'est justement parce qu'ils étaient les plus forts, les plus puissants, qu'ils ont pu triompher. Oubliant alors que la seule nécessité de l'exercice de cette force était l'absence de coopération et d'un minimum d'égalité entre eux ayant mené à un deuxième conflit mondial. En ce sens d'ailleurs, le droit de veto détenu par seulement certains des membres du conseil de sécurité des Nations Unies en est un très bon exemple⁵¹⁷. C'est ce droit de veto qui permet à Bertrand Badie d'affirmer que le multilatéralisme est « *un mort-né* » car « *ce principe collectif de solidarité et de délibération collective qui devait engendrer un ordre international se trouve oblitéré par ce droit exceptionnel détenu par cinq États qui encore aujourd'hui refusent à un sixième et a fortiori plus, à y accéder également. (...) [Ainsi le droit de veto représente] quelque principe de puissance instillée dans une logique multilatérale (...) de manière exceptionnelle, privilégiée* », pipant les dés d'un jeu au bénéfice de certains de ses membres seulement.

Ce qui doit frapper ici est que l'analyse du Bertrand Badie, ainsi qu'il le fait remarquer, reste valable aujourd'hui, et cela en dépit de la fin du bilatéralisme qui aura gelé les relations internationales dans l'immobilisme de la Guerre froide. Ce principe de puissance détenu par une poignée d'États demeure et empêche l'épanouissement d'un véritable multilatéralisme c'est-à-dire non juste de façade mais réellement basé sur la collaboration, et un principe « *de*

⁵¹⁷ En effet, le multilatéralisme émerge à la sortie de la seconde guerre mondiale comme l'idée que l'on pouvait généraliser la coopération comme mode de construction de l'international. Cette idée pluraliste trouve son terreau dans les milieux évoqués précédemment dans ce texte. C'est Roosevelt, avocat il faut le souligner, qui porte cette idée. Mais face au congrès américain, émanation d'une organisation Amre qui vient de gagner la seconde guerre mondiale grâce à sa puissance, Roosevelt sait qu'il n'aura gain de cause pour la création d'un ordre international multilatéral que s'il trouve le moyen de garantir au Congrès la primauté de la loi américaine sur un potentiel droit international qui émergerait de ce multilatéralisme. Roosevelt promet donc que quand une décision sera prise devant des institutions internationales, les USA auront les moyens de s'y opposer : c'est ce qui amènera la création du conseil de sécurité avec exceptionnalité de la puissance avec le droit de veto.

solidarité et de délibération collective ». Pourtant, autour de ce jeu international des États, dont les vieilles puissances tentent tant bien que mal de rester les maîtres, le monde évolue. Il se globalise toujours davantage amenant **une complexité** dont naissent des enjeux d'autant plus importants que la compétition militaire. Les enjeux qui deviennent alors déterminants tournent davantage autours des inégalités sociales dans le monde, puis des questions climatiques et environnementales. La pandémie de Covid-19 en est une expression criante. Et à ces enjeux, il a été tenté de répondre par un nouveau multilatéralisme dit « *open and complex* »⁵¹⁸. Un multilatéralisme « *open* » c'est-à-dire ouvert non plus seulement aux États mais à de nouvelles parties prenantes, dont des ONG mais aussi aux mouvements sociaux « *qui échappent à la nomenclature des États* » donc au droit international. Et un multilatéralisme « *complexe* » dans le sens qu'il intègre les grands enjeux internationaux évoqués, notamment sociaux et économiques, liés à la mondialisation. De ces derniers ont émergé les grands objectifs du millénaire pour le développement qui devaient permettre de réduire l'insécurité alimentaire, environnementale et sanitaire.

Ce nouveau multilatéralisme est une nouvelle tentative des organisations internationales Pluralistes-Vertes de faire triompher le principe de coopération sur la puissance, avec à leur tête Kofi Annan Secrétaire général des Nations-Unies. Cependant, cette tentative ne rencontre elle aussi qu'un succès relatif, son « *bilan est maigre* »⁵¹⁹. Une cause racine serait que le multilatéralisme reste « *au défi constant du **minilatéralisme**, c'est-à-dire la volonté de substituer au système multilatéral, la diplomatie de club, du petit nombre, de l'oligarchie, des P5, du G8, du G20 et les groupes de contact (...) et qui outre son efficacité, sur lequel on peut s'interroger sur sa légitimité* ». Cet état de fait montre les limites d'une gestion **centralisée** par le biais d'institutions internationales pluralistes, d'un monde complexe dans lequel cohabitent des acteurs à des stades de développement différents. Ces-derniers, pour beaucoup voire la majorité, jugent la collaboration utile et nécessaires, et participent au développement du multilatéralisme, mais pas au point d'abandonner leur avantage, leur rapport de force ascendant, et donc un ordre international basé sur la puissance.

En retour, puisque l'économique n'est jamais loin du politique, du fait du nombre et de la qualité des parties prenantes et de leurs interactions, le système de l'investissement et avec lui le *Système de résolution des conflits d'investissements* connaissent le même mouvement de

⁵¹⁸ Une expression et vision attribuées, portées par Kofi ANNAN.

⁵¹⁹ Une conférence donnée à Sciences-Po Paris par Bertrand BADIE intitulée « *Le multilatéralisme* ».

complexification, et les mêmes obstacles pour faire triompher la coopération sur le principe de puissance. Et, dans le *Système de résolution des conflits d'investissements*, c'est probablement autour du droit des investissements que se cristallise le plus le défi entre collaboration et puissance. Alors comment sortir de cette impasse ?

Pour Frédéric Laloux, la complexité est un moteur qui permet de faire émerger de nouvelles formes d'organisation. À ce titre, sa théorie puisqu'elle est dite « évolutive » pourrait faussement laisser croire qu'il est porté un jugement de valeur sur les différents stades. Qu'ainsi par exemple, les organisations fonctionnant prioritairement selon le stade Pluraliste seraient « meilleures » que celles fonctionnant selon l'Orange. Or, l'auteur nous met en garde contre de telles simplifications : « *Il n'y a rien d'intrinsèquement « meilleur » à être à un stade de développement supérieur, pas plus qu'un adolescent n'est « meilleur » qu'un bébé. Mais il n'en reste pas moins qu'un adolescent peut faire davantage de choses qu'un bébé, parce qu'il est capable d'une pensée plus élaborée. Chaque niveau de développement est « bien ».* » Pour Frédéric Laloux, l'intérêt de la démarche réside dans la question de « **savoir si tel niveau est ou non adapté à la tâche à effectuer** »⁵²⁰. En d'autres termes, de trouver le bon stade pour le niveau de complexité auquel il est fait face. Pour Frédéric Laloux, « [i]l est plus juste de définir les stades avancés comme des façons **plus complexes** d'entrer en relation avec le monde »⁵²¹. En conséquence, la complexification du monde, nous amènerait à adopter prioritairement le dernier stade en émergence dit Évolutif-Opale, celui d'un mode d'organisation sous forme d'un « système vivant ».

La description faite par Frédéric Laloux de ce nouveau modèle organisationnel donne une part importante aux questions de développement, notamment psycho-cognitifs, de l'individu. Des aspects auxquels nous ne nous attacherons pas ici. En revanche, pour le reste de cette description, il est intéressant de remarquer que les organisations -publiques et privées- observées par l'auteur comme fonctionnant aujourd'hui selon ce modèle, ont répondu à la complexité par un modèle décentralisé, basé sur l'autogouvernance, favorisant le pluralisme et l'inclusivité de ses parties prenantes. Et ce mode de gouvernance rejoint celui préconisé par les sciences organisationnelles qui s'appuient sur les théories de la complexité. Ces théories sont alors d'intérêt pour notre sujet.

⁵²⁰ L'auteur reprend ici les mots de Nick PETRIE, LALOUX, Frédéric, op. cit., p.69 [Mis en gras par nos soins].

⁵²¹ LALOUX, Frédéric, op. cit. p.70. [Mis en gras par nos soins].

Chapitre 2. Le *Système de résolution des différends d'investissement* à l'aune de la théorie des systèmes adaptatifs complexes

Des développements précédents qui déroulent une analyse majoritairement historique et évolutionniste nous avons tirés divers enseignements. En effet, il a été noté une accélération progressive du rythme d'évolution des organisations qui suit le mouvement de complexification du monde. Et que ce mouvement est alors également celui du *Système de résolution des différends d'investissement*. Il a ensuite été noté que face à cette complexification, les modèles organisationnels précédents n'offrent pas de solutions adaptées. En effet, nous avons noté la limite d'un principe de gestion centralisé d'un *Système* qui ne cesse de se complexifier et de se décentraliser. Nous avons également noté en réaction de cela l'émergence d'un nouveau modèle organisationnel qui s'appuie sur la dynamique du système et sa complexité plutôt que son contrôle par des techniques de centralisation. Au cœur de ce modèle se situe l'autogouvernance et l'inclusion de l'ensemble des parties prenantes dans une gouvernance participative.

Ces considérations sont aujourd'hui appuyées par les théories qui étudient la complexité des systèmes sociaux. Ces systèmes peuvent être une organisation, un tissu économique, un État etc. Ce champ académique analyse la complexité de ces systèmes au travers de leur dynamique. En outre, pour les auteurs de la matière, des systèmes naissent des problématiques également systémiques qui présentent des propriétés miroirs de ces systèmes, notamment en termes de complexité dynamique. Ces problématiques sont dénommées des *wicked problems*. Ces théories et concepts apportent des clés de compréhension pour la gouvernance des systèmes sociaux ainsi que leur transformation. Des considérations particulièrement sollicitées dans le champ de la gouvernance publique pour des systèmes sociaux tels que le système de soins, le système éducatif, ou encore les politiques d'urbanisme et d'inclusivité des populations. Ces logiques alimentent également de manière croissante la réflexion autour de la gestion de problématiques systémiques, qualifiées de *wicked*, telles que le risque sanitaire, la pauvreté ou le réchauffement climatique, pour lesquelles une gouvernance globale est nécessaire. On voit ainsi que ces théories de la complexité, particulièrement celles des systèmes sociaux adaptatifs complexes et celle entourant la gestion des *wicked problems* appliquées à

ces systèmes, peuvent fournir des pistes intéressantes au sujet du *Système de résolution des différends d'investissement*, sa gouvernance et sa réforme.

C'est pourquoi dans une première section nous nous attacherons à étudier le *Système de résolution des différends d'investissement* à l'aune de la théorie des systèmes sociaux adaptatifs complexes (Section 1). Ainsi nous commencerons par poser des éléments de définition de ces systèmes, et de leur dynamique entre ordre et chaos. Nous pourrions particulièrement nous appuyer sur des auteurs qui ont fait le lien entre théories de la complexité, *management* et gouvernance, ainsi qu'entre théories de la complexité et droit des investissements, jusqu'à qualifier le système du droit de l'investissement de système adaptatif complexe. Une qualification que nous étendrons aux projets d'investissement ainsi qu'au *Système de résolution des différends d'investissement*. Or, si un système est complexe il paraît important de comprendre sa dynamique, c'est-à-dire, ce qui le modifie et le fait évoluer, si l'on en souhaite la réforme. C'est en ce sens que Joost Pauwelyn affirme que : « [the] *complexity theory and the notion of complex adaptive systems (...) elucidate processes of emergence and change in legal regimes* »⁵²². Puis dans une seconde section nous nous attacherons à l'étude du *Système de résolution des différends d'investissement* à l'aune de la théorie des *wicked problems* (Section 2), des problèmes typiques des systèmes adaptatifs complexes. Ces théories nous permettront de qualifier la réforme du *Système de résolution des différends d'investissement* ainsi que la résolution des conflits d'investissement de *wicked problems*. Ces qualifications nous permettront de nous inspirer des dernières propositions académiques faites pour leur gestion comme pistes de réflexion pour la réforme du *Système de résolution des différends d'investissement* et pour une meilleure gestion des conflits qui émergent nécessairement des projets d'investissement.

Section 1. Le *Système de résolution des différends d'investissement* à l'aune de la théorie des systèmes adaptatifs complexes

Au cours de cette section un premier temps sera pris pour explorer brièvement les théories qui entourent les systèmes adaptatifs complexes, et leur dynamique particulière qui les situe entre ordre et chaos (A). Puis dans un second temps, il sera développé les applications qui ont été faites de ces théories des systèmes adaptatifs complexes aux sciences juridiques,

⁵²² PAUWELYN, Joost, *At the Edge...*, op. cit. p.8.

notamment pour qualifier les systèmes juridiques de systèmes adaptatifs complexes. Nous nous appuyerons particulièrement sur les travaux de Joost Pauwelyn qui a étudié une telle qualification pour le système du droit des investissements, afin d'interroger la possible qualification du *Système de résolution des différends d'investissement* de système adaptatif complexe (B).

A) Entre ordre et chaos : les systèmes complexes

Les notions évoquées dans cette section ne sont pas des notions classiques des sciences juridiques, bien qu'elles ne leur soient pas complètement étrangères⁵²³. C'est pourquoi il nous semble important de les expliquer brièvement ici. En outre, les termes au cœur de la théorie de la complexité comme ceux de « système », de « simple », « compliqué » ou « complexe » ne possèdent pas le même sens que dans le langage commun, il convient donc d'explicitier leur sens retenu ici. Ces rapides définitions permettront de décrire les caractéristiques des systèmes complexes et leur dynamique, telle que la « *dépendance au chemin emprunté* » déjà évoquée dans la première partie de cette thèse ou celles « *d'émergence* » et de « *boucle de rétroaction* ». Il convient toutefois de préciser qu'il n'existe aucune définition formelle des systèmes complexes, et qu'en conséquence il persiste de nombreuses perspectives et des opinions variées sur le sujet. Aussi, les définitions proposées généralement sont dites de travail.

⁵²³ Voir par exemple : ROBERTS, Anthea, St JOHN, Taylor, *Complex Designers And Emergent Design: Reforming The Investment Treaty System*, <https://doi.org/10.1017/ajil.2021.57> Publié sur Internet par Cambridge University Press, et disponible à l'URL : https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/5B7691AE14B96BA197209B613118CBF9/S0002930021000579a.pdf/complex_designers_and_emergent_design_reforming_the_investment_treaty_system.pdf :

« *The investment treaty system is increasingly understood as a complex adaptive system or regime complex. Joost Pauwelyn harnessed insights from complexity science to explain how the investment treaty system gradually evolved from a series of small, historically contingent, and at times accidental steps, and now operates as a largely decentralized system that nonetheless gives rise to emergent patterns on issues like repeat appointments and quasi-precedents. Others have argued that complexity theory can afford insight into other areas of international law, including trade and environmental law. Although complexity theory remains on the margins of international law and international relations, there is a growing trend toward analyzing international regimes as complex adaptive systems.* »

Voir également: MORIN, Jean Frédéric, PAUWELYN, Joost et HOLLWAY, James, *The Trade Regime as a Complex Adaptive System: Exploration and Exploitation of Environmental Norms in Trade Agreements*, 20 J. INT'L ECON. L. 365, 2017 ; KIM, Rakhyun E., MACKEY, Brendan, *International Environmental Law as a Complex Adaptive System*, 14 INT'L ENVTL. AGMTS.: POL. L. & ECON. 5, 2014.

1- Théories de la complexité et systèmes : éléments de définition

Dans le langage courant, les termes de « complexe » et de « compliqué » sont souvent utilisés de manière interchangeable. Et il est vrai qu'ils partagent un part de sens, puisque le mot « compliqué », proche de difficile en ce qu'il s'oppose à « simple », induit une notion d'obstacle, d'effort, notamment pour la compréhension de l'objet qu'il qualifie⁵²⁴. Et ce sens se retrouve dans le terme « complexe » : est complexe ce qui « *contient plusieurs parties ou plusieurs éléments combinés d'une manière qui n'est pas immédiatement claire pour l'esprit* »⁵²⁵. Ainsi, le complexe est également difficile à comprendre. Mais ce qui distingue le complexe du compliqué est la présence d'un nombre important d'éléments. D'un autre côté, un système se définit comme « *un ensemble d'éléments coordonnés formant un tout* »⁵²⁶. Alors tout système composé de nombreux éléments et difficile à comprendre est-il complexe ?

Selon la théorie de la complexité, la réponse est claire : non. La nuance se situe dans ce que les systèmes complexes sont constitués d'éléments indépendants et capables d'évoluer en fonction de leur environnement⁵²⁷ selon la règle du « si/alors »⁵²⁸. Ce sont donc les interactions entre les éléments du système, et leur dynamique, qui permettent de qualifier un système de complexe. En conséquence, ce qui permet d'identifier les systèmes complexes, et qui intéresse tout principalement leur étude, est la compréhension de leur dynamique et de leurs fonctions.

⁵²⁴ Dictionnaire de la langue française Le Larousse.

⁵²⁵ Ibid.

⁵²⁶ Ibid. La notion de coordination est importante, ou encore d'ordre, de structure ou d'organisation des éléments. Ainsi un ensemble d'éléments non structuré reste un ensemble ; il ne s'agit pas d'un système. Dans cette absence de structure, on peut décrire un ensemble simplement en énumérant la totalité de ses éléments et leurs propriétés. Et l'ensemble de ces éléments ne sera qu'égal à la somme de ses différents constituants, rien de plus. Par exemple un ensemble de pierres sera décrit par l'énumération des pierres et leurs caractéristiques, et l'ensemble ne formera jamais qu'un tas de pierres, car aucun lien spécifique unit les constituants de cet ensemble. En effet, les pierres ne sont pas organisées de manière spécifique, elles ne fonctionnent pas ensemble comme une unité cohérente, elles ne collaborent pas. Ainsi, aucune dynamique ne peut être observée entre les éléments, on ne peut pas observer l'émergence d'un schéma global d'organisation comme c'est le cas dans un système. Ainsi, les pièces d'un moteur ne forment un moteur que si elles sont organisées d'une manière spécifique. C'est pourquoi le fondement même de la définition d'un système repose sur sa composition d'un ensemble d'éléments, en relation ou en interaction, dont le fonctionnement coordonné, la dynamique, permet l'émergence d'un nouveau niveau d'organisation, un système : l'éléments des parties d'un système dépasse sa somme.

⁵²⁷ Il s'agit là probablement des seules propriétés communes à l'ensemble des définitions des systèmes complexes. C'est ainsi que par exemple, la Commission Européenne qualifie un système complexe de « *macroscopic collections of simple (and typically nonlinearly) interacting units that are endowed with the ability to evolve and adapt to a changing environment.* » European Commission, Complexity in Social Science Research Project, COSI - Glossary, disponible à l'URL : <http://www.irit.fr/COSI/glossary/fulllist.php?letter=C>

⁵²⁸ John B. Ruhl parle de la règle du « if/then » : « *Starting with a single agent sitting inert all by itself, we move to a system where two or more agents interact, and they interact adaptively if they use "if/then" responses to chart their respective moves. Game theory's two-player prisoner's dilemma is such a system. Although bilateral adaptive system models are rather simple, multi-agent adaptive systems can grow large in size, diverse in types of agents, and extensive in different "if/then" rules of adaptation (...)* ». RUHL, John B., Law's Complexity, op. cit., p.6.

Il est pourtant assez inhabituel de définir un ensemble d'objets à partir de leur comportement plutôt qu'à partir de leur constitution⁵²⁹. A tel point d'ailleurs que pour certains auteurs, la théorie des systèmes complexes ne serait pas tant une théorie⁵³⁰ « *qu'une perspective pour modéliser des systèmes dynamiques* »⁵³¹ justifiant la pluralité des approches de ces types de systèmes. De l'étude des dynamiques des systèmes, les systèmes complexes sont dits « *auto-organisés, auto-reproducteurs, apprenants et adaptatifs* »⁵³².

Puisqu'il n'est évidemment pas simple de définir des systèmes complexes (c'est une tautologie), la définition se fait souvent en négatif. Et on retrouve ces spécificités (« *auto-organisés, auto-reproducteurs, apprenants et adaptatifs* ») dans les définitions en négatif des systèmes complexes⁵³³ face aux autres types de systèmes : les systèmes dits simples et compliqués.

Ainsi, tout d'abord, les systèmes simples voire compliqués seraient prévisibles contrairement aux systèmes complexes. Tous ces systèmes, par définition, sont constitués d'un ensemble d'éléments, acteurs et actions, en interactions. Ces interactions constituent un processus qui se qualifie en termes d'enjeux et de buts, leur atteinte quant à elle, en terme de sortie ou d' « *output* » en anglais. Le processus est influencé par des variables d'entrée ou d' « *inputs* », en anglais, et le système lui-même évolue dans un contexte. On dit des systèmes qu'ils se qualifient en « variables d'entrée » (ou « *input* ») qui agissent sur le système, ce qui

⁵²⁹ De nombreuses définitions des systèmes complexes intègrent des niveaux denses d'interconnexion entre leurs composants. Or, à mesure que le degré de connexion s'accroît, la nature et la structure de ces liens vont progressivement définir le système aux dépens des propriétés des composants. C'est ainsi que les questions principales deviennent celles de savoir comment les entités sont connectées et qu'est-ce qui est connecté à quoi : « *Lorsqu'un niveau critique d'interconnexion est atteint, le système cesse d'être un ensemble d'entités pour devenir un réseau d'interactions. Il s'agit alors de s'intéresser à la circulation à l'intérieur de ce réseau. Les réseaux constituent la géométrie réelle des systèmes complexes. Cette connectivité nous amène à réviser notre vision tri-dimensionnelle euclidienne traditionnelle de l'espace. Dans des systèmes complexes tels que le réseau de transport aérien mondial, ou le système financier, ou l'Internet, l'espace est redéfini par la topologie créée par la connectivité. Ce qui importe alors est votre position dans la structure du réseau et votre degré de connectivité. La connectivité fonde la complexité étant donné que les liens entre les éléments peuvent croître à une vitesse exponentielle.* » *Qu'est-ce qu'un Système Complexe?*, vidéo explicative de l'institut des Systèmes complexes, 8 décembre 2017, accessible à l'URL : <https://www.youtube.com/watch?v=Iw3-Du8Vztw>

⁵³⁰ Pour Morel et Ramanujam cités par Raymond-Alain THIÉTART, *Management et complexité : Concepts et théories*, Cahier n°282, Avril 2000, disponible à l'URL <https://reseauconceptuel.umontreal.ca/rid=1T50GKSJX-219MQC8-3J2N/1a%20complexité.pdf> p.8., il s'agirait d'un ensemble hétérogène d'approches différentes. Et parmi ces approches, cinq d'entre elles retiennent l'attention de l'auteur : la théorie des systèmes adaptatifs complexes, la théorie de la complexité co-évolutive, la théorie de la complexité catastrophe ou de l'auto-organisation critique, la théorie de l'auto-organisation et enfin la théorie du chaos. Et ces diverses théories ne seraient souvent pas bien distinguées dans les études des systèmes sociaux comme systèmes complexes.

⁵³¹ Morel et Ramanujam cités par A. Thiétart, dans *Management et Complexité...*, op. cit. p.8.

⁵³² THIÉTART, Raymond-Alain, *Ibid.*, p.3.

⁵³³ CASTI, John, *Complexification : Explaining A Paradoxical World Through the Science of Surprises*, London Harper Collins, 1994, 168 p., cité par THIÉTART, Raymond-Alain, *ibid.* p.3.

produit une « variable de sortie » (ou « *output* »). Dans un système simple ou compliqué, le système est souvent prévisible ou linéaire : $A+B = C$, ou $1+1 = 2$. Les effets des causes sont prévisibles c'est en ce sens que les systèmes simples ou compliqués sont prévisibles. Ceci à condition de connaître les variables d'entrée, les décisions par exemple, qui agissent sur le système. Une voiture ou même son moteur, une montre ou un vélo, sont des exemples typiques de ces types de systèmes linéaires.

Cette linéarité rend leur décomposition possible : « *les interactions entre composants du système sont faibles. Si les liens sont rompus, le système continue à se comporter comme par le passé. Le système peut ainsi être décomposé* »⁵³⁴. Une fois décomposés, ces systèmes peuvent être facilement reproduits avec un plan qui en représente les parties et leurs interconnexions. À l'inverse d'un système complexe : « (...) *un système complexe est difficilement décomposable. Négliger une partie du système détruit des aspects essentiels de son comportement et de sa structure* »⁵³⁵. Ceci nous donne en passant les limites des approches réductionnistes selon lesquelles, afin de pouvoir étudier un problème complexe, on peut le décomposer en une série de sous-problèmes plus simples »⁵³⁶. Dans les systèmes complexes, les relations des agents sont donc non-linéaires et c'est plutôt une connectivité en réseau qui représente leurs relations. Cette non-linéarité des systèmes complexes émerge du fait que lorsque deux éléments sont associés (et c'est *a fortiori* le cas avec plus d'éléments) le résultat n'est pas nécessairement la somme des propriétés individuelles des deux entités. Au contraire, l'effet combiné peut-être plus important⁵³⁷ ou plus faible⁵³⁸ que l'addition de chacune des parties en raison de leur interdépendance. $1+1$ n'est plus nécessairement égal à 2 mais à 1 ou à

⁵³⁴ Ces explications et exemples sont tirés d'une formation accessible en ligne : « De système simple à système complexe adaptatif » faisant partie d'un programme plus large appelé « Approche systémique pour la gouvernance des systèmes de santé » délivrée par l'Université Catholique de Louvain (UCL) via leur programme de formation en ligne « LouvainMoocXperience » et accessible à l'URL :

<https://www.youtube.com/watch?v=XWFSKFNpnUQ> (dernière consultation le 19 mai 2022)

⁵³⁵ C'est également ce qu'écrit John B. Ruhl en citant Simon LEVIN, *Fragile dominion: complexity and the commons*, 1999, dans son article: "*In a complicated world, the various elements that make up the system maintain a degree of independence from one another. Thus, removing one such element (which reduces the level of complication) does not fundamentally alter the system's behavior apart from that which directly resulted from the piece that was removed. Complexity arises when the dependencies among the elements become important. In such a system, removing one such element destroys system behavior to an extent that goes well beyond what is embodied by the particular element that is removed.*" Ruhl, John B., *Law's Complexity: A Primer*, op. cit., p.3.

⁵³⁶ Vidéo « De système simple à système complexe adaptatif », op.cit.

⁵³⁷ C'est souvent ce que l'on entend par l'intelligence collective. Ou encore, un exemple souvent donné est celui de la division du travail observée chez les hommes ou les fourmis qui produit des synergies. C'est-à-dire que le résultat généré est alors bien plus important que ce que les individus pourraient produire individuellement.

⁵³⁸ Un exemple ici, pourrait être celui de deux ondes sonores totalement asynchrones qui se neutralisent complètement en raison de l'interférence sonore.

3. Ces points sont importants quand on réfléchit à la bonne gouvernance ou l'amélioration d'un système s'il est complexe ; nous aurons l'occasion d'y revenir⁵³⁹.

En outre, parfois les variables d'entrée sont elles-mêmes influencées par les variables de sortie, créant ainsi une « boucle de rétroaction » qui influencera la dynamique du système. Si l'on prend l'exemple du système de soins dans le contexte de la santé publique : la performance des actes techniques produits par un professionnel de santé, tel qu'un chirurgien, qui correspond à l' « *output* » du système, sera influencée par la confiance qu'a ce chirurgien dans sa propre performance, soit l' « *input* » du système. Or, « *la confiance elle-même dépendra de la performance déjà produite de ce chirurgien, ses succès passés, il s'agit là d'une boucle de rétroaction à l'œuvre* »⁵⁴⁰. Et ces boucles sont soit positives, dans le sens qu'elles sont amplificatrices, l'output renforçant l'input, et ainsi de suite ; ou ces boucles peuvent être négatives, c'est-à-dire correctrices dans le sens où l'output affaiblira l'input.

Dans les systèmes simples ou compliqués, il existe un nombre limité d'interactions et de boucles de rétroaction. En revanche, les systèmes complexes ont en général de nombreuses boucles « *qui permettent au système de se restructurer ou de modifier le schéma d'interaction entre ses variables* ». Ces boucles génèrent des comportements « *contre intuitifs, « a-causaux », pleins de surprises où il n'est pas possible de retracer le cheminement des effets des variables à l'entrée du système* »⁵⁴¹. C'est en cela que les systèmes complexes sont caractérisés par des propriétés émergentes, et qui en outre parfois n'existent qu'au niveau du système, et ne peuvent pas être observées au niveau de ses éléments constitutifs, ses agents ou constituants. Raymond-Alain Thiétart explique : « *La notion de complexité implique celle **d'émergence plausible du nouveau**. Un système vivant, par exemple, est capable de créer de nouvelles formes, de nouvelles structures.* » Il ajoute en outre que « *(...) cette création se fait **sans l'intervention d'une autorité centralisée**. On ne peut se référer ici à l'existence d'un système de contrôle extérieur qui réorganise et oriente en fonction des aléas* »⁵⁴². C'est ce qui permet de dire d'un système complexe qu'il est « auto-apprenant ». Cette « diffusion de l'autorité décisionnelle » est une autre caractéristique qui distingue les systèmes complexes.

⁵³⁹ Voir en ce sens le chapitre 1 du titre 2 de la seconde partie de la thèse.

⁵⁴⁰ Vidéo « De système simple à système complexe adaptatif », op.cit.

⁵⁴¹ Ibid.

⁵⁴² THIÉTART, Raymond-Alain, *op. cit.*, p.3.

On a parlé d'agents, d'éléments, s'adaptant selon la règle du « si/alors ». Dans les systèmes complexes, il existe un grand nombre de preneurs de décisions, et c'est en ce sens « qu'un grand nombre d'actions se combinent et induisent le comportement du système »⁵⁴³ provoquant les phénomènes d'émergence. C'est alors que ces systèmes ne sont plus uniquement complexes, mais qu'ils sont dits **complexes adaptatifs ou adaptatifs complexes** (ci-après SAC). Cela signifie qu'ils forment un ensemble d'éléments qui ont la liberté d'agir de façon pas toujours prévisible. On en revient ainsi aux premières caractéristiques du système complexe : un ensemble d'agents indépendants et capables d'évoluer en fonction de leur environnement, mais également capables de faire évoluer leur contexte, en cela y compris pour les autres agents. En effet, puisque leurs actions sont interconnectées avec boucles de rétroaction, alors l'action d'un agent change le contexte pour les autres agents qui s'y adapteront, et produiront une action capable à leur tour de changer le contexte, et ainsi de suite. Alors, une autre conséquence de ce phénomène d'émergence est que de nouveaux niveaux d'organisation apparaissent au sein même du système ; qui eux-mêmes commencent à interagir avec d'autres systèmes et leur environnement, créant un nouveau niveau d'organisation, et ainsi de suite. Ces systèmes ont donc une structure hiérarchique. Tous les systèmes complexes ont cette propriété multi-dimensionnelle : ils sont constitués de nombreux éléments à de multiples échelles, et tous ces niveaux s'influencent mutuellement. C'est d'ailleurs un phénomène omniprésent dans notre monde : les éléments appartiennent à des sous-systèmes qui à leur tour forment des systèmes plus larges etc.

On le sent, de ces caractéristiques une impression de désordre voire de chaos peut naître chez l'observateur, et avec elle un sentiment d'incertitude. Cela est d'autant plus vrai que cet observateur possède des connaissances limitées sur le sujet⁵⁴⁴ – ce qui rejoint la définition du compliqué impliquant un part de subjectivité⁵⁴⁵. Pourtant on sent également qu'un certain ordre

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ C'est ce qui fait dire à Raymond-Alain Thiétart que « (...) dans un système richement organisé, on **observe une part d'incertitude**, tenant soit aux limites de notre connaissance, soit aux caractéristiques du phénomène observé » et que « La complexité est un concept subjectif. Elle est fonction de la manière dont on la regarde et de qui la regarde. Ce qui était complexe, il y a cinq cents ans, la dynamique céleste par exemple, ne l'est plus ou l'est plus encore, mais d'une autre manière, aujourd'hui. ». THIÉTART, Raymond-Alain, op. cit., p.2.

⁵⁴⁵ Pour une réflexion intéressante sur l'importance du regard de l'observateur sur l'objet observé en même temps que le dynamisme de cet objet voir TULKENS, Françoise et M. VAN DE KERCHOVE, Michel, *D'où vient les flous du pénal ? Les déplacements de l'objet et du sujet*, in *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Outrive*, Textes réunis par Y. Cartuyvels, Fr. Digneffe et Ph.Robert, Paris, L'Harmattan, 1998, p.131 et s. « Il en résulte inévitablement une impression de « flou » qu'un collègue avait très judicieusement mise en lumière, il y a un certain temps, à propos de l'État belge, en comparant celui-ci, dans sa forme complexe, à un « télescope qui, mal réglé en deçà, comme au-delà, ne donne jamais qu'une représentation sans netteté ».

se crée au sein de ces systèmes, qui s’auto-organisent selon des règles dites déterministes. Le biologiste Stuart Kaufman, un des pionniers de la théorie de la complexité, expliquait « *[v]ast interlinked networks of elements behave in three broad regimes – [1] ordered, [2] chaotic, and [3] a complex regime on the frontier between order and chaos* »⁵⁴⁶. Et c’est cet équilibre entre ordre et chaos qui permet l’adaptation du système, et donc sa résilience puisque ses composants « *never quite lock into place, and yet never quite dissolve into turbulence either. (...) The edge of chaos is where life has enough stability to sustain itself and enough creativity to deserve the name of life* »⁵⁴⁷.

Les chercheurs s’accordent à dire que les systèmes dynamiques non linéaires sont partout présents dans la nature. Des exemples classiques de ce type de systèmes sont des organismes vivants comme le corps humain, ou les colonies de fourmis, ou encore la génétique ou le climat. D’ailleurs, ce serait l’application de la notion de complexité à l’étude des organismes vivants comme des *systèmes complexes*, qui fonderaient les travaux modernes sur la notion de complexité⁵⁴⁸. La maturité des études des systèmes biologiques relayées ensuite par les sciences de l’écologie explique que les exemples de systèmes complexes généralement donnés viennent de la nature, et que peu sont choqués par l’idée qu’un écosystème naturel soit un système complexe. D’ailleurs la métaphore de l’écosystème est bien souvent reprise pour signifier et représenter dans l’imaginaire collectif un système social comme un système adaptatif complexe. John B. Ruhl explique :

Ayant personnellement plus l’habitude de manier un appareil de photo qu’un télescope, je me permettrai d’utiliser une autre métaphore (...) Tout photographe, en effet, sait d’expérience que le flou d’une image peut résulter de trois facteurs différents. Le premier résulte évidemment d’une mauvaise mise au point et renvoie à l’image du télescope mal réglé que je viens d’évoquer. Il en est cependant deux autres sur lesquels je voudrais davantage attirer l’attention. L’un réside dans le fait que la personne ou l’objet représenté ont bougé ou ont été déplacés au moment où la photo a été prise. L’autre réside dans le fait que le photographe a lui-même bougé. Ce que je voudrais dès lors retenir de cette métaphore, c’est que, si les flous de la justice pénale trouvent en partie leur source dans les « bougés » occasionnés par l’évolution de la réalité observée, on ne peut minimiser l’importance de la deuxième source de flou, celle qui réside dans les « bougés » opérés par l’observateur lui-même au travers des changements de paradigmes utilisés pour rendre compte de cette réalité ». p.1

⁵⁴⁶ KAUFMAN, Stuart cité par PAUWELYN, Joost, dans *At the Edge of Chaos?...*, op. cit. p.9.

⁵⁴⁷ WALDROP, Mitchell cité par PAUWELYN, Joost, dans *At the Edge of Chaos?...*, op. cit. p.9.

⁵⁴⁸ THIÉTART, Raymond-Alain, *Management et Complexité : Concepts et Théories*, Dauphine Marketing Stratégie Prospective, Cahier n°282 Avril 2000, p.2, disponible à l’URL :

<https://reseauconceptuel.umontreal.ca/rid=1T50GKSJX-219MQC8-3J2N/la%20complexité.pdf> Voir également, John B. Ruhl, op.cit. : « *Some of the earliest work on nonlinearity in complex adaptive systems, for example, studied relationships between predator and prey, such as the lynx and the hare, which exhibit frequent explosions and crashes in populations. Of course, the lynx and the hare interact within the larger ecosystem, responding to far more than each other. The assembly of species and physical attributes builds network connectivity through which flows of energy and information link all the species to all* ».

“Preeminent biologist Simon Levin has described ecosystems as the “prototypical examples of complex adaptive systems”. John Holland, one of the leading figures in complex adaptive systems research, has explained why: Ecosystems are continually in flux and exhibit a wonderful panoply of interactions such as mutualism, parasitism, biological arms races, and mimicry.. --Matter, energy, and information are shunted around in complex cycles ... [and] the whole is more than the sum of its parts. Even when we have a catalogue of the activities of most of the participating species, we are far from understanding the effect of changes in the ecosystem. These broad agent and system behavior properties can be unpacked into several essentials. Starting with agent interactions, the foundation of an ecosystem is agent heterogeneity. Known as biodiversity in ecology, variety in the assembly of species is an important driver in how complexly the species interact. Yet, although different assemblies would lead to different sets of interactions, underlying all species interactions are deterministic rules of chemistry, biology, and physics. As in all complex adaptive systems, complex ecosystem behavior can arise from fairly simple rules of nature. What makes the interactions complex is how the rules, when set in motion among the diverse species and physical attributes of an ecosystem, produce nonlinear relationships between different agents and attributes.”

Cette image d'écosystème social est justement utilisée parce qu'à la différence du monde du vivant, l'application de la théorie de la complexité aux systèmes sociaux peut paraître surprenante pour beaucoup. Pourtant, les systèmes complexes se retrouvent également particulièrement dans le social. Les organisations humaines sont composées d'acteurs multiples en interaction, dont les conséquences attachées à leurs actions sont rarement linéaires, c'est-à-dire directes, instantanées et prévisibles. Ainsi, les activités humaines, économiques ou technologiques, regorgent de systèmes sociaux complexes, formés notamment en organisations⁵⁴⁹.

C'est-à-dire un ensemble de personnes et d'organisations qui interagissent entre elles ; un ensemble qui interagit par ailleurs avec son environnement par l'intermédiaire de ses acteurs. C'est le cas par exemple d'un hôpital, d'une entreprise, d'un groupe multinational ou d'une école. Et même au-delà, à plus grande échelle, tel qu'un État ou un groupe culturel. Ainsi, Internet et les marchés financiers sont des exemples classiques donnés dans les définitions des système sociaux adaptatifs complexes. Et ce que nous nommons « le monde globalisé » est

⁵⁴⁹ THIÉTART, Raymond-Alain, *Management et Complexité* : « Les caractéristiques de richesse des éléments en interaction et d'imprévisibilité des effets se retrouvent au sein des organisations », p.8

probablement le plus grand de tous les systèmes sociaux complexes : les Hommes constituent les parties de groupes sociaux, qui sont les parties de sociétés plus larges qui elles-mêmes sont des parties de l'humanité. Et une entreprise fait partie d'une économie locale qui fait elle-même partie d'une économie nationale, qui à son tour est intégrée à l'économie mondiale. Chaque partie de ces systèmes globaux est connectée et dépendante des autres. Il est ainsi impossible de complètement isoler l'un des composants de ces systèmes ou d'en réduire l'ensemble à un seul niveau. C'est cette complexité et cette interconnexion qu'il a été tenté de résumer dans l'acronyme « VUCA » (Volatile, Incertain, Complexe et Ambigus)⁵⁵⁰ pour qualifier notre monde actuel, et son interaction avec le seul plus grand système adaptatif complexe dans lequel il s'insère qu'est l'environnement.

2- Systèmes sociaux, systèmes complexes

Des développements précédents il ressort que l'on trouve des systèmes complexes dans l'ensemble des activités humaines, dont organisationnelles. Et à ces mots, il pourrait sembler que finalement tout ce qui est humain est complexe : le fonctionnement de nos cellules et la génétique, nos organismes, nos rapports familiaux, amicaux, de quartier et urbains, nos activités professionnelles ou caritatives dès lors qu'elles s'inscrivent dans une organisation, nos systèmes publiques comme le système éducatif ou de santé, et les systèmes internationaux dont le système des investissements. À notre sens, systèmes simples, compliqués (généralement fruit d'une conception humaine) et complexes (émergeant sans planification humaine) se superposent, et toute la difficulté dans l'étude de l'objet social réside dans notre capacité à démêler ces dimensions.

Ainsi si l'on prend pour exemple une organisation telle qu'une entreprise on pourra identifier un système simple dans celui qui permet la planification de l'activité de report de données telles que le nombre de jour pris pour maladie par les collaborateurs dans un logiciel comptable par le service des ressources humaines. Il se composera ainsi d'un ensemble d'éléments, des règles fixes, des résultats prévisibles. Un système compliqué sera celui du processus de comptabilisation des jours travaillés et des jours de congés selon leur type (par exemple rémunérés, maladie, maternité, formation) pour le calcul de la paie des salariés et la

⁵⁵⁰ Les explications de l'origine de l'acronyme abondent sur Internet, on trouve notamment celle-ci : « *VUCA is an acronym (artificial word), first used in 1987 and based on the leadership theories of Warren Bennis and Burt Nanus, and stands for Volatility, Uncertainty, Complexity and Ambiguity. It was the response of the US Army War College to the collapse of the USSR in the early 1990s. Suddenly, there was no longer the only enemy, resulting in new ways of seeing and reacting.* » Trouvé sur le site <https://www.vuca-world.org> , consulté pour la dernière fois le 19 mai 2022.

mise en relation avec les divers organismes sociaux et étatiques (telles que la sécurité sociale, et l'agence gérant le crédit formation prévu par l'État) ainsi que la prise en compte des réglementations afférentes au domaine. Dans ces deux cas les *inputs* et les *outputs* de ces systèmes sont prévisibles. Ces systèmes se composent de processus linéaires. Finalement, un système complexe sera le département en lui-même des ressources humaines de l'entreprise : fonctionnement et collaboration des diverses équipes et individus qui les composent entre collaboration naturelle et imposée, rapports hiérarchiques et de pouvoirs, communication formelle et informelle, liens fonctionnels et relationnels avec les autres départements de l'entreprise et leurs membres etc. Cet exemple relève du *management*, qui s'est emparé de la théorie des systèmes complexes pour tenter d'influencer ces systèmes organisationnels complexes du monde de l'entreprise. Mais les sciences managériales ne sont pas les seules à avoir senti le potentiel de la théorie des systèmes adaptatifs complexes, c'est le cas également des sciences juridiques.

C'est ainsi que John B. Ruhl nous explique que : « *Complex adaptive systems theory is about building models for moderate number contexts in which agent heterogeneity can and usually does influence outcomes, and as such it is worth exploring how it might inform our understanding of the legal system. (...) Emerging primarily from the physical sciences in the 1980s, complex adaptive systems theory has spread to economics, ecology, sociology and beyond. (...) Along with a growing number of legal scholars, I am working to import the theory into the study of legal systems.* »

B) Le Système de résolution des différends d'investissement comme système adaptatif complexe

John B. Ruhl ainsi que d'autres auteurs ont fait une application des théories de la complexité et des systèmes complexes adaptatifs au droit. Si ce courant académique est davantage actif en Amérique du nord, on trouve de telles réflexions dans la littérature francophone européenne également, et sur lesquelles nous pouvons également nous appuyer pour évaluer la possible qualification du *Système de résolution des différends d'investissement* comme système adaptatif complexe.

1- La complexité en droit : la qualification des systèmes juridiques comme systèmes adaptatifs complexes

La notion de complexité n'est pas étrangère aux sciences juridiques. Elle est au contraire souvent invoquée, généralement dans une critique d'un droit trop compliqué, difficilement accessible et intelligible pour les non-juristes. Le droit à ce titre ne répond bien souvent pas à l'adage selon lequel « *Nul n'est censé ignorer la loi* » et ne remplit pas son obligation de sécurité juridique. La complexité vue comme préjudiciable doit alors être combattue. Pourtant, à côté de cette vision, il existe celle qui voit la complexité du droit comme inévitable. Jean-Etienne-Marie Portalis écrivait déjà : « *Quelle est d'ailleurs la nation à laquelle des lois simples et en petit nombre aient longtemps suffi ?* »⁵⁵¹.

Dans le même sens et bien plus récemment un auteur écrivait :

« *L'image du mouvement de balancier est souvent utilisée pour illustrer les progrès ou les régressions de situations économiques ou sociales, les alternances politiques... Il s'agit d'un exemple simple et compréhensible, qui semble ne pouvoir s'appliquer au Droit, ce dernier paraissant se **complexifier de façon inéluctable**, avec l'approfondissement de l'encadrement des règles de la vie en société. En effet, si quelques grands principes théoriques ou solutions juridiques éprouvées paraissent stables (p. ex. la consécration du droit de vote), leurs modalités deviennent de plus en plus complexes, encadrées, évolutives et délicates à appréhender (pour reprendre l'exemple du droit de vote : âge minimum ; inscription sur une liste électorale ; règles de transparence ; contrôle juridictionnel...). Une sédimentation⁵⁵² des règles juridiques vient obscurcir le dispositif général d'application de la règle de droit. Il semble que le balancier ne fonctionne plus, et que le Droit de l'avenir soit condamné à évoluer vers une complexité toujours plus grande* ».⁵⁵³

⁵⁵¹ L'auteur continue « *Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fût à la -portée du moindre citoyen.* » Discours préliminaire sur le projet de Code Civil de Jean-Etienne-Marie PORTALIS, Extrait de ce discours, présenté le 1er pluviôse an IX, accessible à l'URL : https://ledroitcriminel.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/la_loi_penale/generalites/portalis_discours_code_civil.htm

⁵⁵² Une sédimentation qui n'est pas sans rappeler la construction du système du droit des investissements ainsi que nous l'avons développé, un élément à garder en mémoire ici en soutien de la complexité du *Système* dont cette recherche est l'objet.

⁵⁵³ COLIN, Frédéric, *Droit et complexité*, Revista digital de direito administrativo faculdade de direito de ribeirão preto Universidade de São Paulo, 2013, p.1 [mis en gras par nos soins]

C'est également ce qu'écrit Danièle Bourcier, qui fait la liste des sources de la complexité du droit. On y retrouve l'idée de multiplication, de sédimentation et d'enchevêtrement des règles de droit. Mais l'auteure dans son analyse penche davantage vers les qualifications du « complexe » listées au début de cette section, quand elle évoque comme causes « *la variété normative requise pour rendre compte d'un monde complexe* »⁵⁵⁴, à côté de « *l'auto-organisation d'un système textuel fortement interconnecté*⁵⁵⁵, *la lecture enchevêtrée des textes pour un usager du droit (citoyen, décideur, juge), (...) [et] l'imprévisibilité des effets des normes* »⁵⁵⁶. En faisant cela, l'auteure se rapproche de la vision du John B. Ruhl :

« *It cannot suffice to (...) simply [say] that the legal system is complicated, or has a lot of parts, or is hard to predict, for those are merely observations-all true I would add-about the consequences of its **complexity**. (...) [W]ould assembling a cogent, descriptively accurate theory of what makes the legal system complex help us to formulate more accurate and useful propositions about the legal system? I have to believe it would, and in my pursuit of such an explanation I have leaned heavily on **the theory of complex adaptive systems***⁵⁵⁷ »⁵⁵⁸.

Cette étude des systèmes adaptatifs complexes a émergé dans les années 1980 dans la littérature scientifique et des sciences des organisations, puis est arrivée progressivement dans les sciences juridiques⁵⁵⁹ dans toujours davantage de domaines : « *The breadth of current substantive applications is impressive, including jurisprudence, law and economics, torts, criminal law, environmental law, regulatory law, bankruptcy, **mediation, and other forms of***

⁵⁵⁴ L'auteur partage l'idée exposée précédemment que la complexification du droit est aussi le reflet de celle de nos sociétés et de notre monde : « (...) *le XXI^e siècle, comme les précédents, sera pour les scientifiques, tous confondus, celui de la complexité* ». Ibid, p.2.

⁵⁵⁵ Une qualité cette fois-ci qui n'est pas sans rappeler la fameuse image du « *bol de spaghettis* » déjà évoquée au sujet de la multiplication et l'enchevêtrement des sources du droit des investissements.

⁵⁵⁶ BOURCIER, Danièle, *Sciences juridiques et complexité. Un nouveau modèle d'analyse* in *Droit et cultures* [En ligne], 61 | 2011-1, mis en ligne le 18 octobre 2011, consulté le 11 décembre 2021. Disponible à l'URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/2390>

⁵⁵⁷ Une définition en est donnée par l'auteur : « (...) *the study of systems comprised of a macroscopic, heterogeneous set of autonomous agents interacting and adapting in response to one another and to external environment inputs. Emerging primarily from the physical sciences in the 1980s, complex adaptive systems theory has spread to economics, ecology, sociology, and beyond.* »

⁵⁵⁸ RUHL, John B. *Law's Complexity...*, *op.cit.*, p.2.

⁵⁵⁹ Sans être classique, l'application de la théorie des systèmes complexes adaptatifs aux sciences juridiques n'est pas tout à fait nouvelle non plus. On trouve des références particulièrement dans la littérature nord-américaine, voir en ce sens : SCHUCK, Peter H. *Legal Complexity: Some Causes, Consequences, and Cures*, *Duke Law Journal*, vol. 42, no. 1, Duke University School of Law, 1992, pp. 1-52, <https://doi.org/10.2307/1372753>, disponible à l'URL : <https://www.jstor.org/stable/1372753>, JONES, Gregory T., *Dynamical Jurisprudence: Law as a Complex System*, 24 *Ga. St. U. L. Rev.*, 2012, disponible à l'URL : <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol24/iss4/6> Mais également, Danièle Bourcier, « *Sciences juridiques et complexité. Un nouveau modèle d'analyse* », *op. cit.*

alternative dispute resolution, administrative law, capital markets, telecommunications, legislative and judicial decision making, discrimination and equal opportunity, constitutional law, business law, land use law, intellectual property, and political theory - and this is surely not a complete list»⁵⁶⁰. On retrouve également la thématique dans la littérature francophone.

Ainsi Michel Van De Kerchove⁵⁶¹ nous explique qu'« *un des changements épistémologiques majeurs intervenus dans les dernières décennies, et qu'on associe parfois à l'écllosion de la pensée « post-moderne », réside dans la substitution du paradigme de la complexité à celui de la simplicité. Pour faire bref, on peut dire, à la suite d'Edgar Morin*⁵⁶², *que ce changement consiste à abandonner le principe de la science classique selon lequel « le rôle de la connaissance est d'expliquer le visible complexe par l'invisible simple » et à lui substituer au contraire l'objectif de « lire la complexité du réel sous l'apparence simple des phénomènes » ».*

Michel Van De Kerchove en fait l'application aux sciences juridiques, et notamment des trois caractéristiques de la complexité jugées essentielles : l'incertitude, la récursivité et la dialectique. Ces caractéristiques font écho à celles des systèmes complexes tels que nous les avons décrites. On pense à leur équilibre entre ordre et chaos, ainsi qu'à leur dynamique entre composants et entre les différents niveaux des systèmes, qui constituent souvent des sous-systèmes complexes. Cela en particulier quand l'auteur explique que la complexité en droit se manifeste dans « *la reconnaissance de relations dialectiques entre des pôles que la pensée classique présente traditionnellement comme radicalement opposés et dissociables.* » L'auteur

⁵⁶⁰ [mis en gras et souligné par nos soins]. Particulièrement pertinent pour notre sujet, l'auteur cite également comme littérature faisant application de la théorie des systèmes adaptatifs complexes à la médiation et aux MARL en général : CREO, Robert A. *Mediation: The Art and the Artist*, 108 PENN ST. L. REVv.. 1017, 1031-45, 2004; HUGHES, Scott H., *Understanding Conflict in a Postmodern World*, 87 MARQ. L. REVv. 681, 2004; RUHL, John B. *Thinking of Mediation as a Complex Adaptive System*, 1997 BYU L. REVv. 777, 1997. Et une application au système juridique plus généralement : RUHL, John B., *Complexity Theory as a Paradigm for the Dynamical Law-and-Society System : A Wake-Up Call for Legal Reductionism and the Modern Administrative State*, 45, DUKE L.J. 849, 1996, du même auteur : *The Fitness of Law: using Complexity Theory to Describe the Evolution of Law and Society and its Practical Meaning for Democracy*, 49 VAND L. REV. 1407, 1996, RUHL John B., RUHL Harold J. Jr, *The Arrow of the law in Complex Administrative States: Using Complexity Theory to Reveal the Diminishing Returns and Increased Risk the Burgeoning of Law Poses to Modern Society*, 30 U.C. Davis L. REV 405, 1977. L'auteur cite encore dans son article une abondante littérature sur l'application des théories du chaos ou de la complexité à des branches spécifiques du droit.

⁵⁶¹ VAN DE KERCHOVE, Michel, La justice pénale, entre justice publique et justice privée ? CHJ@édition électronique – 2011, accessible à l'URL : <http://hdl.handle.net/2078.3/142051> et en de plus amples développements : TULKENS, Françoise, VAN DE KERCHOVE, Michel *D'où viennent les flous du pénal ? Les déplacements de l'objet et du sujet, in Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Ostrive*, Textes réunis par Y. Cartuyvels, Fr. Digneffe et Ph.Robert, Paris, L'Harmattan, 1998, p.131 et s.

⁵⁶² L'auteur renvoi à MORIN, Edgard, « *Épistémologie de la complexité* », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 1984, n°1, p. 47.

poursuit avec l'exemple de la justice pénale « *comme située « entre » justice publique et justice privée, c'est-à-dire non pas comme occupant une position statique « médiane » ou intermédiaire entre ces deux concepts, mais comme nouant de véritables liens dynamiques d'interaction entre eux.* ». Il en est probablement de même du droit des investissements que l'on situe souvent « entre » droit public et droit privé.

Quant à la récursivité telle que décrite par l'auteur, elle ne peut manquer de rappeler la non-linéarité des systèmes complexes, le phénomène d'émergence et les niveaux successifs qui se créent au sein d'un système complexe :

« (...) à la simplicité des modèles purement hiérarchiques ou purement circulaires, on peut ainsi opposer la complexité du modèle des « boucles étranges » ou des « hiérarchies enchevêtrées », selon l'expression de Hofstadter⁵⁶³, ou encore des « hiérarchies inversées », selon l'expression de M. Delmas-Marty⁵⁶⁴. A la différence des hiérarchies pures qui établissent des relations exclusives et continues de subordination entre les différents niveaux auxquels appartiennent les éléments – organes et normes – d'un même système, et à la lumière desquelles la pensée classique a toujours analysé le fonctionnement du système juridique en général (...) les hiérarchies enchevêtrées se caractérisent par des phénomènes paradoxaux de violation de niveaux, à la faveur desquels des éléments censés occuper un niveau hiérarchique inférieur exercent, d'une manière récursive, une prééminence effective sur des éléments censés occuper un niveau supérieur » .

Cette description renvoie à l'analyse développée ailleurs par ce même auteur en collaboration avec François Ost⁵⁶⁵ dans leur texte bien connu et dont il est usuel de se référer comme celui de « De la pyramide au réseau ? ». Ce texte pose probablement une réflexion sinon égale au moins très proche à celle d'une qualification du système juridique comme d'un système adaptatif complexe. En utilisant le prisme de la complexité, les auteurs s'emploient à

⁵⁶³ Cité par l'auteur : HOFSTADTER, Douglas R., *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une guirlande éternelle*, trad. française, Paris, Interéditions, 1985, p. 799.

⁵⁶⁴ Cité par l'auteur : M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 107.

⁵⁶⁵ OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 44, no. 1, 2000, pp. 1-82.

Les auteurs ont par ailleurs produit ensemble une abondante littérature sur des sujets complémentaires : OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 213 et s. ; OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 105-111.

A ce sujet, cf. notamment OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, *De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ?*, dans Chaïm Perelman et la pensée contemporaine, Textes rassemblés par G. HAARSCHER, Bruxelles, BRUYLANT, 1993, p. 127 et s.

modifier la vision du système juridique comme d'une structure « *hiérarchique, linéaire et arborescente* »⁵⁶⁶ (ce qui correspond à un système compliqué), à laquelle l'image de la pyramide⁵⁶⁷ convient tout à fait, pour une vision du système juridique comme complexe, et pour lequel l'image du réseau rend compte plus justement. Les auteurs parlent de « *bougés* » et de phénomènes de « *bouclage* » et du concept de récursivité déjà évoqué. Ces observations renvoient à notre sens à l'idée de dynamique du système juridique comme système complexe, à ses boucles rétroactives et son phénomène d'émergence. Cette dynamique aurait été relevée également par d'autres qu'eux⁵⁶⁸, preuve du besoin de « *complexifier* » le concept pyramidal, et en général du besoin « (d) *élaboration de nouveaux modèles théoriques* » pour rendre compte de « *la nature et l'étendue des transformations essentielles affectant la structure de ces systèmes (juridiques)* »⁵⁶⁹. Et finalement d'ouvrir les sciences juridiques à d'autres concepts et paradigmes, tels que selon nous, ceux de la complexité et des systèmes adaptatifs complexes.

Ce besoin d'ouverture est partagé par John B. Ruhl qui explique la pertinence de l'application de la théorie de la complexité et des systèmes adaptatifs complexes aux systèmes juridiques en ces termes : « (...) *exploring a model of law as a complex adaptive system (...) open(s) up windows to new understanding of law as a system. Complex adaptive systems theory studies how agents interact and the aggregate product of their interactions. But the study of law already abounds with such theories. Game theory, for example, focuses on actors in bilateral strategic interactions. More generally, interaction models based on law and economics study market-level efficiencies by projecting interactions between multitudes of "rational actors" that represent the averaged-out behavioral traits of the infinite masses. The problem (...) is that "most economic, political, and social interactions involve moderate numbers of people."* (...) *Most actors in the legal system interact in this moderate numbers context in which there are too many interacting agents to fit neatly into bilateral models, but*

⁵⁶⁶ OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, « De la pyramide au réseau ?... », op cit.

⁵⁶⁷ Les auteurs renvoient évidemment aux travaux de Hans Kelsen : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p.266.

⁵⁶⁸ En soutien les auteurs citent les concepts « d'interpénétration des systèmes » de VIRALLY, Michel, *Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes*, op.cit., p.491 ; RIGAUX, François, *Quelques réflexions sur l'évolution constitutionnelle de la Belgique et les relations internationales*, in *Évolution constitutionnelle en Belgique et relations internationales. Hommage à Paul de Visscher*, Paris, Pedone, 1984, p.175. ; et de « stratification » par le même auteur dans un texte différent : VIRALLY, Michel, *La pensée juridique*, op.cit., p.177. Les auteurs citent également AMSELEK, Paul, *Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1978, n°1, p.13. Qui aurait parlé de « espèce de hiérarchie » comportant « bien des tempéraments » au sujet de la hiérarchie des normes. Puis enfin, de l'idée développée par TROPER, Michel, dans « *Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique* », op.cit., p.528 selon laquelle on observerait plutôt une « pluralité de pyramides comportant des hiérarchies de normes renversées ».

⁵⁶⁹ OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, « De la pyramide au réseau ?... », op cit.

not enough agents to ignore idiosyncratic behavior by averaging-out to an infinite numbers "rational actor" model." (...) Complex adaptive systems theory is about building models for moderate number contexts in which agent heterogeneity can and usually does influence outcomes, and as such it is worth exploring how it might inform our understanding of the legal system. »⁵⁷⁰

En outre, Joost Pauwelyn affirme que « [the] *complexity theory and the notion of complex adaptive systems* (...) *elucidate processes of emergence and change in legal regimes* »⁵⁷¹. En ce sens, si un système est complexe il paraît important de comprendre ce qui le modifie et le fait évoluer si l'on en souhaite la réforme.

On le voit, l'application de la théorie de la complexité aux systèmes sociaux puis juridiques⁵⁷² n'est pas nouvelle, et comprend un potentiel à ne pas négliger pour comprendre ces systèmes et leur réforme. Alors, qu'en est-il du *Système de résolution des litiges d'investissement entre États d'accueil et investisseurs étrangers* : fait-il partie de la catégorie des systèmes adaptatifs complexes ?

2- Le Système de résolution des différends d'investissement comme un système social adaptatif complexe

Une telle qualification peut se faire à différents niveaux. D'une part ainsi que l'écrit John B. Ruhl « [a]t the surface, one might recognize that there are complex adaptive system properties in the economy, poverty, war, terrorism, crime, the environment, and other realms we attempt to manage and regulate through law, and ask simply what that means for law. How should law be configured so as to best approach these complex social and physical systems? »⁵⁷³. Ces considérations renvoient à l'influence de la complexité du domaine sur le

⁵⁷⁰ L'auteur donne un exemple : « *Appellate lawyers, for example, know there is a limited pool of judges who might wind up on a panel, and that the judges have different judicial persona. No competent lawyer would draft an appellate brief to align with a particular panel composition without knowing those are in fact the judges on the panel, nor would the lawyer draft a brief based on a panel composed of "average judges" if the lawyer knew who the judges on the panel are. Throughout the legal system, agents interact in ways suggesting that the differences between agents matter, because they do.* » RUHL, John B., *Law's Complexity: A Primer...*, op.cit., p.5.

⁵⁷¹ PAUWELYN, Joost, *At the Edge...*, op. cit., p.8.

⁵⁷² Voir par exemple la qualification du système commercial international en système adaptatif complexe faite par: MORIN, Jean-Frédéric, PAUWELYN, Joost, HOLLWAY, James, *The Trade Regime as a Complex Adaptive System: Exploration and Exploitation of Environmental Norms in Trade Agreements*, *Journal of International Economic Law*, 2017, 20, 365–390 doi:10.1093/jiel/jgx013

Advance Access Publication, 9 June 2017, disponible à l'URL : <https://www.chaire-epi.ulaval.ca/sites/chaire-epi.ulaval.ca/files/publications/jgx014.pdf>

⁵⁷³ *Ibid*, p.887.

droit qui tente de le régir. Transposé à notre sujet d'étude cela suppose d'une part que le système global des investissements réalisés par un investisseur étranger sur le territoire d'un État d'accueil présente des caractéristiques des systèmes complexes adaptatifs. Cela semble bien être le cas au même titre que le système bancaire ou commercial international. L'analogie se fait sans heurt. Puis d'autre part, qu'en retour le droit qui le régir, c'est-à-dire le droit des investissements internationaux, l'est également.

Mais au-delà d'une complexité par extension, si l'on s'attache aux caractéristiques évoquées des systèmes adaptatifs complexes, notamment les niveaux hiérarchiques qui se créent par le phénomène d'émergence, il paraît assez juste d'imaginer que le *Système de résolution des différends d'investissement* est en lui-même un système complexe en interaction avec son niveau supérieur qu'est le système de l'investissement international.

Tout d'abord, il nous semble possible de partir du postulat que le *Système de résolution des différends d'investissement* est en effet bien un système⁵⁷⁴. Qu'il ne s'agit pas d'un abus de langage en ce qu'il est constitué d'une agrégation d'éléments, ou « agents », en interaction. Également en ce sens, le *Système de résolution des différends d'investissement* ne répond ni à la logique bilatérale ni à la logique « statistique » décrite plus haut, et que face à un nombre important mais limité d'acteurs, le multilatéralisme doit être choisi pour rendre compte de leurs interactions au sein du *Système*.

Ces agents du *Système* se partagent aujourd'hui entre les acteurs dits classiques du droit des investissements que sont les investisseurs, les États d'origine et d'accueil et leurs émanations, et la Banque mondiale, et ceux dont la prise en compte⁵⁷⁵ suit le nouveau « *open*

⁵⁷⁴ L'exercice de qualification avait été entrepris par deux auteurs abondamment cités ci-dessus dans M. VAN DE KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 105-111.

⁵⁷⁵ Voir VARGIU, Paolo, *Stakeholders of Investment Arbitration: Establishing a Dialogue Among Arbitrators, States, Investors, Academics and Other Actors in International Investment Law*, in Fach Gómez, K. (eds) *Private Actors in International Investment Law*. European Yearbook of International Economic Law, Springer, Cham, 2021, disponible à l'URL; https://doi.org/10.1007/978-3-030-48393-7_2 : « Il est généralement admis que toute sentence arbitrale étend ses effets uniquement sur les parties au différend dans le cadre duquel elle est rendue, pourtant « (...) on peut soutenir que les devoirs des tribunaux arbitraux d'investissement ne se limitent pas à répondre aux questions qui leur sont posées par les parties, puisqu'ils traitent de questions pour un auditoire beaucoup plus vaste que les parties — un auditoire qui comprend d'autres États, investisseurs actuels et potentiels, universitaires, ONG et associations, et les contribuables de chaque État agissant en tant que défendeur devant un tribunal arbitral. **Tous ces sujets sont des parties prenantes de l'arbitrage des investissements, car ils ont tous un intérêt tangible dans la façon dont les traités d'investissement sont interprétés et appliqués, et comment le droit international des investissements est développé** (...) Il n'existe toutefois aucun instrument de droit international qui confère aux tribunaux d'investissement la responsabilité de tenir compte de toutes ces préoccupations lorsqu'ils statuent sur une demande présentée par un investisseur.

and complex multilateralism »⁵⁷⁶. Ces-derniers comprennent les ONG⁵⁷⁷, les associations de défenses locales des droits humains et de l'environnement, les populations⁵⁷⁸ directement concernées par les projets d'investissement, que le droit ne reconnaît pas comme *acteurs agissant du système*⁵⁷⁹. Mais encore les cabinets d'avocats, la communauté des arbitres et les institutions d'arbitrage, les cabinets de conseils spécialisés dans l'évaluation des dommages subis⁵⁸⁰, les associations d'affaires, les organismes de financement et de (re)assurance, ou encore le monde académique (université, organismes de recherche du type du CNRS⁵⁸¹ etc.).

Et ces divers acteurs sont en relation et s'adaptent à leur environnement, agissant en retour sur lui, particulièrement pour modifier leur niveau d'influence sur le *Système*. En effet, outre la division générale entre acteurs traditionnels et non traditionnels, il existe des niveaux d'influence au sein de ces catégories. Parmi les acteurs traditionnels, les États économiquement

On observe ainsi une reconnaissance de certains de ces acteurs, quand d'autres restent en marge du droit des investissements internationaux et de l'arbitrage. » [Traduit par nos soins].

⁵⁷⁶ BEN HAMIDA, Walid, « *L'arbitrage transnational face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions* », in F. HORCHANI (Dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, Pedone, 2006, p. 195 : « *Outre les sources juridiques, ce sont les acteurs des investissements et leurs interactions qui se complexifient. Dans ce système global de résolution des différends d'investissement, le centre de gravité de la résolution des conflits s'est déplacé pour ne plus se situer au niveau de la relation interétatique, mais de celle entre l'État hôte et l'investisseur -l'État d'origine de l'investisseur reste cependant présent en arrière-plan de cette relation, et le politique n'est jamais loin de l'économique. Ce déplacement s'inscrit dans une tendance de prise en compte accrue de la société civile dans l'univers international ; un nouveau multilatéralisme est en émergence. Alors que les États interviennent toujours davantage dans la sphère économique, l'interdépendance des acteurs publics et privés les pousse à la coopération. Les frontières se brouillent entre sphère publique et privée.* »

⁵⁷⁷ Cet acronyme désigne les Organisations Non Gouvernementales. À cet égard, dans la catégorie des acteurs non traditionnels, les ONG se sont taillé une place et fonctionnent au sein d'un système qui reconnaît qu'elles peuvent se voir accorder des privilèges de participation limités en tant *qu'amicus curiae* dans certains cas.

⁵⁷⁸ On peut penser aux tribus, chef, associations de défenses des droits humains et environnementaux locales. Au cours de la dernière décennie, les peuples du tiers monde se sont engagés de plus en plus dans les activités d'investissement, ce qui est apparu dans la jurisprudence des tribunaux de règlement des différends en matière d'investissement. Voir par exemple : ADAMCZEWSKI, Amandine, JAMIN, Jean-Yves, LALLAU, Benoît, TONNEAU, Jean-Philippe, *Investissements ou accaparements fonciers en Afrique ? Les visions des paysans et de la société civile au Mali*, Développement durable et territoires [En ligne], Vol. 3, n° 3 | Décembre 2012, mis en ligne le 09 décembre 2012, consulté le 07 avril 2022. Disponible à l'URL :

<http://journals.openedition.org/developpementdurable/9424> ; DOI :

<https://doi.org/10.4000/developpementdurable.9424>

⁵⁷⁹ ODUMOSU, Ibranke T., *Revisiting NGO Participation in WTO and Investment Dispute Settlement: From Procedural Arguments to (Substantive) Public Interest Considerations*, in Canadian Yearbook of International Law/Annuaire Canadien de Droit International, 44, 353-394., 2007, doi:10.1017/S006900580000905X, accessible à l'URL : <https://www.cambridge.org/core/journals/canadian-yearbook-of-international-law-annuaire-canadien-de-droit-international/article/abs/revisiting-ngo-participation-in-wto-and-investment-dispute-settlement-from-procedural-arguments-to-substantive-public-interest-considerations/4050076448DDC4B8A7DE043EDC6FADAA> : « (...) *non-traditional actors – Third World peoples (as opposed to states), social movements, and NGOs – carve out spaces of interaction with the more traditional actors (states, foreign investors, and dispute settlement tribunals) in contesting and seeking to reconstruct the rules that regulate the international investment regime.* ». [Mis en gras par nos soins]

⁵⁸⁰ Voir à titre d'exemple le cabinet Analysis Group : <https://www.analysisgroup.com>

⁵⁸¹ CNRS est l'acronyme de Centre Nationale de la Recherche Scientifique

puissants (et les investisseurs étrangers) ont façonné le cours de l'ordre international d'investissement et, pour la plupart, les États du tiers-monde ont adopté une position réactionnaire⁵⁸². Dans le même sens, toutes les catégories non traditionnelles ne fonctionnent pas à des niveaux similaires de non-participation, car le droit international sur l'investissement étranger a mis au point des mécanismes qui tiennent compte de certains acteurs non traditionnels, mais en exclut largement d'autres⁵⁸³.

Face à cela les acteurs s'adaptent, s'associent et influent sur le *Système*. A titre d'exemple, contrairement aux ONG qui bénéficient d'un minimum de reconnaissance dans l'ordre international⁵⁸⁴, ce n'est pas le cas des groupes de militants nationaux. Ces derniers forment alors parfois des coalitions avec certaines ONG transnationales pour demander des privilèges d'*amicus curiae* devant les tribunaux arbitraux d'investissements⁵⁸⁵. Ces comportements entre acteurs du *Système* est un phénomène d'émergence qui influe sur le contexte du *Système* : « *It is in the context of such networks and coalitions that one can begin to refer to a truly transnational collective action movement in the international law on foreign investment* »⁵⁸⁶. Dans le même sens, un lien direct se fait entre société civile et agences internationales comme le notait un auteur : « *Les institutions internationales, notamment les bailleurs de fonds multilatéraux (...) pour accélérer le développement et le rendre plus efficace, (...) sont tentées de court-circuiter l'État en aidant directement des acteurs dits « de la société civile » – entreprises privées, coopératives, associations animées par des Églises, ONG – considérés comme les éléments indispensables d'une vie politique plus responsable, plus ouverte et plus représentative* »⁵⁸⁷.

On observe également les liens qui se créent entre acteurs du monde de la finance spéculative, tels que les fonds d'investissement, et les parties aux différends. En effet, face aux difficultés de financement des procédures arbitrales, des fonds d'investissement proposent une aide financière en échange d'une part de l'éventuel règlement transactionnel ou de la

⁵⁸² ODUMOSU, Ibranke T., *Revisiting NGO Participation in WTO and Investment Dispute Settlement...*, op.cit.

⁵⁸³ ODUMOSU, *ibid.*

⁵⁸⁴ ALTER, Karen J., *The New Terrain of International Law*, Princeton University Press, 2014, 480 p., accessible en ligne à l'URL : <https://muse.jhu.edu/book/36548> Voir le schéma 3.2, p.84 qui indique que 16 des Cours internationales permanentes admettent les recours de parties non-étatiques.

⁵⁸⁵ Voir par exemple l'affaire *Aguas del Tunari SA. v. The Republic of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/03/02) 20 ICSID Rev.-FILJ, 2005, p. 445 [Aguas del Tunari].

⁵⁸⁶ ODUMOSU, *ibid.*

⁵⁸⁷ KHILNANI, Sunil, *La « société civile », une résurgence*, Critique internationale, vol. no 10, no. 1, 2001, pp. 38-50. Disponible à l'URL : <https://www.cairn.info/revue-critique-internationale-2001-1-page-38.htm>

compensation accordée par le tribunal arbitral. Pour certains observateurs, il est possible de parler « d'un réseau dense de relations personnelles qui lie les financiers aux arbitres, aux avocats et aux investisseurs » faisant craindre des conflits d'intérêts⁵⁸⁸, et influençant en ce sens le *Système*, sa structure, sa légitimité et en retour les comportements d'autres acteurs du *Système*. Enfin, un autre phénomène d'émergence est la place croissante des institutions régionales (*regional economic integration organizations* ou REIOs en anglais) qui gagnent en importance et en influence notamment en termes économiques⁵⁸⁹, et qui peuvent désormais être parties au cours d'une procédure du mécanisme additionnel du CIRDI⁵⁹⁰

Ce phénomène s'observe également du côté des acteurs dits classiques dont les relations et rapports de force sont dynamiques et évoluent en fonction du *Système*. Pour aller plus loin, un auteur s'est prêté à cet exercice de qualification du *Système de résolution des différends d'investissement* en système adaptatif complexe et est arrivé à la conclusion que le droit international des investissements est bien un système adaptatif complexe : « *FIL emerged out of small, incremental and often accidental steps*⁵⁹¹, *operates as a largely self-organizing, decentralized system made up of many interacting components and stabilizes but also changes and evolves through a series of local, sub-optimal quasi-equilibria, highly sensitive to initial conditions that can be disturbed by both seismic events or major crises and minor mutations* ». ⁵⁹²

⁵⁸⁸ “*This (the investment arbitration system becoming increasingly integrated with the speculative financial world) is likely to further fuel the boom in arbitrations, increase costs for cash-strapped governments, and raises concerns of potential conflicts of interest because of a dense web of personal relationships that link financiers to arbitrators, lawyers and investors. Firms such as Juridica (UK), Burford (US) and Omni Bridgeway (NL) have already become an established part of international investment arbitration, in the absence of any regulation of their activities. This financialisation of investment arbitration has even extended to proposals to sell on packages of lawsuits to third parties, in the vein of the disastrous credit default swaps behind the global financial crisis.*” OLIVET, Cecilia, EBERHARDT, Pia, *Profiting from injustice, How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Report Nov. 2021, accessible à l'URL : <https://www.tni.org/en/briefing/profitting-injustice>

⁵⁸⁹ Voir en ce sens : UNCTAD, *World Investment Report*, 2012, p.84: « *bilateral agreements still dominate international investment policymaking; however, in terms of economic significance, there has been a gradual shift towards regionalism* ».

⁵⁹⁰ Voir le règlement révisé en juillet 2022 accessible à l'URL :

https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Additional_Facility_FRE.pdf : « Le Conseil administratif du Centre a adopté le Règlement du Mécanisme supplémentaire autorisant le Secrétariat du CIRDI à administrer certaines procédures entre États et ressortissants d'autres États qui ne tombent pas dans le champ d'application de la Convention CIRDI. Il s'agit de procédures de conciliation et d'arbitrage en vue du règlement de différends en matière d'investissement (i) dont le demandeur et/ou le défendeur ne sont pas des États contractants du CIRDI ou des ressortissants d'un État contractant ; **et (ii) à laquelle intervient une organisation d'intégration économique régionale en qualité de partie.** » [Mis en gras par nos soins].

⁵⁹¹ Une analyse que nous partageons, comme l'a révélé le premier titre de cette thèse.

⁵⁹² PAUWELYN, Joost, *At the Edge of Chaos...*, op. cit., p.13.

Et à son tour, ce *Système* serait lui-même composé de deux sous-systèmes complexes qui ont émergé par les phénomènes de décentralisation et de sédimentation que nous avons tenté de décrire dans le premier titre de cette thèse⁵⁹³. Il s'agit d'une part, du système des règles de fond en matière de protection et de promotion des investissements énoncées en particulier dans le droit international coutumier et les traités (principalement les TBI) et, d'autre part, le système constitué par les dispositions relatives au règlement des différends d'institutions comme le CIRDI et la CNUDCI.

Pour ce qui du système des règles de fond, ou substantiel, il présente des éléments caractéristique des systèmes adaptatifs complexes : « [the system] *does not have a single focal point, FIL as a field continues to oscillate between the regimes of diplomatic protection, commercial arbitration (law), trade law, property law, conflicts of law and even human rights, all of which are neighbouring and at times overlapping regimes with which FIL shares common roots* »⁵⁹⁴. Dans le même sens, le système processuel de résolution des litiges d'investissement ne s'organise pas autour d'une entité centralisée. Il n'existe pas de tribunal international de résolution des litiges d'investissement, ni d'organe d'appel. Les différends en matière d'investissements étrangers sont tranchés par divers tribunaux d'arbitrage *ad hoc* ou institutionnels produits par une multitude de centres, ce à une échelle internationale, régionale ou même nationale. Ces tribunaux se contredisent assez souvent et leurs sentences ne peuvent faire l'objet d'un appel. Elles ne sont qu'éventuellement examinées de manière superficielle par les comités d'annulation du CIRDI (pour les sentences du CIRDI) ou les tribunaux nationaux appelés à exécuter, par exemple, une sentence de la CNUDCI ou de la CCS (en vertu de la Convention de New York, par exemple).⁵⁹⁵ Et en retour, cette qualification du *Système de résolution des litiges d'investissement* en système adaptatif complexe permet d'expliquer sa résilience en dépit de sa naissance sédimentaire, sa décentralisation et de l'absence d'une autorité centralisée juridictionnelle et judiciaire⁵⁹⁶.

Par suite, on peut se demander dans quelle mesure ces systèmes complexes interagissent et s'influencent. En effet, de par leurs propriétés on s'attendrait aussi à ce que le système de

⁵⁹³ Cette analyse se base sur le principe d'émergence évoqué précédemment et sur les niveaux successifs et hiérarchisés qui se forment quand les composants d'un système complexe interagissent et s'adaptent à leur environnement et influent sur celui-ci en retour. Un système complexe est souvent lui-même constitué de sous-systèmes complexes et représente un sous-système, ou composant, d'un système complexe plus large.

⁵⁹⁴ PAUWELYN, Joost, *At the Edge of Chaos...*, op. cit., p.13.

⁵⁹⁵ PAUWELYN, Joost, *At the Edge of Chaos...*, op. cit., p.13.

⁵⁹⁶ Voir en ce sens la première partie de cette thèse reprenant sa naissance et son développement.

l'investissement international, ainsi que celui du droit des investissements et ses deux sous-systèmes, interagissent de façon complexe les uns avec l'autre, ainsi qu'avec tous les autres systèmes sociaux et physiques complexes avec lesquels ils sont interconnectés. Quand on sait que la description du système est aussi complexe que le système lui-même, il nous faut donc choisir avec soin le système que l'on souhaite étudier. Et ici, suivant les constats formulés par les théories des systèmes adaptatifs complexes, c'est davantage la dynamique inter-systèmes qui va nous intéresser que la composition de ces systèmes⁵⁹⁷. En effet, puisque nous réfléchissons en termes de réforme et d'*engineering* ou de *Design* des systèmes, plus que leurs composants, la question qui doit prioritairement nous occuper est celle de leur dynamique, c'est-à-dire leur émergence et interaction avec le système plus large des investissements internationaux. En ce sens, il convient de garder en mémoire *la qualification intrinsèque* (et non juste par extension) du *Système de résolution des différends d'investissement* comme un système adaptatif complexe. Cette complexité emporte des conséquences pour les éventuelles modifications que l'on souhaiterait lui apporter. Cette question sera le sujet du second titre de cette deuxième partie.

Avant d'examiner ce sujet, c'est à la *qualification par extension* du *Système de résolution des différends d'investissement* comme d'un système adaptatif complexe, que nous aimerions revenir. En effet, dans ce cas, c'est la complexité du système des investissements qui justifierait celle du système de résolution des litiges d'investissement (et de ses deux sous-systèmes décrits). En affinant la réflexion, nous sommes d'avis que la complexité à laquelle tente de répondre le *Système de résolution des différends d'investissement* est celle des conflits d'investissements, et la question même de la résolution de ces conflits complexes paraît être d'une grande complexité. C'est-à-dire que le système des investissements internationaux entre État d'accueil et investisseur étranger étant complexe et adaptatif, il produirait des problématiques présentant les mêmes caractéristiques.

À ce sujet, dans les suites des théories de la complexité et des systèmes sociaux adaptatifs complexes⁵⁹⁸, une autre théorie a émergée afin d'analyser et tenter de résoudre les

⁵⁹⁷ Voir pour plus de détails la note de bas de page 522 qui explique qu'à mesure que le degré de connexion s'accroît dans un système et qu'il se complexifie, la nature et **la structure de ces liens vont progressivement définir le système aux dépends des propriétés des composants**. C'est ainsi que les questions principales deviennent celles de savoir comment les entités sont connectées et qu'est-ce qui est connecté à quoi, plutôt que la nature des composants eux-mêmes.

⁵⁹⁸ Voir SLAPER, Timothy F., *Rural economic development, wicked problems and complex adaptive systems: (Don't let that title keep you from reading)*, Indiana Business Review, Indiana University, Indiana Business

problématiques inhérentes à ces systèmes. Selon celle-ci, suivant les caractéristiques de ces systèmes, il en émanerait des problématiques présentant des propriétés similaires⁵⁹⁹ et dont la complexité serait telle qu'elle justifierait de les qualifier de « *wicked problems* » parfois traduits comme des problèmes malins, « *malicieux, vicieux ou méchants* » : « *Social CAS [Complex Adaptive Systems] are constituted by individuals, institutions, and other organized entities that interactively influence each other and are simultaneously shaped and influenced by the wicked problems or issues within the system* »⁶⁰⁰.

Section 2. Le Système de résolution des différends d'investissement et la théorie des *wicked problems*

Dans un premier temps, il sera présenté la théorie des *wicked problems*, autour d'éléments de définition de ces problématiques ainsi que des dix caractéristiques proposées par les auteurs pour qualifier un problème de *wicked* (A). Sur cette base, nous pourrions tenter d'appliquer ces éléments à notre sujet, particulièrement à la question de la réforme du *Système de résolution des différends d'investissement*, ainsi qu'à la résolution des différends d'investissement qui émergent des projets d'investissement (B).

A) La théorie des « *wicked problems* »

Research Center, accessible à l'URL: www.ibrc.indiana.edu/ibr/2019/fall/article2.html, p.1: “ (...) *the definition and nature of wicked problems is to start with complex adaptive systems as a research domain, analytical framework and theory* (...) *WP (wicked problems) are about people—the most “complex adaptive systems” that we know of. They are subjective problems. Everything that has to do with people and society is ultimately subjective. Above all, WPs are about people as stakeholders: competing and cooperating, vying for position, willing to reflect, and to change their positions on the basis of this self-reflection. This is why such problems do not have stable problem formulations; do not have predefined solution concepts; and why their course of development cannot be predicted.*”

⁵⁹⁹ Voir en ce sens : ZELLNER, Moira, CAMPBELL, Scott D., *Planning for deep-rooted problems: What can we learn from aligning complex systems and wicked problems?*, *Planning Theory & Practice*, 2015, Vol. 16, No. 4, 457-478, p.458 : « (...) *the complex systems underlying human settlements (encompassing their social, biological and built infrastructure) generate wicked problems through interactions, heterogeneity, feedback, neighbourhood effects, and tensions between individual and collective interests. Conversely, planning can use the tools of complex systems (i.e. planning in its best sense) to more effectively mitigate and adapt to these wicked problems. There is an engaging symmetry here: complexity is both the source of intractable wicked problems and a way to trace the pathway out* ».

⁶⁰⁰ Voir RITTEL, Hors W. J., WEBBER, Melvin M., *Dilemmas in a general theory of planning*, *Policy Sci* 4, 155–169, 1973, disponible à l'URL: <https://doi.org/10.1007/BF01405730> sur la notion des *wicked problems*. Sur l'analyse que les système complexe produisent des *wicked problems* voir ZELLNER, Moira, CAMPBELL, Scott D., *Planning for deep-rooted problems*, op.cit.

De manière similaire à la théorie des systèmes adaptatifs complexes, la théorie des *wicked problems* en donne des éléments de définition en négatif en comparaison aux problèmes simples et compliqués. Elle développe également dix caractéristiques afin de reconnaître des problématiques comme *wicked problems*.

1- Éléments de définition

En 1973, Horst Rittel et Melvin Webber, professeurs en Sciences du *Design* et en planification urbaine à l'université de Berkeley, ont identifié une catégorie de problèmes qui défie les méthodes classiques de résolution de problème et qu'ils qualifièrent de « *wicked* »⁶⁰¹. Leur analyse visait à expliquer pourquoi les approches classiques de planification avaient failli dans la résolution de problématiques autour de l'urbanisme qui connaissait une crise dans les années 1970 aux États-Unis. Cette théorie née dans un contexte bien spécifique et dans la matière du *Design* et de la planification urbaine est maintenant utilisée avec pertinence dans d'autres domaines suivant les théories de la complexité et des systèmes (sociaux) adaptatifs complexes.⁶⁰²

Dans leur article de 1973, aujourd'hui de référence, les auteurs expliquent : « *Wicked problems are poorly formulated, boundary-spanning, ill-structured issues with numerous stakeholders who bring different perspectives to the definitions and potential resolution of the issue or problem. In wicked problems each issue can be seen as a symptom of others, each issue is unique, no definitive solutions are possible, and there is no "stopping rule" that determines the problem's end or is likely to satisfy all the stakeholders (...). [W]e are calling them "wicked" not because [their] properties are themselves ethically deplorable. We use the term "wicked" in a meaning akin to that of "malignant" (in contrast to "benign") or "vicious" (like a circle) or "tricky" (like a leprechaun) or "aggressive" (like a lion, in contrast to the docility of a lamb) »⁶⁰³.*

⁶⁰¹ Un terme qui aurait été emprunté par les auteurs à Karl Popper.

⁶⁰² Voir en ce sens : ZELLNER, Moira, CAMPBELL, Scott D., *Planning for deep-rooted problems...* op. cit, et sur la pertinence actuelle de la théorie des *wicked problems* : p.458 : « (...) we now use the "wicked problem" moniker in response to an era of megacities, globalization, climate change, terrorism, sustainability, communicative action and anti-science backlash. Long after many theories from that era have aged poorly or been forgotten altogether, the concept of "wicked problems" still carries relevance and weight, not just in planning, but in many seemingly distant fields (such as climate change) ».

⁶⁰³ Voir RITTEL, Hors W. J., WEBBER, Melvin M., *Dilemmas in a general theory of planning*, op. cit.

Ainsi pour décrire les *wicked problems* Horst Rittel et Melvin Webber les opposent aux problèmes bénins, dociles, ou apprivoisables. Ces problèmes sont ceux dont la définition est aisée et stable ; et dont les moyens et le moment de leur résolution apparaissent clairement et sans ambiguïté. Également, ces problèmes font généralement partie d'une classe ou d'une catégorie de problèmes similaires, avec des solutions également similaires et donc transposables. En outre leurs solutions peuvent être objectivement évaluées, puis testées afin d'être conservées ou abandonnées. Les auteurs citent en exemple des problèmes de mathématique ou d'ingénierie simple : « [t]he problems that scientists and engineers have usually focused upon are mostly "tame" or "benign" ones. As an example, consider a problem of mathematics, such as solving an equation; or the task of an organic chemist in analyzing the structure of some unknown compound; or that of the chess player attempting to accomplish checkmate in five moves. For each the mission is clear. It is clear, in turn, whether or not the problems have been solved »⁶⁰⁴.

A l'opposé les *wicked problems* sont ambigus et difficilement définissables⁶⁰⁵ en raison de leur forte connotation pour leurs parties prenantes : « Stakeholders subjectively define the problem from their point of view and [moral, political and professional] self-interest. As a result, it is difficult (if not impossible) to find consensus about what the root problem is, let alone how to solve it »⁶⁰⁶. En outre, à l'inverse des problèmes dits bénins ou dociles dont la définition et les contours restent stables, les *wicked problems* sont volatiles et mouvants : « [They] won't keep still: they are sets of complex, interacting issues evolving in a dynamic social context »⁶⁰⁷. Les *wicked problems* ne cessent donc de changer et d'évoluer, souvent d'ailleurs en réaction aux tentatives de résolutions précédentes, les rendant inadaptés aux modes classiques de résolution basés sur la planification et échappant « à toute forme de solutionnisme »⁶⁰⁸ : « While studying a novel and complex problem is natural and important, it is an approach that will run out of gas quickly if the problem is wicked. **Pure study** amounts to procrastination, because little can be learned about a wicked problem by objective data

⁶⁰⁴ RITTEL, Hors W. J., WEBBER, Melvin M., *Dilemmas in a general theory of planning*, ibid, p.6.

⁶⁰⁵ « *Wicked problems, in contrast, have neither of these clarifying traits; and they include nearly all public policy issues—whether the question concerns the location of a freeway, the adjustment of a tax rate, the modification of school curricula, or the confrontation of crime.* » RITTEL, Hors W. J., WEBBER, Melvin M., ibid, p.6.

⁶⁰⁶ SLAPER, Timothy F, *Rural economic development...*, ibid p.2

⁶⁰⁷ RITCHEY, Tom, *Wicked problems: Modelling social messes with morphological analysis*. Acta Morphologica Generalis, 2(1), 2013, p.2

⁶⁰⁸ FAURÉ, Christian, « *Wicked Problems* », *les problèmes fourbes du Design*, article du 19 mai 2020 accessible à l'URL : <http://www.christian-faure.net/2020/05/19/wicked-problems-les-problemes-fourbes-du-design/>

gathering and analysis. Wicked problems demand an opportunity-driven approach; they require making decisions, doing experiments, launching pilot programs, testing prototypes, and so on »⁶⁰⁹.

2- Les dix caractéristiques des wicked problems

En résumé, Melvin Webber et Horst Rittel listent dix caractéristiques essentielles pour identifier les *wicked problems* :

- Ces problèmes n'ont **pas de formulation définitive et la manière de les formuler est subjective**, elle dépend de l'interprétation qu'en donne la personne souhaitant le résoudre et de sa connaissance du champ des solutions possibles qui est toujours partielle et subjective. Ce qui renvoie à la définition de la complexité déjà évoquée. En conséquence, avec les *wicked problems* comme le précise les auteurs « *la formulation du problème est le problème* » et fait généralement le cas de vifs désaccords et de débats entre les parties prenantes. En conséquence, les méthodes classiques de définition de solutions comprenant une phase de compréhension du problème (collecte et analyse de l'information et synthèse « créative ») puis de planification sont inefficaces avec les *wicked problems*. Pour les auteurs il faut au contraire avoir « *une approche par argumentation collective progressive entre les parties prenantes afin de faire émerger graduellement une solution* »⁶¹⁰.
- Suivant la formulation subjective du problème, **l'identification de ses causes** l'est également, ainsi que **les solutions** apportées. Les *wicked problems* émanant des systèmes sociaux, « *nous sommes dans un domaine de causalités floues ou il n'y a pas de règles ou de procédures pour déterminer la véracité d'une explication. La raison en est qu'il y a beaucoup plus de façons de réfuter une hypothèse qu'il n'y en a dans les sciences* »⁶¹¹.
- En conséquence il est **également impossible de lister de manière exhaustive l'ensemble des solutions possibles** pour tenter de résoudre un *wicked problem*.
- Par ailleurs, en dépit de possibles similarités et ressemblances avec d'autres problèmes **chaque wicked problem est unique**. Aussi, les *wicked problems* ne s'insèrent pas dans

⁶⁰⁹ CONKLIN, Jeff, « *Wicked Problems and Social Complexity*. », CogNexus Institute, 2001, p.10 [Mis en gras par nos soins].

⁶¹⁰ FAURÉ, Christian, « *Wicked Problems* », *ibid.*

⁶¹¹ FAURÉ, Christian, « *Wicked Problems* », *ibid.*

une catégorie ou une classe de problèmes similaires permettant d'utiliser les mêmes solutions.

- En outre, il n'existe **pas de solution tranchée et objective à ces problèmes**, au mieux la solution résidera dans **un compromis acceptable** pour les parties prenantes,
- Il est **impossible de tester immédiatement et de manière définitive une solution** à un *wicked problem* : « (...) *s'insérant par nature dans une intrication de systèmes (psychiques, collectifs, technologiques, économiques, etc.), toute implémentation d'une solution a des effets de bord systémiques avec des vagues de conséquences quasi intraçables dans un temps limité* »⁶¹². Ainsi parce que les *wicked problems* changent constamment et évoluent, le résultat de toute solution doit être analysé dans le temps : ce qui est un succès demain pourrait être une catastrophe l'année prochaine.
- Également, face à la nature changeante et émergente de ces problèmes, **toute tentative de résolution aura un impact**, qui rendra impossible l'itération, puisque le problème aura déjà évolué tout comme son environnement lui-même adaptatif complexe.
- Pour les *wicked problems* il est **impossible d'évaluer a priori la pertinence d'une solution ou sa résolution**, généralement c'est l'épuisement des ressources (temps, argent, motivation et engagement des parties prenantes...) qui conduit à l'arrêt des tentatives de résolution.
- Les *wicked problems* s'insérant dans ces environnements interconnectés, émergents et évolutifs que sont les réseaux de systèmes complexes, tout *wicked problem* peut potentiellement être considéré comme étant **le symptôme d'un autre problème** conduisant à une réflexion en arborescence sans fin : « *Si un problème [wicked] peut être décrit comme étant un écart entre une situation existante et une situation espérée, alors la résolution de ce problème commence généralement par la recherche de la cause de cet écart. Cette cause devenant elle-même un nouveau problème pour lequel on va s'enquérir d'un nouvel écart qui donnera lieu à un nouveau problème, etc.* »⁶¹³. Cette pensée en arborescence conduit à une vision très haute (macro) et à des problèmes d'une grande généralité dont la résolution peut paraître impossible. Pour autant, la logique inverse conduisant à la décomposition d'un *wicked problem* en sous problèmes n'est pas souhaitable au risque sinon d'en réduire la richesse

⁶¹² FAURÉ, Christian, « *Wicked Problems* », ibid.

⁶¹³ FAURÉ, Christian, « *Wicked Problems* », ibid.

et d'être inefficace. En outre, selon les auteurs des améliorations marginales et locales ne garantissent pas pour autant une amélioration globale du problème.

- Enfin, tout cela ajouté à l'idée que la dynamique d'émergence rend toute prévision des effets d'une solution⁶¹⁴ et que les impacts de ces potentielles solutions touchent des individus, **il n'existe pas de droit à l'erreur pour les apporteurs de solution aux wicked problems** :

*« As Karl Popper argues in *The Logic of Scientific Discovery*, it is a principle of science that solutions to problems are only hypotheses offered for refutation. This habit is based on the insight that there are no proofs to hypotheses, only potential refutations. The more a hypothesis withstands numerous attempts at refutation, the better its "corroboration" is considered to be. Consequently, the scientific community does not blame its members for postulating hypotheses that are later refuted—so long as the author abides by the rules of the game, of course. In the world of planning and wicked problems no such immunity is tolerated. Here the aim is not to find the truth, but to improve some characteristics of the world where people live. Planners are liable for the consequences of the actions they generate; the effects can matter a great deal to those people that are touched by those actions. »⁶¹⁵*

Il doit toutefois être souligné que cette dernière caractéristique apparaît comme dépassée, et les auteurs s'accordent davantage aujourd'hui sur l'idée que les *wicked problems* demandent une posture itérative, basée sur le test rapide d'une solution afin d'en détecter les carences et mener une démarche d'amélioration et d'apprentissage continues.

⁶¹⁴ RITTEL, Hors W. J., WEBBER, Melvin M., *Dilemmas in a general theory of planning*, ibid, p.6. : « (...) the ramifications in the whole system are confusing such that any proposed 'solution' can sometimes turn out to be worse than the symptoms ».

⁶¹⁵ RITTEL, Hors W. J., WEBBER, Melvin M., *Dilemmas in a general theory of planning*, ibid, p.16

B) L'application de la qualification de *wicked problems* à notre sujet d'étude

Sur la base de ces éléments de définition et caractéristiques, il nous est possible d'appliquer la qualification de *wicked problems* à notre sujet d'étude. C'est-à-dire aux conflits d'investissement, puis selon l'idée de l'arborescence développée, à la question de leur résolution.

1- La qualification des conflits d'investissement comme *wicked problems*

On comprend des éléments de définition donnés par les auteurs que c'est le facteur social et collectif des problèmes qui les complexifie de manière *wicked* par rapport aux problèmes jugés simples ou techniquement compliqués. Cela revient à dire que c'est leur inscription dans un réseau de systèmes sociaux adaptatifs complexes qui les rend *wicked*.

On pourrait penser que cette approche de *designers* et d'architectes urbanistes est éloignée de notre sujet et des projets d'investissements. Pourtant, puisque les projets d'investissement interviennent particulièrement dans les domaines des contrats de concession de services publics, ainsi que dans la prospection et l'exploitation de ressources naturelles, et qu'ils comprennent bien souvent la construction, l'entretien et l'exploitation d'infrastructures (dans le cas par exemple de projets combinés dits dépendants ou complémentaires⁶¹⁶), ces projets touchent naturellement au tissu économique, social et urbain⁶¹⁷ de leur État d'accueil. Aussi nul ne peut nier leur impact organisationnel et social. Et au-delà de l'aspect « projet » en tant que tel, les questions touchées dans leur cadre sont à haute valeur stratégique. Nous pouvons donc également ajouter les aspects politiques et culturels que posent les projets d'investissement qui contribuent encore davantage à les considérer comme des *wicked problems*. Il nous semble donc que les projets d'investissement ainsi qu'incidemment les conflits qui en émanent, s'inscrivent pleinement dans cette catégorie de problèmes⁶¹⁸. Une

⁶¹⁶ Les projets d'investissement peuvent être classés de différentes manières, notamment selon la nature de l'investissement, selon leur objectif ou encore en vertu de leur niveau de dépendance avec d'autres projets d'investissement. Pour plus de détails voir par exemple : <http://www.blog-gestion-de-projet.com/quest-ce-quun-projet-dinvestissement-et-comment-les-classifier/#BQEYpGSV0KtGWUGr.99> (dernière consultation le 2 octobre 2022).

⁶¹⁷ A ce titre, un projet d'investissement ne serait pas seulement un système social adaptatif complexe, notion développée précédemment, mais **un système socio-écologique (SES) adaptatif complexe** qui implique trois systèmes : le système humain ou social, le système naturel – ou écosystème- lié à l'environnement naturel dans lequel s'insère le projet et le système de leurs interactions dans l'espace et le temps. Voir sur la notion de SES : HEAD, Brian W., XIANG, Wei-Ning, *Why is an APT approach to wicked problems important?*, *Landscape and Urban Planning*, Volume 154, 2016, Pages 4-7, ISSN 0169-2046, disponible à l'URL : <https://doi.org/10.1016/j.landurbplan.2016.03.018>.

⁶¹⁸ Pour une analyse de la complexité relationnelle d'un projet d'investissement voir : COUSSI, Olivier, « *Projets d'investissement étranger et système d'innovation territorial. Quelles leçons pourrions-nous tirer des*

analyse à l'aune des dix caractéristiques proposées par Horst Rittel et Melvin Webber permet de le confirmer.

Selon les auteurs il n'existe pas formulation définitive d'un *wicked problem* et la manière de le formuler est subjective, tout comme ses causes et solutions possibles. Cette dimension est bien présente dans une situation conflictuelle dans laquelle une vision objective est impossible. Les protagonistes n'ont bien souvent pas la même appréciation des événements et des causes du problème, fruits de leurs perceptions individuelles et des biais qui nous animent tous, tel que le biais de confirmation. Ce-dernier conduit à une reconstruction sélective de l'histoire, et l'obtention d'un « accord sur le désaccord » lors des négociations (assistées ou directes) est bien souvent une étape préalable indispensable.

Par ailleurs, rejoignant la pensée en arborescence évoquée au sujet des *wicked problems*, un conflit d'investissement peut être le symptôme d'un ou d'autres *wicked problems* qui peuvent comporter des dimensions conflictuelles. Cela entre mêmes parties prenantes ou impliquant d'autres acteurs. Cela justifie souvent une tentative d'analyse historique de la relation afin de comprendre le point de départ du conflit, une analyse qui s'avère souvent infructueuse. Il est par exemple souvent impossible de retracer les débuts d'une relation diplomatique tendue entre nations, dont on ne sait lequel des acteurs a porté le premier coup ou la première provocation. La logique peut être étendue aux partenaires dans un projet d'investissement entre lesquels il peut être difficile voire tout simplement impossible de définir quel mot déplacé, quel acte inélégant, quelle parole manquée, ou quelle incompréhension a débuté le durcissement des relations.

Très logiquement également, les parties prenantes n'ont généralement pas la même perception des solutions devant être apportées. En effet, le conflit est en règle générale formulé autour du fond⁶¹⁹, et les solutions à apporter sont le résultat des positionnements des parties qui, plus souvent que l'inverse, favorisent une partie au détriment de l'autre. Les questions de

pays émergents ? », Prospective et stratégie, 2016/1 (Numéro 7), p. 13-38. DOI : 10.3917/pstrat.007.0013. Disponible à l'URL : <https://www.cairn.info/revue-prospective-et-strategie-2016-1-page-13.htm> :

« L'élaboration et la mise en œuvre des politiques de développement économique est un processus complexe qui peut appeler une multitude de relations (...) ».

⁶¹⁹ Il existe de diverses manières d'analyser le concept de conflit. Il est notamment évoqué que le conflit possède généralement diverses dimensions : une dimension cognitive ou de contenu qui porte sur les idées, sur les opinions, sur les faits et qui est généralement explicite. Et deux dimensions implicites : relationnelle et émotionnelle.

fond pouvant en outre se partager dans les diverses catégories de problèmes citées. Elles peuvent ainsi être simples ou compliquées quand elles concernent des aspects techniques, mais également être complexes quand une dimension sociale, notamment éthique ou culturelle s'ajoute, et quand d'autres systèmes sociaux complexes seront touchés par effet de bord par une éventuelle solution. Ce sera par exemple le cas des négociations visant l'inclusion ou non et à quelle hauteur d'une part de main d'œuvre locale dans le projet d'investissement afin de favoriser un transfert technique de connaissances. Et plus généralement d'associer ou non un volet social et responsable au projet. Les questions de protection de l'environnement du pays d'accueil entrent également dans cette catégorie.

Par ailleurs, dans ce contexte il est impossible de lister de manière exhaustive l'ensemble des solutions possibles pour tenter de résoudre les diverses dimensions conflictuelles. Les solutions choisies sont celles qui ressortent de la vision des parties et de leur créativité. Des solutions dont il est impossible de prouver qu'elles sont les meilleures ou les seules. Et qu'en outre il est impossible de tester immédiatement et de manière définitive. Ce sera en conséquence un compromis qui sera recherché par les parties.

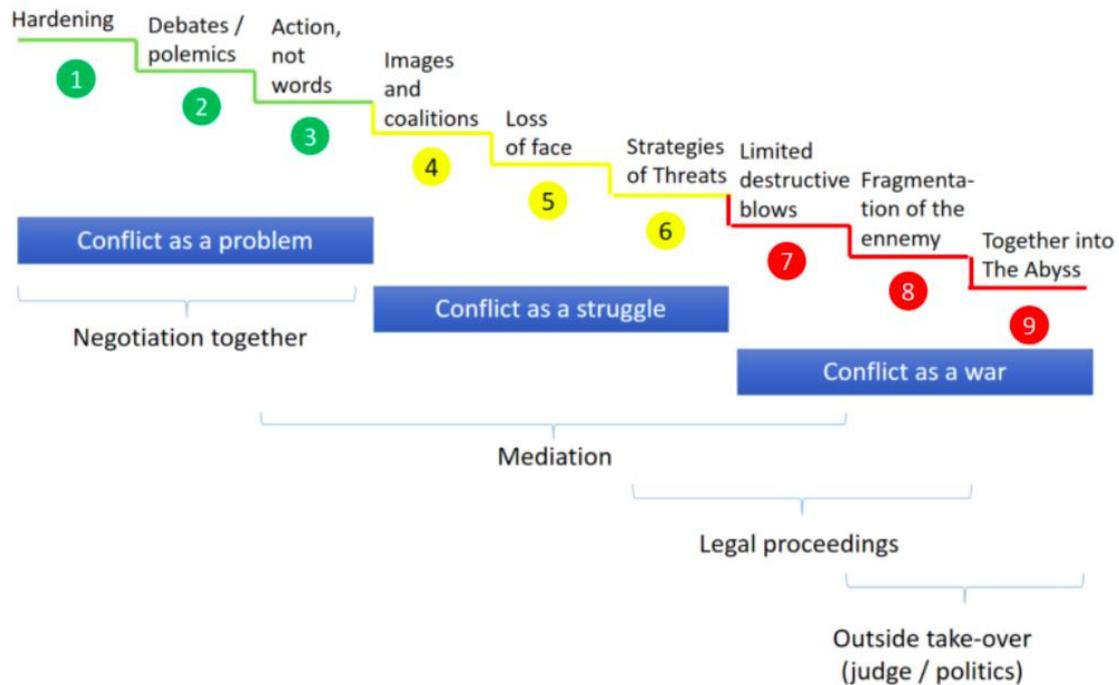
Et en vertu du contexte toujours unique des projet d'investissement et des conflits qui en ressortent, une transposition à l'identique de solutions appliquées pour une autre situation risquerait d'occulter des dimensions importantes. De plus, la décomposition en sous-problèmes serait certainement efficace pour les problématiques simples ou compliquées, mais inefficace pour les problématiques complexes du conflit. Or, si en matière de négociations une résolution par ce qu'il est courant d'appeler du « saucissonnage » est possible, bien souvent les meilleurs résultats sont obtenus par une résolution globale de « packages » des problématiques traitées. Au-delà des stratégies de négociation, cela peut certainement s'expliquer par la complexité du conflit qui peut prendre des formes diverses : interpersonnel, intragroupe, intergroupe, inter organisation, intra organisation, voire individuel chez les décisionnaires, symétrique, asymétrique, ouvert, latent, ancien, court, long, systémique (dans le sens que le conflit devient un véritable mode relationnel), larvé, explosif... Et peut avoir un ensemble de dimensions interconnectées et interdépendantes : conflit de ressources, de tâche.s, d'interdépendance, territorial, de valeurs, de croyances, de processus, de buts, de personnalités, de communication, d'identités, de perceptions, due à des menaces extérieures, de différences d'informations, de différences d'intérêts, de désirs, de compétition ... Ainsi si une simplification par la division en sous-problèmes présente l'avantage du pragmatisme pour avancer dans le processus de

résolution, ce n'est souvent que la résolution globale des questions qui permet de dépasser le conflit. La complexité du conflit d'investissement vient également de sa nature changeante, en raison du contexte notamment politique et social du pays d'accueil, mais également de la situation économique et financière globale et de l'investisseur.

Par ailleurs, parler d'un conflit revient à parler de l'état de la relation des parties prenantes au projet (directes ou indirectes), elle-même complexe et dynamique : « [c]onstraints also change because they are generated by numerous interested parties who “come and go, change their minds, fail to communicate, or otherwise change the rules by which the problem must be solved »⁶²⁰. Au-delà des questions de fond, le conflit comporte également une dimension relationnelle et émotionnelle qu'il pourra être tenté de traiter afin de rétablir le lien, la communication et la confiance entre les parties. Ici encore, il n'existe pas de liste exhaustive de solutions, dont on peut évaluer la pertinence et les impacts *a priori*, qui soient en outre objectives, et testables. En ce sens toute tentative de résolution du conflit, particulièrement de ses dimensions relationnelle et émotionnelle, produira des impacts qui seront d'une part, irrémédiables, et d'autre part, difficilement quantifiables et mesurables à court terme. Cela en dépit d'outils tel que la représentation des étapes du conflit de Friedrich Glasl.

⁶²⁰ ROBERTS, Nancy, *Wicked Problems And Network Approaches To Resolution*, International Public Management Review electronic Journal at <http://www.ipmr.net>, Volume 1, Issue 1, 2000 accessible à l'URL : <https://journals.sfu.ca/ipmr/index.php/ipmr/article/view/175/175>

Glasl Nine Stage Model of Conflict Escalation



621

2- La qualification des problématiques associées à la résolution des conflits d'investissement comme wicked problems

Cette qualification peut se faire au sujet de deux problématiques : celle de la résolution des conflits entre investisseur étranger et État d'accueil, dont la complexité renvoie à celle de la réforme du *Système de résolution des différends d'investissement*.

a) La complexité de la résolution des différends entre investisseur étranger et État d'accueil

De la qualification d'un conflit d'investissement entre un investisseur étranger et un État d'accueil comme *wicked problem* découle la difficulté voire la complexité de sa résolution – on peut même s'interroger sur la possibilité de sa résolution totale. En effet, le conflit dans ses diverses dimensions (relationnelle, émotionnelle et de contenu) étant dynamique, c'est peut-être davantage un état d'équilibre ou de compromis acceptable entre les besoins et intérêts des parties prenantes qui est recherché afin de permettre la poursuite du projet, plutôt qu'un épuisement total des problématiques qui si elles sont *wicked* ne seront jamais totalement

⁶²¹ GLASL, Friedrich, *The Process of Conflict Escalation and Roles of Third Parties*. In: Bomers, G.B.J., Peterson, R.B. (eds) *Conflict Management and Industrial Relations*. Springer, Dordrecht, 1982. https://doi.org/10.1007/978-94-017-1132-6_6

réglées. De même, si l'on accepte cette qualification des conflits d'investissement comme *wicked problems* issus d'un système adaptatif complexe qu'est le système des investissements entre investisseurs étrangers et État d'accueil, on peut s'interroger sur la tentative de leur résolution au travers du paradigme juridictionnel. C'est-à-dire au travers du processus de qualification de ces conflits en litiges d'investissement, puis de leur application d'une solution issue d'un système juridictionnel d'adjudication des raisons et des torts par une personne tierce, notamment par voie d'arbitrage -nous y reviendrons plus en détail dans le Titre suivant⁶²².

Par ailleurs, et reprenant l'idée que la complexité engendre la complexité⁶²³, et celle de l'arborescence des *wicked problems* (qui peuvent être les symptômes d'autres *wicked problems*), la question de la résolution des conflits d'investissement plus largement, comme risque associé à un investissement et donc comme condition prévenant le développement de ce type d'investissement, pourrait elle-même être un *wicked problem*. Cela renvoyant aux raisons à l'origine de la création et du développement du *Système de résolution des conflits d'investissement* comme solution à une problématique elle-même complexe qui était le développement économique des États nouvellement indépendants⁶²⁴. Et en ce sens le *Système de résolution des différends d'investissement* serait la résultante des tentatives de résolution de cette problématique *wicked*.

b) La complexité de la question de la réforme du *Système de résolution des différends d'investissement*

Toujours suivant cette logique et ayant en tête les développements de notre première partie, il paraît cohérent qu'à son tour *la réforme du Système de résolution des différends entre investisseur étranger et État d'accueil* soit qualifiée de *wicked problem*. Les vifs débats et la difficulté -voire l'impossibilité- d'un consensus des parties prenantes sur la formulation du problème, de ses causes racines et des solutions à apporter est évidente. Également le fait que la question est fortement connotée entre des acteurs multiples, aux points de vue, besoins et intérêts divergents voire opposés. On pense ici aux parties directes du conflit, mais également aux acteurs du processus de résolution qui souhaitent voir le développement du droit des

⁶²² De même, dans la conclusion de la première partie du présent travail, nous évoquons également l'idée que la qualification en litige des conflits d'investissement, en ce qu'elle occulte des dimensions importantes du conflit est souvent évoquée en fondement des critiques actuelles de l'arbitrage d'investissement.

⁶²³ Voir en ce sens ZELLNER, Moira, CAMPBELL, Scott D., *Planning for deep-rooted problems...* op. cit, p.458

⁶²⁴ Voir à ce titre la première partie du présent travail.

investissement et le succès de l'arbitrage d'investissement, tels que les centres d'arbitrage, les arbitres et généralement la communauté des juristes de la matière⁶²⁵.

De plus, s'interroger sur la réforme du *Système* montre à nouveau l'arborescence d'un *wicked problem*. Par exemple, réfléchir à la question du coût de l'arbitrage et de son financement, c'est soulever la question d'un financement tiers des arbitrages d'investissement par de fonds -parfois qualifiés de rapaces- d'investissement, des conflits d'intérêts possibles entre ces fonds, les investisseurs, et les professionnels de l'arbitrage. C'est aussi questionner la possibilité d'aide au financement du pays d'origine et des questions diplomatiques et d'éthiques qui s'en suivent. C'est également soulever la question du montant des frais d'arbitrage et de conseils et du contenu des heures facturées pour ces prestations (avec la professionnalisation et les intérêts financiers très forts pour les professionnels de l'arbitrage, conseils ou arbitres). Par ailleurs, s'interroger sur la réforme du *Système* c'est présupposer sa sauvegarde. Ce qui potentiellement amène d'autres questions complexes pour sa réforme, comme celles des conditions du maintien des États dans le *Système*. Ainsi, nous évoquions dans la conclusion de la première partie de ce travail, qu'une critique actuelle de l'arbitrage se fonde sur les craintes des États de ne pas être en mesure d'honorer et de suivre leurs engagements internationaux ni de contrôler leur contentieux face à la multiplication des bases juridiques de l'arbitrage d'investissement. Réformer le *Système* implique donc de prendre en compte sa nature hybride, décentralisée, hautement dynamique (dépendance au chemin emprunté, phénomène d'émergence...) et résiliente.

Un autre exemple et qui fait écho à la première partie de ce travail est celui du questionnement du choix de l'arbitrage comme clé de voute du *Système*. En effet, s'interroger sur ce choix revient à tenter de révéler les raisons historiques et diplomatiques de ce choix ainsi que la production du droit des investissements appliqué grâce à ce mécanisme. Ce qui amène à analyser les rapports de force entre États, leurs oppositions et les raisons sous-jacentes de celles-ci, et questionner la nature même du multilatéralisme et du *Système* qui le défend. C'est également interroger la pertinence technique de l'arbitrage et globalement du *Système* de

⁶²⁵ Voir en ce sens la citation du travail de Taylor St John en note de bas de page 386 : « (...) **more importantly, they face a constituency that has developed with an interest in the maintenance of ISDS. Even when an institution generates unintended consequences, governments face many obstacles to exit. (...) The primary positive feedback process (...) here is the creation of a non-state constituency, made of law firms, investors, and related interest groups, with an interest in investor-state arbitration (...) these constituencies can develop preferences and resist change** ».

résolution des différends⁶²⁶. Mais aussi son efficacité dans l'amélioration du climat des affaires. Et si l'on va encore plus loin, c'est questionner le présupposé au fondement de tout : que la multiplication des flux d'IDE est positive pour les États d'accueil des investissements. En ce sens, on se souviendra qu'aucune étude économétrique n'était venue appuyer cette croyance⁶²⁷, et si depuis des études se sont penché sur le sujet, au regard de la complexité de la question, il n'existe pas de réponse tranchée.

En conséquence, on le sent : la question de la réforme du *Système de résolution des différends d'investissement entre investisseur étranger et État* est un puit sans fond, puisqu'une question en amène une autre. La question de la réforme est largement dépendante de la formulation de ce que l'on considère être le « bon » problème et donc de la subjectivité de la personne tentant d'y répondre. En résumé, à notre sens, cette question entre bien dans la catégorie des *wicked problems*, ce problème n'est donc certainement pas simple, mais ne relève pas non plus du champ du techniquement compliqué puisque la complexité de l'humain lui est intrinsèquement lié⁶²⁸. En effet, la question de la réforme du *Système* s'inscrit dans des systèmes sociaux adaptatifs complexes que sont d'une part la communauté internationale, et d'autre part le *Système des investissements entre des investisseurs privés étranger et leurs États d'accueil*.

Il convient alors de tirer les conséquences de la double qualification comme *wicked problems* d'une part des conflits d'investissement et leur résolution à l'échelle d'un projet d'investissement, et d'autre part de la question de la réforme du *Système global* de résolution de ces conflits. A la prise en compte de cette double qualification doit s'ajouter celle de système adaptatif complexe de ce *Système de résolution des différends d'investissement*, et des conclusions tirées de l'analyse historique de la construction de ce *Système*, cela afin de construire des pistes concrètes pour sa transformation.

⁶²⁶ Voir en ce sens la conclusion de la première partie et les critiques de deux ordres du système : visant tout à la fois son efficacité et sa légitimité.

⁶²⁷ Voir l'influence de l'Histoire et du paradigme juridictionnel sur la vision des fonctionnaires de la Banque dans la première partie de la thèse.

⁶²⁸ Un constat que nous réalisons déjà lors de l'analyse historique de la construction du système de résolution des différends d'investissement, voir en ce sens les développements et la conclusion de la première partie de cette thèse.

Au départ du présent travail se trouvait la réflexion souvent lue dans les analyses du sujet que l'arbitrage d'investissement représente une véritable révolution. Il serait même « *la plus grande révolution qu'a connu le droit international ces cinquante dernières années* ». Cela ne peut manquer d'interpeller puisque nous savons que des modes de résolution des conflits tels que la médiation et l'arbitrage sont connus et utilisés depuis l'Antiquité. C'est pourquoi nous avons commencé ce travail par une analyse historique de la genèse du *système* afin de tenter de comprendre ce décalage.

De cette analyse s'est révélée une construction sédimentaire du *Système* actuel, ainsi que l'influence majeure des idées (et des mythes et croyances), ainsi que celle des acteurs dans la mise en place des bases institutionnelles du *Système* puis de son extension décentralisée. Dans ces idées, c'est le **paradigme juridictionnel** qui a révélé son importance, c'est-à-dire la croyance qu'une résolution des différends basée sur le droit permettrait le maintien de relations apaisées entre les acteurs de la communauté internationale. Et dans les acteurs, ce sont les agents d'organisations internationales et multilatérales, de la CCI puis particulièrement de la Banque mondiale qui se sont révélés comme fondamentaux dans le processus de création du système puis dans son développement. Par ailleurs, au cours de cette analyse historique, il a été mainte fois souligné que le monde se complexifiait, ce dont prenaient conscience les diverses parties prenantes du *Système*. L'interdépendance des États et les conséquences catastrophiques systémiques de leur non-coopération sont apparues de plus en plus clairement avec les deux conflits mondiaux et la reprise du phénomène de mondialisation⁶²⁹. Ce qui a confirmé le besoin de faire vivre la communauté internationale selon « *un principe de solidarité et de délibération collective* »⁶³⁰, un « *open and **complex** multilateralism* »⁶³¹.

En ce sens, il apparaissait nettement de la première partie du présent travail, que **la complexité** – notamment due à la multiplication des acteurs du *Système* et à leur dynamique relationnelle- jouait un rôle particulier. Il est apparu que cette complexité agissait comme un **moteur de changement**. Il convenait donc d'aller chercher du côté des théories de la complexité ainsi que de la prise en compte de la complexité par les sciences organisationnelles pour essayer de comprendre davantage les implications d'un tel constat. En effet, un projet d'investissement en ce qu'il suppose la coopération des acteurs de l'investissement parfois au

⁶²⁹ Sur ce phénomène voir le chapitre introductif du présent travail.

⁶³⁰ voir la page 238.

⁶³¹ Voir la note de bas de page 569.

travers d'un véritable partenariat entre bien dans le champ des sciences organisationnelles ou de *management*.

Nous avons alors recouru à une autre analyse historique, qui concernait cette fois les formes organisationnelles des Hommes suivant les divers stades de développement que l'humanité a connu jusqu'ici. Cette analyse proposée par Frédéric Laloux, donnait des couleurs à ces stades, Infra-rouge, Rouge, Ambre, Orange, Vert et finalement Opale et leur associait des formes organisationnelles. Outre la catégorisation proposée par l'auteur, ce qui devait retenir notre attention est l'idée que chaque stade permet aux Hommes de s'adapter à leur contexte, que « *chaque stade inclue et transcende le précédent* » et définie une « *façon **plus complexe** d'entrer en relation avec le monde* »⁶³². Qu'en d'autres termes, la complexité du monde produit une accélération du développement des modes de pensées des Hommes, ce qui leur permet d'imaginer de nouvelles manières de s'organiser – c'est-à-dire de coopérer dans l'atteinte d'un objectif commun- plus optimales pour naviguer cette complexité.

Nous avons alors tenté d'appliquer cette analyse à celle de l'Histoire de la construction du *Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger*. Ce qui nous a amené à penser que le **paradigme juridictionnel** était lui-même une expression du mode de pensée Pluraliste-Vert qui animait les agents de la Banque mondiale lors de la création des base institutionnelles du *Système*. Nous avons également observé que la mise en œuvre de ce paradigme avait rencontré les obstacles classiques de ce stade. Ces obstacles étaient notamment dus à la cohabitation des stades, puisque les États et le monde des affaires fonctionneraient prioritairement selon des paradigmes antérieurs (Ambre et Orange), ce qui rendrait la mise en pratique de la vision égalitariste et du consensus difficile voire impossible⁶³³. Un constat connu des agents de la Banque qui en conséquence, afin d'éviter tout blocage, avaient évité autant que possible la tenue de débats multilatéraux sur les questions qui entouraient la mise en place du système CIRDI – notamment celle des règles de droit des investissements que le *Système* permettrait de garantir. Nous avons alors formulé l'hypothèse que l'absence de consensualisme -et de multilatéralisme- du processus de mise en place du *Système* avait conduit à un manque de compréhension de certains acteurs de ses effets attendus et possibles. En particulier de la part des États d'accueil des investissements étrangers qui sont

⁶³² LALOUX, Frédéric, op. cit., p.70 [mis en gras par nos soins]

⁶³³ Voir en ce sens p.216

pourtant ceux qui en ont à subir les effets. Et que finalement, les effets produits par le *Système* – c'est-à-dire son efficacité à permettre le développement économique des États d'accueil – n'avait pas permis de gommer ce manque de légitimité du *Système*.

Plus encore, nous avons noté que le *Système* portait en lui sa propre dynamique, notamment à mesure que les acteurs s'en emparaient, le faisaient évoluer et provoquaient des changements institutionnels graduels. Il avait alors subi un phénomène de conversion et avait produit des effets inattendus. Résultat d'un outil mis dans les mains d'acteurs portant une vision Ambre et Orange et de l'absence d'un vrai multilatéralisme basé sur « *un principe de solidarité et de délibération collective* »⁶³⁴. Le *Système* était finalement devenu un outil au service de la force qu'il cherchait à bannir, à cela près toutefois que cette force ne prenait plus la forme armée mais davantage économique et diplomatique, ce qui avait conduit aux vives critiques que l'on connaît aujourd'hui et à la sortie -partielle ou totale- d'États du système CIRDI.

En dépit de l'échec, au moins partiel de la logique Pluraliste-Verte, et la remise en cause actuelle du *Système*, le mouvement de complexification du monde lui ne s'est pas arrêté. Aussi, la logique qui justifiait le besoin de consensualisme à l'échelle internationale reste de nos jours plus que jamais vivante face aux problématiques globales que sont notamment la question des inégalités sociales dans le monde et les conséquences du réchauffement climatique dont découlent une insécurité sanitaire, alimentaire et environnementale⁶³⁵. En conséquence, les analyses autour de la complexité qui se sont développées après-guerre sont plus que jamais d'actualité et devaient donc nourrir notre travail.

Elles nous ont permis de reconnaître dans le *Système de résolution des différends d'investissement* un système social adaptatif complexe, créé en réponse à un ensemble de problématiques elles-mêmes complexes – ou *wicked*- interconnectées entre elles et aux systèmes dans lesquels elles s'inscrivent. Il s'agissait particulièrement de la résolution d'un conflit d'investissement complexe car touchant à divers systèmes sociaux complexes⁶³⁶,

⁶³⁴ Bertrand BADIE parle d'ailleurs plutôt d'un minilatéralisme, voir la note de bas de page 512.

⁶³⁵ Voir en ce sens par exemple : WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *The complexity of wicked problems in large scale change*, Journal of Organizational Change Management, Vol. 28 Iss 6 pp. 993 – 1012, 2015, accessible à l'URL:

<http://dx.doi.org/10.1108/JOCM-08-2014-0146> : “Organizations today are not contained by their institutional or even industrial boundaries, but rather are an integral part of an increasingly interconnected dynamic system of actors and institutions that together support positive or negative change in the short and long term.”, p.2

⁶³⁶ On peut notamment penser à l'organisation privée qu'est une entreprise et d'autant plus un groupe multinational, le gouvernement de l'État d'accueil et ses diverses émanations, la société civile de cet État, et aux

l'amélioration du climat des affaires des États d'accueil afin de renforcer leur attractivité et ainsi financer leur développement, prévenir la politisation des conflits d'investissement et contribuer au maintien de la paix mondiale. La liste n'est pas exhaustive suivant l'idée qu'un problème complexe *wicked* est lui-même le symptôme d'un ou d'autres problèmes *wicked*, dans une arborescence qu'il est difficile voire impossible de remonter entièrement. Ces analyses de la complexité combinées à celle des stades de développement nous ont alors permis de formuler une hypothèse : celle que l'échec de ces tentatives était dû à **la mise en œuvre du principe de consensualisme au travers d'une gestion centralisée et descendante** (*top-down* en anglais) de la dynamique de changement du *Système de résolution des différends d'investissement*. En effet, cette dynamique de changement est conçue et mise en œuvre par des institutions internationales pluralistes – la Banque mondiale, le CIRDI, la CNUDCI- **alors que ces systèmes et ces questions portent en eux une complexité *wicked* qui nécessite une approche différente de la résolution de problème et du changement.**

écosystèmes biologiques touchés par le projet en particulier dans les projets incluant la construction d'infrastructures ou l'exploitation de ressources naturelles.

Titre 2. La dynamique de transformation du Système de résolution des différends d'investissement entre État d'accueil et investisseur étranger

« One of the most difficult transitions is moving from the status quo to start envisioning the broad range of future possibilities for enhancing investor-State business relationships. »⁶³⁷

En dépit des écueils du *Système* actuel, le **paradigme consensuel** semble s'affirmer suivant la dynamique de globalisation actuelle et la montée de problématiques systémiques telles que l'insécurité sanitaire, alimentaire et environnementale dues au changement climatique. C'est ainsi que les initiatives internationales se multiplient mais également des initiatives régionales et locales, face à ce qui est jugé parfois comme un manque de réactivité et d'efficacité des États. Le multilatéralisme et une résolution participative et systémique des problématiques s'affirment de plus en plus comme la voie à prendre pour résoudre les problèmes complexes d'aujourd'hui afin de leur trouver des solutions plus justes et durables (*sustainable* en anglais)⁶³⁸. Ces **méthodes de résolution des problèmes**, fruit d'une nouvelle manière plus complexe d'entrer en lien avec le monde sont autant d'expressions d'une évolution vers **un nouveau mode de pensée**. Il semble ainsi que les idées Pluralistes-Vertes

⁶³⁷ HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *A New Chapter in Natural Resource-Seeking Investment: Using Shared Decisions System Design (SDSD) to Strengthen Investor-State and Community*, Cardozo J. Conflict Resolution Journal, 18, 551., 2017.

⁶³⁸ À ce titre, il est intéressant de noter la présentation qui est faite par madame la Secrétaire de la CNUDCI de la mission du Groupe de Travail III de la CNUDCI qui mène actuellement à une réflexion sur la réforme du *système*, sur laquelle nous reviendrons dans les développements suivants : « *The work is carried out considering that (i) investment policies should provide legal certainty, as well as effective and equal protection to investors and investments; and (ii) mechanisms for the prevention and settlement of disputes should be fair, open and transparent, with appropriate safeguards to prevent abuse, with decisions-makers reflecting the geographical, cultural and gender diversity.* 2 *The work is also carried out in light of the 2030 Agenda for the Sustainable Development Goals (SDGs), and is conceived as a step towards realizing the broader objectives of the SDGs, which include reducing poverty, empowerment of indigenous peoples, promoting decent work, access to affordable energy and water, and reversing environmental degradation and climate change.* » [Mis en gras par nos soins] L'auteure de la note ajoute que l'Assemblée Générale des Nations Unies a reconnue « *the vital role UNCITRAL plays in shaping "fair, stable and predictable legal frameworks for generating inclusive, sustainable and equitable development"* »: United Nations General Assembly, Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels, UN Doc. A/RES/67/1 (2012), para. 8, disponible à l'URL: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/A-RES-67-1.pdf> [Mis en gras par nos soins]

s'affirment, et pour certains auteurs des manifestations d'un stade encore plus avancé qualifié d'Évolutif Opale se feraient sentir.

Nous l'avons dit, ce qui pousse les Hommes vers un nouveau stade de pensée est la confrontation à un défi vital auquel le stade précédent ne permet pas de répondre⁶³⁹. Et en effet, il semble bien que ce soit le cas actuellement et nombre d'acteurs, particulièrement au sein de la société civile – groupes de citoyens, associations, universitaires et chercheurs...- estiment que les modes « d'avant » linéaires et hiérarchiques doivent être dépassés tout comme les inégalités et la non-durabilité des solutions qu'ils produisent⁶⁴⁰. Ce nouveau stade dit « Opale » serait celui de l'authenticité (qui questionne le pourquoi, la raison d'être des choses), et d'une vision des organisations comme des systèmes vivants qui évoluent et s'autoorganisent selon une intelligence collective qui dépasse celle individuelle⁶⁴¹. Cette conception est aussi celle d'une approche des organisations comme des systèmes adaptatifs complexes. Or, cet état d'esprit trouve des points de convergence avec celui des *designers*, qui définissent leur mission comme celle d'une amélioration du monde au service des individus : « [to] *improve some*

⁶³⁹ Roberto ECHANDI s'interroge ainsi : « *In today's interdependent world, the search for alternatives to investor-state dispute resolution entails much more than procedural and institutional solutions and discussions. It raises a profound philosophical question—what should be the parameters of governance orienting the evolution of the international investment regime?* » ECHANDI, Roberto, *Investor-State Conflict Management: A Preliminary Sketch*, 1 TRANSNAT'L DISPUTE MGMT. 1, 2014.

⁶⁴⁰ C'est ainsi que Susan D. Frank concluait son intervention à une conférence sur le sujet de « *Improving Investor-State Relations to Propel Global Growth Symposium* » : « *We need positive people to develop sustainable solutions for a future that focuses on questions about what we all have in common, rather than what drives us apart. I encourage everyone to focus on the shared social welfare and joint gains that are possible and continue your journey towards the future. Because otherwise—without a thoughtful, responsible, and sustainable process of addressing the inevitable conflict that comes with human nature—it will be the poorest of the poor who will pay the price of doing nothing* ». Remarques reprises dans un article publié dans *University of St. Thomas Law Journal*, Volume 17, Issue 2 *Innovative Strategies for Conflict Management*, accessible à l'URL : <https://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1492&context=ustlj> Voir également : KELSEY, Jane, MOHAMADIEH, Kinda, *UNCITRAL fiddles while countries burn*, *Global and Regional Order*, une publication de Third World Network et Friedrich-Ebert-Stiftung, Septembre 2021, accessible à l'URL : <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/genf/18297.pdf> : « (...) [A]s the recent history of ISDS has shown, the negative impacts will affect every country in the world and potentially fetter the ability of States to address long-standing regulatory challenges, such as eliminating social inequality, delivering essential services, ensuring access to justice, and preventing further environmental degradation. Fear of a crippling investment dispute could also deter governments from taking action necessary to address the pressing 21st century challenges of global warming, digitisation, financial crises and devastating global pandemics. »

⁶⁴¹ Voir LALOUX, Frédéric, *Reinventing organizations*, op.cit., deuxième partie à partir de la p.92. : « *Les fondateurs d'entreprises Opale (...) parlent de leur entreprise comme d'un organisme ou d'un système vivant. La vie, avec toute la sagesse de l'évolution, gère des écosystèmes d'une immense beauté, qui ne cessent de progresser en complexité et en conscience. Le changement se produit partout et tout le temps dans la nature, dans un mouvement d'organisation spontanée qui trouve sa source dans chaque cellule et dans chaque organisme, sans qu'il y ait besoin d'un poste de commandement central pour donner les ordres et actionner les manettes. Cette métaphore ouvre des horizons nouveaux. Imaginez à quoi ressembleraient les entreprises si nous cessions de les penser comme des machines inhumaines et cahotantes. Quels résultats n'obtiendraient-elles pas et quelle différence cela ferait-il pour le travail, si nous les traitions comme des êtres vivants, si nous laissions la force évolutive de la vie elle-même les alimenter ?* »

characteristics of the world where people live »⁶⁴². Et il est d'ailleurs intéressant de noter que les notions comme celle de *wicked problems* sont tirées du champ du *Design*⁶⁴³. Le champ d'application des concepts issus du *Design* est aujourd'hui large. Ainsi, la tendance à favoriser une résolution participative et créative des *wicked problems* systémiques est appuyée par la recherche et les applications qui lui sont faites aux systèmes sociaux adaptatifs complexes. C'est notamment le cas dans le domaine de la gouvernance publique. Ces nouveaux modes de pensée et de résolution de problème issus du *Design*, ou *Design thinking*, sont également appliqués aux sciences juridiques et aux systèmes juridiques, et portent le nom de **-Systemic- Legal Design**.

Ces analyses dévoilent que trouver une solution à un *wicked problem* nécessite **une approche holistique, participative, transdisciplinaire et dynamique**. D'autant plus d'ailleurs dans le cas où le *wicked problem* auquel il est tenté de répondre s'inscrit dans un système social adaptatif complexe⁶⁴⁴ et en emporte la **transformation**. Or, il semblerait que c'est ce soit ce qui est souhaité actuellement par les acteurs⁶⁴⁵ du *système de résolution des différends d'investissement*. Les approches de *Legal Design* pourraient alors ouvrir de nouvelles perspectives en permettant de **s'appuyer** sur la dynamique du *Système* et sa complexité plutôt que de chercher à la réduire ou la contrôler (Chapitre 1). En outre, la mise en œuvre de ces méthodes directement par les acteurs, de manière décentralisée, dans la gestion consensuelle de leur relation et de leurs différends d'investissement pourrait amorcer la dynamique de changement souhaitée à l'échelle globale.

En effet, cette logique pourrait également être appliquée à la résolution des conflits d'investissement, puisqu'ils constituent eux-mêmes autant de *wicked problems* issus de

⁶⁴² RITTEL, Hors W. J., WEBBER, Melvin M., *Dilemmas in a general theory of planning...*, op. cit. p.167

⁶⁴³ Si des auteurs ont pu affirmer que la démarche scientifique et celle du *design* doivent se distinguer, cette idée n'est pas partagée par tous. Voir par exemple : FARRELL, Robert, HOOKER, Cliff, *Design, science and wicked problems*, Design Studies, Volume 34, Issue 6, 2013, Pages 681-705, ISSN 0142-694X, <https://doi.org/10.1016/j.destud.2013.05.001> notamment dans leur résumé: "We examine each of the ten features Rittel and Weber hold to be characteristic of wicked problems and show that they derive from three general sources common to science and design: agent finitude, system complexity and problem normativity, and play analogous roles in each. This provides the basis for a common core cognitive process to design and science."

⁶⁴⁴ « From a change perspective, wicked problems are defined by dynamic, interconnected issues that influence and are influenced by complex systems in which institutions (...) are important actors ».

⁶⁴⁵ De ses trente-quatrième à trente-septième sessions, le Groupe de travail III de la CNUDCI chargé de la « Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États » a recensé et examiné les préoccupations exprimées sur le sujet, et en a conclu qu'une réforme était souhaitable. Il est rendu compte des délibérations et décisions des trente-quatrième à trente-septième sessions du Groupe de travail dans les documents A/CN.9/930/Rev.1 ; A/CN.9/930/Rev.1/Add.1 ; A/CN.9/935 ; A/CN.9/964 ; et A/CN.9/970, respectivement : https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state

systèmes adaptatifs complexes⁶⁴⁶. En effet, on peut considérer que le paradigme juridictionnel appliqué au travers particulièrement d'un arbitrage juridique correspond à une logique linéaire d'une résolution de problème classique. Elle inclue la définition commune du problème au travers de sa qualification en termes juridiques (parties, demandes, et éventuellement demandes reconventionnelles), puis l'application de règles définies par des experts du sujet, et enfin la formulation unilatérale d'une solution par un expert (juridique, généralement les arbitres) du sujet. A ce titre, elle ne permet que la résolution du litige et non plus globalement du contexte conflictuel dont il est issu. Or, le besoin actuel de réforme ne s'appuie pas seulement sur la crise de légitimité que connaît le système mais également sur les critiques autour de son inefficacité⁶⁴⁷. Et ici encore, les nouvelles méthodes de résolution des problèmes holistiques, participatives, créatives et dynamiques pourraient permettre une meilleure prévention des conflits d'investissement, puis un meilleur *management* et une résolution plus efficace de ces derniers au travers notamment du *design* de mécanismes participatifs et inclusifs de gouvernance collaborative de projet et de résolution de conflits (Chapitre 2).

⁶⁴⁶ Voir en ce sens le chapitre 2 du Titre premier de la seconde partie de cette thèse.

⁶⁴⁷ Pour des développements sur les critiques autour de l'inefficacité du système voir la conclusion de la première partie du présent travail.

Chapitre 1. Le paradigme consensuel dans la transformation du Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger

Suivant les critiques du *Système actuel de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger*, les acteurs souhaitent voir des changements se produire. A ce titre, beaucoup travaillent activement à ces changements, que ce soit localement au travers par exemple de la révision des règles de procédure arbitrale proposées au sein de leur institution, ou au travers de clauses innovantes de résolution des différends au sein d'accords d'investissement. Cela encore, au travers d'un exercice concerté de réforme, mis en œuvre de manière multilatérale au sein du Groupe de travail III de la CNUDCI. Cependant, à ces deux échelles, locale et globale, on observe que les changements proposés par les acteurs demeurent dans le **paradigme juridictionnel** et se concentrent essentiellement sur le système des règles processuelles de résolution du litige. Ainsi, la dynamique de changement actuelle du *Système* vise à augmenter son efficacité en conservant sa logique de fonctionnement. C'est pourquoi, les acteurs qui appellent de leur vœux un changement plus profond dénoncent la superficialité de cette dynamique de changement. Ce que ces acteurs souhaitent est une véritable transformation du *Système*, c'est-à-dire une remise en question de ses fondements. Or, comment provoquer un changement profond et à large échelle dans un système décentralisé et aussi complexe que le *Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger* ? Cela nécessite de prendre en compte et même de s'appuyer sur la dynamique du système, et de voir la complexité comme un moteur de transformation. Il convient alors d'utiliser des méthodes permettant de s'appuyer sur la complexité et que les solutions déployées localement soient réellement novatrices. C'est-à-dire que ces solutions soient le fruit d'une nouvelle vision basée sur un autre paradigme porté et vécu par les acteurs du *système*. Pour obtenir cela, il est nécessaire que la définition de cette vision et des actions à mener soient le fruit d'un processus de co-construction participatif, inclusif et holistique des parties prenantes et acteurs du *Système* (Section 1).

Or, il est intéressant de relever que le mode de pensée du *designer* – communément appelée *Design thinking*- se rapproche de la logique recommandée face aux systèmes adaptatifs complexes et aux *wicked problems*. Particulièrement, le *Design thinking* permet de porter la

dimension humaine au cœur du changement, et c'est ce qui est recherché par les praticiens qui l'utilisent dans le domaine juridique, y compris pour les systèmes juridiques, dans ce qui est nommé le *-Systemic- Legal Design*. Et il est possible d'imaginer que son utilisation ici, particulièrement en association avec le *Dispute System Design* déjà utilisé aujourd'hui dans la réflexion autour de la réforme du *Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger*, permette d'utiliser les particularités du *Système* comme système adaptatif complexe pour soutenir une dynamique positive de changement (Section 2).

Section 1. La complexité comme moteur de changement : de la réforme à la transformation du *Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger*

En introduction du présent chapitre nous évoquons un défi que doivent relever aujourd'hui les acteurs du *Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger*, celui de la complexification croissante du système de l'investissement, suivant celle d'un monde globalisé, du fait de leur nature de systèmes sociaux adaptatifs complexes. Or, cette complexité est un moteur de changement. Cela transparait dans l'actuelle dynamique de changement du *Système* (A) qui montre que les acteurs tentent d'ores et déjà de faire face à cette complexité et de contribuer à l'évolution du *Système* afin d'en corriger les carences. Certains acteurs provoquent également des changements dans la structure du *Système* du fait de leur sortie, partielle ou totale. Pour ce qui est du mouvement de correction, il se fait selon deux rythmes. Un premier est celui de changements localisés et incrémentaux de la part d'acteurs locaux du *Système*. Ces-derniers cherchent à corriger le *Système* à leur échelle, que ce soit au travers de leur usage du système s'ils en sont des « clients » comme dans le cas des parties au travers des dispositions de leurs contrats d'investissement, ou au travers de l'offre de service qu'ils inscrivent dans le *Système*, par exemple dans le cas des centres pourvoyeurs de services d'arbitrage et de MARL. Quant au second rythme, il vise un changement plus globalisé, il s'agit notamment de la dynamique de réforme actuellement mise en œuvre au sein du Groupe de travail III de la CNUDCI. Dans ces deux cas cependant, les propositions de changements visent une amélioration du fonctionnement du *Système* selon sa structure actuelle. C'est-à-dire sans aller jusqu'à remettre en question ses fondements mêmes et le paradigme selon lequel il fonctionne. Pourtant, seule une intervention à ce niveau peut provoquer une dynamique profonde de changement, une véritable **transformation** du *Système*, susceptible de produire les changements attendus et souhaités par les acteurs. Il convient donc de s'interroger

sur les conditions nécessaires pour obtenir cette transformation du *Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger* (B). Or, cette question entre à nouveau dans la catégorie des *wicked problems* et à ce titre, pour tenter d'y répondre, il convient d'adopter une méthode de résolution de problème adaptée. Ainsi il s'agit de s'appuyer sur la complexité plutôt que de chercher à la réduire ; dans ce cas, la complexité se fait alors, de nouveau, moteur de changement.

A) L'actuelle dynamique de changement du Système de résolution des différends d'investissement

On l'a dit, pour beaucoup le *Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger* est inefficace et illégitime. Outre le fait qu'il ne produise pas les effets attendus, il en produirait des non-souhaités et des non-souhaitables⁶⁴⁸. Face à ces constats, les acteurs du *Système* (re)agissent de diverses manières, entre changement incrémental et tentative de réforme.

1- La dynamique incrémentale de changement du Système de résolution des différends d'investissement

Depuis un certain temps les acteurs formulent des critiques fortes du *Système*, tentent de corriger ses lacunes au travers de modifications incrémentales et le quittent, au moins partiellement. Des comportements qui font écho au cadre d'analyse proposé par l'économiste Albert Hirschman. Dans son ouvrage de 1970⁶⁴⁹ l'auteur soutient que les membres d'une organisation, qu'il s'agisse d'une entreprise, d'une nation ou de toute autre forme de regroupement humain, ont essentiellement deux réponses possibles lorsqu'ils perçoivent que l'organisation - le système- démontre une diminution de son efficacité ou produit moins d'avantages au bénéfice de ses membres. La première est qu'ils peuvent la quitter, c'est-à-dire se retirer de la relation (*Exit*) ; la seconde est qu'ils peuvent se faire entendre (*Voice*). Pour cette dernière réponse, il s'agit de tenter de réparer ou d'améliorer la relation par la communication d'une plainte, d'un grief (auprès des personnes ou institutions détenant le pouvoir de modifier l'organisation), ou par la formulation de propositions de changements au

⁶⁴⁸ C'était la conclusion à laquelle nous arrivions dans la première partie de ce texte.

⁶⁴⁹ L'ouvrage s'intitule *Exit, Voice, and Loyalty - Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Harvard University Press, 1970, 162 p.

travers de ce qui est qualifié de « *mécanisme politique de correction et d'amélioration intra organisationnel* »⁶⁵⁰.

En effet, l'ensemble des critiques a mené à un processus de réforme globale du *Système de résolution des différends entre État hôte et investisseur étranger*, conduit au sein de la CNUDCI⁶⁵¹. Cependant, en attendant que celle-ci produise des effets, la plupart des États demeurent parties prenantes du *Système*, cela en dépit de ses critiques de plus en plus fortes et de ses résultats contestables. Taylor St John explique le phénomène de stabilité institutionnelle⁶⁵² dans ce contexte comme étant partiellement le résultat du développement d'une préférence pour l'arbitrage d'investissement, notamment par les investisseurs et leurs conseils, qui rendrait sa sortie d'autant plus difficile pour un État en développement : « *Once granted, a right is difficult to revoke.* ». Pour l'auteure, les aspects de technique juridique ne sont pas les obstacles principaux à une sortie du *Système* pour les États, ce serait au contraire les aspects politiques ou relationnels qui constitueraient la difficulté principale : « (...) ***more importantly, they face a constituency that has developed with an interest in the maintenance of ISDS. Even when an institution generates unintended consequences, governments face many obstacles to exit. (...) The primary positive feedback process (...) here is the creation of a non-state constituency, made of law firms, investors, and related interest groups, with an interest in investor-state arbitration (...) these constituencies can develop preferences and resist change*** »⁶⁵³. Aux côtés des ressorts relationnels, l'auteure intègre le jeu des biais cognitifs⁶⁵⁴ : « ***Setup, interaction, and cognitive effects may additionally enhance the stability of an***

⁶⁵⁰ Joost Pauwelyn parle de « *political mechanism of intraorganizational correction and recuperation* » : PAUWELYN, Joost, *The Edge of Chaos...*, op. cit., p. 10

⁶⁵¹ C'est le groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International qui est en charge de la réforme du règlement de différends entre investisseurs et États. Le groupe réunit des délégations étatiques des États membres, ainsi que des membres invités représentants des groupes intéressés qui sont invités à s'exprimer sur des sujets techniques et des observateurs silencieux. Il tient généralement deux à trois sessions par an, à Vienne et New-York. Des résumés des travaux sont accessibles à l'URL suivante : https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state.

⁶⁵² Pour de plus amples développements sur la dynamique du *Système* et sa résilience voir la seconde partie de la thèse.

⁶⁵³ St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit., p.134 [Mis en gras par nos soins]

⁶⁵⁴ On peut notamment penser au biais de *statu quo* (la tendance à préférer laisser les choses telles qu'elles sont, un changement apparaissant comme apportant plus de risques et d'inconvénients que d'avantages possibles), à celui de l'illusion de savoir (se fier à des croyances erronées pour appréhender une réalité et à ne pas chercher à recueillir d'autres informations) ou encore au biais de confirmation (rechercher et ne prendre en considération que les informations qui confirment les croyances et à ignorer ou discréditer celles qui les contredisent). La littérature abonde au sujet des biais cognitifs, voir par exemple : le site psychomédia dont sont issues ces définitions disponibles à l'URL suivante : <http://www.psychomedia.qc.ca/psychologie/biais-cognitifs> consulté pour la dernière fois le 15 juillet 2021 ou encore <https://www.universite-paris-saclay.fr/sites/default/files/media/2020-02/biais-de-confirmation-atelier-jip.pdf>, une publication de l'Université Paris Saclay sur le biais de confirmation, consultée pour la dernière fois à la même date.

institution »⁶⁵⁵. L'auteure explique bien la conjonction de ces dimensions humaines en faveur de la persistance du *Système* en dépit de ses critiques. Cependant, certains États, en dépit de ces difficultés, sortent néanmoins du *Système* et la première réponse, *Exit*, est ainsi effectivement observée.

C'est ainsi le cas de certains accords d'investissement (conventions bilatérales ou multilatérales) qui excluent, complètement ou partiellement, l'arbitrage d'investissement comme mode de résolution. On retrouve ainsi une exclusion complète dans la Convention de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie, et depuis quelques années l'Union Européenne a commencé à remplacer les mécanismes d'arbitrage d'investissement par un système formé autour d'une Cour permanente⁶⁵⁶ dans ses accords d'investissement. De son côté l'USMCA⁶⁵⁷ donne une fenêtre de trois années pour un arbitrage entre un investisseur étranger et l'État d'accueil, après quoi seule une résolution au travers d'un panel entre États⁶⁵⁸ sera possible entre le Canada et les États-Unis. On observe également des conventions qui incluent une résolution par les tribunaux nationaux, unique ou préalable au travers d'une clause d'épuisement des voies de recours internes, suivie d'un arbitrage entre États avec leur consentement⁶⁵⁹. Certaines conventions prévoient une procédure préliminaire de prévention et de résolution amiable des différends par l'intermédiaire d'une « *ombudsperson* » et d'un comité interétatique⁶⁶⁰ avant tout recours à l'arbitrage entre États. C'est par exemple le cas du Brésil et de son *Cooperation and Facilitation Investment Agreements* (CFIAs) de 2015⁶⁶¹, ou celui du TBI modèle de la Communauté de développement de l'Afrique australe (CDAA ou SADC selon l'acronyme anglais). Comme phénomène d'*Exit* on remarque également la sortie -partielle- d'États du

⁶⁵⁵ St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op. cit., p.235 [Mis en gras par nos soins]

⁶⁵⁶ « *a permanent Investment Court System* » : Voir European Commission, 'A Multilateral Investment Court', State of the Union 2017, 2 accessible à l'URL http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf. Une idée critiquée par J.E. Alvarez, dans son article 'To Court or Not to Court?' (2016) MegaReg Forum Paper 2016/2 accessible à l'URL : http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Alvarez_IILJ-MegaRegForumPaper_2016-2.pdf.

⁶⁵⁷ United States-Mexico-Canada Agreement

⁶⁵⁸ « *through State-State panel* » : Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, November 30, 2018, Annex 14-C (Legacy Investment Claims and Pending Claims), para. 3. Retrieved from <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>, Art. 14.2(4); Chapter 31.

⁶⁵⁹ C'est le cas de l'Afrique du Sud et son Protection of Investment Act of 2015 : South African Government. (2015). *Protection of investment act 22 of 2015*. Retrieved from <https://www.gov.za/documents/protection-investment-act-22-2015-15-dec-2015-0000>

⁶⁶⁰ « *State Parties' joint committee* » : IIA Issues Note, Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking, March 2019, Issue 1, UNCTAD, disponible à l'URL : <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1194/reforming-investment-dispute-settlement-a-stocktaking>

⁶⁶¹ Texte accessible à l'URL : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>

Système via la dénonciation de la Convention CIRDI⁶⁶². C'est le cas de certains États d'Amérique latine comme la Bolivie, l'Équateur⁶⁶³ et le Venezuela⁶⁶⁴. Cette dernière réponse constitue une manifestation du *Exit* très médiatisée⁶⁶⁵ comparativement à celle au travers de changements apportés par des négociations d'accords bilatéraux ou multilatéraux d'investissement qui passent plus inaperçus, au moins du grand public⁶⁶⁶.

⁶⁶² Voir BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie, BREWIN, Sarah, *L'extinction des traités bilatéraux d'investissement*, Séries des bonnes pratiques de l'IISD – mars 2020, 18p.

⁶⁶³ Le cas de l'Équateur est intéressant puisqu'en juin 2021, le chef de l'État a pris la décision d'adhérer à nouveau à la Convention. Pour de plus amples développements voir un article intitulé *Ecuador returns to the ICSID Convention: A brief assessment of its decade-long international investment law 'exit strategy'* publié sur le [Blog of the European Journal of International Law](https://doi.org/10.3406/afdi.2012.4694)

⁶⁶⁴ Pour une lecture sur le sujet voir Cazala Julien, *La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI*. In: *Annuaire français de droit international*, volume 58, 2012. pp. 551-565.

DOI : <https://doi.org/10.3406/afdi.2012.4694>, www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2012_num_58_1_4694

Voir également Walid Ben Hamida, « *La Dénonciation de la Convention Cirdi en Amérique Latine : Significations et Conséquences* », RBA, n°30 - Abr-Jun/2011-Doutrina internacional, pp. 66-93 ; ainsi que « La dénonciation de la convention CIRDI » in F. HORCHANI (dir.), CIRDI, 45 ans après, Bilan d'un système, Pedone, 2011. Sur le continent africain, l'Afrique du Sud a décidé de ne pas renouveler ses 49 accords d'investissement lorsqu'ils arrivent à échéance et d'en renégocier de nouveaux. Elle a annoncé sa décision de mettre fin à trois de ses TBI les plus importants : celui signé avec l'Allemagne, celui signé avec la Suisse et celui signé avec les Pays-Bas. En Afrique du Nord, cette fois-ci, le Maroc a résiliés un certain nombre de ses TBI notamment ceux signés avec la Belgique en 1965, avec la France en 1975, avec l'Allemagne en 1961 et avec l'Espagne en 1989. De son côté le gouvernement australien a publié en 2011 une déclaration selon laquelle « *ISDS was neither necessary nor desirable and that Australia would no longer include it in its investment treaties* ».

⁶⁶⁵ Certains auteurs avaient déjà noté les prémices de la vive opposition que connaît le *Système* : T. St John cite la montée des recours en annulation des sentences CIRDI et la renégociation de TBI (Simmons et Broude, Haftel, et Thimson cités par l'auteure, *The Rise...*, op. cit. p.234) mais comme le fait remarquer l'auteure il n'est pas évident que la croissance des recours en annulation soit le signe d'une remise en question du *Système* dans son entier, et l'observation des résultats produits par les renégociations de TBI montre soit un maintien des dispositions en l'état ou à une révision des dispositions dans un sens encore davantage favorables aux investisseurs... L'interview que nous avons mené d'un *General Counsel* de la CCI révélait une augmentation à la fin des années 1980 et dans les années 1990 des demandes des États parties à des arbitrages transnationaux CCI visant l'obtention de la copie conforme de certains documents procéduraux comme la preuve de paiement des frais arbitraux ou de la constitution du tribunal arbitral. Or, ces documents ne sont utiles que pour former un recours contre la sentence arbitrale. Pour le *General Counsel* interrogé la multiplication de ces demandes pourrait être interprétée dans le sens d'une montée des résistances des États. La preuve des réticences des États se trouverait également dans le fait que l'Union Européenne fixe à ce moment-là comme condition à l'adhésion l'exécution de sentences arbitrales non exécutées, et l'apurement de leurs créances, des contentieux anciens par les États candidats - notamment pour les États d'Europe centrale. Cette nouvelle pratique prouverait d'une certaine manière que les États en question avaient cessé d'exécuter spontanément les sentences alors qu'il était observé que jusque-là cela ne posait pas de difficultés sauf avec certains États arabes (tels que l'Iran et la Syrie) qui considéraient que la clause compromissaire n'était pas suffisante et que l'État devait avant valider la procédure arbitrale par un mécanisme mis en place localement, comme un vote qualifié du Parlement ou un avis du conseil constitutionnel.

⁶⁶⁶ Ewelukwa Ofodile affirme, au sujet de l'Afrique de l'Est, que le désir de transformer radicalement le *statu quo* actuel s'en ressent dans les dispositions de règlement des différends contenues dans les protocoles régionaux et les instruments non contraignants, tels que l'Accord d'investissement de la zone d'investissement commune du COMESA, le Modèle de traité bilatéral d'investissement type de la SADC et même le Protocole sur la finance et l'investissement de la SADC in OFODILE, Uche Ewelukwa, *Africa and the System of Investor-State Dispute Settlement: To Reject or Not to Reject?*, TDM 1, 2014, disponible à l'URL: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>.

Pour ce qui est de la seconde réponse, *Voice*, les critiques portées au *Système* sont bien connues. En ce qui concerne les propositions de changements il s'agit essentiellement de changements portés au cadre existant, selon une logique d'amélioration et non de transformation des fondements du *Système*⁶⁶⁷. Et en effet, la dynamique incrémentale de changement d'un système consiste à chercher à augmenter son efficacité en conservant sa logique de fonctionnement⁶⁶⁸. On observe ainsi que les changements proposés par les acteurs demeurent dans le **paradigme juridictionnel** et se concentrent essentiellement sur le système des règles processuelles de résolution du litige qui est un sous-système identifié de celui du *Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger*. Ces changements sont généralement décentralisés, en fonction des acteurs et des normes que ceux-ci produisent ou auxquelles ils ont accès pour pouvoir proposer des changements.

Ce sera le cas dans le cadre d'une relation contractuelle ou de celle d'une convention bilatérale ou d'un accord de libres échanges⁶⁶⁹ cherchant à optimiser le recours aux modes classiques de résolution des litiges, au centre duquel l'arbitrage d'investissement. Dans ce cas, le traité préserve le système existant d'arbitrage investisseur-État, mais avec certaines modifications importantes. Ces-dernières peuvent viser, entre autres, à accroître le contrôle des États sur les procédures, à les ouvrir au public et aux tiers, à améliorer l'adéquation et l'impartialité des arbitres, à augmenter l'efficacité des procédures et à limiter les pouvoirs de réparation des tribunaux arbitraux.

⁶⁶⁷ Des tentatives avaient déjà été faites pour corriger certains défauts de l'arbitrage international. Le Règlement d'Arbitrage du CIRDI fut révisé en 2006 pour prendre en considération les questions de confidentialité, et le Centre travaille à la quatrième mise à jour de ses textes au moment où ces lignes sont écrites. Dans le même sens, une modification du Règlement de la CNUDCI a eu lieu, avec l'adoption en sus du règlement arbitral d'un Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités en 2013. Toujours sur le sujet de la transparence, la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités appelée "Convention de Maurice sur la transparence" a été adoptée en 2014 et est entrée en vigueur en 2017 (voir <https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/transparency>).

⁶⁶⁸ Sur le sujet et une typologie des dynamiques de changement d'un système adaptatif complexe voir S. WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *The complexity of wicked problems in large scale change*, Journal of organizational Change Management, Vol. 28 No. 6, 2015, pp. 93-1012, DOI 10.1108/JOCM-08-2014-0146, Table 1 p.993

⁶⁶⁹ Voir par exemple les évolutions du TBI modèle américain de 1984, révisé en 2004 et 2012 : VANDEVELDE, Kenneth, *Model Bilateral Investment Treaties: The Way Forward*, 18 Southwestern Journal of International Law, 2011, pp.307-314. Pauwelyn cite deux auteurs qui dénombrent 160 TBI renégociés, une tendance qui a commencé dans les années 1990 et a pris de l'ampleur au cours des dernières années : HAFTEL Yoram Z., THOMPSON, Alexander, *When Do States Renegotiate International Agreements: The Case of Bilateral Investment Treaties*, avril 2013, cités par Joost Pauwelyn, ainsi que SPEARS, Suzanne A., *The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements*, 2010, 13:4, Journal of International Economic Law 1037. Voir également *IIA Issues Note, Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking*, op. cit pour un bilan des modifications au sujet de la résolution des conflits d'investissement inclus dans les TBI signés en 2018.

Box 1. Improved ISDS procedure: reform elements

Mapped reform elements grouped under the “Improved ISDS procedure” approach:

Enhancing States’ role in ISDS

1. Enabling State Parties to issue joint treaty interpretations binding on tribunals
2. Requiring certain questions to be submitted to State Parties for joint determination
3. Enabling non-disputing State Parties to participate in the proceedings
4. Enabling disputing parties to review and comment on the draft arbitral award
5. Enabling the respondent State to submit counterclaims

Enhancing the suitability and impartiality of arbitrators/adjudicators

6. Including rules on qualifications of arbitrators/adjudicators, a code of conduct and/or rules on conflicts of interest
7. Prohibiting “double-hatting” of arbitrators/adjudicators (simultaneously acting as counsels or experts in other ISDS proceedings)

Enhancing the efficiency of dispute settlement

8. Enabling early dismissal of manifestly unmeritorious (frivolous) claims
9. Enabling consolidation of related claims
10. Establishing a time limit on the maximum duration of ISDS proceedings
11. Allowing for voluntary non-binding ADR procedures to resolve investor-State disputes

Box 1. Improved ISDS procedure: reform elements

Opening up ISDS proceedings to the public and third parties

12. Including rules on transparency of ISDS proceedings (requiring publication of ISDS documents and/or holding public hearings)
13. Enabling participation in proceedings of interested third parties (amici curiae)

Limiting remedial powers of tribunals

14. Limiting legal remedies that tribunals may grant to investors
15. Limiting the types of damages that may be awarded as compensation for a treaty breach

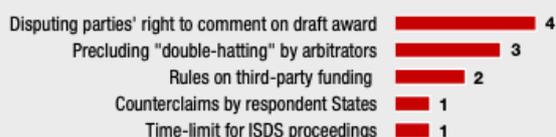
Other improvements

16. Including rules on third-party funding (prohibiting it, or requiring disclosure)

Box figure 1. Most frequent procedural reform elements in 2018 IIA (Number of IIAs)



Box figure 2. Least frequent procedural reform elements in 2018 IIAs (Number of IIAs)



Source: UNCTAD, based on annex table 1.

670

De l’observation des modifications portées aux TBI, on remarque que les deux réponses *Exit* et *Voice* ne sont pas mutuellement exclusives. Ainsi les changements peuvent tout à la fois

⁶⁷⁰ IIA Issues Note, Reforming Investment Dispute Settlement, op.cit.

porter des éléments de stratégie d'*Exit* partielle avec une limitation forte du recours à l'arbitrage d'investissement, ainsi que des éléments de *Voice* au travers de l'amélioration du processus globale de prévention et de résolution des litiges d'investissement (avec particulièrement le recours à des modes amiables volontaires) et d'amélioration de la procédure d'arbitrage au travers du choix des arbitres, du contrôle de sa durée et de son coût ou encore par exemple, par la possibilité de l'intervention de tiers-parties.

Ce phénomène *Voice* se produira également au travers d'une institution d'arbitrage procédant à une réforme de ses règles, ou grâce aux propositions formulées par des organisations nationales, régionales ou internationales œuvrant au développement et à la promotion de l'arbitrage. De manière non exhaustive c'est le cas du CIRDI, de la CNUDCI⁶⁷¹, de la CCI, de la CNUCED ou encore de CIArb et de l'International Council for Commercial Arbitration (ICCA) qui formulent des propositions et mènent des initiatives visant à améliorer les pratiques d'arbitrages, et plus largement de résolution des conflits d'investissement.

Dans l'ensemble de ces situations, les changements apportés le sont par touches avec un impact limité, en termes de proportions dans lesquels le *Système* est touché (vue horizontale) ainsi qu'en termes de profondeur apportée au changement dans le *Système* (vue verticale). En particulier les structures et relations de pouvoirs entre acteurs du *Système*⁶⁷² demeurent les mêmes. Mais en dépit des initiatives visant à améliorer le *Système*, et face à la montée des mouvements de *Voice* et *Exit*, une réflexion participative et holistique sur l'opportunité d'une réforme du *Système* s'est engagée au sein de la CNUDCI⁶⁷³.

⁶⁷¹ Voir la révision des règles des procédures arbitrales de 2010 ainsi que l'adoption de nouvelles règles sur la transparence dans l'arbitrage d'investissement sur base d'un TBI résultat des travaux du groupe de travail II de la CNUDCI, ainsi que les règles de procédure arbitrale CIRDI révisées en 2006. La CNUDCI a également préparé une convention visant à faciliter l'application des règles de transparence aux 3 000 ou plus traités d'investissement conclus avant leur entrée en vigueur, la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage investisseur-État fondé sur des traités (la "Convention de Maurice sur la transparence"). Voir également le Règlement d'arbitrage 2012 de la CPA, qui présente un nouvel ensemble de règles de procédure pour l'arbitrage de différends impliquant au moins un État, une entité contrôlée par l'État ou une organisation internationale ; ainsi que le rapport de la Commission d'arbitrage de la CCI sur l'arbitrage impliquant des États et des entités étatiques en vertu du Règlement d'arbitrage de la CCI 2012, qui a débuté le travail de réforme pour ces institutions. Pour une analyse voir : UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issues Note No2, Juin 2013; et pour une critique, voir : TUCK, Andrew P., *Investor-State Arbitration Revised : A Critical Analysis of the Revisions and Proposed Reforms to ICSID and UNCITRAL Arbitration Rules*, 13 L & Bus Rev Am 885, 2007.

⁶⁷² WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, The complexity of wicked problems in large scale change, op. cit., Table 1 p.993

⁶⁷³ Voir Contribution of the Secretariat of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) with regard to the open call for input for Working Group on Business and Human Rights' report on "Human Rights-compatible International Investment Agreements (IIAs)": "*The United Nations Commission*

2- La dynamique de réforme du Système de résolution des différends d'investissement

À la différence d'une dynamique incrémentale de changement, dans une réforme les acteurs cherchent à comprendre le système d'un point de vue holistique et inclusif. Il s'ouvre généralement un réel espace de parole au-delà des hiérarchies entre les parties prenantes du processus. Ainsi, les acteurs du terrain et les experts sont conviés autour de la table de négociation afin d'identifier les causes des lacunes du *Système* et d'y apporter les modifications idoines. Ce processus est issu de la démarche scientifique, d'une pensée déductive, qui a fait ses preuves : définition de l'objet et de la question, formulation d'hypothèses de travail, récolte de la donnée, analyse créative, conclusions et implémentation de solutions. Ces-dernières impliquent généralement la définition de nouvelles règles et l'attribution de rôles et de responsabilités, cela *via* de nouveaux processus et/ou de nouvelles institutions.

C'est le processus qu'a entamé le groupe de travail III (ci-après "le Groupe de travail") au sein de la CNUDCI en juillet 2017 : « *It was the prevailing view that UNCITRAL provides an appropriate multilateral forum to discuss relevant issues in an inclusive and transparent manner, where the interests of not only States but also of other stakeholders could be considered.* »⁶⁷⁴. Ainsi, si le processus est décrit comme mené par les gouvernements (« *government-led* »), ce qui constitue un impératif pour la CNUDCI en raison des aspects de gouvernance publique au cœur du sujet⁶⁷⁵, il est également décrit comme inclusif : « *[t]he Working Group sessions have benefited from significant and increasing participation by States, including developing and least developed countries. The Working Group session in January 2020 in Vienna, for example, was attended by more than 400 delegates representing 106 States, and 66 international organizations and non-governmental organizations.* »

on International Trade Law ("UNCITRAL" or "Commission") Working Group III is currently working on a comprehensive reform of the regime for investor-State dispute settlement ("ISDS"), based on concerns and shortfalls identified so far. In its current phase of work, the Working Group is in the process of developing concrete reform solutions, on the understanding that these should be made applicable to the more than 3,000 existing international investment agreements ("IIAs"). » Disponible à l'URL : <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/WG/Submissions/Others/UNCITRAL.pdf>

⁶⁷⁴ Cet historique est expliqué dans la note de présentation du Groupe de travail par madame la Secrétaire de la CNUDCI : « *In July 2017, UNCITRAL entrusted its Working Group III with a broad mandate to work on the possible reform of ISDS against the background of its global reach and its experience with the negotiation of legal instruments in the field of international dispute settlement* ».

⁶⁷⁵ « *The Commission had noted that ISDS involves a number of policy issues and highlighted that Governments should have a leading role in the reform process. The reform deliberations in Working Group III have benefitted from high level input from government representatives in the working group sessions as well as in the form of over 50 written submissions contributing to the Working Group's deliberations.* »

Et cette inclusivité devait permettre de recueillir largement les points de vue des parties prenantes du système⁶⁷⁶ : « [t]he deliberations of the Working Group are based on **a broad range of available expertise from different stakeholders**. More than 66 international intergovernmental organizations and non-governmental organizations **with a variety of industry and policy expertise** have participated in the Working Group sessions as observers and have organized numerous side events during as well as in-between the Working Group sessions ». Enfin, le mode de travail du Groupe de travail III est décrit comme transparent⁶⁷⁷, généralement basé sur le consensus et en coordination avec les autres tentatives de réforme du *Système* au sein des institutions multilatérales que sont le CIRDI, l'OCDE et la CNUCED⁶⁷⁸.

Ces aspects rappellent les modes de fonctionnement Pluralistes-Verts évoqués au sujet des institutions multilatérales, et dont les carences sont souvent pointées du doigt par les observateurs. Cela avait déjà été relevé au sujet du processus de formation des bases institutionnelles du *Système* par les agents de la Banque mondiale au travers d'un processus Pluraliste basé sur le consensus et associant des acteurs fonctionnant prioritairement au travers d'un stade comme le stade Orange ou Ambre. Or, une conclusion similaire se retrouve dans l'analyse du fonctionnement du groupe de travail menée par Kinda Mohamadieh, conseil juridique au sein du bureau de Genève du *Third World Network*⁶⁷⁹ et par Jane Kelsey, Professeure à la Faculté de Droit d'Auckland.

Dans leur analyse les auteures concluent que : « [t]he most likely outcome is a lowest-common-denominator multilateral instrument that allows capital-exporting States to adopt **minimalist procedural changes to ISDS and none to the fundamental systemic problems undermining States' policy and regulatory space**. Some of those States may not even sign or ratify a final agreement. Despite that, UNCITRAL and the Secretariat, as well as capital-

⁶⁷⁶ De nombreuses contributions ont été faites à chaque session et entre les sessions. Voir par exemple la contribution de la CI Arb Discussion Papers CI Arb at UNCITRAL Working Group III on ISDS Reform: Efficiency, Decisions, and Decision Makers, en août 2019 et disponible à l'URL : <https://www.ciarb.org/media/6285/ciarb-uncitral-discussion-papers-digital-0819.pdf>

⁶⁷⁷ Chaque étape des délibérations est documentée dans les rapports du Groupe de travail et de la Commission. Les rapports ainsi que les notes du Secrétariat et les communications des États sont accessibles au public sur la page Web de la CNUDCI dans les six langues de l'ONU. Voir la note de présentation du Groupe de travail par madame la Secrétaire de la CNUDCI, op.cit.

⁶⁷⁸ « (...) in particular regarding its work on shareholder claims and reflective loss in its preparatory work ».

⁶⁷⁹ <https://www.twn.my>

exporting States that promised they would institute reforms, will seek to proclaim a »successful« (sic) outcome ».

Cette conclusion rappelle les failles dénotées du mode de fonctionnement Pluraliste-Vert dont l'égalitarisme et la recherche de consensus permettent le maintien des rapports de force entre les parties prenantes. C'est ce qui se serait produit ici et aurait permis aux États en position dominante de définir la question et les problématiques à traiter, et donc le périmètre des discussions. Suivant cela, ces États auraient gardé la main sur les solutions proposées, les délibérations et *in fine* le résultat du processus. Les auteures détaillent la méthodologie employée dans leur analyse et ajoutent qu'elle a permis de révéler : « (...) *the disturbing reality behind the consensus-based, government-driven approach: capital-importing developing countries, which are the main targets of ISDS cases and should have had at least as much influence over the process as the developed capital-exporting countries that primarily support ISDS, have struggled to make their concerns heard* »⁶⁸⁰.

D'une part on note que le contexte demeure inchangé depuis celui qui entourait la mise en place du *Système* actuel, et reste marqué par les oppositions des États importateurs et exportateurs de capitaux, rendant ainsi impossible un consensus. D'autre part, selon les auteures, à l'origine de ce qui va conduire à l'échec du processus de réforme se trouve la formulation restrictive des termes du mandat du groupe de travail. Celle-ci emporterait un focus exclusif sur un ensemble d'aspects procéduraux⁶⁸¹, au détriment de questions de fond qui sous-tendent la crise de légitimité du *Système* :

« The failure of WGIII to make effective advances towards urgently needed reforms can be traced back to several factors, notably its narrow interpretation of the UNCITRAL mandate

⁶⁸⁰ KELSEY, Jane, MOHAMADIEH, Kinda, *UNCITRAL fiddles while countries burn...*, op. cit.

⁶⁸¹ Voir également : JOHNSON, Lise, COTULA, Lorenzo, *Guest Post: Pragmatism and Flexibility in UNCITRAL Working Group III: Too Much of a Good Thing?*, INT'L ECON. L. & POL'Y (Feb. 5, 2020), at <https://ielp.worldtradelaw.net/2020/02/guest-post-pragmatism-and-flexibility-in-uncitral-working-group-iii-too-much-of-a-good-thing.html>; VERBEEK, Bart-Jaap, *The Limitations of the UNCITRAL Process on ISDS Reform*, SOMO (Oct. 30, 2018), at <https://www.somo.nl/the-limitations-of-the-uncitral-process-on-isds-reform> et VAN HARTEN, Gus; KELSEY, Jane, SCHNEIDERMAN, David, *Phase 2 of the UNCITRAL ISDS Review: Why 'Other Matters' Really Matter*, 2019, All Papers. 328. https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/all_papers/328 Ou encore : l'article de Marwa FARAG « [Arbitration Reform Efforts: Are Reformers Wasting a 'Once-in-a-Lifetime' Opportunity?](#) », Kluwer Arbitration Blog, du 4 juin 2021 : « (...) *reformers are letting a good crisis go to waste. By focusing only on fixing dispute settlement procedures, they ignore the larger critiques that are undermining confidence in the investment regime writ large. The regime is under attack because the expected benefits of international investment agreements have not materialized as clearly as have the massive claims and subsequent awards against States. Yet ISDS reformers (and their critics) tinker at the edges and dodge the core question: If the end is increasing needed capital flows to the developing world, does the investment regime live up to its promise of being the means?* »

to cover a limited set of procedural issues, the prescriptive agendas that have limited the range of issues being discussed and side-lined a range of concerns raised by developing countries, and the procedures adopted before and during the Covid-19 pandemic. The process has come to resemble a smoke and mirrors exercise, in which the Working Group is being steered towards an overriding framework that does not resolve the crucial challenges with ISDS, while long-recognised problems associated with ISDS continue to be ignored »⁶⁸².

Et en effet, l'essentiel des propositions du Groupe de travail sont d'ordre procédural⁶⁸³ et reprennent les modifications incrémentales formulées par les acteurs : « (...) *procedural reform options would include those reform options that typically feature in the investment chapters of the more modern free trade agreements and address the ISDS procedure with a view to correct lack of clarity and shortcomings in the procedure* ». L'aspect « systémique » de la réforme viendrait du déploiement de ces changements au travers d'un instrument multilatéral. Les autres propositions formulées par le Groupe de travail sont dites de nature structurelle ou institutionnelle : un centre consultatif multilatéral inspiré de l'ACWL de l'OMC pour aider les États dans les procédures de résolution de leurs conflits d'investissement ; un mécanisme d'appel ou une cour d'appel de deuxième instance pour entendre les appels contre les sentences arbitrales ou les jugements de première instance ; et enfin un tribunal permanent d'investissement comprenant un organe permanent de première et de deuxième instance.

Pourtant, il apparaissait clairement aux agents de la CNUDCI que le Groupe de travail de travail ne devait pas se contenter de formuler des propositions de changement au niveau procédural, que sinon cette réforme serait une opportunité perdue : « *it would be a lost opportunity* »⁶⁸⁴. En effet, pour les agents de la CNUDCI le Groupe le travail se devait de

⁶⁸² Pour les détails de ces points et les arguments qui les soutiennent voir le document déjà cité : KELSEY, Jane, MOHAMADIEH, Kinda, *UNCITRAL fiddles while countries burn*, Global and Regional Order, une publication de Third World Network et Friedrich-Ebert-Stiftung, Septembre 2021, accessible à l'URL : <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/genf/18297.pdf>

⁶⁸³ Le Groupe de travail propose cinq réformes procédurales :

- Strengthening ADR mechanisms, including recourse to investor-State mediation;
- Developing structures and policies to strengthen and operationalize dispute prevention;
- Developing new methods for the selection and appointment of ISDS arbitrators;
- Developing a code of conduct for adjudicators in ISDS;
- Other ISDS procedural rules reforms, including procedure to address frivolous claims; multiple proceedings; reflective loss; counterclaims; security for costs; third party funding; treaty interpretation; damages calculations. » Contre trois propositions de réforme institutionnelles ou structurelles.

⁶⁸⁴ La citation entière est la suivante : « (...) *systemic reform was needed in order to address a risk by IIAs and ISDS to the regulatory space required by States to comply with their international human rights obligations and*

rechercher également une réforme d'impact systémique : « (...) [the group should] *simultaneously develop a variety of reform options, including options for systemic reform and options for procedural reform, to address the concerns identified with regard to the current ISDS system* »⁶⁸⁵. Et on peut imaginer que c'est probablement la difficulté voire l'impossibilité d'obtenir un consensus⁶⁸⁶ des États qui a poussé la CNUDCI en 2021 à approuver un plan de travail « *pour aller de l'avant avec la réforme* »⁶⁸⁷ en poursuivant une gamme d'options procédurales et structurelles en laissant de côté de l'agenda la plupart des questions de fond, mais avec la possibilité de les inclure dans le futur.

L'analyse de Kinda Mohamadieh et Jane Kelsey paraît rejoindre celle que nous formulons au sujet des racines de la crise que connaît aujourd'hui le *Système*. Cette crise serait d'une part due au processus adopté qui n'avait que les apparences du multilatéralisme, et d'autre part sur les choix institutionnels formant les fondations du *Système* qui reposaient sur **le paradigme juridictionnel**⁶⁸⁸ cela en dépit d'un désaccord profond des États sur le corps de normes dont les processus juridictionnels développés allaient être les garants. Le processus de réforme actuellement mis en œuvre ne permettrait donc pas de questionner la logique au fondement du *Système*. En conséquence les résultats d'un tel processus risquent de ne pas aboutir à une réelle **transformation** du *Système*, décrit comme un changement dans ses

achieve the SDGs and that it would be a lost opportunity to narrowly focus on amending the existing procedural rules ». in la note de présentation du Groupe de travail par madame la Secrétaire de la CNUDCI, op.cit., p.1.

⁶⁸⁵ Note de présentation du Groupe de travail par madame la Secrétaire de la CNUDCI, *ibid*.

⁶⁸⁶ Taylor Saint John et Anthea Roberts ont observé les sessions du Groupe de travail, et se sont interrogé : “[t]he cooperation approach led us to expect that negotiators would actively consider the goals of the investment treaty system and make design decisions in light of these goals. Yet the negotiators rarely discuss the purposes of the investment treaty system and many do not appear to believe they have a mandate to question the system’s goals. (...) Many delegates, when asked, emphasize that they have a limited mandate and feel they are constrained by various precedents », *Complex Designer and Emergent design*, op. cit. p 107

⁶⁸⁷ Note by the Secretariat: Workplan to Implement Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Reform and Resource Requirements, UNCITRAL Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) Fortieth Session (resumed), UN Doc. A/CN.9/WG.III/WP.206 (May 2021), disponible à l’URL : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V21/016/72/PDF/V2101672.pdf?OpenElement>

⁶⁸⁸ Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'une des raisons du choix de la CNUDCI comme *forum* pour accueillir le processus de réforme était un changement incrémental apporté au *système* sous forme d'une amélioration juridique à la critique du manque de transparence que connaît l'arbitrage d'investissement : « *It was recalled that UNCITRAL has successfully undertaken a first step towards reform of ISDS with the preparation of standards on transparency. UNCITRAL further prepared a convention designed to facilitate the application of the Transparency Rules to the 3,000 or more investment treaties concluded before their entry into force, the United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. (...) After the adoption of these texts, the question was raised whether the Mauritius Convention on Transparency could provide a useful model for possible further reforms in the field of ISDS. It was noted that the then current circumstances posed a number of challenges to ISDS and proposals for reforms had been formulated by a number of organizations. In 2016, a research paper presented to UNCITRAL proposed to follow an approach similar to the one pursued in respect of the Mauritius Convention on Transparency, that would allow reform of a complex and atomized regime by way of a single multilateral instrument.* », Voir la note de présentation du Groupe de travail par madame la Secrétaire de la CNUDCI, op.cit., p.2

fondations : « (...) *a shifting of the very foundations of some institutions and their relationships* (...) [contrary to] [i]ncremental change and reform [that] can take place within the current logics (economic-political-social) that are producing unsustainable outcomes »⁶⁸⁹. Or, ainsi que le notait Albert Einstein, « *on ne peut pas résoudre un problème avec le même niveau de pensée que celui qui l'a créé* », et il semble bien que ce que beaucoup appellent de leur vœu n'est pas une simple réforme du *Système* mais la **transformation** profonde de celui-ci au travers de la mise en œuvre d'un **nouveau paradigme**. Et des développements précédents, il semble que ce paradigme est celui du **consensualisme**, ou comme l'appellent certains auteurs, **un stade de pensée Évolutif-Opale**.

Dans le même sens, Kinda Mohamadieh et Jane Kelsey soulignent que l'approche actuelle de réforme du groupe de travail III ne pourra pas produire ce type de transformation : « (...) *it is clear that its current approach will not deliver meaningful reform unless there is a substantial realignment of the agenda, procedures and power dynamics within the Working Group* ». Or, il convient ici de revenir aux notions de *wicked problems*, et au concept de dynamique de changement d'un système social adaptatif complexe. Il n'est en effet pas surprenant que le processus de réforme animé par la CNUDCI subisse les mêmes difficultés que celles rencontrées à l'époque par les agents de la Banque mondiale, et cela en dépit de toute la bonne volonté d'agents d'une organisation multilatérale empreint d'une logique Pluraliste-Verte. On peut également imaginer que pour ces agents aucune autre voie ne semblait possible, tant les concepts de *wicked problems* et de système adaptatif complexe, ainsi que leurs applications aux sciences sociales et au *management* public, restent étrangères aux sciences juridiques. En outre, ces concepts portent une logique en porte-à-faux avec la logique juridique. Ainsi, comme l'écrit Joost Pauwelyn, l'idée que la transformation d'un système puisse nécessiter une approche décentralisée, participative, holistique, et itérative, c'est-à-dire basée sur l'idée du « testons et apprenons » est contre-intuitive pour la plupart des juristes : « (...) [it] *should give pause to lawyers, generally critical of fragmentation and decentralisation, and intuitively in search of order and central authority* »⁶⁹⁰.

B) Les conditions pour la transformation du Système de résolution des différends d'investissement

⁶⁸⁹ . WADDOCK, Sandra, MESZOELY, Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *The complexity of wicked problems...*, *ibid*, p.995.

⁶⁹⁰ PAUWELYN, Joost, *At the Edge...*, *op.cit.*, p.9.

Plus avant dans le présent texte nous avons exposé des notions issues d'autres sciences que les sciences juridiques, notamment les *wicked problems* et les systèmes sociaux adaptatifs complexes. Nous avons évoqué les derniers développements autour de ces concepts qui en rapprochent l'étude suivant l'idée qu'ils partagent nombres de leurs particularités. Cette ressemblance permettrait alors d'imaginer qu'une logique similaire puisse être mise en œuvre pour provoquer une dynamique de changement au sein d'un système adaptatif complexe et pour prendre en compte les *wicked problems*⁶⁹¹ qui le composent.

1- La prise en compte de la nature du Système de résolution des différends d'investissement

La prise en compte de la nature du *Système de résolution des différends d'investissement* semble d'autant plus souhaitable que les systèmes adaptatifs complexes peuvent tout à la fois être le produit d'une problématique *wicked* et en produire à leur tour, puisqu'ils partagent tous deux une logique d'émergence : « [s]ocial CAS are constituted by individuals, institutions, and other organized entities that interactively influence each other and are simultaneously shaped and influenced by the wicked problems or issues within the system »⁶⁹². Pour les auteurs c'est en tenant compte de cette nature que des clés pour sa transformation pourront être décelées : « (...) [b]y reflecting conceptually on the nature of CAS and wicked problems, we can begin to see how understanding the system as both wicked and complex can help provide actionable suggestions for change agents »⁶⁹³. À ce titre d'ailleurs, et puisque ces notions nous viennent du *Design*, et que la théorie des systèmes adaptatifs complexes est celle qui cherche à comprendre le fonctionnement de ces systèmes formés de manière décentralisée : « [to understand] patterns that emerge in decentralized systems despite the lack of an "omniscient

⁶⁹¹ « *Wicked problems and CAS have many overlapping and similar characteristics. Both need to be considered holistically, are dynamically complex, with emergent, interactive, and co-evolutionary properties, where the outcomes of changes can be seen in patterns, and/or change in the nature of the problem(s), but they are ultimately not predictable (...) Complex systems thinking cannot "solve" or "tame" wicked problems. Instead, complex systems first characterize the nature of the wicked problems and explore plausible pathways that cannot always be anticipated and visualized without simulations. The intersection of wicked problems and complex systems presents a fertile domain to rethink our understanding of persistent social and environmental problems, to mediate the manifold (...), and thus to restructure our planning approaches to such problems.* » WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *The complexity of wicked problems in large scale change*, op.cit. p.1.

⁶⁹² WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *The complexity of wicked problems in large scale change*, op.cit. p996

⁶⁹³ Ibid, p100.

designer ” »⁶⁹⁴, alors leur objectif est-il de reprendre le contrôle de ces systèmes, au travers d’une conception rationalisée, « *a rational design* »⁶⁹⁵ ? La réponse à cette question dépend du sens que l’on donne au terme « *Design* » et à l’état d’esprit que sert la démarche. Si l’on prend le terme dans un sens commun qui est celui d’un processus de conception et de construction par la planification, et dans un objectif de centralisation et de maîtrise, alors à notre sens la réponse est non.

Le biologiste Stuart Kaufman, l’un des pères fondateurs de la théorie de la complexité et de l’auto-organisation, a souligné que : « « [v]ast interlinked networks of elements behave in three broad regimes – [1] ordered, [2] chaotic, and [3] a complex regime on the frontier between order and chaos »⁶⁹⁶. Et que cet état, entre ordre et chaos, décrit par le physicien Mitchell Waldrop comme : « [t]he balance point (...) where the components of a system never quite lock into place, and yet never quite dissolve into turbulence either (...) The edge of chaos is where life has enough stability to sustain itself and enough creativity to deserve the name of life »⁶⁹⁷ est celui que recherche en permanence les systèmes adaptatifs complexes. En conséquence, toute transformation d’un système de ce type doit prendre en compte ce point d’équilibre, afin de ne pas viser ni trop d’ordre ni trop de chaos. Alors, s’il l’on accepte que le *Système de résolution des différends d’investissement* entre dans la catégorie des systèmes adaptatifs complexes, comment traduire cette exigence dans la question de sa transformation ?

Il convient déjà de reconnaître que les solutions qui proposent davantage de centralisation du *Système* puissent apporter trop de rigidité⁶⁹⁸. Ensuite, pour les auteurs, il est impossible et contre-productif de vouloir délimiter strictement le système adaptatif complexe dont on souhaite voir la transformation, et tenter de formuler un plan complet et exhaustif de réforme devant être implémenté sous le contrôle d’une entité centralisatrice. Il convient plutôt

⁶⁹⁴ Voir en ce sens : ROBERTS, Anthea, ST JOHN, Taylor, *Complex Designers and Emergent Design: Reforming the Investment Treaty System* in American Journal of International Law, 116 (1), pp.96-149, 2022, doi:10.1017/ajil.2021.57

⁶⁹⁵ ROBERTS, Anthea, ST JOHN, Taylor, *Complex Designers...*, op. cit., p.8.

⁶⁹⁶ PAUWELYN, Joost, *At the Edge...*, op. cit., p.9.

⁶⁹⁷ PAUWELYN, Joost, *ibid.*

⁶⁹⁸ Cela par exemple particulièrement au travers d’un mécanisme d’appel ou une cour d’appel de deuxième instance pour entendre les appels contre les sentences arbitrales ou les jugements de première instance ou d’un tribunal permanent d’investissement comprenant un organe permanent de première et de deuxième instance. Tous les systèmes complexes fonctionnent sans hiérarchie, en ce que la hiérarchie n’est capable d’accommoder qu’une complexité relativement limitée. On note ainsi que lorsque les acteurs se coordonnent, le système fonctionne infiniment mieux qu’une structure pyramidale. En ce sens, il n’est pas renvoyé à une absence de coordination ou de structure, mais de hiérarchie centralisatrice.

de s'appuyer sur les liens d'interdépendance des acteurs du système, l'effet d'émergence et de boucles rétroactives afin d'espérer que les changements opérés à une échelle locale produisent des effets similaires, ou allant dans le sens voulu, au niveau global⁶⁹⁹. C'est ainsi que Joost Pauwelyn affirme : « [a complex adaptive system] *stabilizes but also changes and evolves through a series of local, sub-optimal quasi-equilibria, highly sensitive to initial conditions that can be disturbed by both seismic events or major crises and minor mutations (...)* ». L'auteur affirme que la connaissance de cette dynamique de changement fournit des clés utiles pour une intervention ou une réforme du *Système de résolution des différends d'investissement*, qui doit s'appuyer sur la complexité du *Système*, au contraire d'une recherche de contrôle ou de simplification de cette complexité⁷⁰⁰ : « [t]he insights thus provided should also help participants in FIL to develop interventions or reforms that are more likely to be effective, in casu relatively small tweaks or adaptations which may have major repercussions rather than either attempts at a top-to-bottom overhaul of FIL through centralized control (such as a multilateral investment treaty or world investment court or insistence on the status quo (as advocated by arbitrator-insiders such as Judge Brower and V.V. Veeder QC) ».

En outre, pour ne pas juste obtenir une réforme efficace du *Système* mais bien sa **transformation** il convient que les solutions déployées localement soient réellement novatrices. C'est-à-dire que ces solutions mettent en œuvre des possibilités inconsiderées jusque-là⁷⁰¹ et soient le fruit d'une nouvelle vision basée sur un autre paradigme. Il convient en outre que ce nouveau paradigme soit porté et vécu par les acteurs du *Système*⁷⁰², c'est-à-dire

⁶⁹⁹ Sur l'effet de réseau et la dépendance au chemin emprunté : « *Path dependence is apparent in both CAS and wicked problems. In wicked problems, small and large changes, though unpredictable in their specific outcomes, shift the system's dynamics, leaving "traces" (...). Much the same is true of CAS, where small initial actions can have potentially large impacts, a process known as the butterfly effect.* » WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *The complexity of wicked problems in large scale change*, op.cit. p100

⁷⁰⁰ WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *The complexity of wicked problems in large scale change*, ibid.

⁷⁰¹ Les auteurs parlent de « *previously unimagined possibilities* » : WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *The complexity of wicked problems in large scale change*, op.cit.

⁷⁰² « *One distinctive quality of transformation is that it involves **redefinition of power and power structures within the transforming system**. Incremental change operates within the current logic, reinforcing existing rules and relationships. For example, incrementalism is associated with companies "rolling-out" new products, services, or delivery channels. Reform allows for the revision of rules, such as with regulatory reform, but does so within current power structures, as occurred after the banking crisis when there was no real change in power structures, though some rules changed. In contrast, LSC aims for new ways of thinking, acting, and relating with different assumptions such as the imperative for sustainability. LSC's transformational challenge involves changing the logic of organizations, their values, and decision-making processes. Therefore, organization change agents are part of LSC simply as a result of the operating and enabling environments of their organizations. The question is whether they want to be reactive or pro-active in navigating the scale of*

qu'il se matérialise dans un changement de culture organisationnelle de ces acteurs. A ce titre, des organisations cheffes de files ou « *leaders* » peuvent jouer un rôle de moteur et donner l'impulsion. Enfin, il convient que la définition de cette vision et des actions locales à mener soient le fruit d'un processus de co-construction participatif, inclusif et holistique des parties prenantes du *Système*. Des *forum* multilatéraux et régionaux peuvent fournir le cadre d'un tel processus.

2- *La création des conditions pour la transformation du Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger*

Afin de tenir compte de la nature du *Système* comme d'un système adaptatif complexe, il convient de mettre en place un processus décentralisé, participatif, transdisciplinaire, innovant et dynamique.

a) Un processus décentralisé

La résilience des systèmes adaptatifs complexes a déjà été brièvement évoquée, et en effet les caractéristiques dynamiques de ce type de systèmes leur permet de s'adapter en fonction du contexte extérieur et des modifications internes qu'ils subissent. Cette dynamique les rend ouverts aux innovations mais en même temps la décentralisation du système rend impossible pour un acteur de le transformer seul. Il est simplement possible d'espérer que les actes et les prises de position de cet acteur, qui est moteur de changement, inciteront un nombre important de parties prenantes à suivre le mouvement, ou que ses actes auront des effets sur les autres qui les amèneront à changer dans la même direction.

Cela pourra se produire si les acteurs en question y trouvent une motivation, en particulier s'ils commencent à partager les idées et perceptions qui sous-tendent la dynamique de changement. Dans ce sens, certaines organisations sont intrinsèquement plus résistantes au changement que d'autres. Ainsi, il est classique de considérer qu'une administration et par extension un État, du fait de sa nature, est plus rigide et stable qu'une entreprise. Mais même dans ce cas, il est possible de trouver des incitations capables de provoquer un changement de ces acteurs. Et c'est dans le cas de ces acteurs résistants au changement, et pour ceux qui sont hésitants, que le rôle des organisations cheffes de file ou *leaders* peut être déterminant. Ainsi,

change. » WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *The complexity of wicked problems in large scale change*, op. cit., p.995

on a pu voir dans l'historique de la mise en place du système CIRDI le rôle majeur des États-Unis ou de la Banque mondiale, ou encore l'influence de la CCI dans le développement d'un régime juridique de l'arbitrage international. Ce pourra également être le cas d'une idée ou d'un paradigme qui trouve un écho tel au sein des acteurs du *Système* qu'il va les attirer et provoquer le changement. Les auteurs parlent de « *strange attractors* » c'est-à-dire : « *elements that create defining points of interest, or leverage points for change (...) [that] draw attention and create an impetus for change* »⁷⁰³.

A ce titre, nous notions précédemment une montée du **paradigme consensuel**, ou selon la terminologie de Frédéric Laloux des idées Pluralistes-Vertes, voire d'un stade de pensées encore ultérieur dit Évolutif-Opale. Il est donc envisageable que ces idées fédèrent suffisamment d'acteurs et permettent un changement de paradigme du *Système* et donc sa **transformation**. Si au début du présent travail doctoral nous pouvions parler de signaux faibles en ce sens⁷⁰⁴, aujourd'hui c'est une tendance qui s'est créée autour notamment du recours aux modes amiables de résolution des litiges d'investissement dont certains mettent en œuvre une résolution basée sur les intérêts, notamment autour de la médiation d'investissement.

La médiation a en outre bénéficié d'une œuvre de promotion de la part de nombreux acteurs, dont certains peuvent potentiellement être vus comme suffisamment influents pour constituer un « *strange attractor* », et à ce titre susceptible de renforcer l'adoption du **paradigme consensuel** par davantage d'acteurs. Nous situant dans un système adaptatif complexe, ce dernier point pourrait créer une boucle rétroactive amplificatrice, en faveur du consensualisme, d'autant plus s'il est conjugué à un usage accru de la médiation d'investissement, ainsi qu'à la formation d'une base d'acteurs qui ont un intérêt à son développement (de « constituants » ou « *constituency* » en anglais au sens donné par Taylor St John dans le cas de l'arbitrage d'investissement⁷⁰⁵), tels que des arbitres formés à la médiation d'investissement et des institutions offrant des services de médiation.

⁷⁰³ Sur la notion de “leverage points” voir MEADOW, Donella, *Leverage Points, Places to Intervene in a System*, Sustainability Institute, 1999

⁷⁰⁴ On peut définir un signal faible comme un signe avant-coureur d'un changement à venir, qui reste limité par exemple dans son périmètre géographique ou dans les acteurs impliqués. Cette notion date des années 1970, conceptualisé par Igor Ansoff qui le définit alors comme une information d'alerte précoce, de faible intensité, pouvant être annonciatrice d'une tendance ou d'un événement important. Voir ANSOFF, Igor, *Managing Strategic Surprise by Response to Weak Signals*, California Management Review, 18(2), pp.21–33, 1975, <https://doi.org/10.2307/41164635>.

⁷⁰⁵ St JOHN, Taylor, *The Rise...*, op.cit. p.134.

Outre le développement d'un nouveau paradigme, il convient que celui-ci soit mis en œuvre au travers de changements au sein des organisations du *Système*, ce qui nécessite que les acteurs prennent conscience de ce nouveau paradigme et s'accordent, au travers d'un processus participatif sur une vision partagée et des objectifs communs, puis finalement sur les actions à mettre en œuvre.

b) Un processus participatif

Il est affirmé le besoin de collaboration pour affronter des *wicked problems* aux répercussions systémiques au sein d'un système adaptatif complexe, notamment pour faire émerger l'intelligence du groupe face à des problèmes qui dépassent nos capacités cognitives et nos connaissances techniques : « [w]hen complexity overwhelms common sense and expertise, untested beliefs and political mandates override good judgment, even if consensual »⁷⁰⁶. Dans le même temps, on sait que les problèmes sont dits *wicked* justement parce qu'ils engendrent un niveau élevé de conflit entre parties prenantes tant sur leur définition (la réponse à la question de savoir quel est le problème) et des solutions à lui apporter. Nancy Roberts⁷⁰⁷ distingue trois « *coping strategies* » face à un *wicked problem* : la première est une réaction basée sur l'autorité, la seconde est basée sur la compétition, et enfin la dernière sur la collaboration. Et la possibilité du recours à ces stratégies dépend de la répartition du pouvoir entre les parties prenantes.

Ainsi, le recours à une stratégie basée sur l'autorité ne sera possible que si le pouvoir est détenu par peu d'acteurs. Ces-derniers auront l'autorité de définir le problème et les solutions à lui apporter. Dans ce cas, le processus de résolution du problème est relativement simple puisqu'il emporte peu de coûts de transaction. C'est le cas d'une résolution d'un conflit d'investissement par la voie de la conciliation ou sa qualification en litige puis sa résolution par biais d'un arbitrage. Comme l'auteur l'explique, deux désavantages majeurs suivent cette stratégie : « *authorities and experts can be wrong- wrong about the problem and wrong about the solution (...)* [moreover s]etting aside disagreement among experts in a particular problem domain, experts tend to search for solutions within their narrow bandwidth of experience,

⁷⁰⁶ ZELLNER, Moira, CAMPBELL, Scott D., *Planning for deep-rooted problems: What can we learn from aligning complex systems and wicked problems?*, op. cit. p. 461. Un constat à rapprocher des développements de la première partie de cette thèse sur la construction du système CIRDI en réponse à la problématique *wicked* du développement des États du Sud nouvellement indépendants.

⁷⁰⁷ Professeur au Department of Defense Analysis, School of Operational and Information Sciences, en Californie (Monterey).

potentially missing other important issues and considerations »⁷⁰⁸. Cette stratégie n'est donc pas possible si le pouvoir est dispersé, ou que les acteurs n'acceptent pas de le déléguer à un ensemble d'experts et de techniciens. Ce qui est le cas de la communauté des États au sujet de la réforme du *Système*. Il reste alors deux voies possibles : celle de la compétition, et celle de la collaboration.

Celle de la compétition est celle qui a été utilisée jusque-là par les États, et elle s'accompagne d'une recherche de pouvoir : « [t]o the extent a competitor can build a base larger than his opponents, using whatever tactics his ethics and morality permit, he can increase his chances to win and define the problem and solution in a way he sees fit »⁷⁰⁹. C'est la stratégie actuellement mise en œuvre au sein du Groupe de travail III, faisant remarquer par des observateurs qu'il serait nécessaire d'adapter le processus de réforme afin de permettre aux États désavantagés par les rapports de force de voir leurs inquiétudes et besoins également abordés : « [it is necessary to e]nable a process whereby developing countries, as the principal targets of ISDS disputes, can set a new agenda that elevates their concerns and reform priorities to set the minimum standards for any new Agreement »⁷¹⁰.

Nancy Roberts liste en inconvénients d'une stratégie de compétition le risque de violence notamment armée quand cette stratégie est poussée à son extrême, mais également les coûts qui lui sont associés : « [c]ompetition consumes resources that could be spent on problem solving. (...) The stalemates and gridlock that occur when stakeholders have enough power to block one another but not enough to get something done keeps important things from getting accomplished ». ⁷¹¹ De plus, si l'auteur cite en avantage d'une stratégie de compétition l'argument classique d'une innovation accrue, d'autres auteurs soulignent que la collaboration est plus efficace dans la quantité et la qualité des solutions trouvées aux *wicked problems*. Et cela particulièrement quand les membres du groupe impliqués dans la stratégie de collaboration fonctionnent prioritairement selon le paradigme Évolutif-Opale c'est-à-dire notamment dans le non-jugement et la recherche d'authenticité, incitant une prise de décision visant le respect de la nature du système comme système adaptatif complexe, et la réalisation de la vision et de la raison d'être du système dans son entier⁷¹². Ce fonctionnement rejoint ce qui est recommandé

⁷⁰⁸ ROBERTS, Nancy, *Wicked Problems and Network Approaches to Resolution*, op. cit. p.4-5

⁷⁰⁹ ROBERTS, Nancy, *ibid.*

⁷¹⁰ KELSEY, Jane, MOHAMADIEH, Kinda, *UNCITRAL fiddles while countries burn*, op.cit. p.48.

⁷¹¹ ROBERTS, Nancy, *Wicked problems...*, *ibid.* p.6.

⁷¹² GRAVES, Clare W., *The Never Ending Quest*, Santa Barbara, ECLET Publishing, 2005, p.371, cite par Frédéric LALOIX, op. cit. p.87 : « Clare Grave (...) a créé des groupes sur la base du paradigme dans lequel

pour la transformation d'un système adaptatif complexe et la prise en compte de ses *wicked problems*. Mais dans un contexte d'opposition des États comment obtenir cette coopération des acteurs ?

Pour l'auteure dont l'analyse se base sur sa propre expérience de la résolution multilatérale d'un *wicked problem* au sein des Nations-Unies, plusieurs conditions doivent être réunies. Certaines de ces conditions concernent directement le processus, une autre relève d'une prise de conscience des parties prenantes sur la nécessité de la collaboration :

« *It is my firm conviction that **people have to fail into collaboration**. Experiences with authoritative and competitive strategies and personal knowledge of their disadvantages are great teachers. People have to learn what does not work before they are willing to absorb what they perceive to be the extra "costs" associated with collaboration. This learning is especially important for people who come from cultures that place a high premium on taking charge, making decisions, being competitive, and using authorities and experts to settle whatever disputes arise. Only when people come to realize the shortcomings of competition and handing over decisions to authorities, are they willing to experiment with collaboration as an alternative way of coping with wicked problems* »⁷¹³.

C'est dans le même sens que nous évoquions un changement de paradigme vers du consensualisme. Mais au-delà des expériences négatives des processus basés sur l'autorité et la compétition -et de leurs résultats-, l'expérience d'un processus collaboratif s'il est mené efficacement, peut permettre d'amener les parties à collaborer durant le processus, puis d'en réaliser les bénéfices pour ensuite maintenir cette collaboration. C'est l'expérience vécue par Nancy Roberts dans la résolution participative d'un *wicked problem* qu'était la tentative de coordination de l'ensemble des acteurs actifs pour l'effort de secours et de rétablissement en Afghanistan. Cette expérience devait servir de projet-pilote en vue d'établir un cadre de collaboration pour la coordination de l'aide des Nations-Unies aux pays en crise.

Si le contexte de ce cas d'étude n'est pas celui d'un projet d'investissement, il nous semble intéressant en ce qu'il traite d'une tentative de collaboration dans un cadre multilatéral

leurs membres fonctionnent le plus souvent et leur a confié des tâches complexes : (...) les résultats m'ont mis en face d'un phénomène tout à fait particulier : les Opales trouvent infiniment plus de solutions que tous les autres réunis (...) et je me suis aperçu que la qualité de leurs réponses étaient incroyablement supérieure et que le temps moyen ont-ils avaient besoin pour parvenir à une solution était incroyablement plus court que dans les autres groupes ».

⁷¹³ ROBERTS, Nancy, *Wicked problems and Network...*, op. cit., p. 12. [mis en gras par nos soins]

entre des acteurs publics et privés, et notamment entre des acteurs institutionnels et de terrain au sein d'un État en reconstruction. À ce titre, cet exemple nous semble pouvoir servir de cas illustratif pour notre sujet.

L'auteure explique que l'aide en Afghanistan s'organisait au moment du projet sous forme d'un système adaptatif complexe. C'est-à-dire qu'elle était formée d'un ensemble d'acteurs variés et interdépendants, qui s'auto-organisaient de manière décentralisée. En outre l'organisation de l'aide était marquée par des *wicked problems*⁷¹⁴ au cœur desquels l'absence d'une vision partagée déclinée sous la forme d'objectifs communs et d'un mode de fonctionnement accepté, et finalement l'absence de coordination et de synergie des acteurs : « [t]he challenge of coordination among international partners in a fragmented state without the basic institutions of governance, especially when surrogate government functions need to be performed is « formidable ». *Current arrangements – « Coordination by consensus »- when the United Nations coordinator acts as advocate and facilitator, have been clearly ineffective* »⁷¹⁵. Un constat formulé dans un rapport de mission inter-agences affirmant : « "...disparate collection of assistance institutions" has yet to form, "...a community with shared principles, complementary purposes and common goals", to which all can subscribe »⁷¹⁶.

Dans ce cas d'étude, il est intéressant de noter que les acteurs, conscients de l'inefficacité des tentatives de coopération des parties prenantes mises en œuvre jusque-là, optèrent pour un processus alternatif au « *business as usual* »⁷¹⁷. Ils souhaitèrent que soit mise en œuvre une résolution de problèmes collaborative, co-créative et innovante visant à définir ce qu'ils ont qualifié de « *vision commune et un consensus large sur le sujet des objectifs de l'aide qu'ils apportaient collectivement* »⁷¹⁸. Pour mener ce travail, le Secrétaire général adjoint aux affaires politiques des Nations-Unies proposa la création d'un Comité d'agences et une équipe projet composée d'acteurs diversifiés et de terrain (ONG, agences de l'ONU, de la Banque Mondiale, consultants). Et cette équipe projet était menée par « une vétérane » du

⁷¹⁴ L'auteure décrit ainsi le contexte de son cas d'étude : « *Stakeholders are numerous and consist of international non-governmental organizations (NGOs), United Nations' field agencies and staffs from headquarters, and bilateral and multilateral donors. All work independently and all suffer from declining funds. There is no institutional infrastructure, inter-organizational network, or authority to coordinate their activities. Direct interaction among the stakeholders is therefore difficult, limiting the development of an authoritative strategy to guide relief and development work. Stakeholders have strong value and political conflicts over both ends and means* ». N. Roberts, *Wicked problems and Network...*, op. cit., p.8.

⁷¹⁵ Inter-Agency Mission Report, 1997, cité par N. Roberts, *Wicked problems and Network...*, ibid, p.9.

⁷¹⁶ Inter-Agency Mission Report, 1997, cité par N. Roberts, *Wicked problems and Network...*, ibid, p.9.

⁷¹⁷ Inter-Agency Mission Report, 1997, cité par N. Roberts, *Wicked problems and Network...*, ibid, p.9.

⁷¹⁸ Inter-Agency Mission Report, 1997, cité par N. Roberts, *Wicked problems and Network...*, ibid, p.9.

système onusien. Cette cheffe de projet avait alors planifié un ensemble d'étapes devant construire un *momentum* pour l'ensemble de l'effort de collaboration, parmi lesquelles un workshop réunissant l'ensemble des acteurs qui devait constituer un pivot du projet : « (...) *team building, planning and site visits to Afghanistan prior to the workshop for members of the mission team ; a workshop in Afghanistan for all the stakeholders ; post-workshop visits throughout Afghanistan to confer with local leaders and agencies ; mission team development of the strategic framework ; validation of the strategic framework at the policy level in New-York; implementation of the framework at the field level in Afghanistan by the original workshop members* »⁷¹⁹. On le voit ces étapes visaient à engager l'ensemble des parties prenantes, à les inviter à partager leurs points de vue, leurs savoirs et niveaux d'information, et à cocréer les solutions pour l'avenir avant de les implémenter sur le terrain⁷²⁰.

L'auteure décrit les difficultés inhérentes à un projet collaboratif de ce type, en particulier logistiques : identifier les bonnes personnes à réunir, réussir à les réunir (en particulier dans le contexte d'un pays en crise), et garder la dynamique de groupe après un tel évènement. Pourtant, en dépit de ces difficultés, le workshop pu se tenir et réunir plus de quatre-vingts personnes de diverses agences des Nations-Unies, des donateurs bilatéraux et multilatéraux, des ONG afghanes et internationales et la Croix Rouge. Ces-dernières furent divisées en groupes afin de travailler au travers d'un ensemble d'exercices collaboratifs qui visaient à cartographier leur environnement et identifier des défis stratégiques, les prioriser et en déduire une stratégie déclinée en un plan d'actions. Ces résultats furent possibles grâce à la diversité des acteurs et la facilitation mise en place dont le cadre d'écoute respectueuse et des méthodes constructives telles que l'*appreciative inquiry*⁷²¹.

⁷¹⁹ Inter-Agency Mission Report, 1997, cité par N. Roberts, *Wicked problems and Network...*, *ibid*, p.10.

⁷²⁰ “*Not only was it to be an instrument for international partners to reassess and reconfigure their collective efforts, but ideally it would enable the political and security strategy and the emerging humanitarian, economic and development strategy to inform, and be informed by each other. The hope was that all stakeholders would stand to benefit from the systematic sharing of knowledge, information and perspectives that affect both domestic and political environment in Afghanistan.*” ROBERTS, Nancy, *Wicked problems and Network...*, *ibid*, p.9.

⁷²¹ Une méthode créée à la fin des années 1980 par Ron Fry et David Cooperrider, docteurs en Développement des Organisations à l'Université Case Western Reserve de Cleveland. Pour ces chercheurs, les concepts liés à l'industrialisation, le taylorisme, l'amélioration continue, la résolution de problèmes sont applicables à des processus, à des machines mais pas directement aux humains. Ils ne tiennent pas compte de la psychologie humaine, des leviers et émotions. Leurs postulats sont que dans tout système humain il y a quelque chose qui fonctionne bien, que la réalité est créée à chaque instant et les réalités sont multiples ; que le langage définit notre réalité, que le simple fait de poser des questions influence le résultat. Il existe de nombreuses ressources sur le sujet, voir par exemple REED, John, *Appreciative Inquiry-Research for change*, Sage publication, 2007

Sur la base de ces résultats, l'équipe projet rédigea un cadre stratégique finalement approuvé qui bénéficiait de la légitimité d'avoir été conçu lors de ce workshop inclusif et participatif. Outre ce document, l'objectif de l'initiative fut atteint puisque des liens pérennes furent créés entre les acteurs, conduisant à davantage de collaboration et de synergie : « (...) *there were some impressive outcomes at the field level in Afghanistan. Stakeholders continued to meet throughout the next year both at the regional and national levels. New relationships among the donors and relief and development partners were forged. The NGOs, who previously had not been part of inter-agency interactions, retained their "voice" and were involved in the programming exercises. Stakeholders came to an agreement on a number of changes (...) a common mechanism for coordination was developed on a regional basis. Regional stakeholders would meet to develop a coherent program, decide on criteria for selection of programs, and set priorities to fund only those activities that supported the common effort* »⁷²².

Ce type d'exercice est donc possible à une échelle multilatérale pour faire face à une problématique *wicked*, à condition que le pouvoir soit dispersé et non détenu dans les mains de quelques parties prenantes, ce qui est le cas de la communauté internationale. Mais il nécessite de réunir l'ensemble des parties prenantes. L'auteure l'écrit en ces termes : « *get the whole system in the room* ». C'est cette inclusivité qui va permettre de développer une vue holistique du système plutôt que fragmentée, ainsi qu'une vue dynamique en révélant aux acteurs les connexions qui les lient ainsi que leurs liens d'interdépendance.

Outre la capacité à réunir les bons acteurs, une autre condition réside dans l'acceptation des acteurs de travailler collaborativement. En ce sens, la facilitation d'une personne maîtrisant les mécaniques relationnelles du système paraît être impérative. Il convient également qu'elle ait la légitimité pour construire un cadre d'écoute active bienveillante. L'auteure explique ainsi : « *[i]nteractions was to be open and equal with no one group or organization dominating. Everything was to be recorded on flip charts and people were to listen, be considerate and mutually respectful of one another and not to make speeches. (...) Participants were to seek common grounds rather dwell on their differences (...)* ». Le facilitateur au travers d'un questionnement habile et de reformulations encourage ainsi une écoute empathique des participants, et leur permet de sortir d'un positionnement afin de s'ouvrir au point de vue,

⁷²² ROBERTS, Nancy, *Wicked problems and Network...*, ibid, p.12.

besoins et intérêts des autres parties prenantes. L'objectif est de construire ce que l'auteure appelle une communauté d'intérêts : « *a community of interest* ».

Ces conditions posées le processus permet aux participants d'apprendre les uns des autres, d'arriver à une prise de décisions collective et efficace afin de co-construire leur(s) solution(s) au *wicked problem*⁷²³. Or, cette co-construction donne la légitimité aux changements décidés, puisqu'elle est l'expression d'une vision commune, et facilite leur implémentation sur le terrain. A ce titre, vu la multiplicité des acteurs d'un système complexe, il peut être utile de mener d'autres ateliers spécifiquement autour de l'implémentation des mesures, réunissant davantage encore d'acteurs de terrain, et en utilisant par exemple une approche de « *adaptive governance and leadership* » au travers d'une gouvernance collective⁷²⁴. C'est en effet par l'implication des acteurs que l'on obtient leur adhésion, leur implication durable ainsi que des prises de consciences collectives qui permettent de réellement provoquer un changement au niveau individuel, organisationnel puis systémique.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que dans le cas exposé les groupes ont travaillé de manière auto-organisée respectant l'autonomie des parties prenantes : « *[e]ach group identified its own discussion leader, timekeeper, recorder, and reporter (and members were encouraged to rotate these roles)* ». Ainsi qu'en respectant les structures naturelles du système : « *[m]ultiple center of power were represented at the workshop and within the mission team. The UN convened the events, but there was no one, overarching authority that all of the*

⁷²³ Voir INNES, Judith E., BROOHER, David E., *Collaborative rationality as a strategy for working with wicked problems*, Landscape and Urban Planning journal 154, p.8-10, 2016 : "(...) a different kind of rationality, built on collaborative dialogue and multifaceted information, as a strategy for dealing with what appear to be wicked problems. Such dialogue, properly conducted, can get players to back off rigid positions and find other options that further their interests, to cooperate in ways that enlarge the pie for all, to learn not just new ways of solving problems, but also to acquire the insights to reframe the wicked into the manageable, and ultimately to rethink goals and purposes to be more realistic.", p.8. On trouve de très nombreux points communs entre le processus décrit par l'auteure et celui de *collaborative rationality* développé en 7 points clés dans cet article dont : "*participants are diverse (...) the focus is on a problem or task of interest to all (...) participants articulate their interests in the issue and are discouraged from position-taking until late in the process after they have learned (...) the group meets face to face for an authentic dialogue, where all are equally empowered to speak (...) Experts as well as community knowledge are both part of the dialogue (...) everything is on the table as it is often those ideas assumed to be impossible or inappropriate that help break a stalemate (...) The group works through the issue seeking ways to satisfy significant concerns of each member (...) they reach a decision (...) only if they can get 80% or more to agree (...)*". p.9

⁷²⁴ Un article sur le sujet : MURPHY, Philippe, *Wicked Problems as Complex Adaptive Systems in Local Policy Network*, texte de travail en vue d'un workshop, disponible à l'URL : <https://www.ippapublicpolicy.org/file/paper/5b31701b26467.pdf> : "*The approach has been applied to intergovernmental collaborations case as well as collaborative teams comprised of a much wider set of actors. In each case, this approach prescribes a diverse and egalitarian form of governance that is characterized by shared mission and the devolution of authority to lower levels.*" Voir la section 2 du chapitre 2 du titre 2 de la partie 2 de la présente thèse.

stakeholders deferred to or that was powerful enough to “force a decision” on the other players »⁷²⁵. A ce titre, le processus s’est appuyé sur la diversité des acteurs et la dynamique du système plutôt que de tenter une résolution centralisée de la problématique : « (...) *social learning is more likely to be successful if it remains a self-organizing, complex adaptive system that co-evolves as stakeholders meet, interact, and inform one another’s actions* »⁷²⁶.

Finalement, dans son cas d’étude, l’auteure recommande l’expérimentation, d’oser aller vers une solution suffisamment bonne plutôt que de chercher la perfection, et d’ainsi commencer le travail collaboratif en dépit de conditions suboptimales car elles sont inhérentes à la nature des *wicked problems*.

c) Un processus dynamique

Les auteurs nous expliquent qu’une simplification de la complexité n’est pas possible, puisque les prédictions grâce aux statistiques sont exclues. Alors il est impossible de prédire l’apparition des certaines conditions, ou le résultat des actions de changement que l’on souhaite apporter. Mais il est cependant possible de relever les schémas ou tendances qui émergent de ces actions⁷²⁷. En conséquence, il convient de voir le processus actif de changement d’un système comme itératif et comme le fruit de l’apprentissage continue et collectif des parties prenantes. En conséquence, il convient de voir chaque tentative de changement comme un test, à ce titre il est préférable de concevoir des changements modestes et peu coûteux que l’on pourra modifier sans trop de pertes de ressources.

Dans le même sens, les acteurs de changement doivent privilégier une forme de flexibilité et d’adaptabilité afin de pouvoir réagir aux effets de leurs tentatives de changement. Cela implique de repenser et de retravailler les pratiques actuelles, d’introduire des méthodes qui permettront aux décideurs de mieux se préparer aux incertitudes et d’offrir une flexibilité

⁷²⁵ Au sujet des processus d’échange, de délibération et de prise de décision au cœur d’une gouvernance collaborative d’un partenariat entre plusieurs acteurs d’un système, voir la section 2 du chapitre 2 du Titre 2 de la Partie 2 de la présente thèse.

⁷²⁶ ROBERTS, Nancy, *Wicked problems and Network...*, ibid, p.16.

⁷²⁷ Voir par exemple MURPHY, Philip, *Wicked Problems as Complex Adaptive Systems...* op. cit., p.4 Table 1, qui expose une distinction classique entre problèmes « well-structures », « Moderately-structured » et « Ill-structured », ce dernier étant la catégorie des *Wicked problems* et associant à ces catégories des variables dont « probabilities ». Les problèmes bien structurés sont « deterministic », ceux modérément bien structurés sont « estimable » et enfin les problèmes mal structurés sont simplement « reckonable ».

dans les « solutions » : « [t]here are no quick fixes to wicked problems. Solutions are almost always provisional, requiring ongoing policy change and adjustment »⁷²⁸.

d) Un processus innovant et transdisciplinaire

Finalement, il ressort de l'ensemble des développements précédents que les méthodes classiques de résolution de problèmes ne peuvent être appliquées dans la définition des actions de changement pour la transformation d'un système adaptatif complexe. Que ce soit au travers de la simplification de la problématique, notamment avec la formulation de sous-problèmes, ou au travers de la mise en œuvre d'une pensée linéaire, inductive et déductive⁷²⁹. Dans ces dernières approches il n'est pas rare de constater que ce sont des solutions similaires qui sont étudiées en fonction des catégories d'acteurs et des champs techniques qui tentent de résoudre le problème. C'est une critique par exemple qu'évoquait Nancy Roberts dans l'application des expertises à un problème dans l'approche autoritaire. Or, dans notre contexte face à des problèmes d'une si grande complexité, il convient de sortir des sentiers battus pour trouver des solutions innovantes : « *to innovate and create previously unimagined possibilities* »⁷³⁰. Ce qui requiert des approches alternatives abductives, créatives et transdisciplinaires⁷³¹.

Pour cela les auteurs affirment qu'il est important de passer un temps important à essayer de comprendre le problème sous de nombreux angles et à générer des idées de solutions, afin de les affiner, avant de passer à une phase de sélection : « (...) [a particularly important criteria that apply: generating potential problem solution concepts and remaining in the mess of an unsolved problem as long as possible. (...) [T]he goal is to generate as many potential solutions from stakeholders and to encourage stakeholders to better understand the problems, solutions and the consequences of the solutions. By better understanding the solutions, the stakeholders and facilitators will have a better grasp of the actual problem. This

⁷²⁸ WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *The complexity of wicked problems in large scale change*, op.cit., p.995

⁷²⁹ Nous revenons sur ces types de raisonnements dans la section 2 du chapitre 1 du Titre 2 de la seconde partie de la thèse.

⁷³⁰ WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *The complexity of wicked problems in large scale change*, op. cit, schema 1, p.995

⁷³¹ « *We ought to be challenging the value, assumptions and rules of prevailing approaches. The more open we are to new ways of thinking and 'seeing', the greater the potential to shape our understanding of wicked problems and the way we behave towards them.* » WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *ibid.*

means keeping the options open as long as possible (...) to discover as many relationships in the problem landscape as possible »⁷³².

La transdisciplinarité est alors très importante afin de permettre aux acteurs de changer leur système de référence au travers duquel jusque-là ils comprenaient et abordaient la problématique : « [p]revailing intellectual paradigms constrain our ability to comprehend and address the complex, systemic and emergent nature of wicked problems. To truly understand intrinsically complex societal problems, we must challenge the conventions of disciplinary hierarchies and boundaries by embracing complexity, heterogeneity and a plurality of knowledge, values and realities. This means taking the task of addressing wicked problems out of the hands of the few, and placing them in the hands of a broad transdisciplinary community »⁷³³. Pour cet auteur, le cloisonnement disciplinaire est un obstacle à notre capacité actuelle de résoudre les *wicked problems* auxquels l'humanité fait de plus en plus face, et il convient en conséquence de trouver également une nouvelle forme de collaboration entre champs disciplinaires et expertises. C'est une idée au cœur de la pensée *design* ou *Design Thinking* qui est d'ailleurs appliquée à de plus en plus nombreux champs disciplinaires, dont le droit. Cette application de la pensée *design* aux sciences juridiques est appelée *Legal Design*.

Outre l'interdisciplinarité, le *Legal Design* porte dans son regard sur l'objet qu'il traite, et dans les méthodes qu'il emploie, les conditions jugées nécessaires à la mise en œuvre d'une transformation d'un système adaptatif complexe et la prise en compte de *wicked problems*. Alors on peut imaginer que l'application spécifique de ces nouvelles méthodes de résolution de problèmes au domaine juridique et notamment aux systèmes juridiques, pourrait offrir des clés intéressantes pour la transformation du *Système de résolution des différends entre État et investisseur étranger*.

⁷³² WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *ibid.*

⁷³³ WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *The complexity of wicked problems in large scale change...op. cit, schema 1, p.995.*

Section 2. La dimension humaine au cœur du changement : *Design Thinking* et *Legal Design*

Dans la section précédente, il a été développé un ensemble de conditions jugées nécessaires à la mise en œuvre d'un processus de transformation d'un système adaptatif complexe, cela en tenant compte du fait que la question de sa transformation puisse être qualifiée de *wicked problem*.

Dans ces conditions figure la mise en œuvre d'un processus et d'un état d'esprit holistique, abductif, participatif, innovant et itératif. Or, il est intéressant de noter que ces conditions sont similaires à la démarche mise en œuvre dans le champ du *design*. En effet, au-delà de ses méthodes, le mode de pensée du *designer* – communément appelée *Design thinking* – se rapproche⁷³⁴ de la logique recommandée face aux systèmes adaptatifs complexes et aux *wicked problems*. Par ailleurs, le *Design Thinking* est utilisé dans le domaine juridique, y compris pour les systèmes juridiques et porte le nom de *-Systemic- Legal Design*. Alors, il est possible d'imaginer que son utilisation ici, particulièrement en association avec le *Dispute System Design* déjà utilisé dans la réflexion autour de la réforme du *Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger*, puisse permettre d'utiliser les particularités du *Système* comme système adaptatif complexe pour soutenir une dynamique positive de changement.

⁷³⁴ Rittel expliquant les limites d'une planification pour les problèmes que doit résoudre le *Design* : “*Many now have an image of how an idealized planning system would function. It is being seen as an on-going, cybernetic process of governance, incorporating systematic procedures for continuously searching out goals; identifying problems; forecasting uncontrollable contextual changes; inventing alternative strategies, tactics, and time sequenced actions; stimulating alternative and plausible action sets and their consequences; evaluating alternatively forecasted outcomes; statistically monitoring those conditions of the publics and of systems that are judged to be germane; feeding back information to the simulation and decision channels so that errors can be corrected—all in a simultaneously functioning governing process. That set of steps is familiar to all of us, for it comprises what is by now the modern-classical model of planning. And yet we all know that such a planning system is unattainable, even as we seek more closely to approximate it. It is even questionable whether such a planning system is desirable.*” RITTEL, Hors W. J., WEBBER, Melvin M., *Dilemmas in a general theory of planning...*, op. cit. p.167.

A) L'application des nouvelles méthodes de résolution de problèmes complexes au droit : le *Legal Design*

Si aujourd'hui le *Design Thinking* est relativement répandu et connu, il est souvent à tort ramené à une série de méthodes et d'outils dont le post-it est le symbole, comme simplification extrême d'un champ qui est pourtant bien plus large. Pourtant le terme même l'indique, avant d'être un ensemble de méthodes et d'outils, le *Design Thinking* est un état d'esprit, une manière spécifique d'appréhender le monde. Il est ensuite un processus, dans le sens que ses étapes – qui ne sont d'ailleurs surtout pas fixes mais dynamiques- visent à provoquer au long d'un *continuum* des prises de conscience de ceux qui le pratique grâce à leur vision empathique et ouverte. Cela finalement pour obtenir des résultats répondant réellement aux besoins des individus au cœur des systèmes sur lesquels on cherche à agir.

1- L'état d'esprit du designer ou « Design Thinking »

Le *Legal Design* est l'application de l'état d'esprit, du regard, des *designers*, appelé « *Design Thinking* »⁷³⁵ au domaine juridique. La première utilisation du terme « *Legal Design* » est attribuée à Margaret Hagan en 2013, fondatrice du Laboratoire de *Legal Design* de l'Université de Stanford⁷³⁶. Pour la plupart des gens, le *Design*⁷³⁷ est une question d'esthétique et vise à rendre les choses jolies. Et en effet, l'apparence est un facteur majeur dans le *design* d'une chose car elle aide à la rendre intuitive, engageante, même aimée par son utilisateur. Mais le *Design* est bien plus. Margaret Hagan⁷³⁸ explique⁷³⁹ : « *Design is an approach to*

⁷³⁵ « Le terme « *Design Thinking* » vient de Tim Brown, fondateur d'IDEO, une agence de *design* américaine. Dans son livre « *Change by design* », Tim Brown dit qu'il a toujours utilisé le terme « *thinking* » pour expliquer à ses clients comment fonctionnaient les *designers* de son agence. Il a conclu qu'ils faisaient du « *Design Thinking* ». L'application du *Design* à d'autres domaines se développe — par exemple dans les domaines de l'éducation, en gouvernance publique, en management, dans les soins de santé et au-delà — Le "*Design Thinking*" est devenue le terme utilisé pour désigner la manière d'utiliser les processus, les modes de pensée et les méthodes du *designer* professionnel, adaptés par les non-*designers* dans leur propre domaine. Il aide les professionnels à tirer parti de leur propre expertise tout en les structurant en fonction de ce que l'« innovation » pourrait réellement être.

⁷³⁶ On pourrait penser alors que le *Legal Design* est une nouveauté mais en réalité puisqu'il vise à rendre la loi plus accessible à son utilisateur final, des applications de *Legal Design* peuvent être trouvées à différents moments et âges. L'utilisation de l'arbre généalogique ou « *arbor juris* » dans le domaine du droit successoral est un exemple de *Legal Design* au Moyen Âge.

⁷³⁷ Quand nous utilisons le terme « *Design* » avec une majuscule c'est le champ disciplinaire ou le processus qui est visé. Cela afin de le distinguer du « *design* » d'une chose, qui est le résultat du processus de *Design*.

⁷³⁸ Margaret Hagan est directrice du Legal Design Lab et conférencière au Stanford Institute of Design (la d.school). Elle a été fellow à la d.school de 2013 à 2014, où elle a lancé le Program for Legal Tech & Design, expérimentant comment le *design* peut rendre les services juridiques plus utilisables, utiles et engageants. Voir son portfolio : <http://www.margarethagan.com/>

⁷³⁹ Voir l'ebook de Margaret Hagan's sur le sujet du *Legal Design* disponible à l'URL : <https://www.lawbydesign.co/>, Part 1 sur le *Legal Design*.

problem-solving. It is a process that we can use to spark innovations (...) Design is a discipline centered around HOW. How to make things — [including] systems — in a way that will mean they are successful in solving human problems, addressing human needs ».

Ainsi, le *Legal Design* a ceci de particulier qu'il est centré sur l'humain (*Human-centered Design*⁷⁴⁰). C'est-à-dire que les problèmes sont résolus en incluant la perspective humaine dans toutes les étapes du processus de résolution de problème. On peut s'interroger sur l'intérêt de mettre la perspective humaine au centre du processus. La logique ici est la même que celle mise en œuvre par exemple en médiation commerciale utilisée dans le cadre de conflits des affaires. Dans le processus de médiation, le médiateur.trice traite généralement la dimension humaine et relationnelle du conflit avant de traiter ses aspects matériels. L'idée est que les questions d'affaires, organisationnelles, institutionnelles – tout comme la mise en œuvre des décisions de changement pour la transformation d'un système- sont traitées par des individus. Or tout individu vit des émotions et est empreint de préjugés -conscients ou non-, de biais, et de tous les autres traits psychologiques et neurologiques propre à notre nature humaine. Par conséquent, il est très important d'inclure ce facteur humain dans le processus de résolution des problèmes.

Pour Margaret Hagan la dimension humaine est cruciale dans un contexte où jusque-là dans la conception des systèmes juridiques il n'a été que peu tenu compte des individus pour lesquels ils sont essentiellement créés. Selon l'auteure : « *Design (...) offers intentionality in the face of a system that has been hacked and patched together haphazardly and without user testing* ». Cela signifie que les systèmes juridiques sont généralement conçus selon une approche descendante (*top-down* en anglais), sans tenir compte des personnes qui auront à naviguer ce

⁷⁴⁰ En 1955, Henry Dreyfuss, *designer* industriel renommé et auteur du livre *Designing for People*, entame une conversation autour de la vision du *designer* industriel et l'importance de la perspective et du contexte de l'utilisateur dans ses objets d'ingénierie. Au même moment, cette discussion autour de l'importance de la perspective de l'utilisateur et du retour d'expérience (*feedback*) débute dans d'autres disciplines telles que l'anthropologie, la sociologie et la psychologie cognitive. Il en ressort une reconnaissance de la complexité de l'interaction et de l'expérience humaines qui s'approfondit suite à l'émergence de paradigmes interprétivistes et du développement de la recherche qualitative. Tout cela débouchera sur le *design* centré sur l'humain (DCH ou *human-centered design* en anglais). Le DCH est un ensemble de principes pour la conciliation de multiples expériences et besoins des utilisateurs dans le processus de *design*. Plus précisément, le DCH met l'accent sur la façon dont les gens « expérimentent » un *design*, et qui exige du processus de *design* qu'il facilite l'interaction humaine et crée un espace pour que de multiples perspectives et expériences émergent. Explications données par A. Miller, *What Human-Centered Design Can Tell Us About the State of Dispute Systems Design*, mémoire rendu dans le cadre du Master of Arts in Dispute Resolution in the School of Public Administration, University of Victoria, en 2019, disponible à l'URL : https://dspace.library.uvic.ca/bitstream/handle/1828/10882/Miller_Alyson_MADR_2019.pdf?sequence=1

système que sont les justiciables et les professionnels du droit. Dans son livre électronique⁷⁴¹ l'auteure démontre qu'une approche axée sur le *Design* est la clé de systèmes juridiques plus accessibles, démocratiques et efficaces. Parallèlement à cette prise de conscience, le *Design Thinking* est de plus en plus utilisé⁷⁴² en droit et toujours plus de juristes s'accordent sur la nécessité de repenser et d'améliorer l'expérience du droit. En outre, Margaret Hagan ajoute que la nature systémique des systèmes juridiques n'est pas suffisamment prise en considération. Pour l'auteure, il faudrait encourager davantage la pensée systémique. Cette analyse rejoint celle que nous avons formulé dans nos précédents développements au sujet de la formation du *Système de résolution des différends d'investissement* et de sa nature, tout comme celle des problèmes qui l'alimentent. Dans le *Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger*, le concept de *wicked problems* et les théories de la complexité se mêlent, appelant à un mode de résolution de problème similaire à celui mis en œuvre dans le *Legal Design*.

En ce sens, une particularité de l'état d'esprit des *designers* est leur capacité à suspendre leur jugement face à un problème. C'est-à-dire qu'ils cherchent à l'observer avec un regard neutre afin d'être en capacité de trouver des solutions innovantes. Cette suspension de jugement se retrouve dans leur recherche d'idées : en effet, les *designers* pratiquent beaucoup l'innovation incrémentale. Cela signifie d'une part qu'ils estiment que la première idée est rarement la bonne, ensuite qu'ils vont s'appuyer sur une idée pour en construire une autre : toute « mauvaise idée » peut être le terreau pour une bonne idée, et à ce titre toute idée est bonne. La suspension de jugement offre également une sécurité intellectuelle qui permet à la créativité de s'exprimer sans censure. Une autre particularité des *designers* est leur pensée abductive, et non seulement inductive⁷⁴³ ou déductive⁷⁴⁴. Cela revient à dire, que les *designers*

⁷⁴¹ Ibid.

⁷⁴² Voir par exemple l'organisation Clarity qui promeut la rédaction d'actes juridiques en langage clair dans le monde anglo-saxon depuis plus de 20 ans <https://www.clarity-international.org/about-clarity/>. De son côté, la communauté francophone a lancé un collectif Lab Legal en septembre 2020 <https://www.village-justice.com/articles/creation-collectif-lab-legal-autour-accessibilite-droit-legal-design-langage,36695.html> Les institutions sont également de plus en plus sensibles à la question, comme en témoigne l'effort de la Cour de cassation dans la rédaction de ses arrêts : http://www.jss.fr/Reforme_du_mode_redaction_des_arrets_la_Cour_de_cassation_veut_ameliorer_la_lisibilite_du_droit_-1608.awp?AWPID98B8ED7F=30420034E3937FF13B53591D6667E6275C906F66

⁷⁴³ Un raisonnement inductif signifie que l'on raisonne à partir d'une règle (A chaque fois qu'il y a eu une crue importante, les précipitations ont dépassées X cm. Il y a une crue. Donc il a plu plus que X cm.).

⁷⁴⁴ Un raisonnement déductif signifie que l'on détermine la conclusion (Quand les précipitations dépassent X cm, le fleuve est en crue. Le fleuve est en crue. Il a plu plus que X cm. Il pleut plus que X cm. Le fleuve est en crue).

s'entraînent à réfléchir sous forme de « *et si... ?* »⁷⁴⁵, et privilégient une pensée en arborescence : une idée en amenant une autre, qui en amène une autre, etc.

En outre, les *designers* dans leur recherche d'idées s'affranchissent de toute barrière afin de pouvoir imaginer des solutions réellement innovantes. Ce n'est qu'après avoir rassemblé les idées les plus larges et les plus disruptives, que les *designers* les confrontent à ce qui est possible. L'avantage d'un tel état d'esprit est de donner une chance aux idées qui seraient autrement immédiatement abandonnées. Ces idées sont souvent jugées trop ambitieuses ou inadaptées, tandis que la plupart du temps il suffit de les modifier ou de les adapter au contexte. Un autre avantage de cette manière de penser est d'instaurer une culture qui favorise l'innovation. La plupart des gens, en particulier les juristes, ont été formés pour penser de manière déductive et inductive, et à développer leur esprit critique. Ils y excellent, ce qui est très utile dans leur travail quotidien. Cependant, cette culture ne soutient pas le genre d'innovation nécessaire pour les problèmes complexes comme les *wicked problems*. De plus, les juristes ne se perçoivent généralement pas comme des gens créatifs, ils s'autocensurent. Pourtant ils font généralement preuve d'une grande créativité dans leur capacité « à jouer » avec les textes et les contraintes. Par ailleurs, les neurosciences nous prouvent que tout le monde peut développer ses compétences créatives avec des outils et de la pratique.

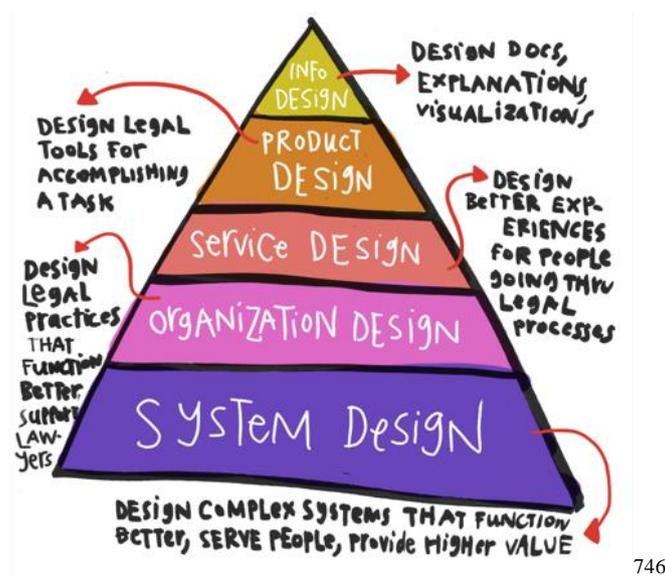
Une autre caractéristique du mode de pensée des *designers* est la pensée systémique. Les *designers* sont formés pour comprendre le monde et ses problèmes dans leur globalité. En effet, les *designers* utilisent une approche holistique et transdisciplinaire. Ils s'appuient sur d'autres disciplines avec humilité, empathie et curiosité. Par conséquent, le travail collaboratif et une approche multidisciplinaire sont essentiels au processus de *Design* parce qu'ils permettent de mélanger les modèles mentaux, les façons de résoudre les problèmes et la connaissance des solutions possibles. Aussi, plutôt que de se saisir d'emblée d'une solution (parfois évidente) à ce qui semble seulement être le problème, les *designers* prennent le temps d'obtenir une image plus large du contexte et du système dont il est question. Ils le font avec un esprit ouvert et naïf. Cet état d'esprit de « débutant » est un outil précieux pour les *designers* car l'attitude d'une personne curieuse et naïve peut aider à découvrir des besoins plus profonds et de nouvelles perspectives afin de reformuler les *wicked problems* et de les aborder sous des angles nouveaux.

⁷⁴⁵ Un raisonnement abductif (Le fleuve est en crue. Et si les précipitations avaient dépassé X cm ? Et si un barrage avait cédé ? Et si l'arrachage des arbres en bord de fleuve pouvait l'expliquer ? etc.).

Les *designers* combinent tout cela avec une philosophie agile au travers de boucles itératives rapides. C'est la philosophie du « tester et apprendre ». Ce qui signifie qu'après avoir utilisé leur créativité pour imaginer, ils choisissent une idée prometteuse puis ils en construisent un prototype grossier et le confrontent le plus rapidement possible à la réalité sur le terrain afin d'en tirer des leçons et d'itérer. Cette agilité empêche les *designers* d'investir trop de temps et de ressources dans ce qui pourrait être en fin de compte une mauvaise idée. De plus, cela les empêche de trop s'attacher à leur idée. En effet, plus on passe de temps à perfectionner une idée, moins nous sommes en mesure de voir et d'admettre les critiques ou les échecs. C'est un biais commun, et pour la plupart l'échec reste perçu négativement plutôt qu'un moyen d'apprentissage et de perfectionnement. Pourtant là encore, un changement de culture est nécessaire pour pouvoir mettre en œuvre le type de résolution de problème nécessaire face aux *wicked problems*.

2- La démarche de design

De nombreux types de *design* existent, du *design* de l'information au *design* de systèmes. Ils ont des objectifs différents, mais ils mettent tous en œuvre cet état d'esprit particulier, et mettent tous au cœur du processus la dimension humaine.

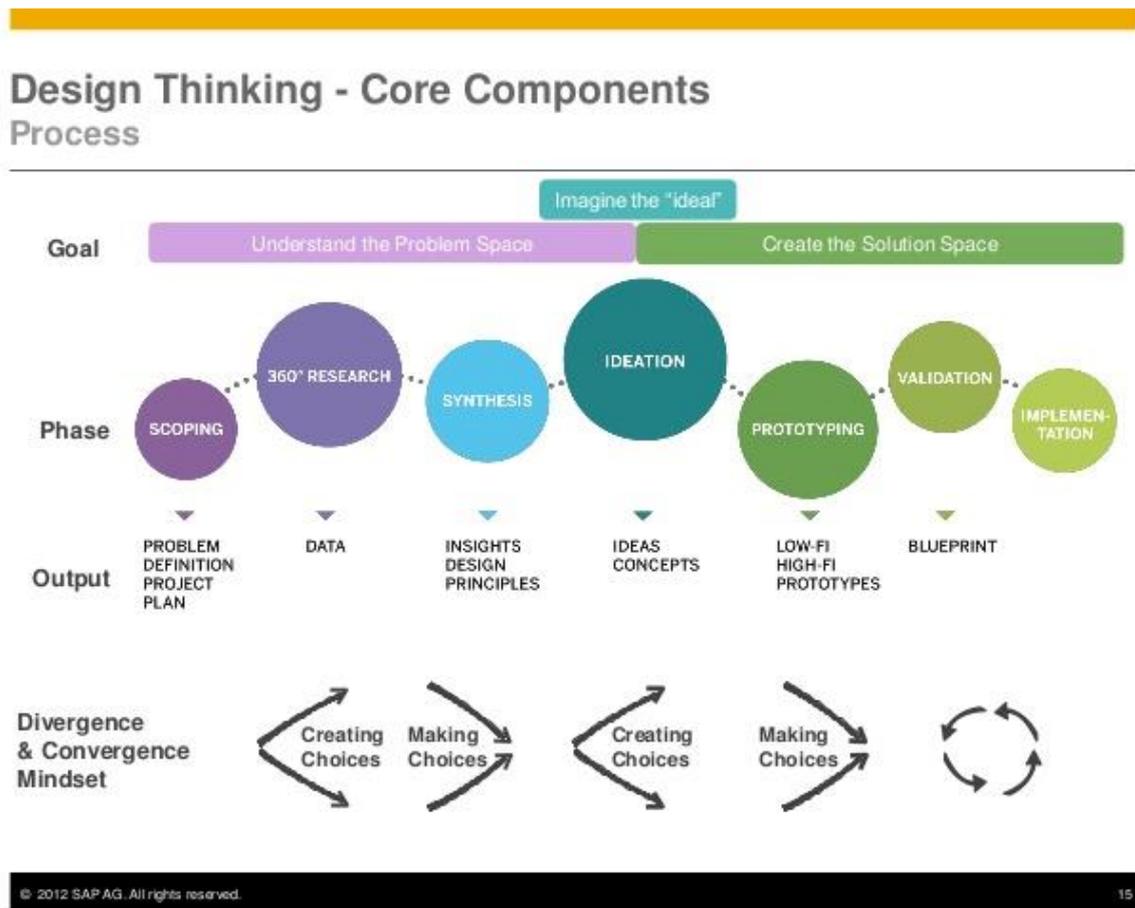


746

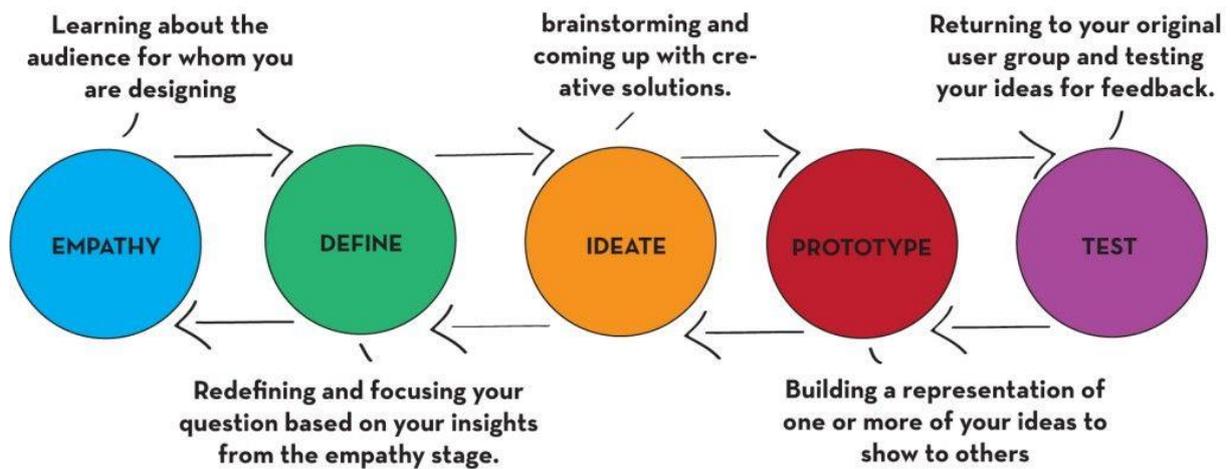
Les *designers* ont essayé de représenter leur processus de travail visuellement à des fins didactiques. Cependant, il est important de garder à l'esprit que l'état d'esprit qui sous-tend la

⁷⁴⁶ <https://i0.wp.com/www.lawbydesign.co/wp-content/uploads/2015/01/Legal-Design-Pyramid.png?ssl=1>

démarche l'emporte sur le processus. Il ne s'agit pas d'un processus strict, il doit au contraire être considéré comme flexible et adaptable en fonction du problème, des compétences mises en œuvre et des difficultés rencontrés. Habituellement, les représentations du processus de *Design* comprennent le « *problems space* » et le « *solution space* », ce que le *Design Council* appelle la « méthodologie du double diamant »⁷⁴⁷.



⁷⁴⁷ Visit the council website for more information: <https://www.designcouncil.org.uk/news-opinion/what-framework-innovation-design-councils-evolved-double-diamond>



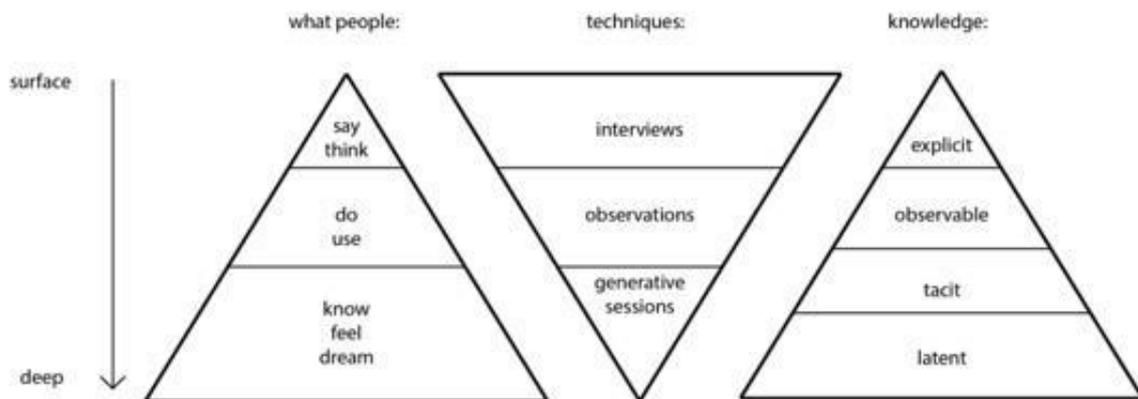
748

Ainsi qu'écrit ci-dessus, les *designers* ne travaillent pas selon une approche linéaire mais au travers de boucles. Cela veut dire qu'ils ne terminent pas une phase avant d'en entreprendre une autre mais vont et viennent selon les besoins du projet. Par conséquent, même si la première phase est appelée « empathie », en réalité, ces boucles leur permettent d'affiner continuellement leur compréhension, leur empathie vis-à-vis de l'utilisateur et de ses besoins. L'empathie dont il est question ici est l'empathie cognitive, parfois appelée « *perspective taking* ». C'est la capacité d'identifier et de comprendre les émotions des autres personnes, la capacité d'imaginer ce que quelqu'un d'autre pourrait penser ou ressentir. À cette fin, les *designers* ont mis au point des mécanismes qui les aident à recueillir des informations sur leurs utilisateurs et à mettre en lumière leurs propres préjugés qui les empêchent d'être réellement empathiques.

Ainsi, le processus de *Design* commence avec de la recherche, dans la phase « divergente » du « *problem space* ». Les *designers* gardent le problème indéfini et le sujet ouvert le plus longtemps possible : ils essaient de voir la question du point de vue de ceux qui y participent directement, les acteurs de terrain, ainsi que des experts et chercheurs de la matière. Mettant en œuvre leur pensée systémique, ils se forment une vue d'ensemble de la problématique et de son contexte : ses systèmes, dont les acteurs et leurs connexions. Et ils le

⁷⁴⁸ Sources: <https://www.lescahiersdelinnovation.com/vers-la-mort-du-design-thinking/>, <https://www.slideshare.net/StephenLeider/lehrn-design-thinking-workshopreflections2> and <https://www.designcouncil.org.uk/news-opinion/what-framework-innovation-design-councils-evolved-double-diamond>

font avant de décider du périmètre de la question à résoudre. Pour ce faire, les *designers* utilisent divers outils de recherche comme l'observation et des entretiens avec les parties prenantes, des consultations avec des experts et des groupes de discussion (*focus groups*). L'objectif final est d'acquérir progressivement des connaissances plus approfondies.



749

Ensuite, des outils de cartographie aident l'équipe de *designers* à synthétiser et hiérarchiser l'information collectée. Ces outils servent de tamis face à la richesse de l'information recueillie, facilitant la distillation des idées clés (ou *insights*). Ils permettent également aux *designers* de se forger une vision plus claire de leur utilisateur final et de faire preuve d'empathie. C'est le rôle des outils comme les *personas*⁷⁵⁰, qui sont conçus pour représenter l'utilisateur de manière très spécifique, ses objectifs et besoins, et les problèmes qu'il rencontre pour y répondre. Mais aussi ce que les utilisateurs pensent, ressentent et entendent concernant la problématique. Ces *personas* sont constamment affinés au travers du processus de *Design* et les *designers* s'y réfèrent à chaque étape. Cette phase de recherche est fondamentale. Elle permet aux *designers* de mettre en lumière leurs hypothèses, et de passer de ce stade à celui d'une compréhension profonde de leurs utilisateurs, de leurs besoins, de leurs réalité et contexte. Beaucoup pourrait encore être dit au sujet du *Design Thinking* et de son application au droit par le *Legal Design*. Pour finir cependant, il est important de mentionner que les *designers* utilisent la visualisation, qu'ils construisent pour penser (*build to think*) et qu'ils travaillent sous contrainte (*they work on constraints*).

⁷⁴⁹ Source: <http://liekebeelen.nl/services/>

⁷⁵⁰ Pour un exemple de persona voir l'annexe 1.

Les *designers* utilisent des représentations visuelles tels que des diagrammes ou des croquis. Parfois ces représentations sont le résultat même du processus de *Design*, comme dans le *Design* informationnel ou visuel qui vise à présenter l'information de la manière la plus claire. Mais c'est aussi un outil de réflexion pour l'équipe de *Design*. Représenter visuellement des idées l'aide à parvenir à une compréhension commune, à trouver des connexions et des liens, et à rendre les idées visibles. Ensuite, de la même manière que dessiner des concepts et des idées aident les *Designers* à communiquer et à comprendre, les *designers* « construisent pour penser ». Plutôt que d'utiliser le débat et les échanges pour faire évoluer une idée, ils commencent à la construire. C'est un moyen efficace pour la comprendre et voir de nouvelles connexions et possibilités. Cela leur permet également de voir rapidement ce qui fonctionne et ce qui ne fonctionne pas. Enfin, de pair avec la philosophie agile, les *designers* adoptent les contraintes comme un moyen de les forcer à construire tôt, tester rapidement et échouer rapidement. Ils établissent des cycles de temps courts, avec un périmètre restreint, ou utilisent un processus défini. Pour les *designers* les limites – de temps, de budget, de ressources etc.- obligent à une meilleure concentration ce qui conduit à une créativité et une productivité accrue.

Les développements précédents ont détaillé les méthodes, processus et l'état d'esprit du *Design Thinking*, qui sont appliqués au droit au travers du *Legal Design*. Les similitudes avec les caractéristiques souhaitées pour la résolution des *wicked problems* et la mise en œuvre d'une démarche de transformation d'un système adaptatif complexe sont évidentes. On pourrait alors se demander comment ce champ en développement du *Legal Design* pourrait soutenir la transformation du *Système de résolution des différends entre État et investisseur étranger*⁷⁵¹. En particulier au travers d'une décomposition des *wicked problems* systémiques, afin de les aborder selon les deux échelles nécessaires à la transformation d'un système adaptatif complexe : au travers d'améliorations incrémentales à court terme et de changements disruptifs à long terme.

Il semble tout d'abord que le processus de *Legal design* pourrait servir de cadre et de méthode pour la définition de la vision partagée, des objectifs et des actions de changement à mener localement ; et *in fine* pour le *design* institutionnel et organisationnel du *Système*. Ce champ est celui du *Dispute System Design* (DSD) appliqué aux conflits d'investissements.

⁷⁵¹ Il est intéressant de noter que cette question même pourrait offrir un sujet d'application du *Legal Design*.

Ensuite, une seconde idée, qui sera développée au cours du derniers chapitre de cette thèse, est que la pratique même du *Legal Design* permettrait un changement de vision et de culture des acteurs, posant les bases d'une réelle transformation du *Système*. Ainsi, outre le processus global de *Design* du système, le *Legal Design* pourrait trouver application au niveau de ses sous-systèmes que sont les projets d'investissement et les organisations des acteurs du *Système*, particulièrement au sein des États d'accueil et des organisations des investisseurs. On pourrait alors espérer que d'une part l'usage de cette méthode participative et innovante facilite un changement de culture à un niveau micro du système, ce qui encouragerait la transformation globale du *Système*. Et on pourrait espérer d'autre part, que l'usage de cette méthode conduise à des *dispute design* plus efficaces au bénéfice de l'ensemble des acteurs du *Système*.

B) L'apport du *Legal Design* au *Dispute System Design*

Dans les premières pages du présent travail, il était évoqué le fait que le conflit est un résultat naturel de la relation humaine, et en ce sens, tout au long de leur Histoire les Hommes ont créé des systèmes pour gérer leurs conflits. Il a été dit que les modes de résolution des différends tels que l'arbitrage, la médiation ou la conciliation ne sont pas des inventions récentes. Pourtant, la plupart des terminologies et concepts utilisés aujourd'hui nous viennent largement du monde anglo-saxon, particulièrement des États-Unis où se sont structurées les matières des *Alternative Dispute Resolution*⁷⁵² (ADR) et du *Dispute System Design* (DSD) qui servent aujourd'hui de canevas méthodologiques aux réflexions autour de la réforme du *Système de résolution des différends d'investissement*.

Les réflexions qui entourent la création du *Dispute System Design* prennent racine dans le champ des conflits sociaux au début du siècle, au travers particulièrement des travaux de Mary Parker Follett⁷⁵³. Puis dans la seconde partie du siècle deux tendances s'affirment aux États-Unis qui peuvent être vues comme des expressions du paradigme consensuel : la première est la recherche de modes de résolution des différends alternatifs aux modes juridictionnels

⁷⁵² Traduit en Français par « MARL ou MARD » pour Modes Alternatifs de Résolution des Litiges ou des Différends : des processus informels de règlement des différends en dehors d'une approche axée sur le contentieux, parfois en tant qu'organe décisionnel autonome (dans le cas de l'arbitrage), et d'autres fois en tant qu'ensemble intégré d'étapes établies comme interventions progressives avant, ou en conjonction avec les mécanismes juridictionnels (telles que la conciliation ou la médiation).

⁷⁵³ Voir par exemple : MOUSLI Marc, *Éloge du conflit. Mary Parker Follett et le conflit constructif, Négociations*, 2005/2 (n° 4), p. 21-33. DOI : 10.3917/neg.004.0021. Disponible à l'URL : <https://www.cairn.info/revue-negociations-2005-2-page-21.htm>

(tribunaux étatiques et arbitrage), et la seconde est une réflexion croissante au sujet du développement de la coopération pour la résolution des conflits. Pour les auteurs : « [this reflection] *introduced and legitimated non-adjudicative decision-making mechanisms to increase access to justice, legitimizing informal justice and facilitating public voice* »⁷⁵⁴.

À ce titre, les travaux de William Ury, Jeanne Brett, et Stephen Goldberg sur la négociation basée sur les intérêts dite « raisonnée », eurent un impact déterminant⁷⁵⁵. C'est également le cas du « modèle intégratif ou coopératif »⁷⁵⁶ d'une négociation basée sur les intérêts communs des parties, leur coopération et la cocréation de solution à leurs problématiques développé par le PON – *The Project On Negotiation*- à l'Université de Harvard au début des années 1980. C'est donc essentiellement sous l'influence du monde anglo-saxon que la matière se structure⁷⁵⁷, particulièrement dans le champ d'une part du mouvement des *Alternative Dispute Resolution* puis dans celui du *Dispute System Design*. Le *Dispute System Design* vise la conception de systèmes de résolution des différends en combinant divers modes de résolution des conflits, dont les *Alternative Dispute Resolution*, mais également la prévention et le *management* des conflits. On comprend de ce très bref historique que la pratique du *Dispute System Design* est récente. La matière se structure depuis seulement quelques décennies. Or, certaines analyses récentes de la pratique du *Dispute System Design* pointent des carences dans son processus qui expliqueraient la relative inefficacité de ses résultats, notamment à transformer le *Système de résolution des conflits d'investissement*.

1- Les critiques du *Dispute System Design*

Au fur et à mesure des avancées du *Dispute System Design* et du mouvement des *Alternative Dispute Resolution*, un consensus s'est formé autour d'idées qui sont aujourd'hui

⁷⁵⁴ MILLER, Alyson, *What Human-Centered Design Can Tell Us About the State of Dispute Systems Design*, op. cit., p.3 [Mis en gras par nos soins].

⁷⁵⁵ C'est d'ailleurs de leur second ouvrage "*Getting disputes resolved: Designing systems to cut the costs of conflict*" dont le terme "*Dispute System Design*" est issu : Ury, W., Brett, J., & Goldberg, S. (1988). *Getting disputes resolved: Designing systems to cut the costs of conflict*. Harvard Law School. Jossey-Bass: Cambridge.

⁷⁵⁶ En langue anglaise : « *integrative or collaborative model* ». Dans ce modèle « [i]t is useful for parties to negotiate over a number of issues or resources, since they can try to create value and maximize benefits by trade offs between them. This is because the order of priority among these issues for one party may differ from that of the other and provide an opportunity for exchanges. Therefore, the parties find ways to increase gains through creativity, originality, and linkage between issues to enlarge the overall pie, thereby creating value. » YONA, Shamir, RAN, Kutner, *Alternative dispute resolution approaches...*, op.cit.

⁷⁵⁷ Pour davantage de détails sur le mouvement de développement des ADR et du DSD voir le chapitre introductif "*Origins in Alternative Dispute Resolution*" de l'ouvrage de Lisa Blomgren AMSLER, Janet K. MARTINEZ, Stephanie E. SMITH, *Dispute System Design: Preventing, Managing, and Resolving Conflict*, Stanford University Press, 2 juin 2020, 536 p. Pour une généalogie de la matière voir également MILLER, Alyson, *What Human-Centered Design Can Tell Us About the State of Dispute Systems Design*, ibid.

des piliers de la matière. La première est que l'utilisation de modes de résolution des litiges basés sur les intérêts, de manière alternative aux modes juridictionnels basés sur le droit, offre plus de bénéfices aux parties et doit être privilégiée. La seconde est que ces modes ne devraient pas seulement viser la *résolution* d'un différend, mais devraient permettre sa *prévention* ainsi que sa *gestion* afin d'éviter que ce conflit ne se transforme en litige. Cependant, en dépit du fait que la matière même du *Dispute System Design* est fondée sur des concepts que l'on peut juger comme issus du paradigme consensuel, les analyses tendent à montrer que ses résultats sont insuffisants. Les auteurs s'interrogent ainsi pour comprendre pourquoi des systèmes dont la conception est sous-tendue par un idéal de justice, de démocratie et de paix, échouent : « *Why do these systems fail ?* »⁷⁵⁸.

De manière croissante, la réponse apportée à cette question est un manque d'inclusivité du processus de *Design* tel qu'appliqué en *Dispute System Design* : « (...) “the orientation of a complaint system varies greatly depending on who is involved in designing the process”, *these systems do not robustly meet the needs and experiences of users, administrators, and other stakeholders through a lack of user involvement in their design* »⁷⁵⁹. De plus en plus, les praticiens du *Dispute System Design* reconnaissent le besoin d'inclure l'ensemble des parties prenantes du système dans la conception d'un *dispute system* afin de s'assurer de son adéquation au contexte plus large du système dans lequel il s'inscrit, et notamment son adéquation aux cultures des parties prenantes et de leurs différents rapports de force.

Mariana Hernandez-Crespo Gonstead fut un des premiers auteurs à appliquer les concepts de *Dispute System Design* au niveau des communautés des pays d'accueil des IDE dans l'espoir de résoudre les conflits découlant d'investissements étrangers incluant des aspects de développement. Ce faisant Mariana Hernandez-Crespo Gonstead intégra davantage le rôle du pouvoir, de la culture et du contexte dans le *Dispute System Design*. Pour l'auteure, le *Dispute System Design* se situait jusque-là dans des valeurs néo-libérales, que nous pourrions qualifier d'Orange. Ainsi, pour l'auteure la logique qui sous-tendait jusque-là la conception des *Dispute System Design* était une logique d'efficacité institutionnelle, et non celle du bénéfice des systèmes au service de ses utilisateurs, que sont généralement les individus. Pour Mariana Hernandez-Crespo Gonstead il est alors impératif de changer de paradigme, pour aller vers

⁷⁵⁸ Voir en ce sens MILLER, Alyson, *ibid.*

⁷⁵⁹ Voir en ce sens MILLER, Alyson, *ibid.*

davantage d'inclusivité et de coopération : « *to promote overall justice, accountability and impact for all who access systems of dispute resolution* »⁷⁶⁰. Ainsi son travail pour reconnaître les éléments de pouvoir et de culture dans le processus de conception, recentre le *Dispute System Design* sur les besoins des utilisateurs et le décentralise des besoins institutionnels. Pour l'auteure, il convient de remettre la dimension humaine au centre du processus, car derrière toute organisation ou système se trouvent des individus. En ce sens le *Dispute System Design* doit reconnaître la complexité et le caractère unique des expériences humaines et intégrer que ce qu'une personne considère comme important au sujet d'un contexte ou d'une situation n'est pas nécessairement vrai pour une autre personne. L'auteure va plus loin que d'autres avant elle qui reconnaissent déjà l'importance des parties prenantes du système. Pour Mariana Hernandez-Crepeo Gonstead il ne suffit pas de prendre en compte leur expérience, ces-dernières doivent être placée au cœur même du processus de *Design*.

Les observations de Mariana Hernandez-Crespo Gonstead sur la culture et le pouvoir furent les premières dans le champ du *Dispute System Design*, mais d'autres auteurs ont depuis repris ces idées dont Lisa Blomgren Amsler, Stéphanie Smith et Janet K. Martinez⁷⁶¹. Lisa Blomgren Amsler l'applique notamment au sujet des TBI et souligne l'importance de tenir compte de la culture et du contexte. Cependant cette auteure écrit du point de vue d'une juriste, et place les processus de résolution basés sur les droits au cœur du *design* de résolution des conflits d'investissement, exigeant que les compétences du *designer* comprennent une formation juridique. Ce qui a amené une auteure à écrire que : « *if the lawyer remains at the center of the design process, the ability to make space for power and culture remains unclear* »⁷⁶². Une remarque qui rappelle qu'obtenir un *design* réellement centré sur l'humain nécessite que les outils et méthodes utilisés le soient avec le bon état d'esprit.

A ce titre, nous sommes d'avis que le *Legal Design* peut contribuer utilement à la mise en œuvre **pratique** de ce nouveau paradigme puisque son cadre méthodologique est centré sur l'humain et l'apprenance continue. Son recours permettrait la prise en compte de la culture des

⁷⁶⁰ HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *A New Chapter in...*, op.cit., p. 167.

⁷⁶¹ AMSLER, Lisa B., *The Dispute Resolver's Role Within a Dispute System Design: Justice, Accountability, and Impact*, University of St. Thomas Law Journal, 13, 168, AMSLER, Lisa B., AVTGIS, A. B., & JACKMAN, M. S., 2017 ; *Dispute System Design and Bias in Dispute Resolution*, SMUL Review, 70, 913.; AMSLER, L. B., MARTINEZ, J. K., & SMITH, S. E. (2015). *Christina Merchant and the state of dispute system design*, Conflict Resolution Quarterly, 33 (S1), S7-S26 ; AMSLER, L. B., Smith, S. E., and MARTINEZ, J. K., *Dispute System Design*, Stanford University Press : Menlo Park, CA.

⁷⁶² Voir en ce sens MILLER, Alyson, *ibid.*

acteurs du *Système* dans son *design*. Dans le même sens, puisque l'état d'esprit et la méthode du *Design Thinking* vise à développer une vue holistique du système, alors son recours permettrait également que le contexte du *Système* soit pris en compte et ainsi participer à un meilleur *Dispute System Design* du *Système de résolution des conflits d'investissement*.

2- Le Systemic Legal Design pour la prise en compte de la culture des parties prenantes et du contexte du Système

Le recours au *Legal Design* en ce qu'il repose sur l'interdisciplinarité favoriserait la mise en place d'un processus participatif et inclusif de transformation. Ainsi, au même titre que *l'appreciative inquiry*, qui permet des échanges constructifs entre les participants et qui a été utilisé dans le cas d'étude présenté précédemment, le *Legal Design* pourrait servir de canevas méthodologique offrant l'avantage d'être centrée sur l'humain et de développer l'apprenance⁷⁶³ des acteurs. Ce dernier point est à souligner particulièrement car une analyse de la généalogie du *Dispute System Design* révèle que les praticiens de la matière soulignent aujourd'hui l'importance d'inclure davantage les aspects de culture dans le *design* des *Dispute Systems*⁷⁶⁴. Pour ce faire, il est nécessaire de placer l'utilisateur du système et ses parties prenantes au cœur de la réflexion, et autant que possible directement à tous les stades du processus de *Design*⁷⁶⁵. Or, dans le contexte des conflits d'investissement les aspects interculturels et multiculturels sont omniprésents. Cela est d'autant plus prégnant considérant l'opposition historique des États sur le droit des investissements et de la protection à donner aux investisseurs étrangers, renforcée encore par le processus qui a présidé à la création des bases

⁷⁶³ CARRE, Philippe, *L'Apprenance : vers un nouveau rapport au savoir*, Dunod, 2005, 224 p.

⁷⁶⁴ Voir en ce sens MILLER, Alyson, op. cit. p.3: "Of particular concern, the user experience in DSD has been insufficiently evaluated in the academic literature (Lipsky, 2015). For example, the systemic realities of power, culture, equity, accessibility, context, and previous life experience impact the user's ability to engage in the complaint process (Hernandez-Crespo, 2017b) have not been a consideration in DSD frameworks until recently (Amsler, 2017) and, examination of recent complaints failures (e.g. within the RCMP, Houlihan & Seglins, 2019) tells us that refinements are not necessarily being incorporated into practice. » Voir dans le même sens le travail de Mariana HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD : *Building the Latin America we want: Supplementing representative democracies with consensus building*, Cardozo Conflict Resolution Journal, 10(2), pp.426–490., 2008 ; *A New Chapter in Natural Resource-Seeking Investment: Using Shared Decisions System Design (SDSD) to Strengthen Investor-State and Community*, Cardozo J. Conflict Resolution Journal, 18, p.551., 2017 ; *Introduction to the Symposium: Leveraging on disruption: The potential of dispute system design for justice, accountability, and impact in our global economy*, University of St. Thomas Law Journal, 13(2), p.159., 2017.

⁷⁶⁵ Pour plus des explications sur ces stades et les boucles successives du processus voir le point A de la présente section. Un exemple d'application du *Design* centré sur l'utilisateur est celui du *participatory design* utilisé dans le domaine de la justice sociale, comme un moyen d'initier un changement sociétal à large échelle et facilitant une meilleure utilisation par les usagers des modes de gouvernance à leur disposition. Voir par exemple le travail de Alexandre APSAN FREDIANI : *Re-imagining Participatory Design: Reflecting on the ASF-UK*, Change Design Issues 32, 2016

du *Système* actuel⁷⁶⁶. En conséquence, les aspects de culture sont particulièrement importants et on peut imaginer que leur prise en compte est déterminante pour l'efficacité du *Système*⁷⁶⁷.

Ainsi, de manière complémentaire à la méthode proposée dans le cas d'étude évoqué, les aspects de recherches (primaire et secondaire), de visualisation de l'information, de prototypage et de test pourraient être appuyés grâce au recours au *Legal Design*. En ce sens par exemple, les acteurs pourraient être invités à mener des recherches ethnographiques auprès des parties prenantes et des écosystèmes impactés par le *Système* actuel. L'intérêt de la méthode de recherche du *Design* est de multiplier les sources afin d'obtenir cette information « multifacettes » prônée pour la résolution des *wicked problems*. En effet, si dans la démarche de *Legal Design* les sources expertes (issues de la recherche universitaire, des agences multilatérales et gouvernementales, de cabinets spécialisés etc.) sont utilisées, les sources de terrain sont jugées essentielles : les utilisateurs du système sont placés au cœur du processus de *Design*. Dans la question de la transformation du *Système de résolution des différends entre État et investisseur étranger* cela pourrait prendre la forme d'une analyse qualitative du *Système* au travers notamment de l'observation du « circuit » de l'investissement, de son cycle de vie.

Ainsi, il pourrait être intéressant d'observer le déroulement de projets-types (obtention des autorisations, relations entre la maîtrise d'œuvre et d'ouvrage, des réunions de cadrage et des *dispute boards* etc.) et le recours par les parties des mécanismes de résolution de leurs différends suivant la méthode du *Service Design* ; ou encore l'évolution relationnelle qui entoure le projet, les réactions et décisions prises. De même, on pourra vouloir observer la négociation des instruments juridiques autour du projet et leur utilisation au cours de la relation comme outils de garantie des termes du partenariat entre les parties. Finalement, cette observation permettrait de cartographier les processus (décisionnels, administratifs et institutionnels), les points de blocage et ainsi les points clés d'attention en fonction des parties prenantes.

En complément de l'observation terrain, des entretiens pourraient également être menés avec des individus et institutions fournisseurs de services de résolution de conflit, des services

⁷⁶⁶ Voir notamment l'unilatéralisme du processus développé dans la première partie de cette thèse.

⁷⁶⁷ Nous reviendrons plus en détail sur ce point quand nous examinerons la mise en œuvre de ces nouvelles méthodes dans le *Design* d'un système à l'échelle d'un projet d'investissement.

juridiques de multinationales chargés du contentieux des projets internationaux, des communautés locales concernées par ce type de projet, des représentants d'associations locales et d'ONG, des fonctionnaires gouvernementaux au sein des agences de promotion des investissements et par exemple des services ayant produit les décisions contestées par l'investisseur et source de conflit, mais également les maîtres d'œuvre présents sur le terrain de l'investissement, et les émanations locales du gouvernement, témoins de la mise en œuvre du projet etc. Les entretiens sont un moyen efficace d'entrer réellement en empathie avec les acteurs, mais ils sont également extrêmement coûteux en temps et en ressources. Et cela davantage encore dans la phase de cartographie et d'analyse de la donnée. Aussi, des méthodes quantitatives peuvent compléter ces recherches qualitatives avec par exemple des sondages quand cela est possible et souhaitable⁷⁶⁸.

A la suite de quoi, des profils ou *personas* de ces acteurs pourraient être établis : profils d'investisseur, profil de citoyens, profil d'émanations locales de l'État, d'agences ou de service du gouvernement, profil d'écosystèmes etc. Cet exercice offre le bénéfice d'inviter les participants du processus à se questionner pour la prise de décision quant à l'objectif et le résultat attendu du système, et aux mesures proposées. Notamment sur leur adéquation vis-à-vis des besoins des parties prenantes et de l'ensemble des acteurs du *Système*. Cet exercice appuie également la démarche d'apprenance collective prônée par Nancy Roberts dans son cas d'étude, ainsi que les capacités d'empathie et la formation de liens entre les acteurs du processus. En conséquence, la démarche permet aux participants du processus de concevoir le système réellement *pour* ses parties prenantes, utilisateurs directs ou indirects et ainsi d'en renforcer l'utilité et l'efficacité.

Dès 2009, Stéphanie Smith et Janet K. Martinez, praticiennes du *Dispute System Design* proposaient un cadre méthodologique pour le *Design* de *Dispute Systems* comprenant cinq catégories assorties de questions :

⁷⁶⁸ Il est possible d'imaginer un processus de collecte de la donnée concernant les retours des usagers du *Système* similaire à celui mené au sujet de l'arbitrage commercial et des modes alternatifs de résolution des conflits du commerce international mené par l'IMI à une échelle mondiale durant la *Global Pound Conference* (GPC) : <https://imimmediation.org/research/gpc/> La donnée fut collectée au travers de 28 conférences, organisées dans 22 pays de diverses aires géographiques, ainsi qu'en ligne, sur une durée d'un an. Ce processus de collecte fut inédit de par son ampleur et la quantité de données ainsi obtenue sur les perceptions des usagers sur le système en question : « *It began in Singapore and finished in London, bringing together numerous dispute resolution stakeholders. The GPC provoked debates on dispute resolution tools and techniques, stimulated new ideas, and generated actionable data on what corporate and individual dispute resolution users actually need and want, both locally and globally* ».

1. Goals

- a) *Which types of conflicts does the system seek to address?*
- b) *What does the system's designer seek to accomplish?*

2. Processes and Structure

- a) *Which processes are used to prevent, manage and resolve disputes?*
- b) *If there is more than one process, are they linked or integrated?*
- c) *What are the incentives and disincentives for using the system?*
- d) *What is the system's interaction with the formal legal system?*

3. Stakeholders

- a) *Who are the stakeholders?*
- b) *What is their relative power?*
- c) *How are their interests represented in the system?*

4. Resources

- a) *What financial resources support the system?*
- b) *What human resources support the system?*

5. Success and Accountability

- a) *How transparent is the system?*
- b) *Does it include an evaluation component?*
- c) *Is the system successful?*

769

La première de ces catégories renvoie à la raison d'être du système et à ses objectifs. Cependant si ces auteures posent la question de ce que le *designer* du système cherche à accomplir, elles ne posent pas la même question aux utilisateurs directs et indirects du système au moment de la phase initiale de *Design*. Et si la troisième catégorie vise la prise en compte des parties prenantes du système, la différence réside en ce que, dans ce cadre, les réponses sont données par le *designer*. La posture du *designer* ici est donc celle d'un sachant, d'un expert, et ses réponses sont nécessairement le résultat de ses projections.

Et en effet, l'étude de la généalogie du *Dispute System Design* déjà évoquée, conclue que : « [h]istorically, designing dispute systems has underplayed the voice of users—user needs have played an uncertain role in shaping complaint systems. Users are too frequently excluded, underutilized, tokenized, overlooked, provide a one-time source of ad-hoc data at the conception of the design process, or provide feedback requested solely after the system's design is complete. Rarely are users involved in a meaningful way to contribute to the design and

⁷⁶⁹ SMITH, Stephanie E., MARTINEZ, Janet K., *An analytic framework for dispute systems design*, Harvard Negotiation Law Review, 14, 123p, 2009

continued operation of the dispute system (...) and user contribution is typically reactive and unsystematic »⁷⁷⁰.

Ainsi, dans la littérature, des auteurs s'interrogent sur des tendances surprenantes telles que la résolution amiable des litiges dont les demandes sont basées sur un TBI, non pas au travers des ADR disponibles par exemple dans le cadre du système CIRDI –des mécanismes qui sont d'ailleurs rarement utilisés- mais au cours d'une procédure arbitrale. Les statistiques du CIRDI entre 2010 et aujourd'hui montrent par exemple qu'un taux constant entre 30 et 40% de procédures arbitrales sont réglées à l'amiable ou ont pris fin pour d'autres motifs avant que le tribunal n'ait rendu une sentence. Cette tendance questionne les auteurs : « *[t]his trend raises two questions. First, if in the context of investor–state relations, non-litigious means of dispute resolution have so many advantages, how is it that ADR mechanisms are rarely used as alternatives to investor–state arbitration? Second, which variables explain why consensual settlements tend to occur in the context of investor–state arbitrations?* »⁷⁷¹. Pour l'auteur, la réponse à ce manque de recours aux modes amiables dans le contexte des investissements pourrait s'expliquer par la relative nouveauté de l'idée dans ce contexte, ou encore de difficultés structurelles liées à la nature hybride de la relation entre les parties et des conflits d'investissement ; ou enfin au manque de clarté du droit des investissements et à sa nature mouvante déjà évoquée⁷⁷².

Ces questions font écho à d'autres mécanismes de recours intégrés à des systèmes ou des organisations de grande ampleur qui ont fait face ces dernières années à de vives critiques tel que les Nations Unies, des fédérations de sport amateur et les forces armées canadiennes, et l'*American Economic Association* qui ont toutes été exposées au début de 2019 comme favorisant des cultures de harcèlement sexuel, d'agression et de discrimination en milieu de

⁷⁷⁰ Le *Dispute System Design* et le mouvement des ADR sont des champs disciplinaires assez récents. Il n'est donc pas étonnant que la matière évolue rapidement et se structure au fil des applications qui lui sont faites à divers contextes et disciplines, ou des premières analyses critiques qui lui sont portées : « *dispute system design grew out of the ADR movement in the early 1980's with Ury et al. (1988). The next set of authors Constantino & Merchant (1996) took the framework from Ury et al. (1988) and widened its application through their use of Organizational Development. From here DSD work evolved through its adoption into the contexts of Industrial Relations, Human Resource Management, Consumer Conflict Management Systems, Organizational Theory, Legal Scholarship, Institutionalism, Consumer Disputes and International Foreign Investment.* » MILLER, Alyson, *What Human-Centered Design Can Tell Us About the State of Dispute Systems Design*, op. cit. p.3, voir également : LIPSKY, David, B., SEEBER, Ronald L., AVGAR, Ariel C., *From the negotiating arena to conflict management*, *Negotiation Journal*, 31(4), 2015, p.405-413.

⁷⁷¹ ECHANDI, Roberto, *Complementing Investor-State Dispute Resolution: A Conceptual Framework for Investor-State Conflict Management*, in *Prospects In International Investment Law And Policy: World Trade Forum 270*, Roberto Echandi & Pierre Sauvé eds., 2013, p.333.

⁷⁷² ECHANDI, Roberto, *Complementing Investor- State Dispute Resolution...*, op. cit., p.346 et s.

travail⁷⁷³. Pour les observateurs : «[these examples] *point towards systemic inability to balance power with user voice to effectively address complaints and provide meaningful resolution* »⁷⁷⁴. Les conséquences d'une défaillance des *designs* de systèmes de résolution de conflits comprennent la sous-utilisation du système, la mauvaise gestion des plaintes et motifs de désaccords et *in fine* la continuation du comportement préjudiciable et/ou injuste. En ce sens, les chiffres montrent que seule une minorité des investisseurs qui abandonnent leurs projets d'IDE et quittent leur pays d'accueil pour ce qu'ils considèrent être une conduite illégale de l'État envisagent de recourir au *Système de résolution des différends d'investissement*⁷⁷⁵.

À ces questions et à d'autres sur l'amélioration du *Système de résolution des différends d'investissement* les auteurs tentent de répondre. Ils le font sur la base d'un mode classique déductif de résolution de problème et de formulation d'hypothèses sur la base d'un savoir expert. Or, compléter cette approche avec le *Legal Design* et formuler des éléments de réponses directement avec les parties prenantes permettrait de les placer au centre du processus et d'ainsi rendre ce cadre méthodologique davantage centré sur l'humain, plus inclusif, et de prendre en compte les divers aspects culturels des acteurs. Cela aurait pour bénéfice final de répondre plus justement à leurs besoins et de concevoir un système plus efficace.

A ce titre, le *Legal Design* offre des outils de visualisation qui permettent de faciliter l'échange, la compréhension et la rétention d'information entre tous, des avis d'experts mais également des aspects culturels. En outre, ces outils permettent la cartographie du système. Il est en effet intéressant de rappeler que le *Legal Design* et en particulier le *Systemic Legal*

⁷⁷³ Casselman & Tankersley, 2019; CBC Radio, 2019; Nichols, 2019 cités par MILLER, Alyson, *What Human-Centered Design Can Tell Us...*, op. cit. p1.

⁷⁷⁴ MILLER, Alyson, *ibid*, p.1.

⁷⁷⁵ ECHANDI, Roberto, *Straightening the Purpose of International Investment Law from Litigation to Consolidating Relationships: The Role of Investor-State Conflict Management Mechanisms*, 17 U. ST. THOMAS L.J. 240–41, 2021: “[D]ata also shows that only a very minor share of investors withdrawing, or canceling FDI expansion plans opt to invoke ISDS. The rate of frequency of investors divesting from developing countries in all surveys consistently was around 25 percent of the total interviewed. Considering that today there are more than one hundred thousand foreign affiliates undertaking multiple investment projects worldwide [UNCTAD 2018], and even assuming that only half of them invested in developing countries [UNCTAD 2018], a 25 percent rate of FDI divestments would represent more than ten thousand potential ISDS claims against developing countries. Even cutting such rough estimate by half would lead to a figure that would still be significantly higher than the actual number of ISDS submitted against developing countries over the last thirty years.”). Voir également : ECHANDI, Roberto, *The Debate on Treaty-Based Dispute Settlement: Empirical Evidence (1987–2017) and Policy Implications*, 34 ICSID REV.—FOREIGN INV. L.J. 32, 2019.

Design tend à développer une vue holistique du sujet traité, ce qui permet la prise en compte du système globalement ainsi que de son contexte.

Si l'on revient au cadre méthodologique proposé par Stéphanie Smith et Janet K. Martinez, on note que les catégories trois et quatre « *Processes and Structure* » et « *Stakeholders* » vise à prendre en compte le contexte du système mis en place. C'est ainsi d'ailleurs que certaines définissent le *Dispute System Design* dans son rapport au système dans lequel il s'inscrit : « [*Dispute System Design*] is the intentional and systematic creation of an effective, efficient, and fair dispute resolution process based upon the unique needs of a particular system »⁷⁷⁶. Outre les acteurs concernés, il vise à prendre en compte les autres systèmes existants, notamment ceux qui sont à sa jonction ou qui l'influencent selon la dynamique typique de ces systèmes : systèmes de normes, système financier, institutions et organisations, groupes de population etc. Ce point est donc souligné comme important dans le *design* d'un *Dispute System*, or ici encore le *Legal Design* offre une piste de mise en pratique de ce cadre théorique.

Dans ce sens toujours, un groupe de *systemic designers* a conçu une boîte à outils en accès libre afin de permettre au plus grand nombre de pratiquer la matière et qui peut servir de cadre de travail pour la transformation du *Système*. Un de ces outils sert à ce qu'ils appellent « *Exploring the space of possibilities* » autour de dix catégories et questions qui peuvent être éventuellement adaptées :

- « 1. *Paradigms: What change in mindset is needed? What worldview do we need to modify/overturn?*
2. *Goals: What are the objectives of the system that need to be changed?*
3. *Self-organisation: How can we empower the actors to evolve, or change the system by themselves?*
4. *Rules/Regulations: What rules and regulations need to be changed? Think of different kind of rules and regulations such as social, cultural, legal.../formal and informal...*
5. *Information Flows: What are the lacking/missing flows of information?*
6. *Reinforcing Feedback Loops: How can we introduce positive escalations or limit negative ones?*

⁷⁷⁶ FRANK, Susan D., *Future of Investment Dispute Management...*, op.cit., p.178

7. *Balancing Feedback Loops: How can we increase stability or overcome resistance to change?*
8. *Delays: What are the critical delays in the system that we want to reduce (time span between actions and expected results)*
9. *Digital Structures: What are the improvements to make to the current digital structures, or what are the ones that are missing?*
10. *Physical Structures: How can we improve the current physical structures, or what are the ones that are missing? »⁷⁷⁷.*

Également, des outils de modélisation, physiques ou digitaux peuvent être utilisés pour visualiser le système⁷⁷⁸.

Enfin, l'aspect participatif du processus implique les parties prenantes du système de manière continue et vise ainsi à intégrer leur culture et contexte et celui global dans lequel le système va s'inscrire par une démarche d'amélioration continue. En cela il s'inscrit dans la dernière catégorie proposée par Stéphanie Smith et Janet K. Martinez intitulée « *Success and Accountability* », ce qui est indispensable face à la dynamique des *wicked problems*⁷⁷⁹.

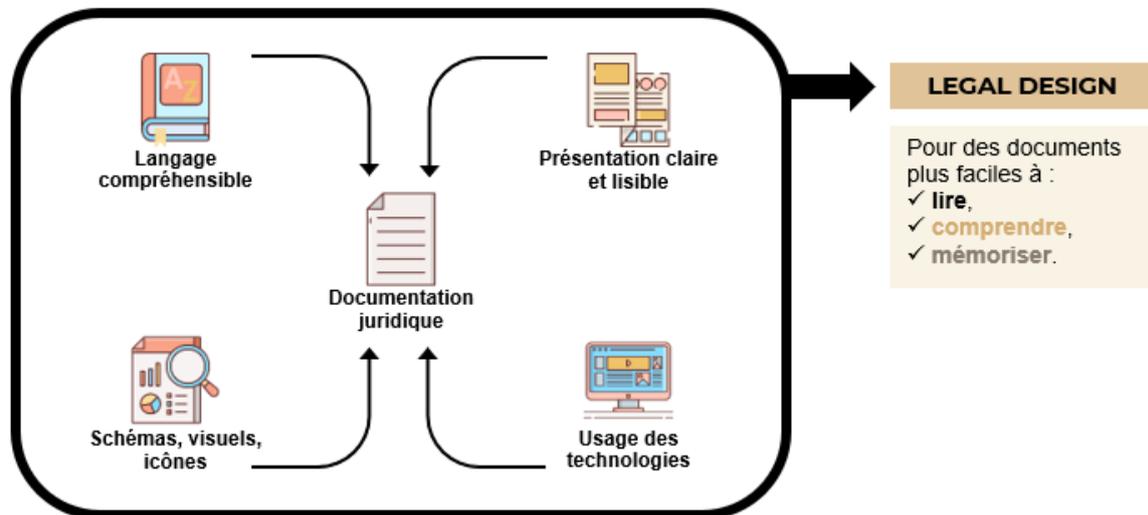
Cette démarche d'amélioration continue se fait notamment par le prototypage et le recueil de retours d'expérience des parties prenantes. Dans ce sens par exemple, il pourrait être envisagé de prototyper et de tester la proposition du Groupe de travail III de la CNUDCI de créer un Centre consultatif sur le droit international des investissements. Les participants pourraient mener une réflexion afin de voir quelle forme rapide et peu coûteuse permettrait de

⁷⁷⁷ Un questionnaire qui peut se rapprocher de l'analyse célèbre de Donella Meadows : MEADOWS, Donella, *Leverage points, Places to Intervene in a System*, The Sustainable Institute, 1999.

⁷⁷⁸ C'est le cas de la méthode LEGO® SERIOUS PLAY® qui peut être utilisée pour une représentation en trois dimensions des systèmes complexes et de leur contexte. Cette méthode permet de conduire une analyse et de mettre à jour les lignes directrices selon lesquelles fonctionne le système et entre en interaction avec son contexte et les agents de son environnement. Cela se fait notamment au travers de la formulation de *scenarii* qui sont « joués » dans la représentation du système afin d'en tirer des conclusions et prendre des décisions participatives pour l'avenir. KUMU(<https://kumu.io>) est un exemple d'outil digital <https://hewlettfoundation.kumu.io/hewlett-foundations-the-madison-initiative> pour voir une utilisation de cet outil par le laboratoire pour le changement de l'Université américaine de Stanford « *Stanford ChangeLabs for Launching Large Scale Sustainable Transformations* ». Voir également par exemple sur le sujet de la cartographie des systèmes et de leur visualisation : PETER, Jones, BOWES, Jeremy, *Rendering Systems Visible for Design: Synthesis Maps as Constructivist Design Narratives*, *she ji The Journal of Design, Economics, and Innovation*, Volume 3, Number 3, Autumn 2017.

⁷⁷⁹ L'aspect d'inclusivité est à souligner particulièrement, et nous aurons l'occasion de revenir sur le fait que le processus de *Legal Design* se démarque notamment de celui de *Dispute System Design* sur ce point. Voir notamment en ce sens : MILLER, Alyson, *What Human-Centered Design Can Tell Us About the State of Dispute Systems Design*, op. cit.

tester cette idée auprès de ses futurs utilisateurs. Cela permettrait d'en vérifier la pertinence, ainsi que de recueillir les retours d'expérience des acteurs afin d'améliorer l'idée au travers de boucles d'apprentissage successives. De même, des outils de *Legal Design* autour du *Design visuel* et du langage juridique clair permettrait de prototyper des propositions de solutions⁷⁸⁰, telles qu'une convention type multilatérale et une convention bilatérale d'investissement⁷⁸¹.



782

Ici encore, le *Legal Design* offre un complément au cadre méthodologique proposé par les praticiens du *Dispute System Design*.

Mais au-delà du processus de réflexion systémique de transformation, il a été dit qu'une dynamique efficace de changement ne pourrait se produire qu'à la condition d'observer un changement au sein des organisations du *Système* et des individus qui la composent. Et un tel

⁷⁸⁰ MARTÍNEZ, Eric, MOLLICA, Francis, GIBSON, Edward, *Poor writing, not specialized concepts, drives processing difficulty in legal language*, *Cognition*, Volume 224, 2022, 105070, ISSN 0010-0277, accessible à l'URL : <https://doi.org/10.1016/j.cognition.2022.105070>. : « *The study, led by Eric Martínez at the Brain and Cognitive Sciences group of the renowned Massachusetts Institute of Technology, has found that contracts are hard to understand not because the ideas inside them are too complex for people to grasp, but that lawyers write in such a way as to be incomprehensible to most of the world. They studied a corpus of contracts totaling around 10 million words, and found that: 'Contracts contain startlingly high proportions of certain difficult-to-process features, including low-frequency jargon, centre-embedded clauses (leading to long-distance syntactic dependencies), passive voice structures, and non-standard capitalisation relative to nine other baseline genres of written and spoken English'.* ».

⁷⁸¹ Sur un exemple de prototype utilisé situé dans notre champ d'étude voir : ECHANDI Roberto et HERNANDEZ CRESPO GONSTEAD, Mariana, *Investor-State Conflict Management*, in *Elgar Encyclopedia Of International Economic Law* 335, 337 (Thomas Cottier & Krista Nadakavukaren Schefer eds., 2017), cité par FRANK, Susan D., *Future of Investment Dispute Management*, p.352 : « *Given the increasing emphasis not just on conflict management, but also on investment retention, CMMs in the institutional setting are called Systemic Investment Response Mechanisms (SIRMs). SIRM protocols have already been tested with initial success in pilots undertaken by the Investment Policy and Promotion Team of the World Bank Group in various regions of the world. 'Additionally, SIRMs incorporate an information technology tool to track the investment retention and expansion as a result of timely resolution of problems.* »

⁷⁸² Visuel de l'agence SPARLANN disponible à l'URL : <https://sparlann.com/fr/blog/sparlann-sengage-pour-un-langage-juridique-clair>

changement ne peut se produire que suivant un changement dans la culture de ces acteurs. Or, ce changement de culture pourrait se voir également facilité par l'exercice du *Legal Design* et le changement d'état d'esprit qu'il provoque, ainsi que par ses résultats tangibles, c'est-à-dire les *Dispute designs*.

Chapitre 2. La transformation participative du Système de résolution des différends d'investissement

« *The general aim of decision-makers when dealing with intractable problems is to establish new patterns of behaviour. But, wicked problems are socially complex and require sustained social change, which cannot readily be imposed on the public. (...)*

To achieve changes of profound social consequence, issues must be widely understood, discussed and owned by the people whose actions lie at the core of wicked problems. It requires the activation of collectively shared, but individually held, values, beliefs and attitudes that drive behaviours and actions »⁷⁸³.

Quand on parle de *Design* on parle tout à la fois du **processus et de l'esprit** qui le sous-tend, et du **résultat** de la démarche. En effet, le terme « *Design* » vise tant l'activité que le produit de celle-ci ; et l'apport du *Legal Design* à la transformation du *Système* pourrait se situer à ces deux niveaux. En effet, cet apport pourrait être d'abord dans le recours à sa méthode et ses outils comme autant de moyens d'aider les acteurs à adapter leurs processus de réflexion en tenant compte, et même en utilisant, les caractéristiques des *wicked problems* et des systèmes adaptatifs complexes afin d'être en mesure de provoquer les changements souhaités. C'est le point que nous avons abordé dans le chapitre précédent. Mais un autre apport possible du *Legal Design* pour la transformation du *Système* se situe dans sa capacité à permettre de concevoir des *dispute designs* efficaces. Et cela est rendu possible car sa pratique facilite un changement d'état d'esprit et de culture des acteurs du fait de l'adoption de nouveaux comportements, réflexes et habitudes, et du développement des liens entre les acteurs qui découlent de ce processus inclusif et participatif (Section 1).

Puis la conséquence finale de ce changement d'état d'esprit est d'aboutir à des résultats plus inclusifs, innovants, efficaces et durables, et par suite de bénéficier des effets de telles solutions sur le *Système* et sa transformation en vertu de la dynamique en boucle de rétroaction *-feedback loops-* du système. Ainsi, recourir à un processus de *Legal Design* pour définir une stratégie de changement du *Système*, puis pour déterminer les actions qui en découlent, permettrait par exemple d'inclure dans les résultats la perspective de développement et

⁷⁸³ ROBERTS, Nancy, *Wicked problems and Network...*, ibid, p.1.

d'intérêt public souhaitée par certains acteurs⁷⁸⁴. De même, le recours au *Legal Design* pourrait permettre d'intégrer dans le *Dispute System Design* de l'investissement davantage de modes amiables basés sur les intérêts. En effet, pour certains auteurs, ces modes sont aujourd'hui la voie à privilégier pour résoudre les conflits d'investissement ; et outre leur résolution, c'est la prévention et le *management* des conflits d'investissement. L'objectif est d'éviter que les inévitables désaccords inhérents à la relation d'investissement ne dégèrent en conflits puis en litiges. Au contraire, ces désaccords doivent être vus et utilisés comme une force de changement positive et comme autant d'opportunités pour développer une relation constructive entre État d'accueil et investisseur étranger, ainsi qu'avec les autres parties prenantes du projet d'investissement.

Ainsi le paradigme consensuel s'exprimerait également dans les **résultats tangibles** du processus de changement du *Système*. Ce serait la meilleure manière de permettre qu'un investissement direct étranger produise les bénéfices attendus. Dans ce sens le *Legal Design* pourrait permettre aux parties prenantes du *Système* de tendre vers une gouvernance participative tout au long des projets d'investissement, afin que ceux-ci soient tout à la fois durables et profitables pour tous (Section 2).

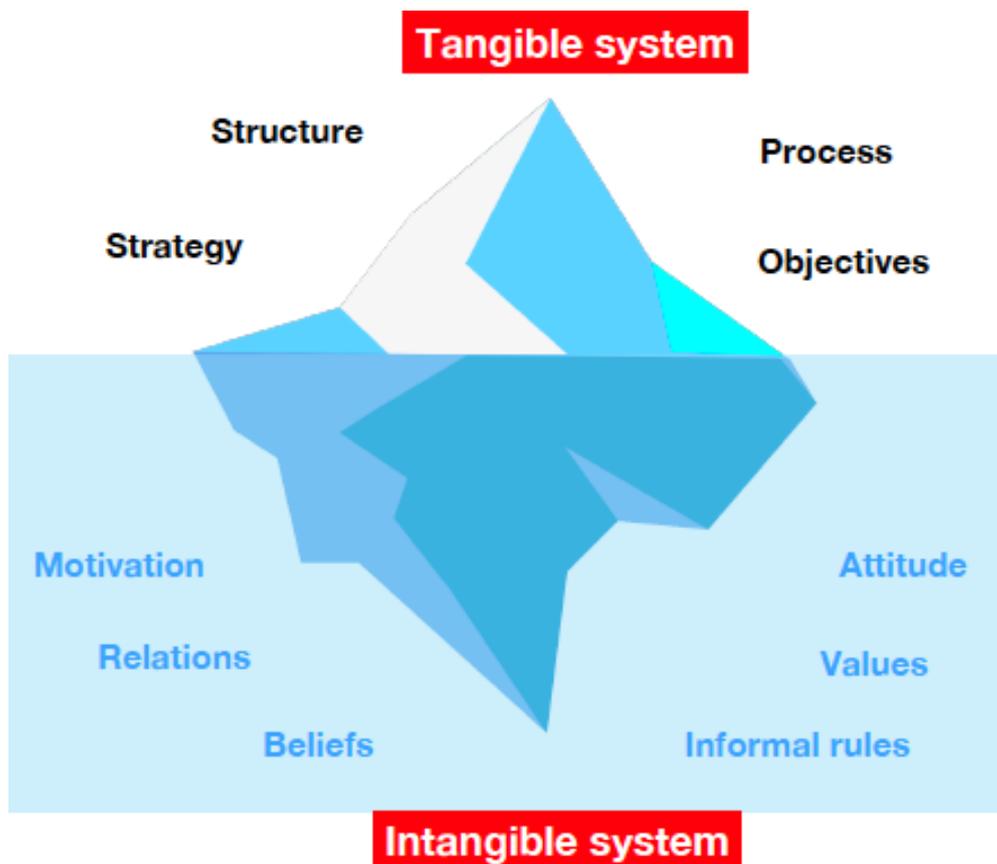
⁷⁸⁴KELSEY, Jane, MOHAMADIEH, Kinda, *UNCITRAL fiddles while countries burn...*, op. cit., p. 37 : « *If the international investment regime is to become supportive of development and overcome its legitimacy crisis, UNCITRAL WGIII needs to recall and act upon the original impetus for reform: deep-seated concerns about the democratic accountability and legitimacy of the international investment regime as a whole, especially of ISDS, and its implications on the policy and regulatory space countries require to address developmental challenges as well as current transformational challenges, particularly in regard to the climate crisis and preparedness to face global pandemics. (...)*

A revised Working Group work plan that meets these standards would (...)

- *Audit the process, agenda and proposals against United Nations Member States' commitments to and obligations under the Sustainable Development Goals, which include respect for human rights, governance structures that ensure inclusive participatory processes and equal access to justice, and encouraging sustainable new investment for development purposes in states that need it.*
- *Link any UNCITRAL Agreement on investor-stated dispute settlement to instruments being developed in other parts of the UN system, such as the proposed international legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, as well as advancements in tackling investor obligations through treaty practice (UNHCR, n.d.).*
- *Ensure transparency and inclusiveness in the process as a matter of substance, not just of form. »*

Section 1. Le paradigme consensuel dans le changement de culture des organisations du *Système de résolution des conflits d'investissement*

Au cours des développements précédents il a été dit qu'une réelle transformation d'un système requiert un changement de paradigme. En effet, une transformation ne peut faire l'économie d'une réflexion sur la logique et la philosophie qui orientent sa conception. Pour ce qui est du *Système de résolution des différends d'investissement* on a relevé le paradigme juridictionnel qui a sous-tendu sa création, ainsi que la logique adversariale qui en découle. Ce paradigme et cette logique sont au cœur de la culture du *Système* et de ses acteurs, c'est-à-dire de : « l'ensemble des traits distinctifs, spirituels, matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social [dont] les lois, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances ». ⁷⁸⁵



786

⁷⁸⁵ Définition de l'UNESCO de la culture, Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles. Conférence mondiale sur les politiques culturelles, Mexico City, 26 juillet - 6 août 1982.

⁷⁸⁶ Représentation de l'iceberg du changement conceptualisé par Wilfried KRÜGER, courtoisie de l'agence MindForest.

La culture relève donc du système intangible d'un groupe. Elle dessine les schémas de pensées et de fonctionnement des individus et des organisations et se manifeste au travers du système tangible des comportements, des pratiques habituelles et des rituels, ainsi que des stratégies et objectifs, des processus et structures de l'organisation. En conséquence, pour changer la dynamique d'un système, les « *patterns of behaviour* » évoqués par Nancy Roberts, qui s'expriment par son système tangible, il faut aller questionner son système intangible de croyances et de valeurs. Or, il est intéressant de noter qu'agir directement sur les pratiques et habitudes peut provoquer en retour des changements de culture, on retrouve l'aspect de boucle rétroactive ici : changer un comportement, permet d'expérimenter quelque chose de différent qui pourra provoquer une prise de conscience, qui transformera le comportement en habitude, qui modifiera la culture de l'individu ou de l'organisation etc.

Ainsi, à ce niveau également, le *Legal Design* peut fournir des clés intéressantes dans sa capacité à élargir la carte mentale des individus qui le pratique grâce à son processus participatif et inclusif structuré autour d'un questionnement des objectifs et des paradigmes au fondement du *Système*. En conséquence, la pratique du *Legal Design* par les acteurs du *Système* faciliterait une bascule d'une logique adversariale et défensive qui découle du paradigme juridictionnel, vers une logique de co-construction et ainsi un changement de paradigme au bénéfice du paradigme consensuel que beaucoup appellent de leurs vœux (A). Cette pratique pourra notamment se matérialiser dans la conception de systèmes de prévention, de *management* et de résolution des conflits d'investissement intégrés dans les organisations des acteurs du *Système* (B).

A) Le passage d'une logique défensive à une logique de co-construction de la relation d'investissement

Ce changement de logique, depuis une logique défensive à une logique collaborative et constructive pourra se produire dans l'attention qui sera portée à la relation entre les parties prenantes en amont de tout conflit. Cette idée est appuyée par le concept de *continuum* du conflit issu du *Dispute System Design* qui se traduit dans l'idée que le conflit est le résultat d'un désaccord mal géré et qui s'est dégradé au point de créer un contexte conflictuel, qui potentiellement s'il continue de se dégrader, pourrait se cristalliser en différends. Or, ce serait justement à cette étape du continuum, avant que le conflit ne se transforme en différend, que les parties auraient l'espace nécessaire à la mise en œuvre d'une approche collaborative de

résolution de problème. Cependant, cela nécessite pour les parties de voir d'une part l'importance de la préservation de leur relation comme une part de leur investissement, et d'autre part le potentiel de changement positif que représente un désaccord et un conflit.

1- Le continuum du conflit d'investissement

Nous l'avons évoqué, les conflits sont inhérents aux relations humaines, c'est également le cas de chaque opération d'investissement : « [w]ith imperfect human beings involved, conflict is inherent in foreign investment ». A la dimension humaine inhérente à toute relation d'investissement, s'ajoute un contexte particulier : « complex, interdisciplinary, international, intercultural (...) involv[es] sensitive issues of commerce, politics, resources, and community identity, [hence] conflicts are inevitable, and disputes are likely »⁷⁸⁷. C'est pourquoi la multiplication des conflits et des différends d'investissement⁷⁸⁸ suivant la croissance des IDE depuis trois décennies ne peut surprendre. Pourtant, ce n'est qu'assez tardivement, à la fin des années 2000, que le lien entre *Système de résolution des conflits d'investissement* et les apports du *Dispute System Design* est fait et qu'une logique différente apparaît⁷⁸⁹.

C'est le résultat, outre des critiques portées au *Système*, de l'influence de Susan D. Frank suivie d'un groupe d'experts et de praticiens⁷⁹⁰ dont Mariana Hernandez-Crespo

⁷⁸⁷ FRANCK, Susan D., *The Past, Present, and Future of Investment Treaty Conflict Management and Dispute Systems Design*, 17 University of Saint Thomas Law Journal 345, 2021, disponible à l'URL :

https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/1996, p.348. Voir dans le même sens : « In world where in most countries economic activity tends to be highly regulated, and thus leading to a high level of interaction between foreign investors and the authorities of host States, the possibilities for conflict are present every day. » in ECHANDI, Roberto, *Complementing Investor-State Dispute Resolution...*, op. cit. p.331-332.

⁷⁸⁸ Une multiplication même qualifiée de « litigation explosion » par certains : SALACUSE, Jeswald W., *Explanations for the Increased Recourse to Treaty-Based Investment Dispute Settlement: Resolving the Struggle of Life Against Form?*, Coherence and Consistency in International Investment Law (Karl P. Sauvant ed.), 2007, KUPFER SCHNEIDER, Andrea, *Not Quite a World Without Trials: Why International Dispute Resolution Is Increasingly Judicialized*, J. DISP. RESOL. 119, 2006.

⁷⁸⁹ Susan D. Frank explique ainsi : « As a young scholar, I watched the blossoming of investment treaty arbitration (ITA) and the rise of the so-called ISDS. I also taught classes about mediation and ADR. At the time, there was no one writing about the intersections among conflict management, ADR, and investment treaty disputes. Perhaps that was a by-product of the small number of cases and what was then little interest in the area. I remember struggling to get people (including law students who were selecting articles for publication) to pay attention to the issues, particularly given what was at stake economically and politically. My, how times have changed. » FRANCK, Susan D., *The Past, Present, and Future of Investment Treaty Conflict Management...*, ibid, p. 347 Pour le développement du système avec l'arbitrage en son cœur suivant le paradigme juridictionnel voir la première partie de cette thèse.

⁷⁹⁰ Pour davantage de détails sur l'historique de l'application des concepts du DSD à la résolution des conflits d'investissement, voir FRANCK, Susan D., *The Past, Present, and Future of Investment Treaty Conflict Management...*, ibid, p. 349 et s. Voir également un condensé des avancées de la matière entre 2010 et 2020 : « This issue represents the integrated body of knowledge that is now recognized globally as dispute system design and conflict management mechanisms in the field of FDI. » p.203 : ECHANDI, Roberto, HERNANDEZ-

Gonstead⁷⁹¹ et Roberto Echandi⁷⁹² déjà largement cités dans ce travail. Pour ces auteurs, la prédominance de l'arbitrage dans le *Système* a conduit à exercer une pression déraisonnable sur ce mode de résolution et à sa « surutilisation »⁷⁹³, tout en produisant d'importants coûts de transaction pour les parties. Il convient donc plutôt d'intégrer au *Système de résolution des conflits d'investissement* des modes basés sur la conciliation des intérêts des parties⁷⁹⁴, et

CREPO GONSTEAD, Mariana, *Innovative Strategies for Conflict Management: Improving Investor-State Relations to Propel Global Growth*, University of St. Thomas Law Journal, Volume 17, Issue 2, 2021
Une abondante littérature est issue de l'application du DSD à la résolution des conflits d'investissements :
ECHANDI, Roberto *Investor-State Conflict Management: A Preliminary Sketch*, 1 TRANSNAT'L DISPUTE MGMT. 1, 2014 ; ECHANDI, Roberto, *Complementing Investor-State Dispute Resolution*, op. cit.;
HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *A New Chapter in Natural Resource-Seeking Investment...*, op.cit. ; KUPFER SCHNEIDER, Andrea, *How Does DSD Help Us Teach About Community Conflict (and How Can Community Conflict Help Illustrate DSD)?*, 13 UNIV. ST. THOMAS L.J. 370 (2017); WELSH, Nancy A., KUPFER SCHNEIDER, Andrea, *The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration*, 18 HARV. NEGOT. L. REV. 71 (2013)

⁷⁹¹ Mariana Hernandez-Crespo Gonstead est professeure de droit à la Faculté de droit de l'Université St. Thomas, directrice exécutive du Réseau international de recherche sur le règlement des différends et conciliatrice nommée par le président du CIRDI. Elle a été consultante auprès de l'Unité du climat d'investissement du Groupe de la Banque mondiale.

⁷⁹²Dr. Echandi est "investment policy global lead of the Investment Climate Unit of the Trade and Competitiveness Global Practice" de la Banque mondiale.

⁷⁹³ Dans le même sens voir : « *Although treaties can contain textual obligations to consider "amicable settlement," these procedures are not necessarily explained, clear, predictable, institutionally supported, or even mandatory. This void creates, in many ways, an unreasonable pressure on a single dispute resolution—namely the arbitration option—that the treaties do actually provide. Without another viable safety valve for letting off steam, it was inevitable that the allowed arbitration processes were likely to be highly used—and potentially over- used—in the absence of any other viable structures offering a meaningful remedy.* » FRANCK, Susan D., *The Past, Present, and Future of Investment Treaty Conflict Management...*, ibid, p.5.

⁷⁹⁴ "(...) conflict scholars suggest that dispute systems evolved. [They] suggested early systems focus on power dynamics; but as they transform, there is a focus on judicialization and rights-based adjudication; and ultimately systems evolve toward a more interest-based conflict management system." in FRANCK, Susan D., *Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements*, Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series #1427590, 2008, p.148.

d'envisager une réflexion autour de la combinaison des divers *Alternative Dispute Resolution*⁷⁹⁵ disponibles afin de pouvoir déterminer le mode de résolution le plus adapté⁷⁹⁶.

Au-delà de la « surutilisation » de l'arbitrage, pour ces auteurs sa logique adversariale implique généralement une rupture dans la relation entre les parties et est en cela inadaptée à la relation d'investissement⁷⁹⁷. C'est donc également à ce titre que les *Alternative Dispute Resolution* basés sur les intérêts doivent être privilégiés. Cela est d'autant plus important dans un contexte où la pérennité de la relation est souhaitée : « (...) dans la mesure où le règlement du différend constate l'échec de cette relation et y met un terme définitif par le paiement d'une compensation [l'arbitrage] n'est donc pas adapté à la poursuite de cette relation et à l'objectif à long terme d'une opération d'investissements pour les deux parties. [II] mettra un terme final à cette relation et ne permettra pas à la relation de perdurer au-delà des difficultés en recherchant une solution positive au conflit. La sentence arbitrale tout comme le jugement d'un tribunal étatique ou international règle le différend en terme juridique mais ne

⁷⁹⁵ COE, Jack J. Jr., *Complementary use of conciliation in investor-state disputes*, pp. 7–46; COE, Jack J. Jr., *Should Mediation of Investment Disputes Be Encouraged, and, If So, by Whom and How?* in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2009, pp. 339–357; COE, Jack J. Jr., *Settlement of Investor-State Disputes through Mediation – Preliminary Remarks on Processes, Problems and Prospects*, in D. Bishop (ed.) *Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns* (Huntington, NY: Juris, 2009) pp. 73–109; ONWUAMAEGBU, Ucheora, *The Role of ADR in Investor-state Dispute Settlement: The ICSID Experience*, *News from ICSID* 22:2 (2005) 12; LEGUM, Barton, *The difficulties of conciliation in investment treaty cases: A comment on Professor Jack C. Coe's, Toward a complementary use of conciliation in investor-State disputes – A preliminary sketch*, *Mealey's International Arbitration Report*, 21: 4, 2006, pp.1–3; SALACUSE, Jeswald, *Is there a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-state Dispute Resolution*, *Fordham International Law Journal*, 31, 2007, 138; CLODFELTER, Mark, *Why Aren't More Investor-state Treaty Disputes Settled Amicably?*, in UNCTAD, 2011, *Investor-state Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, *Proceedings of the Washington and Lee University and UNCTAD Joint Symposium on International Investment and Alternative Dispute Resolution*, 29 Mars 2010, Lexington, Virginia, USA (New York, NY: United Nations, 2011) UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, p.38; WÄLDE, Thomas W. *Pro-active Mediation of International Business and Investment Disputes Involving Long-Term Contracts: From Zero-Sum Litigation to Efficient Dispute Management*, *Transnational Disp Management*, 1:2, 2004 ; WEILER, Todd, BAETENS, Freya, (eds) *New Directions in International Economic Law. In Memorium Thomas Wälde*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2011.

⁷⁹⁶ Voir par exemple : “Recent literature has recognised many of the potential advantages that fostering interest-based processes could have in the context of investor–state disputes. The first is that such processes are based on the negotiation of mutually acceptable solutions by the parties themselves. Thus, not only can the parties to the dispute exert much greater control over the problem-solving process, but also – and unlike in a zero-sum adjudication of rights – successful interest-based ADR, such as direct negotiation, conciliation or mediation, leads to win–win settlements where none of the parties to the dispute end up being a loser. Thus, reconciling interests tends to generate a higher level of mutual satisfaction with the outcomes than solving disputes on the basis of determining rights or power. This is particularly important for maintaining productive relationships in the long term, which are crucial in the investor–state context. A more pragmatic and yet critical aspect of interest-based ADR is that agreements secured by negotiation have the advantage that given their consensual nature, they are self-executing and enforcement problems do not arise.” in ECHANDI, Roberto, *Complementing investor–state dispute resolution: a conceptual framework for investor–state conflict management*, *International Investment Law and Policy*, Cambridge University Press., 2020, p.331-332.

⁷⁹⁷ Du point de vue du MARC, la nature adversariale d'une résolution par le droit place inutilement les parties dans une relation destructrice et préjudiciable à l'avenir de la relation.

prend pas en compte les aspects économiques, sociaux, politiques ou de développement qui accompagnent un investissement étranger et qui s'inscrivent dans la durée »⁷⁹⁸.

Et en effet, la notion de pérennité se situe au fondement même de celle d'investissement, comme une prise de participation durable dans l'État d'accueil. Elle est d'ailleurs consubstantielle à la notion de contrat d'État⁷⁹⁹. On la retrouve également dans les constructions juridiques que sont les clauses de stabilisation assorties de clauses de renégociation, dans la clause compromissoire, ou encore dans les clauses parapluies. Ces constructions visent l'engagement des parties sur une durée importante, parfois sur plusieurs décennies comme dans le cas de certains accords de développement économique. Pourtant, bien que ces constructions cherchent la pérennité de la relation d'investissement, elles mettent en œuvre une logique défensive : il s'agit pour l'investisseur de protéger son capital d'une action dommageable de l'État d'accueil. Ainsi, si lors des développements de la présente thèse au sujet de l'extension du système CIRDI en un *Système global et décentralisé de résolution des différends d'investissement* nous évoquions que les États passent d'une idée de *protection* des investissements à celle de *promotion* des investissements, cette promotion se fait cependant au travers des garanties données à l'investisseur étranger afin d'améliorer le climat des affaires du pays d'accueil. En effet, il s'agit particulièrement pour l'investisseur de conserver les termes du contrat tels que négociés, de se prémunir contre tout changement, notamment dans la réglementation de l'État d'accueil. Si ces mécanismes se justifient en droit, considérant le fait qu'un investisseur étranger est soumis aux pouvoirs de puissance publique de l'État d'accueil, ils présentent cependant leur limite d'un point de vue de la relation d'investissement qui se nouent entre les parties. De tout cela s'impose la vue qu'une résolution amiable des conflits d'investissement basée sur des modes mettant au cœur les intérêts des parties doit être privilégiée.

Cependant, ces auteurs notent également que la spécificité de la relation d'investissement entre un État d'accueil et un investisseur étranger, en particulier sa nature hybride, pose des difficultés pour la généralisation du recours aux modes amiables pour la

⁷⁹⁸ JOUBIN-BRET, Anna, KALICKI, Jean, *Introduction TDM Special issue on "Reform of Investor-State Dispute Settlement...*, *ibid.* [Mis en gras par nos soins]

⁷⁹⁹ Les contrats d'État sont des accords de développement économique à long terme passés entre un État et une personne privée, physique ou morale, étrangère, dont l'objet est la constitution d'investissements internationaux dans lesquels des obligations spécifiques pèsent sur les personnes privées étrangères qui participent au développement de l'État d'accueil.

résolution des conflits d'investissement. Cela est dû notamment aux questions d'intérêt public en jeu, et à la réticence d'un gouvernement à porter la responsabilité politique de l'accord négocié⁸⁰⁰. D'abord vis-à-vis de leurs citoyens, en particulier sur l'usage de deniers publics, mais également vis-à-vis du reste des investisseurs locaux ou étrangers. Il n'est en effet pas simple de justifier de la légitimité d'un accord offrant des conditions particulières à un investisseur comparativement aux autres investisseurs étrangers ou locaux. S'ajoute également la difficulté d'identifier les bons interlocuteurs au sein des gouvernements et de s'assurer de l'alignement des diverses entités étatiques impactées sur les solutions à trouver, ou encore de s'assurer de leur autorité pour négocier. Cela sans compter la crainte des personnels administratifs de voir leur responsabilité personnelle engagée. Pour ces auteurs, nonobstant la recherche de solutions à ces problématiques, il en découle que le recours aux modes alternatifs de *résolution* des différends ne doit intervenir qu'en dernier lieu, et qu'il est crucial de prévenir la *formation* des conflits d'investissement et leur *dégradation* en litige au travers de mécanismes de *management* des conflits⁸⁰¹. Ces auteurs s'appuient ici sur un concept de *Dispute System Design* qui est le *continuum* du conflit.

Selon les praticiens du *Dispute System Design*, une distinction importante doit être faite entre un conflit (*conflict*) et un litige ou différend (*dispute*). Ainsi, en *Dispute System Design*, il est considéré que toute relation humaine est mise à l'épreuve par l'apparition de problèmes, que ces problèmes peuvent faire naître des désaccords entre les personnes, et que ces désaccords peuvent créer un état de conflit. Par la suite, ce conflit peut se dégrader au point de se focaliser sur un ou plusieurs points de différend. Et finalement, ces points de différends, si qualifiés en termes juridiques, deviennent alors un litige : « (...) *a conflict is a problem unattended, and a dispute is an unattended conflict which has evolved into a "defined, focused disagreement, often framed in legal terms"* »⁸⁰². Appliqué à notre sujet, cela se manifeste par

⁸⁰⁰ "investor-state disputes commonly refer to public values, often involving scrutiny of actions of public authorities in the execution of their public duties or to advance policies stated in the law – disputes of this nature [...] implicate deep seated values concerning sovereignty, sovereign reputation and the basic role of the State in managing economic affairs" in CLODFELTER, Mark, *Why Aren't More Investor-state Treaty Disputes Settled Amicably?*, op.cit., p. 40.

⁸⁰¹ Conflict Management Mechanisms ("CMMs"), Dispute Prevention Policies ("DPPs") et Systemic Investment Response Mechanisms ("SIRMs"). Sur le sujet : « *How to better adjust those problem-solving techniques to the particular context of investor-state disputes is an important ongoing discussion in many academic and policy circles. However, a key point already recognized by experts is that regardless of which particular alternative dispute resolution (ADR) technique may be explored, given the complex political economy of investor-state disputes, the best chance to resolve a dispute between a foreign investor and a host government is likely before the investment conflict escalates into a legal dispute under an IIA* »: Barton LEGUM cité par ECHANDI, Roberto, *Towards a New Approach to Address Investor-State Conflict*, op. cit. p.21.

⁸⁰² ECHANDI, Roberto, *Towards a New Approach to Address Investor-State Conflict*, op. cit. p.21.

la dégradation du conflit au point qu'une partie formule des demandes sur la base non seulement de l'illégalité de l'action de l'autre partie au regard du droit des investissements applicable, mais également sur celle que cette action lui a provoqué un dommage ouvrant droit à réparation, généralement sous forme de compensation⁸⁰³.

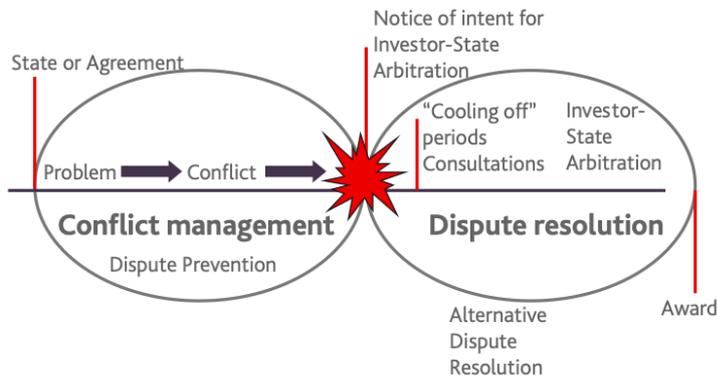


FIGURE 1:
The Conflict Continuum in the Investment Context

804

De cette distinction, les praticiens du *Dispute System Design* tirent deux conclusions. La première est que les désaccords et les conflits sont inhérents à toute relation humaine ; et qu'ils ne sont en eux-mêmes ni bons ni mauvais. Ils sont un mouvement vers un changement d'équilibre, dont finalement les conséquences dépendent de la manière dont ils sont gérés⁸⁰⁵. Et cette manière varie selon si on les perçoit comme un risque ou comme une opportunité : « (...) [i]n a classic formulation, conflict has been compared to water. Both substances are neither inherently positive nor negative. like water, conflict is necessary, but an overabundance or shortage of this resource can inhibit its potential positive force »⁸⁰⁶. Ce qui amène à la deuxième conclusion qui est que les conflits sont dynamiques, ils évoluent et n'ont pas de

⁸⁰³ Il s'agit généralement de demandes formulées par l'investisseur personne privée, cependant les États peuvent également initier des procédures arbitrales à l'encontre d'un investisseur.

⁸⁰⁴ ECHANDI, Roberto, *Investor-State Conflict Management: A Preliminary Sketch*, *Global Practice on Trade and Competitiveness* – Investment Climate Unit, World Bank Group, November 2015, accessible à l'URL : <https://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Investment-World-Bank-Final.pdf>

⁸⁰⁵ Voir par exemple : « *In the classic formulation, conflict is like water. It occurs naturally and, although its structure can be transformed, it will continue to exist. Despite its social connotation, conflict is not per se good or evil. Rather, it is necessary for institutions to survive, thrive and develop. Nevertheless, extreme circumstances—whether a flood or a drought—can have serious repercussions on effective development. This applies with equal force in the context of international investment. Conflict between investors and host country governments can occur when there is dissatisfaction with an interaction, process or result. Conflict can be a positive force, however. For investors, it can create opportunities for commercial innovations, and governments can use it as an occasion to adapt how they legislate and regulate those they govern.* » FRANK, Susan D., *Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements*, Washington & Lee Public, Legal Studies Research Paper Series #1427590, 2008

⁸⁰⁶ Une image déjà utilisée par Ury, Brett...cites par FRANCK, Susan D., *The Past, Present, and Future of Investment Treaty Conflict Management...*, op. cit., p.173

frontières bien délimitées, à la différence des litiges : « (...) *conflict is often ongoing, amorphous, and intangible, a dispute is tangible and concrete—it has issues, positions, and expectations for relief* »⁸⁰⁷. Les litiges seraient donc une cristallisation d'un état de conflit autour d'un ou plusieurs éléments sur lesquels se positionnent les parties et émettent des demandes au travers du cadre normatif et juridictionnel à leur disposition. Or, ce processus est nécessairement limitant, et ne permet pas la résolution du conflit plus globalement, tant sur le niveau du fond du conflit que dans sa dimension relationnelle. Il peut en naître un mécontentement et une frustration des parties face au résultat de la résolution du différend⁸⁰⁸ ; ce qui est le cas du *Système de résolution des conflits d'investissement* qui dans son *design* place l'arbitrage au cœur. A ce titre, pour les auteurs il convient d'utiliser la nature dynamique et malléable (le terme utilisé en anglais est “*shapeless*”) du conflit qui offre de meilleures conditions pour le recours aux modes de résolution de problèmes intégratifs, basés sur les intérêts, la coopération et la créativité cela dans l'objectif de pérenniser la relation : « (...) *in order to enhance cooperation for the improvement of future relations (...) finding the way back to a constructive cooperative and a potentially productive future working relationship* »⁸⁰⁹.

Ainsi, aujourd'hui les praticiens du *Dispute System Design* considèrent que la *prévention* des conflits et des différends d'investissement est cruciale comme autant de moyen de changer de paradigme afin de passer d'une logique de protection à une logique de co-construction⁸¹⁰. Cependant, la puissance de cette idée ne se situe pas uniquement dans la prise en compte de la dynamique du conflit, qui permet d'ouvrir un espace plus grand pour la collaboration des parties. Elle se situe encore davantage dans l'idée que cet espace permet de ne plus centrer la réflexion sur l'évitement des motifs de désaccords et des conflits, mais sur leur utilisation

⁸⁰⁷ CONSTANTINO et SICKLES MERCHANT cités par ECHANDI, Roberto, *ibid*, p.21

⁸⁰⁸ Ce constat explique au moins partiellement les critiques que subit aujourd'hui le système de l'arbitrage d'investissement. Cf. conclusion Partie 1 de cette thèse.

⁸⁰⁹ FRANCK, Susan D., *The Past, Present, and Future of Investment Treaty Conflict Management ...*, *op. cit.*, p.173

⁸¹⁰ Voir dans le même sens “*From a trend where investor-state investment disputes used to be predominantly resolved through diplomatic protection, with the proliferation of international investment agreements (IIAs) and the increase in investor-state arbitration, the trend has shifted towards rights-based dispute resolution. (...) After two decades of experience with investor-state arbitration, the time has come for the international investment regime to complement dispute resolution procedures with conflict management mechanisms (CMMs). (...) After evolving from power-based to rule-based dispute settlement, it is time for the international investment regime to evolve once again, now in the direction of incorporating interest-based CMMs within its structure.*” CTSD, *Strengthening the Global Trade and Investment System for Sustainable Development, Investor-State Conflict Management: A Preliminary Sketch*, E15INITIATIVE (Nov. 2015), [http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Investment-World-Bank-Group-FINAL .pdf](http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Investment-World-Bank-Group-FINAL.pdf) ; ECHANDI, Roberto, HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *Investor State Conflict Management*, Economic Law Encyclopedia, University of Bern, World Trade Institute, Winter, 2016.

comme des opportunités pour les parties de co-construire des solutions et par là-mêmes des liens fonctionnels et relationnels. Et ainsi de placer la dimension relationnelle au cœur de la gestion des projets d'investissement. C'est grâce à la bascule vers cette logique que les projets d'investissement auront plus de chance d'aboutir et de produire les bénéfices espérés : « (...) *up until now, the focus has been on securing investment through treaties, arbitration, mediation, and dispute prevention. While securing investment through these mechanisms is necessary, it is not sufficient to prevent divestment and promote the investment retention and expansion the global economy need. (...) [T]o unlock the potential of investor-State business relationships, we need to move beyond a dispute-centered approach to a relationship-centered approach*»⁸¹¹.

2- La co-construction de la relation d'investissement

La complexité du contexte des projets d'investissements, du fait notamment des différences de cultures des parties prenantes, a été évoquée. Outre les aspects culturels, les relations d'investissement s'inscrivent généralement dans un temps long, ce qui multiplie les chances de voir des motifs de désaccord apparaître : « (...) *[s]uch relationships are exposed to considerable stress: the longer they last, the more they are exposed to normal stresses, such as occur within a domestic economy (regulatory, technological, market, consumer preference change, change in corporate control), but also to the extraordinary stresses of the international context (multiplication of the national stresses, exchange rates, cross-cultural, ideological, religious and political tensions; foreign policy, international regulatory pressures)*»⁸¹². Et en effet, certaines des facteurs classiques d'arrêt des projets d'investissement par l'investisseur ont soit des causes macroéconomiques soit viennent d'un changement de *business model* ou de stratégie. Cependant, les chiffres montrent que dans plus d'un quart des cas, le motif invoqué par l'investisseur est un différend causé par ce qu'il juge être un comportement irrégulier⁸¹³ de l'État d'accueil. Lorsqu'ils investissent à l'étranger, les investisseurs font face non seulement aux difficultés de faire des affaires dans un environnement réglementaire étranger et peu

⁸¹¹ HERNANDEZ CREPO GONSTEAD, Mariana, *A New Chapter in Natural Resource-Seeking Investment: Using Shared Decisions System Design (SDSD) to Strengthen Investor-State and Community*, Cardozo J. Conflict Resolution Journal, 18, 551, 2017 [Mis en gras par nos soins].

⁸¹² WÄLDE, Thomas W., *Efficient Management of Transnational Disputes: Mutual Gain by Mediation or Joint Loss in Litigation*, Arbitration International, Vol. 22, No. 2, LCIA, 2006, p.207.

⁸¹³ World Bank Group [WBG], *Retention and Expansion of Foreign Direct Investment (Vol. 2): Political Risk and Policy Responses*, at 24, 33 (Sandra Lynne Gain et al. eds., 2019), <https://documents1.worldbank.org/curated/en/387801576142339003/pdf/Political-Risk-and-Policy-Responses.pdf>

familier, mais aussi aux risques et aux incertitudes concernant les parties prenantes gouvernementales et non gouvernementales.

A ce titre, le désir des parties prenantes de voir le succès du projet n'est pas représentatif du succès de la relation. Par exemple, parmi les quatre principaux types d'IDE⁸¹⁴, la recherche de ressources naturelles pourrait être celle qui incite le plus les investisseurs étrangers et l'État hôte à travailler au renforcement de la relation d'investissement. Cela d'une part, parce que les investisseurs étrangers sont attirés par des ressources naturelles particulières d'un État hôte, d'autre part, du fait que l'État souhaite bénéficier de la capacité d'extraction et des ressources (humaines et/ou matérielles) que l'investisseur étranger peut fournir. Mais en dépit de l'attrait et des potentiels bénéfiques mutuels de ce type de projet, c'est dans les relations qui entourent ce type d'IDE que le plus de différends apparaissent.

Par ailleurs, ce changement de logique afin de placer la relation au centre et adopter une vision positive du conflit est d'autant plus importante que la négociation basée sur une logique adversariale a ses limites. En effet, dans ce type de négociation dans l'ombre du droit (« *in the shadow of the law* »), le rapport de force se construit notamment sur la solidité de la BATNA⁸¹⁵ et de la WATNA⁸¹⁶ de chacun, qui incluent généralement une solution juridictionnelle notamment par la voie d'un arbitrage d'investissement. Cela implique que chaque partie puisse évaluer les forces et les faiblesses de leurs positions en droit et de celles de leur opposant. Or, cette capacité est largement limitée dans le contexte de l'arbitrage d'investissement du fait des grandes disparités d'interprétation du droit des investissements conventionnel⁸¹⁷ constatées dans les réponses données par les tribunaux arbitraux.

⁸¹⁴ L'économiste anglaise John Dunning distingue quatre types d'IDE selon la motivation de l'investisseur étranger à investir. Les quatre catégories sont ainsi décrites sur le blog de la Banque mondiale :
« 1-Natural resource-seeking investment: Motivated by investor interest in accessing and exploiting natural resources.

2-Market-seeking investment: Motivated by investor interest in serving domestic or regional markets.

3-Strategic asset-seeking investment: Motivated by investor interest in acquiring strategic assets (brands, human capital, distribution networks, etc.) that will enable a firm to compete in a given market. Takes place through mergers and acquisitions.

4-Efficiency-seeking investment: FDI that comes into a country seeking to benefit from factors that enable it to compete in international markets.

This last category – efficiency-seeking FDI – is particularly important for countries looking to integrate into the global economy and move up the value chain. » Blog Private Sector Development Blog, Banque Mondiale, accessible à : <https://blogs.worldbank.org/psd/why-does-efficiency-seeking-fdi-matter>

⁸¹⁵ BATNA est un acronyme de Best Alternative To a Negotiated Agreement

⁸¹⁶ WATNA est un acronyme de Worst Alternative To a Negotiated Agreement

⁸¹⁷ « (...) [I]t is necessary for both parties to properly assess the relative strengths and weaknesses of their own and the opponent's cases.... But the ability of the parties in many investor-state cases to make such assessments is severely impaired by the fact that, on these key issues, tribunals follow disparate paths to decision and bring

Ces arguments sont connus de beaucoup de parties, tout comme les critiques nombreuses de l'arbitrage. Mais réussir à provoquer ce changement de logique et de pratiques des parties prenantes des conflits d'investissement n'est pas chose aisée. Pour Mariana Hernandez-Crespo Gonstead, pour réussir à faire adopter une logique de collaboration entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger, il convient d'inclure des incitations en ce sens. L'auteure explique que : « [w]hile the paradigm of protection is based on demands and penalties, [a system based on “sticks” of deterrence], the paradigm of cooperation is based on incentives and rewards»⁸¹⁸. Et en effet, tout changement est couteux en ressource et en énergie pour les individus et les organisations. Il ne peut donc se produire qu'à la condition que les parties en comprennent le bénéfice et y adhèrent. Pour cela il est donc nécessaire que l'idée d'une relation solide et constructive soit le résultat escompté par les parties.

Pour cela elles doivent comprendre la valeur d'une telle relation et du bénéfice à investir dans sa construction et son entretien : « [t]he main cost [of litigation] to business (...) is the destructive effect of any litigation to relationships that were established at great cost and risk (...). A reasonably successful business relationship is therefore of considerable value- much higher than the expenditures incurred to establish it. These relationship assets are almost inevitably destroyed by litigation. Litigation is antagonistic and antagonising; it creates by its process dynamics a very hostile view on each side of the other. Doing business during or after litigation is therefore rarely feasible»⁸¹⁹. Les parties doivent pouvoir concevoir ces motifs de différends comme autant de chances de co-construire des réponses, des mécanismes de gouvernance et de prise de décision efficaces susceptibles de créer une forte valeur pour les parties prenantes. Et d'envisager ces motifs comme des opportunités d'innovation et d'amélioration des termes du partenariat.

Ce changement de logique est donc double, tout d'abord il doit conduire à mettre la relation au cœur des projets d'investissement, et par-là même la dimension humaine. Ensuite, il doit permettre de changer notre vision classique du conflit comme quelque chose de négatif

about very different outcomes.... Consequently, a party's probabilities of success often cannot be reliably estimated and neither party can get a true picture of what it may be giving up or gaining through a "negotiated" conclusion to the dispute" in CLODFELTER, Mark, *Why Aren't More Investor-state Treaty Disputes Settled Amicably?*, op. cit., p. 41.

⁸¹⁸ HERNANDEZ CREPO GONSTEAD, Mariana, *A New Chapter in Natural Resource-Seeking Investment...*, op. cit., p.5.

⁸¹⁹ WÄLDE, Thomas W., *Efficient Management of Transnational Disputes...*, op.cit., p.207.

et de destructeur, qui n'est que le reflet de nos (in)capacité à le gérer de manière constructive. En effet, en dépit de sa connotation traditionnellement négative, le conflit d'investissement peut être positif. Un conflit bien géré – et les désaccords avant lui- crée des opportunités pour des innovations en matière commerciale, sociale et politique. Ils peuvent ainsi être des signaux d'alerte et attirer l'attention des parties prenantes sur des sujets importants nécessitant correction. En ce sens également ils offrent de nouvelles informations parfois déterminantes pour changer de vues et d'orientation sur des points clés du projet, parfois par des solutions qui n'auraient jamais été considérées avant cela, améliorant de fait son déroulement et son efficacité. Pour les auteurs, il est toujours possible de revenir à une résolution de problème basée sur le droit voire même sur les rapports de force : « (...) [t]his paradigm shift does not imply that investor positions will be unprotected, but rather, that instead of taking protection as the starting point for conflict resolution, it will be left as the last resort »⁸²⁰.

En outre, ces motifs doivent être vus comme l'occasion d'un dialogue plus authentique entre les parties, et du développement de liens plus forts entre elles, et par là-même un niveau d'engagement plus important dans le projet : « [conflicts are the opportunity of d]ettering complacency, promoting greater understanding of views and ideas, improving cohesiveness, enhancing innovation, increasing motivation, and boosting productivity⁸²¹ ». De plus, grâce à cette logique, les parties ont l'opportunité d'établir des liens de confiance entre elles et dans leur capacité commune à trouver des solutions efficaces aux inévitables difficultés et désaccords qui adviennent au sein de projets d'une telle complexité.

Finalement, la construction de cette capacité commune favorise la possibilité pour les parties de conserver une relation productive dans le temps et de voir le projet réussir. Voire qu'il soit étendu et/ou qu'il mène à d'autres investissements de l'investisseur dans le pays d'accueil – ou d'autres investisseurs étrangers suivant cet exemple positif. En effet, cet investisseur aura moins de risques à continuer cet investissement que d'aller dans un nouvel État et un nouveau marché qu'il ne connaît pas -ou moins. Il supportera moins de coûts à continuer d'investir dans un pays connu et où la relation est déjà bien établie et solide. Les différends offrent ainsi autant de chance de construire la relation entre les parties prenantes d'un projet d'investissement, ce qui devrait être le point d'attention des experts du sujet et des

⁸²⁰ HERNANDEZ CREPO GONSTEAD, Mariana, *A New Chapter in Natural Resource-Seeking Investment...*, op. cit., p.5.

⁸²¹ FRANCK, Susan D., *Integrating Investment Treaty Conflict and Dispute Systems Design*, op. cit., p.14.

acteurs du Système : « (...) *the last two decades, the debate about international investment law has gravitated around the advantages and disadvantages of ISDS procedures (...) such debate has distracted investment stakeholders from what should be the main focus of international investment law: fostering long-term certainty and predictability in investor-State relations to mitigate political risk, thereby facilitating FDI projects to be established, operated, and expanded in host countries* »⁸²².

Comme levier d'incitation, les parties doivent également mesurer le risque de ne pas investir dans cette relation : « [h]ow to address normal and natural challenges that occur when dealing with human beings deserves serious and concerted attention. **Failure to give conflict management its requisite consideration risks diluting its strategic value and, instead, facilitates decision making based upon intuition, power politics, or historically imbalanced behavior**»⁸²³ » Le premier investissement des parties à un projet d'investissement se situe dans la relation nécessaire à l'établissement d'un tel projet⁸²⁴, et les parties devraient donc veiller prioritairement à la protection de cet investissement, étant donné que de cette relation dépendra en partie la viabilité du projet et ses bénéfices. C'est la proposition du *Dispute System Design* pour mener à davantage d'IDE et de permettre d'en tirer les bénéfices attendus, notamment en terme de développement : « (...) *strengthening the business relationship can lead to synergies outside the conflict zone, which in turn may create the necessary incentive to reach the higher levels of investment retention and expansion for which the world aims*»⁸²⁵.

Cela cependant n'est possible qu'à la condition que les parties se situent réellement dans une logique de collaboration et cherchent des solutions basées sur une conciliation de leurs intérêts. Pour cela elles doivent apprendre à négocier d'une manière moins compétitive et adversariale, et œuvrer comme des « *joint problem solvers* », c'est-à-dire dans un mode

⁸²² ECHANDI, Roberto, *Straightening the Purpose of International Investment Law from Litigation to Consolidating Relationships: The Role of Investor-State Conflict Management Mechanisms*, 17 U. St. Thomas L.J. 219, 202.

⁸²³ FRANK, Susan D., *The Past, Present, And Future Of Investment Treaty Conflict Management And Dispute Systems Design*, 17 University of Saint Thomas Law Journal 345 (2021), p.3, disponible à l'URL : https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/1996 [mis en gras par nos soins]

⁸²⁴ « *Establishing a commercial relationship – formalized in contractual or corporate law format- is a very costly activity that is as yet not properly understood and accounted: It is, first, the large direct cost and management time that is spent searching for, identifying, assessing, talking to, negotiating, contracting and managing such relationships. Building relationships across borders of culture, language, space, law and business styles is much more difficult than within a homogeneous business space. In addition, the risk of investing in the steps leading up to a formalized commercial relationship without commensurate result is very large.* », WÄLDE, Thomas W., *Efficient Management of Transnational Disputes...*, op. cit., p.207.

⁸²⁵ HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *A New Chapter in...*, op.cit, p.3.

collaboratif dans un objectif commun, et ainsi créer de la valeur qu'ils pourront ensuite se partager. Or, puisqu'un projet d'investissement est lui-même un système adaptatif complexe, certains des problèmes qui en émergeront seront des *wicked problems*. On retrouve ici les considérations ayant mené à qualifier les conflits d'investissement – et leur résolution- de *wicked problems*. En conséquence, des conflits naîtront nécessairement pour la qualification de ces problèmes, l'identification de leurs sources, et les solutions à leur apporter puisque la nature de ce type de problème révèle les différences de points de vue, de besoins, d'intérêts et de valeurs des parties prenantes.

Cette qualification justifie alors le recours à un mode de résolution de problème non linéaire, participatif, interdisciplinaire, itératif et holistique. Et cette logique devrait donc être appliquée tout au long du *continuum* de la relation d'investissement. D'abord face aux nécessaires problèmes qui apparaissent et aux désaccords qui peuvent naître, pour d'une part empêcher ou limiter leur formation et d'autre part en les utilisant comme levier de coopération et de synergie. Le *Legal Design* peut contribuer à la mise en pratique de ces idées grâce à son processus centré sur l'humain. Puis finalement, si un conflit se dégrade et se cristallise en litige, ici encore, une réflexion peut être menée pour continuer de favoriser une résolution de problèmes intégrant la dimension conflictuelle et non seulement litigieuse du conflit, cela afin de favoriser le recours à un mode de résolution créatif et basé sur les intérêts tel que la médiation d'investissement.

B) Le recours au *Legal Design* par les acteurs du *Système* : les mécanismes intégrés au sein des parties prenantes

En raison de l'augmentation du recours à l'arbitrage investisseur-État et des coûts qui y sont associés, au cours de la dernière décennie un nombre croissant de gouvernements ont commencé à explorer différentes voies afin d'être mieux préparés pour gérer ces différends. Il existe peu de documentation⁸²⁶ sur ces pratiques administratives mais celles disponibles montrent que les États d'accueil sont sensibles à la question de la croissance des litiges entre investisseurs et États, et que cette tendance a effectivement un impact sur leurs pratiques administratives. Ces pratiques ont été théorisés essentiellement par Roberto Echandi, qu'il nomme les *Conflict Management Mechanisms* (CMMs) et en propose une classification entre

⁸²⁶ Voir PAWLACK, David, RIVAS, José Antonio, cités par ECHANDI, Roberto in *Towards a New Approach...*, op.cit., p.31.

Dispute Prevention Policies (DPPs) et *Dispute Prevention Mechanisms* (DPMs). L'auteur définit ces DPPs et DPMs comme toutes les voies prises par un ou plusieurs gouvernements expressément pour prévenir la dégradation des conflits d'investissement en litiges. Et il les classe d'une part comme des *Conflict Management Mechanisms* contractuels ou institutionnels, et d'autre part comme des *Conflict Management Mechanisms* substantiels ou procéduraux en fonction de l'approche adoptée.

1- Les mécanismes intégrés au sein des États : les Dispute Prevention Policies (DPPs) et Dispute Prevention Mechanisms (DPMs)

Les États peuvent concevoir et mettre en œuvre des mécanismes de prévention, de *management* et de résolution des conflits d'investissement selon deux approches. La première est de manière unilatérale au sein de leur territoire, la seconde est de manière multilatérale.

a) Les mécanismes conçus au niveau multilatéral

D'un point de vue substantiel, la prévention des conflits d'investissement dans ce contexte concernent essentiellement la clarté et la précision des accords d'investissement, et plus généralement leur compréhension par les parties au projet d'investissement. Le but est d'éviter entre elles tout malentendu pouvant conduire à une action illégale, ou tout conflit d'interprétation de leurs obligations et droits⁸²⁷. En effet, de nombreux conflits d'investissement sont dus à ce manque de clarté et de précision des accords d'investissement⁸²⁸. De nombreuses clauses de ces accords sont jugées trop vagues ou générales, et beaucoup de procédures arbitrales concernent leur interprétation⁸²⁹. Cette ambiguïté est renforcée par le manque d'uniformité et de cohérence des jurisprudences arbitrales. Suivant ce constat, une politique de prévention des conflits d'investissement pourrait viser à accroître la clarté des clauses des accords négociés entre États ainsi que leur interprétation.

⁸²⁷ Un autre but mais qui s'éloigne du paradigme consensuel est de permettre aux parties d'évaluer la force de leurs positions en droit dans leurs BATNA et WATNA, et que cela facilite les négociations « *in the shadow of the law* » si nécessaire.

⁸²⁸ ECHANDI, Roberto *in Towards a New Approach...*, op.cit., p.26.

⁸²⁹ « *With more than 390 treaty-based cases brought to investor-State arbitration by the end of 2010 (UNCTAD, 2011), international arbitration tribunals have dealt with numerous issues that range from the clarification of what constitutes a covered investment for purposes of the application of an IIAs, to clarifying the content of various standards of protection and treatment included in those agreements, such as, inter alia, fair and equitable treatment, national treatment and MFN treatment, and the protection against unlawful expropriation* ». ECHANDI, Roberto *in Towards a New Approach...*, op.cit., p.26.

Ici encore, le recours au *Legal Design* offrirait des outils et méthodes utiles pour faciliter la compréhension des notions par les acteurs au cours des négociations, et la clarté de leur présentation dans les instruments conventionnels ou dans les notes interprétatives des dispositions de l'accord émises par les commissions administratives mixtes des États parties à la convention⁸³⁰. Au même titre, il convient de veiller à davantage de clarté des dispositions concernant le *management* et la résolution des conflits situées dans ces accords. Par exemple au travers d'un visuel reprenant les modes prévus afin de faciliter la compréhension pour les parties des diverses possibilités et étapes à leur disposition. En particulier durant la *cooling-off period*, largement sous-utilisée aujourd'hui⁸³¹.

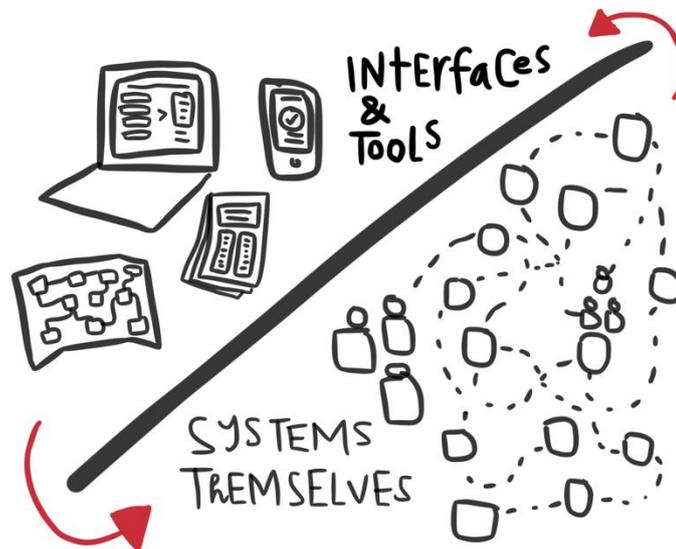
Du point de vue des mécanismes processuels, ces-derniers visent principalement à mener une démarche de *Dispute System Design* et ainsi à combiner les divers *Alternative Dispute Resolution* disponibles. Cela afin de trouver des solutions négociées aux désaccords et conflits qui se présentent, puis en cas de litige à inciter les parties à recourir à des modes de résolution basés sur les intérêts tels que la médiation d'investissement. Ici encore, une démarche de *Legal Design* offrirait une perspective intéressante afin d'inclure dans la réflexion les usages et besoins des parties, les éléments de culture et de contexte déjà évoqués afin d'offrir les bons mécanismes et les incitations pour y recourir aux futurs utilisateurs du système.

b) Les mécanismes conçus au niveau local

⁸³⁰ Par exemple, certains accords d'investissements, ainsi que les chapitres sur l'investissement de l'ALENA, l'ALECA et la plupart des chapitres sur l'investissement inclus dans les ALE négociés par les États-Unis, créent, des commissions administratives mixtes composées des autorités gouvernementales des Parties contractantes ayant la capacité d'adopter des notes interprétatives convenues d'un commun accord précisant certaines dispositions desdits accords.

⁸³¹ Un intervalle entre la présentation de la note d'intention d'aller à l'arbitrage et le début de la procédure d'arbitrage. Au cours de cette période, les parties doivent d'abord rechercher un règlement à l'amiable au moyen de négociations et de consultations menées sérieusement et de bonne foi. Par conséquent, la *cooling-off period* est également un moment décisif pour choisir la façon de résoudre un différend. Cependant, dans la pratique, il semble qu'une meilleure utilisation de cette période pourrait être réalisée. Par exemple, le peu de conciliations ayant eu lieu devant le CIRDI en témoigne. Pourtant, la conciliation, parce qu'elle est prévue dans les textes du CIRDI, est une bonne indication de l'utilisation des modes alternatifs de résolution des différends d'investissement autres que l'arbitrage. Il semblerait plus facile pour les parties de recourir à la conciliation pendant la *cooling-off period*, étant donné qu'elle fait partie du système du CIRDI qui est celui auquel il est le plus souvent fait référence dans les instruments d'investissement. De plus, une analyse des statistiques du CIRDI montre que l'arbitrage du CIRDI porte sur des différends qui n'auraient pas dû être portés au niveau international au départ, parce qu'ils auraient raisonnablement pu être réglés par les parties à un stade plus précoce. Autrement dit, les parties utilisent très peu d'autres MARD que l'arbitrage et recourent à l'arbitrage même si leur différend aurait pu être réglé efficacement par d'autres moyens. Voir ECHANDI, Roberto, KHER, Priyanka, *Can International Investor-State Disputes be Prevented?*, op. cit.

Du point de vue de l'utilisateur, le système juridique peut être saisi à partir de son « *front-end* »⁸³² qui réunit les interfaces et outils du système, tel qu'un formulaire administratif, un guichet, ou encore un site internet, et son « *back-end* ».



833

Le « *back-end* » du système concerne le système lui-même, son architecture, ses processus, ses institutions et les règles qui le régissent. L'amélioration du système juridique actuel est l'objectif de du *Systemic Legal Design*. Il s'agit du type de *Design* le plus complexe, car il tente de coordonner à grande échelle le contenu, les produits, les services, les organisations et les interactions en un vaste système continu de personnes, et donc un système adaptatif complexe. Un tel processus de réflexion systémique nécessite la cartographie des divers dispositifs existants et de la place de l'État d'accueil dans le *Système de résolution des différends* d'investissement global au travers de questions telles que : « À quel accord d'investissement l'État est-il partie ? Quel mécanisme de résolution offre-t-il comme moyen opt-in aux investisseurs ? » etc. Ces sources du terrain devraient également être complétées par de sources « expertes » au travers d'une analyse empirique des flux d'investissement dans le pays, des types d'IDE les plus courants et un historique des conflits d'investissement de l'État d'accueil.

Globalement, le recours au *Legal Design* pourrait permettre de s'inspirer et d'adapter au contexte local les bonnes pratiques et recommandations formulées par d'autres États d'accueil et par les praticiens du *Dispute System Design* tel que Roberto Echandi dans son

⁸³² Les termes de « *back-end* » et « *front-end* » représente des concepts difficilement traduisibles et sont donc généralement conservés dans le domaine du *Design*.

⁸³³ HAGAN, Margaret, *Legal by Design*, Ebook, op cit.

Systemic Investment Response Mechanism : « [t]he design of a specific conflict management system is an exercise that has to be undertaken, on a case by case basis, by the relevant investment stakeholders in a particular country. Thus, to propose a “one size fits all” institutional DPM would be clearly inappropriate. Rather, the identification of the essential structural elements of institutional DPMs purports to provide a framework that will permit stakeholders to create their own adaptive conflict management solutions, and apply these principles and approaches to their own specific political, legal economic contexts »⁸³⁴.

Un schéma du *Systemic Investment Response Mechanism* proposé par Roberto Echandi

835

A ce titre, Susan D. Frank dans son intervention sur le futur du *management* des conflits issus des Traités d’investissement, posait une série de questions devant guider les réflexions futures des praticiens du *Dispute System Design* appliqué à l’investissement. La dernière de ces questions était celle de savoir : « *How can conflict management systems continue not just to dynamically create checklists of general application -an effort which the conference organizers have started -but to explore checklists that permit cultural adaptation for unique factors, including project type, regional challenges, commercial stakeholders, local implications, or personalities and politics involved?* »⁸³⁶. Nous sommes d’avis que le *Legal Design* peut offrir une méthode, des outils et surtout un état d’esprit permettant cela.

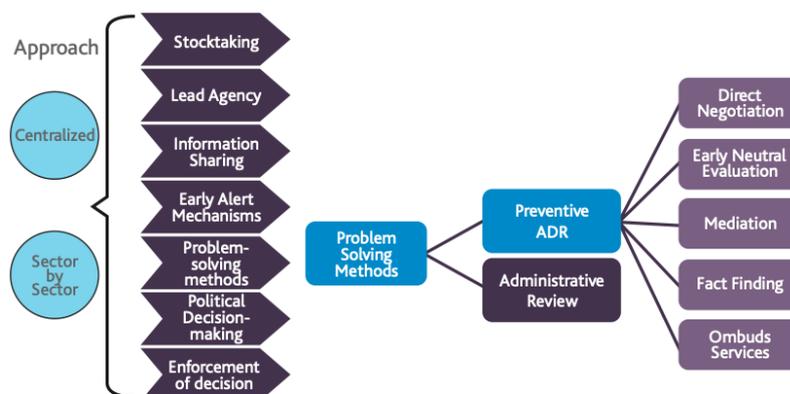


FIGURE 2:
Institutional Investor-State Conflict Management Mechanisms

⁸³⁴ ECHANDI, Roberto, HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *CTSD, Strengthening the Global Trade and Investment System for Sustainable Development*, ..., op. cit., p.6.

⁸³⁵ ECHANDI, Roberto, HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *ibid.*, p.6.

⁸³⁶ FRANK, Susan D., *The Past, Present, And Future Of ...*, op.cit., p.10.

Il conviendrait particulièrement d'interroger les utilisateurs de ce système afin de créer des parcours utilisateurs et voir les difficultés rencontrées, les problématiques les plus pressantes et leurs besoins. Tout cela dans l'objectif de mener une réflexion sur la stratégie de prévention, de *management* et de résolution de ses conflits d'investissement que l'État souhaite mettre en place. Une stratégie qui prendra notamment la forme de procédures d'information et de coordination intra-gouvernementales, et de prise de décisions concernant les griefs soulevés par les investisseurs. On peut également penser au *design* du « mécanisme de réclamation » à destination des investisseurs ou « *grievance mechanism* » en anglais, tel que celui mis en place en Corée du Sud, qui peut servir de modèle et être adapté à d'autres États d'accueil – voire amélioré- grâce à l'utilisation des outils du *Design* de services.

Par la suite un tel projet de *Design* systémique devrait permettre tant la prévention et le *management* de potentiels différends avec des investisseurs étrangers, que leur résolution au travers de la conception de mécanismes institutionnels comprenant la combinaison des *Alternative Dispute Resolution* à la disposition de l'État tel qu'un *ombudsman*⁸³⁷, ou de la médiation administrative et d'investissement. Ces mécanismes pourraient être choisis en fonction notamment du niveau de complexité des problématiques au cœur du désaccord invoqué par l'investisseur. Pour des problèmes simples ou compliqués une logique linéaire pourra être privilégiée car ces sujets ne méritent pas un investissement important. La dimension relationnelle en revanche devra être préservée. Ici encore, le *Legal Design* peut participer à la formulation de réponses standardisées mais tenant compte des aspects de contexte et de culture.

En revanche, dans le cas de problématiques complexes et particulièrement de *wicked problems*, leur résolution d'une manière participative et basée sur les intérêts devrait être privilégiée -de manière directe entre les parties ou grâce à l'aide d'un facilitateur. On peut alors espérer que le recours au *Legal Design* en amont de la résolution du désaccord ait permis le développement d'un état d'esprit et de compétences permettant la résolution participative, collaborative et innovante du désaccord. Dans ce sens, une autre mesure au niveau local pour l'État d'accueil pourrait être de former et d'informer ses personnels sur les engagements pris

⁸³⁷ Cette pratique existe en Russie, au Luxembourg et en Corée. Voir par exemple : SHIN, Hi- Taek, *An Ombudsman as One Avenue Facilitating ADR and Socio-Cultural Factors Affecting ADR, in Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, U.N. DOC. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, pp.97–101, 2010.

par l'État dans les divers accords d'investissement auxquels il est partie⁸³⁸. Ici encore, la représentation visuelle de ces informations serait très utile pour les membres de l'administration.

Outre le recours au *Legal Design* pour former et informer les personnels de l'administration de l'État d'accueil, sa pratique par les juristes situés dans l'administration de l'État d'accueil leur permettrait d'offrir des produits et services juridiques de meilleure qualité. Ce pourrait être le cas par exemple des juristes au sein de l'agence nationale en charge des procédures de marchés publics ou de celle chargée de la promotion de l'investissement étranger. On peut encore penser aux professionnels du droit au sein du système judiciaire national de l'État d'accueil ou aux services juridiques d'une entreprise publique partie à l'investissement. En effet, après avoir évoqué les possibles mesures concernant le « *back-end* » du système, il convient de voir quelles sont celles concernant son « *front-end* ».

On entend par « *front-end* » du système les outils et interfaces avec lesquels les personnes peuvent naviguer dans le système juridique, que ces outils soient physiques ou numériques. En conséquence améliorer le « *front-end* » d'un système juridique signifie *re-designer* ses produits et services juridiques, et notamment les points de contact entre l'État d'accueil et l'investisseur étranger. Cela est particulièrement important considérant la quantité et la variété des procédures que doit faire un investisseur dans le cadre de son investissement, qui plus est dans un contexte réglementaire étranger pour lui : “ *[i]n world where in most countries economic activity tends to be highly regulated, and thus leading to a high level of interaction between foreign investors and the authorities of host States, the possibilities for conflict are present every day. To perform almost any economic activity, foreign investors require permits, licenses or authorizations from public authorities of the host State. Administering concessions for public services, granting all sorts of permits, applying tax,*

⁸³⁸ Voir dans ce sens : « (...) *the possibility of conflict in the context of investor-State relations is often exacerbated as a significant number of the agencies that enact measures affecting the economic activity of foreign investors are not familiar with the obligations included in IIAs. Given the wide scope of application of IIAs, and the fact that foreign investment can take place in almost any sector of economic activity, the agencies involved in the negotiation of IIAs tend not coincide with the wide number of agencies which can enact measures affecting the effective implementation of those agreements. These variables help to explain why limited information, communication and coordination—and perhaps even open disagreements—between public agencies are often at the root of numerous conflicts between foreign investors and host States.* » in ECHANDI, Roberto in *Towards a New Approach...*, op.cit., p.22.

health or any other type of regulations, are just some examples of tasks performed by public agencies that regularly deal with foreign investors on a daily basis »⁸³⁹

En outre, on assiste à une digitalisation croissante des systèmes, y compris étatiques, et de plus en plus d'interfaces numériques sont développées aux côtés de celles physiques, ou les remplacent complètement. Par exemple, dans le contexte de notre sujet d'étude, le *Legal Design* pourrait aider à améliorer la présentation des informations à destination des investisseurs, afin d'en faciliter la compréhension et éviter les erreurs. Ou encore à (re)concevoir le site internet du guichet unique à destination des investisseurs étrangers sur lequel ils peuvent effectuer les procédures administratives nécessaires. On pourrait imaginer une plateforme gouvernementale destinée aux investisseurs étrangers avec une alerte en ligne en cas de difficultés, un *chatbot* pour répondre aux questions les plus fréquentes, un recours au langage clair et à des représentations visuelles de l'information, par exemple *via* des infographies sur les procédures obligatoires. Cependant, sans aller jusqu'à la digitalisation des produits et services juridiques, encore inadaptée à de nombreux pays en développement en dépit des bons technologiques que ces pays connaissent, revoir l'expérience des utilisateurs du système au travers du *Design* de services pourrait conduire à l'amélioration du circuit, des infrastructures ou par exemple encore des formulaires fournis aux investisseurs. Un autre exemple de projet serait par exemple pour une équipe juridique au sein d'une agence responsable des marchés publics d'utiliser le *Legal Design* afin d'améliorer le sentiment d'équité des participants d'un processus d'appel d'offres.

A ce titre, on peut imaginer que des projets transversaux de *Legal Design* auraient de nombreux bénéfices afin par exemple de représenter les accords signés par le gouvernement et ses obligations vis-à-vis de l'investisseur, ainsi que le parcours administratif d'un investisseur type au sein de son État d'accueil. Ces projets permettraient outre l'amélioration des services rendus aux investisseurs, de créer des liens fonctionnels et informationnels entre services susceptibles de limiter le risque qu'une décision ne soit adoptée par ces organes étatiques en rupture des engagements pris par l'État⁸⁴⁰. Ce point semble d'une grande importance étant

⁸³⁹ ECHANDI, Roberto *in Towards a New Approach...*, op.cit., p.22

⁸⁴⁰ En ce sens : « *States are conformed by a conglomerate of governmental agencies. These agencies—which can be part of the national, regional or sub-regional administration—may be bureaucratic, have different policy priorities, and even different attitudes with respect to foreign investment, yet all of them are equally bound by the norms and disciplines of IIAs. Thus, the possibility for a conflict arising between a foreign investor and the host State is considerably high, as different agencies can undertake different measures—even contradictory ones—with respect to a given foreign investment. In numerous countries, red tape and contradictory*

donné qu'un nombre significatif de différends d'investissement semblent trouver leur source dans une mesure adoptée par des émanations du gouvernement telles que les agences gouvernementales en charge de secteurs spécifiques de l'économie⁸⁴¹.

Outre les investisseurs, les citoyens du pays d'accueil sont également les destinataires de ces mécanismes intégrés dans les administrations des États d'accueil. Il convient donc de prendre également en compte cette cible dans la conception des mécanismes du « *front-end* » du système, particulièrement des mécanismes de recueil des plaintes et de prise de décisions associées. Par ailleurs, les communautés peuvent exercer une grande influence sur les comportements du gouvernement. Ce point mérite donc d'être pris en compte dans la conception des divers mécanismes systémiques de management des conflits, c'est-à-dire en « *back-end* ».

En effet, dès le moment où l'on se situe en amont du *continuum* du conflit d'investissement, les parties à ce conflit ne se limitent certainement pas toujours au gouvernement de l'État d'accueil et à l'investisseur étranger : « [i]t is essential to place the resolution of investment disputes in its wider context ». Dans ce sens, des auteurs recommandent la mise en place de mécanismes de prise de décisions participatives (*Shared Decision System Design- DSDS*) quand celles-ci ont un impact sur l'ensemble des parties prenantes du *Système* : État d'accueil, investisseur et communautés locales. Un point jugé particulièrement important par un auteur pour lequel le vrai déséquilibre de pouvoir au cœur du *Système actuel de résolution des différends d'investissement* notamment basés sur les TBI ne se situe pas entre investisseurs étrangers et gouvernement, mais entre ces-derniers et communautés locales : « (...) *contrary to common perception, investors have a genuine need for treaty protections, and these do not unduly hinder host state regulatory prerogatives. Investment-related human rights abuses occur not because investment treaties deter host states from regulating, but because host states are sometimes disinclined to regulate—and may even commit abuses in their own right—as a result of financial considerations and other factors unrelated to treaty protections. Indeed, host states sometimes enter into an effective alliance with investors, resulting in a power asymmetry to the detriment of local stakeholders far greater than any that may exist*

requirements to get authorizations or licenses are a common source of irritation—and thus, conflict—to any person interacting with the public administration.” in ECHANDI, Roberto in *Towards a New Approach...*, op.cit., p.22

⁸⁴¹ FRANK, Susan D., *The Past, Present, And Future Of ...*, op.cit., p.10.

between investors and states »⁸⁴². Les débats sur les questions de rapport de force entre parties prenantes montrent le besoin réel d’instaurer des mécanismes participatifs tout au long du *continuum* de l’investissement.

C’est ainsi que des auteurs recommandent par exemple d’associer les parties prenantes à la négociation des régulations susceptibles de les affecter. Appelé « *Negotiated Rule-Making* » aux États-Unis, où la méthode et ses bénéfices sont largement documentés :

« *Encouraging host country governments to participate in negotiated rulemaking in domestic administrative law can mitigate potential international law conflicts at the outset rather than waiting until the harmful effects of the regulation are apparent (...) Undoubtedly, there would be up-front costs related to the process of creating consensus, selecting the right types of areas for negotiated rulemaking and addressing concerns about degree of public participation. Nevertheless, proactively using negotiated rulemaking to prevent disputes could have significant benefits. For instance, it could lead to: the prevention of subsequent disputes, the modeling good government, an improvement in the quality of government regulation, the promotion of democratic values and the enhancement of governmental legitimacy* »⁸⁴³.

À nouveau ici le processus de *Legal Design* peut aider à créer de la valeur pour l’ensemble des parties. Il peut aussi permettre de concentrer la discussion sur la façon dont l’application de la mesure pourrait atteindre ses objectifs de politique publique tout en évitant les atteintes aux droits des investisseurs et les conséquences dommageables. Également, à l’issue des négociations, le recours au *Legal Design* permettrait de rendre accessible et compréhensible les nouvelles réglementations adoptées.

Finalement, un autre apport du *Legal Design* dans la conception de ces mécanismes réside dans sa capacité à favoriser une adoption immédiate des solutions conçues grâce à son processus. C’est le résultat de sa méthode centrée sur les utilisateurs du système et de l’inclusivité du processus de conception. Le principe est le même que celui invoqué au bénéfice de la médiation : la co-création des solutions par les parties prenantes conduit à leur application

⁸⁴² FOSTER, George K., *Investors, States, and Stakeholders: Power Asymmetries in International Investment and the Stabilizing Potential of Investment Treaties*, 17 Lewis & Clark Law Review 361, 2013.

⁸⁴³ CONGLIANESE, Cary, *Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking*, L.J. 1255, 1997 ; SUSSKIND, Lawrence, MCMAHON, Gerard, *Theory and Practice of Negotiated Rulemaking*, 1985; FREEMAN, Jody, LANGBEIN, Laura I., “Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit,” 9 N.Y.U., E, L.J. 60, 2000.

spontanée par celles-ci dans la vaste majorité des cas. Suivant le principe de la maïeutique, il n'est nul besoin de convaincre l'auteur de l'idée que celle-ci est bonne...d'autant plus si cette idée résulte d'un processus de réflexion plaçant au cœur la satisfaction de leurs réels besoins et intérêts. Il serait notamment tenu compte dans le processus de conception par le *Legal Design* des carences généralement constatées au sujet des mécanismes du *Dispute System Design*, notamment de la sous-utilisation par les parties des modes amiables à leur disposition⁸⁴⁴. De même, les contraintes des gouvernements seraient également prises en compte, particulièrement en termes de ressources, ou de contexte politique.

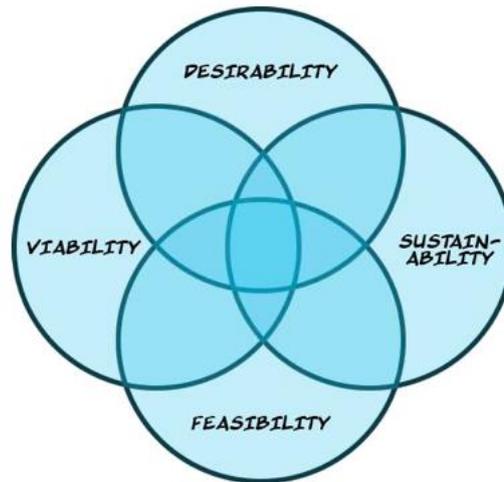
En effet, les solutions issues du *Legal Design* se situent au croisement de la désirabilité (la solution répond-elle aux besoins réels de ses futurs utilisateurs ?), de la faisabilité (d'un point de vue technique et/ou technologique cette solution est-elle faisable ?), et de sa viabilité (du point de vue des ressources disponibles aujourd'hui et dans le futur, cette solution est-elle viable ?). À ces trois critères s'en rajoute un nouveau de manière croissante, qui est celui de la durabilité : d'un point de vue des ressources disponibles -humaines, naturelles, financières etc.- cette solution est-elle soutenable dans le temps ? Ce critère nécessite la prise en compte de l'impact social et environnemental de la solution, également son respect des droits de l'Homme et du droit de l'environnement. Ce critère est aussi celui plus généralement de l'éthique de la solution et de son adéquation aux valeurs de la ou les cultures que la solution doit servir. C'est donc aussi celle de l'accord de la solution créée avec le paradigme que les acteurs souhaitent voir au fondement de leur système.

⁸⁴⁴ « Among other limitations, investor-state arbitration has turned out to be a longer, more costly, and unpredictable process that can, in certain circumstances, leave investors and host states dissatisfied with both the process and outcome (Coe 2009a: 73). Within this context, numerous stakeholders have advocated a more frequent use of non-litigious means of dispute resolution between investors and host states, such as negotiation, fact-finding, conciliation, and mediation between host states and foreign investors (for instance, Welsh and Schneider 2012; Joubin-Bret 2013). However, despite the widely held view that having parties mutually agree to a solution to a dispute is more advantageous than relying on adjudication (Coe 2009b: 339; Salacuse 2007), in practice, recourse to mediation or conciliation to resolve international investment disputes has been quite limited.¹ Many experts have attempted to identify the factors behind that trend (Onwuamaegbu 2005; Clodfelter 2011; Wälde 2004; Weiler and Baetens 2011). In any case, practice clearly shows that negotiation as a means to resolve investor-state disputes is already happening. Paradoxically, negotiations are not taking place in an amicable setting, but rather framed within the litigious context of international investor-state arbitration once many of the political and economic costs of litigation for the parties have already been inflicted) » in : . ECHANDI, Roberto, HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, CTSD, *Strengthening the Global Trade and Investment System for Sustainable Development, Investor-State Conflict Management: A Preliminary Sketch*, op. cit.

Ce point est particulièrement important dans le contexte de projets d'investissement en matière de ressources naturelles, notamment extractifs⁸⁴⁵, mais aussi pour les projets de construction d'infrastructure, qui sont des types d'IDE réputés pour être particulièrement dommageables pour les communautés locales. Ce qui est contraire à l'un des objectifs au cœur du système de l'investissement international qui est celui du développement au bénéfice de ces communautés : « [t]he popular demand to increase national wealth and, through some form of distribution, to expand economic and other life opportunities for all citizens, is a universal feature of modern political life. That this demand can be met solely by autochthonous national development is no longer seriously argued »⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ Voir par exemple en ce sens : « *The Extractive Industries (EIs) present particular challenges for both fragile states and developing nations; the exploitation of non-renewable natural resources, including oil, gas, minerals and timber has often been cited as a key factor in triggering, escalating or sustaining violent conflicts around the globe. Violent conflict is most likely to occur where: local communities have been systematically excluded from decision-making processes; when the economic benefits are concentrated in the hands of a few; and, when the burdens associated with EIs clash with local social, cultural, religious and environmental norms, or align with pre-existing tensions.(...) Over the past 60 years, 40% of civil wars can be associated with natural resources; since 1990 there have been at least 18 violent conflicts fuelled by the exploitation of natural resources.* » in *Extractive Industries and Conflict, Toolkit And Guidance For Preventing And Managing Land And Natural Resources Conflict*, United Nations Interagency Framework Team for Preventive Action, 2012.; voir également STEVENS, Paul, *Resource Impact - Curse or Blessing?*, 13 Centre For Energy, Petroleum & Mineral L. & Pol'y Internet J. 1, 14, 25 Mars 2003, dans lequel l'auteur débat la distinction entre un "blessing", une bénédiction, et un "curse", une malédiction et comment les pays accueillant des investissements extractifs peuvent éviter la malédiction ; voir dans le même sens en amont : AUTY, Richard M., *Sustaining Development In Mineral Economies: The Resource Curse Thesis* 1-7 (1993) ; in A New Chapter In Natural Resource- Seeking Investment: Using Shared Decisions System Design ("SDSD") To Strengthen Investor-State And Community Relationships, *Cardozo Journal of Conflict Resolution* [Vol. 18:551], ou encore SALA-I-MARTIN, Xavier, SUBRAMANIAN, Arvind, *Addressing The Natural Resource Curse: An Illustration From Nigeria* 2 (Nat'l Bureau of Econ.Research, Working Paper No. 9804, 2003, KATZ, Menachem et Al., *Lifting The Oil Curse: Improving Petroleum Revenue Management In Sub-Saharan Africa*, 2004, ainsi que DURUIGBO, Emeka, *The World Bank, Multinational Oil Corporations, And The Resource Curse In Africa*, Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2014.

⁸⁴⁶ REISMAN, Michael, "International Investment Arbitration and ADR: Married but Best Living Apart" in UNCTAD, 2011, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, Proceedings of the Washington and Lee University and UNCTAD Joint Symposium on International Investment and Alternative Dispute Resolution, held on 29 Mars 2010, Lexington, Virginia, USA (New York and Geneva: United Nations), United Nations, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8. p.25, cité par ECHANDI, Roberto in *Towards a New Approach to Address Investor-State Conflict: Developing a Conceptual Framework for Dispute Prevention*, op.cit., p.36.



847

Alors, puisque le *Legal Design* permet de garantir au cours de son processus que les solutions retenues et implémentées seront au croisement de ces critères, il paraît être une méthode utile pour mettre en œuvre une dynamique de changement du *Systeme* au travers de la conception de solutions efficaces et en accord avec le nouveau paradigme souhaité, qui est un paradigme de coopération des acteurs, un paradigme consensuel, afin que les IDE profitent à tous. Or, le développement de ce paradigme, implique que le reste des acteurs du *Systeme* adoptent cette vision constructive du conflit et ces comportements. Il est donc essentiel qu'ils intègrent des mécanismes de prévention et de *management* des conflits au sein de leurs organisations.

2- *Les mécanismes intégrés au sein des autres acteurs du Systeme de résolution des différends d'investissement*

Une des premières applications du *Dispute System Design* et du mouvement des *Alternative Dispute Resolution* s'est fait dans un contexte organisationnel⁸⁴⁷. En effet, dès les années 1930-1940 et encore davantage dans la seconde partie du XX^{ème} siècle, suivant le développement des droits sociaux aux États-Unis, le *Dispute System Design* est utilisé pour prévenir les vastes mouvements de grèves qui y ont secoués certaines industries. Par la suite,

⁸⁴⁷ Source : <https://werd.io/2018/desirability-viability-feasibility-sustainability>

⁸⁴⁸ Cathy Costantino, Christina A. Merchant furent les premières à appliquer le DSD à une structure organisationnelle. Les auteures ont ainsi développé le concept de « ICMS » c'est-à-dire *internal conflict management system*: CONSTANTINO, Cathy A., MERCHANT, Christina S., *Designing conflict management systems: A guide to creating productive and healthy organizations*. Jossey-Bass: San Francisco, CA., 1996, 252 p.

et suivant la théorisation des mécanismes de prévention intégrés dans les organisations, certaines entreprises en développent dans leurs structures opérationnelles⁸⁴⁹.

a) Les mécanismes intégrés au sein des organisations des investisseurs étrangers

Dans le contexte des investissements, c'est particulièrement dans le cadre de projets extractifs que les investisseurs ont développé des mécanismes de prévention des conflits⁸⁵⁰. En effet, il a été évoqué le fait que ce type d'IDE est particulièrement susceptible de provoquer des dommages aux communautés locales⁸⁵¹ et de faire face à des résistances dans les suites du contexte historique de la (de)colonisation. Ce sentiment anti-investisseur peut ajouter encore de la complexité à ces projets. Les investisseurs sont de plus en plus observés et font face à des pressions pour adopter un comportement respectueux de leur parties prenantes. Dans leurs projets, les investisseurs sont aussi en relation avec de plus en plus d'acteurs non étatiques tels que des individus et des groupes d'individus, des ONG et des associations de citoyens. C'est pourquoi de nombreux investisseurs ont adopté des directives ou des politiques de responsabilité sociale (notamment en matière de Responsabilité Sociale des Entreprises-RSE)⁸⁵².

⁸⁴⁹ Voir ROWE, Mary P., M. BAKER, Michael, *Are you hearing enough employee concerns?*, Harvard Business Review, 62(May-June), pp.127-136, 1984 ; ROWE, Mary P., *Dispute resolution in the non-union environment: An evolution toward integrated systems for conflict management*. In *Workplace dispute resolution: Directions for the 21st century*, (eds.) Gleason, S.E. East Lansing: Michigan State University Press, 1997; ROWE, Mary P., BENDERSKY, Corrine, *Workplace justice, zero tolerance, and zero barriers*. In *Negotiations and change: From the workplace to society* (eds.) Kochan, T.A. & Lipsky, David, Ithaca: Cornell University Press, pp.117-37., 2003; LIPSKY, David, B., SEEBER, Ronald L., FINCHER, Richard D., *Emerging systems for managing workplace conflict*. San Francisco, CA: Josey-Bass, 2003 ; GOSLINE, Anne, STALLWORTH, Lamont , BRAND, Adams M. N., HALLBERLIN, Cynthia, HOUK, Carole, LYNCH, Jennifer, LIPSKY, David, PEACE, Nancy E., ROWE, Mary P., THOMAS, Anne : Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR), now the Association for Conflict Resolution. (2001). *Guidelines for the design of integrated conflict management systems*. Institute of Conflict Resolution, Retrieved from <https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/icrpubs/2/> GOSLINE et al. (2001) : les membres de cette association promeuvent une approche intégrée des mécanismes de management des conflits qui permet aux employés de déposer des plaintes au sujet de la qualité de leur environnement de travail, non seulement au sujet des plaintes contractuelles ou des droits collectifs, mais dans cette approche un employé dispose de multiples options pour régler un problème; associé à une promotion d'une culture de conflit saine au sein de l'organisation et de la création de structures dont le seul but est de gérer le management des conflits.

⁸⁵⁰ Ces mécanismes varient et on les retrouve au sein par exemple des entreprises suivantes : BP, Anadarko, Acacia Mining, et Barrick Mining. Voir en ce sens : HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *A New Chapter in...*, op.cit, p.28.

⁸⁵¹ « (...) *natural resource-seeking investment usually being the most sensitive and carrying the most risks (...) The heightened risks associated with natural resource-seeking investment are largely due to the possible effects of extracting such resources. Some of the tensions usually pertain to environmental and labor issues, in addition to the allocation of financial resources acquired from taxes.*": in HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *A New Chapter in...*, ibid ; voir également BULLOCK, Ryan C., HANNA, Kevin S., *Community Forestry: Local Values, Conflict and Forest Governance*, Cambridge University Press, 192p., 2012.

⁸⁵² Voir par exemple : SMITH, Jacquelyn, *The Companies with the Best CSR Reputations*, FORBES, article publié le 2 octobre 2013, disponible à l'URL : <http://www.forbes.com/sites/jacquelynsmith/2013/10/02/the-companies-with-the-best-csr-reputations-2>, voir également la certification des entreprises B-Corp déjà évoquée.

Des groupes comme le *Centre for Social Responsibility in Mining* (« CSRM ») ont également promulgué un ensemble de lignes directrices pour l'extraction durable des minéraux, promouvant les bonnes pratiques dans le secteur⁸⁵³. C'est également le cas de l'IPIECA⁸⁵⁴, l'association mondiale de l'industrie pétrolière et gazière pour les questions environnementales et sociales, qui a élaboré une série de lignes directrices pour la conception et la gestion des mécanismes de griefs à destination des communautés locales⁸⁵⁵. Dans ce guide, l'IPIECA met en avant le bénéfice à la mise en œuvre de tels mécanismes : « *CGMs*⁸⁵⁶ offer efficient, timely, and low-cost forms of conflict resolution for all concerned parties. Used as integral elements of broader stakeholder and community engagement, they can enhance local relationships and can have a positive impact on operational plans, schedules, and costs ».

Au niveau international, des organisations comme l'Organisation des Nations Unies (« ONU »), l'Organisation de coopération et de développement économiques⁸⁵⁷ (« OCDE ») ou l'Organisation internationale du travail (« OIT ») ont promulgué des lignes directrices pour encourager les pratiques conformes à la RSE et au respect des droits de l'Homme⁸⁵⁸. Le « *“Protect, Respect and Remedy” framework* » énumère en ce sens les responsabilités des entreprises en matière de respect des droits de la personne, de *due diligence*⁸⁵⁹ et de lutte contre les répercussions négatives des activités opérationnelles des entreprises⁸⁶⁰. Face à ce cadre de

⁸⁵³ KEMP, Deanna, BOND, Carol J., *Mining Industry Perspectives on Handling Community Grievances Summary and Analysis of Industry Interviews*, Ctr. For Soc. Resp. Mining, avril 2009, ainsi que: *The ABC of Social Responsibility in Mining: A Manual on how to obtain Social Consensus in the Extractive Sector*, Ctr. For Soc. Resp. Mining, février 2016, accessible à l'URL : <https://www.csr.uq.edu.au/media/docs/1332/the-abc-of-social-responsibility-in-mining.pdf>

⁸⁵⁴ IPIECA est l'acronyme anglais de « International Petroleum Industry Environmental Conservation Association »

⁸⁵⁵ Accessible à l'URL : <https://www.ipieca.org/resources/good-practice/community-grievance-mechanisms-in-the-oil-and-gas-industry/>

⁸⁵⁶ CGMs est l'acronyme anglais de « *Community grievance mechanisms* »

⁸⁵⁷ Voir OCDE (2011), *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115439-fr>

⁸⁵⁸ Voir *The Corporate Responsibility To Respect Human Rights, An Interpretive Guide*, HR/PUB/12/02, UN, 2012

⁸⁵⁹ Voir également sur le sujet : OCDE (2017), *Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif*, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264264243-fr> ou encore OECD (2017), *Responsible business conduct for institutional investors: Key considerations for due diligence under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*.

⁸⁶⁰ *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, U.N. Doc HR/PUB/11/04, 2011. Voir par exemple : <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Ruggie-protect-respect-remedy-framework.pdf> ainsi que *Guiding Principles on Business and Human Rights Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, HR/PUB/11/04, UN, 2011.

Soft Law et ces incitations, on peut alors imaginer que les investisseurs ont une motivation forte à s'engager dans un processus de *management* de leurs confits incluant l'ensemble des parties prenantes de leur État d'accueil. Cela est d'autant plus vrai, que les bailleurs de fonds internationaux finançant tout ou partie de ces projets au soutien de l'État d'accueil ont de plus en plus d'exigences de ce point de vue.

b) Les mécanismes mis en œuvre par les bailleurs de fonds internationaux

En effet, tandis qu'avant les banques multilatérales de développement et les institutions financières internationales n'étaient responsables que vis-à-vis de leurs actionnaires, aujourd'hui elles le sont de manière croissante vis-à-vis de la société civile, des communautés locales, des organisations non-gouvernementales et des associations civiles : « *As international organizations expand their roles and activities in an ever-increasing number of areas of international life, there is a corresponding expansion of responsibility for their interactions with an equally increasing number of other non-state entities like individuals, groups of individuals, transnational corporations, non-governmental organizations, minorities, and indigenous peoples* »⁸⁶¹. C'est un mouvement que l'on dit : « *from shareholders to stakeholders* ». En ce sens, les bailleurs de fonds internationaux ont de manière croissante inclus des mécanismes de prévention et de *management* de conflits tel que des systèmes de recueil de plaintes : « *(...) formal mechanisms (accountability mechanisms) where peoples' voices over poorly designed and/or implemented projects can be heard at the international level with problem-solving approaches* »⁸⁶².

Ces mécanismes ont par exemple été mis en place dans un projet de développement mené en Indonésie et impliquant *the Asia Development Bank* (« ADB ») et *the World Bank Inspection Panel* (« WBIP »). Au cours de ce projet, les intérêts des parties prenantes ont été pris en compte grâce à l'intervention d'un *Special Project Facilitator*, combiné à un processus

⁸⁶¹ HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *A New Chapter in...*, op.cit., p.60. Voir en ce sens : SUZUKI, Eisuke, NANWANI, Suresh, *Responsibility of International Organizations: The Accountability Mechanisms of Multilateral Development Banks*, 27 MICH. J. INT'L L. 177, 180, 2005, un travail qui met l'accent sur le développement d'un accès pour les tiers, en particulier les particuliers, afin de déposer des réclamations contre les MDB pour non-respect des politiques et procédures. Également, NANWANI, Suresh, *Problem Projects: Addressing and Resolving Them Through Mechanisms and Other Avenues*, NANWANI, Suresh, *Directions in Reshaping Accountability Mechanisms in Multilateral Development Banks and Other Organizations*, 5 GLOBAL POL'Y 242, 244, 2014, et du même auteur: NANWANI, Suresh, *Holding Multilateral Development Banks to Account: Gateway and Barriers*, 10 INT'L COMM. L. REV. 199, pp.210–21.

⁸⁶² NANWANI, Suresh, *Problem Projects: Addressing and Resolving Them ...*, op. cit., p.1.

conjoint d'établissement des faits et de consultations participatives des parties prenantes. Également, au Paraguay la Banque mondiale a répondu aux préoccupations des communautés locales en mettant en place une approche de projet pilote qui a permis de convenir d'un plan d'actions entre la direction de la banque et les communautés pour traiter les problèmes qui émergeaient sur le terrain du fait du projet d'investissement. Cependant, de l'étude de ces cas des carences ont été relevées.

Les critiques s'axent particulièrement au niveau de l'information donnée relative à ces mécanismes, de l'accessibilité du mécanisme de plaintes, des peurs de communautés de faire l'objet de représailles ou d'intimidations ; ainsi que le manque d'inclusivité du mécanisme qui amène un manque de légitimité et de crédibilité. Ces critiques relèvent également l'absence de suivi et finalement l'incapacité du mécanisme à fournir un accès à la justice si nécessaire⁸⁶³. Pour l'auteur de cette analyse ces carences pourraient être traitées par la promotion de ces mécanismes, en les rendant plus réactifs, en cherchant à obtenir l'adhésion de la société civile au travers de la distribution de rapports d'activité de ces mécanismes. Il nous semble que ces suggestions pourraient être concrètement mises en œuvre au travers d'une démarche de *Legal Design*. Elle apporterait un niveau d'inclusivité et de responsabilisation de l'ensemble des parties prenantes susceptibles de résoudre chacune de ces carences. En outre, ici encore les aspects de simplification et de visualisation des mécanismes, et donc de promotion, seraient grandement facilités par le recours au *Legal Design*.

Un autre apport possible se trouve dans l'exercice par les praticiens du droit associés aux projets d'investissement du *Legal Design* tels que les juristes des cabinets d'avocats locaux, au sein des services juridiques de la filiale locale de l'investisseur ou au siège de l'investisseur étranger⁸⁶⁴, ou au sein d'une ONG, ou encore à ceux qui exercent en tant qu'arbitres indépendants etc. Pour l'ensemble de ces professionnels du droit, le *Legal Design* peut les aider à offrir des services et produits juridiques de meilleure qualité. En particulier, ils pourraient utiliser le *Legal Design* pour évaluer les besoins de leurs clients et la meilleure façon d'y répondre.

⁸⁶³ NANWANI, Suresh, *Holding Multilateral Development Banks to Account: Gateway and Barriers...*, op. cit.

⁸⁶⁴ Notamment encore pour la rédaction conjointe des accords d'investissement. Voir en ce sens par exemple : SAUVANT, Karl P., *The importance of negotiating good contracts*, Columbia FDI Perspectives, Perspectives on topical foreign direct investment issues, No. 210, 9 Octobre 2017.

Pour les arbitres internationaux, leurs clients étant des parties (réelles et potentielles), un sujet pourrait être : comment pourrions-nous améliorer la cohérence des sentences arbitrales en utilisant les moyens technologiques comme l'intelligence artificielle pour l'interprétation des traités ?⁸⁶⁵ Le *Legal Design* pourrait aussi être utilisé plus largement par des groupes ou des institutions pour réfléchir à des sujets dans l'intérêt du *Système*. Par exemple, pour des questions comme la surreprésentation ou la sous-représentation d'un groupe ethnographique dans les nominations d'arbitres dans les procédures d'arbitrage d'investissements⁸⁶⁶ ; ou encore la tendance à la localisation systématique du siège des procédures arbitrales sur le territoire des pays du Nord pour des litiges d'investissement ayant pourtant uniquement des liens avec les pays du Sud.

⁸⁶⁵ Pour un exemple d'une utilisation de l'intelligence artificielle dans le domaine juridique, voir l'article du academic forum qui a recours à une « supervised machine learning approach based on the text of investment treaties » : KESSEDJIAN, Catherine, VAN AAKEN, Anne, LIE, Runar, MISTELIS, Loukas, '*Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement*', Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16, 5 Mars 2020, disponible à l'URL : www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/

⁸⁶⁶ Sur le sujet voir par exemple : HOWARD, Anna, *Investor-State Mediation : Who Will Be At The (Top) Table ?*, Kluwer Arbitration Blog, publication en date du 16 octobre 2020

Des développements précédents il apparaît que l'utilisation du *Legal Design* offre une voie intéressante pour permettre d'initier une dynamique positive de changement au sein du *Système de résolution des différends entre État et investisseur étranger*. La pratique du *Legal Design* faciliterait, notamment dans la communauté juridique mais plus largement dans toutes les parties prenantes, l'acquisition progressive des **compétences** et de **l'état d'esprit** nécessaires pour la pratique des nouvelles méthodes de résolution de problèmes complexes ; et cela pourrait se produire à différents niveaux du *Système*. En effet, il y a tout lieu de penser que la pratique du *Legal Design* pour le *Dispute System Design* au sein des organisations et des projets d'investissement, faciliterait le développement de cet état d'esprit constructif, portant son focus sur les opportunités plutôt que sur les risques. De même, des **nouvelles habitudes** et de **nouveaux processus** se développeraient au sein de l'ensemble des acteurs et particulièrement des administrations publiques, qui sont traditionnellement plus rigides et résistantes au changement.

En outre, en étant impliqués dans des projets de *Design*, il est probable que les parties prenantes formeraient des liens, qu'elles pourraient souhaiter conserver au-delà des cycles du projet. Il est également probable qu'elles amélioreraient leur connaissance des autres acteurs, de leur contexte, de leur culture et de leurs besoins, ce qui favoriserait l'empathie, la collaboration, les synergies et finalement l'efficacité collective des membres du *système*.

Finalement, cette boucle rétroactive amplificatrice permettrait une **bascule progressive dans la culture** de ces acteurs vers davantage d'inclusivité et de consensualisme, et donc **l'adoption d'un nouveau paradigme** participant à la transformation du *Système de résolution des différends d'investissement*. On l'a dit, ces considérations sont applicables aux relations entre les participants associés au processus multilatéral de réflexion sur la transformation globale du *Système* – ce qui est aujourd'hui qualifié de « réforme ». Le recours au *Legal Design* permettrait à ce titre de limiter les effets d'inertie du *Système* dus notamment au manque d'information qui induit des difficultés à convaincre les acteurs des avantages ou de la faisabilité du changement, à la dépendance au chemin emprunté et aux effets de réseau déjà évoqués. Dus encore au poids politique de certains acteurs, à l'instar d'arbitres ou de cabinets d'avocats qui bénéficient du *statu quo* et qui ont plus d'influence dans le processus politique que les partisans de la réforme. Finalement, un processus inclusif et participatif ouvrirait la voie à davantage d'empathie entre les acteurs, et à une réflexion commune sur les fondements philosophiques du *Système*, et non juste de son efficacité (processuelle) ; créant la possibilité

d'une sa réelle et authentique transformation. Cela est vrai à l'échelle du *Système* dans son entier, mais également de ses sous-systèmes que sont les systèmes de prévention, *management* et résolution des conflits d'investissement à l'échelle d'un État d'accueil comme nous venons de le voir et d'un projet d'investissement au travers des mécanismes intégrés aux parties prenantes de leur initiative unilatérale.

En effet, outre, le *Design* de son système, l'État d'accueil est également partie prenante du *Dispute System Design* entourant sa relation d'investissement avec un investisseur étranger dans le cadre spécifique d'un projet d'investissement déterminé. Or, ici encore, les nouvelles manières de résoudre les problèmes peuvent potentiellement offrir des réponses pour aider les parties prenantes à changer de paradigme, d'une logique défensive à une logique constructive et consensuelle. Cela au travers particulièrement de la création *ad hoc* dans le cadre d'un projet d'investissement de mécanismes de prévention, de *management* et de résolution de leurs conflits. Mais également et plus globalement, *via* une gouvernance collaborative des projets d'investissement.

Section 2. Le paradigme consensuel dans la gouvernance collaborative des projets d'investissement

Nous l'avons dit, de plus en plus d'acteurs appellent à dépasser le « paradigme défensif »⁸⁶⁷ sur lequel est basée la relation entre État d'accueil et investisseur. Pour eux le moment est venu d'aller vers un réel partenariat visant une relation durable et bénéfique pour l'ensemble des parties prenantes impactées par le projet d'investissement. Ce qui pose la question de savoir comment les mécanismes de prévention et de *management* des conflits peuvent contribuer à mettre en place, puis à maintenir tout au long de la relation, le processus collaboratif en dépit des aléas et des inévitables désaccords.

⁸⁶⁷ Un terme utilisé par Mariana HERNANDEZ-CREPO GONSTEAD : « (...) *the current state of affairs emphasizes the investors' desire to simply protect their investments, instead of the ideal—which is a desire to develop strong business relationships in order to foster investment retention and expansion. The current paradigm is a defensive one, in which foreign investors seek to protect their capital from host States. In this context, governments sign Bilateral Investment Treaties (“BITs”), which act as a “Bill of Economic Rights,” to attract investors. The arbitration clause contained in the BITs provide the mechanism needed to enforce investors' rights. The ultimate goal of this paradigm is investment security through a system based on “sticks” of deterrence.* » in HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *A New Chapter in...*, op.cit., p.4.

Un tel partenariat nécessite tout d'abord de chercher activement à connaître les motifs de désaccords des parties prenantes quand ils surviennent. Cela nécessite de collecter leurs retours d'expérience du système et de leurs relations dans le cadre du projet. Et cela tout au long de son *continuum*⁸⁶⁸ : depuis les négociations entourant le projet et sa structuration, puis durant son déroulement et jusqu'à sa fin. Cela suppose alors d'inclure cet aspect dans le *design* des *Dispute Systems* entourant la relation d'investissement. Ce n'est que sur la base de cette information que les parties prenantes pourront ensuite tenter de répondre à ces motifs de désaccords au travers d'une réflexion cocréatrice de valeur pour tous. Une démarche qui leur permet ainsi de (r)établir la relation, et de construire ou d'approfondir la confiance qui les lie. Et puisqu'une problématique simple, compliquée ou complexe ne nécessite pas le même processus de réponse ni le même investissement des parties, ces-dernières pourront adapter leurs modalités de réponse à la nature des problèmes soulevés. Puis, à l'issue de ce processus une décision sera généralement prise, ce qui emporte la question des mécanismes décisionnels entre parties prenantes. Et finalement celle de l'implémentation de ladite solution dans le temps. Ces éléments de gouvernance participative décrits renvoient à trois processus : un processus d'échanges et de délibérations, un processus de prise de décision et enfin un processus d'implémentation (B).

La question qui se pose ici est également celle du cadre dans lequel s'inscrit ces mécanismes de prévention et de *management*. En particulier quand ils impliquent les communautés locales et non uniquement le gouvernement et l'investisseur étranger et qu'ils dépassent alors la relation contractuelle qui les unie. Cette question concerne la structure de la gouvernance participative des projets d'investissement qui sera mise en place autour de trois éléments clés : l'implication de l'ensemble des parties prenantes, la construction commune du cadre du projet et de ses objectifs, et la structuration d'un réseau d'interactions entre ces parties prenantes (A).

⁸⁶⁸ On parle également du cycle de vie du projet, et ce-dernier serait constitué de diverses phases. Pour plus d'explications voir par exemple : COUSSI, Olivier « *Projets d'investissement étranger et système d'innovation territorial* », op.cit., pp.16-18

A) La structure de gouvernance participative du projet d'investissement

Le premier élément indispensable à une telle gouvernance concerne l'implication de l'ensemble des parties prenantes impactées par le projet d'investissement.

1- L'implication de l'ensemble des parties prenantes

Le constat est que dans la vaste majorité des projets d'investissement sur le territoire africain, qui concerne le plus souvent l'extraction de matières premières en complément de projets de construction d'infrastructures, ce sont les communautés locales qui portent le plus de risques d'être négativement impactées⁸⁶⁹. Les dommages les plus souvent invoqués concernent la dégradation de l'environnement, de leur habitat et ressources, et la violation de droits de l'Homme. A ces risques s'ajoute celui de ne pas voir les bénéficiaires du projet leur revenir, notamment si ceux-ci sont intégralement rapatriés à l'étranger. A ce constat se superpose parfois un sentiment anti-investissement étranger nourri par l'Histoire, notamment celle de la colonisation et de la décolonisation. Il n'est donc pas surprenant que des conflits éclatent, accompagnés de protestations, de sabotages ou de violences pouvant aller jusqu'à paralyser le projet ou en provoquer l'arrêt définitif. Il en découle une perception des communautés locales comme d'un problème⁸⁷⁰. Afin d'éviter cela, il convient que l'ensemble des parties prenantes des projets d'investissement soient impliquées dans sa gouvernance, et particulièrement à un niveau local afin d'améliorer le climat entourant le projet.

Si l'idée première est de minimiser les risques évoqués ci-dessus, l'implication de ces acteurs dans leur diversité est également un réservoir de créativité. Cela à la condition cependant que le mode de gouvernance utilisé permette d'utiliser ce potentiel et de développer la collaboration. C'est également un moyen efficace de réduire l'écart provoqué par leur possible incompréhension mutuelle, notamment due à leurs fortes différences culturelles. En effet, ainsi que l'explique Mariana Hernandez-Crespo Gonstead :

« All of [this potential for conflicts] is exacerbated if there are no points of contact or regular interactions between the investors, State, and community. There is a direct correlation between the level of understanding between the community and investor, and the strength of

⁸⁶⁹ Voir la note de bas de page 825 renvoyant à une importante littérature sur le sujet.

⁸⁷⁰ Voir HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *A New Chapter in...*, op.cit.: « (...) communities tend to be perceived as a problem. (...) the role community can play has to be reconceptualized from being part of the problem, to being an essential part of the solution ». p.26

*the relationship. Mutual knowledge is essential, given that conflicts at the local level involve not only technical issues, but also local customs and traditions, along with community values and emotions that community members experience through the transformation sometimes required by investments. Local communities are directly affected by a wide range of investor actions, from environmental to labor issues, and have to live with the consequences of these actions. **The greater the understanding, the stronger their interactions will be, thus preparing them better for managing conflict when it arises** »⁸⁷¹.*

C'est en ce sens que créer les structures relationnelles et fonctionnelles facilitant des échanges réguliers est impératif. Il est également crucial que ces structures soient décentralisées afin de permettre la participation de toutes les parties prenantes.

2- La création d'un réseau d'interactions

Les auteurs notent d'une part que la majorité des arbitrages d'investissement concernent une mesure prise par une émanation locale du gouvernement d'accueil ou une de ses agences sectorielles – par exemple de promotion des investissements, de développement, ou en faveur de l'économie locale⁸⁷². En outre, Alejandro Carballo-Leyda, directeur du service juridique et du centre de résolution des conflits de la Charte internationale de l'Énergie, explique que souvent les investisseurs étrangers n'ont pas une vue claire des raisons sous-jacentes des désaccords et conflits qui émergent de leurs projets d'investissement⁸⁷³. Ce qui renvoie à la limite déjà évoquée d'une approche centralisée dans le contexte d'un système complexe qu'est un projet d'investissement. Cela d'autant plus que les gouvernements des pays d'accueil ont rarement la structure institutionnelle ou les ressources nécessaires au suivi de leurs projets d'investissement.

En conséquence, une gouvernance décentralisée doit être privilégiée. C'est ainsi qu'il serait utile pour les entreprises multinationales de prévoir dans leurs structures organisationnelles les processus de gestion de leurs projets d'investissement à l'étranger entre leurs diverses entités : maison mère, filiale locale, équipes projet en charge de la maîtrise

⁸⁷¹ ECHANDI, Roberto, *Investor-State Conflict Management: A Preliminary Sketch*, op. cit.

⁸⁷² ECHANDI, Roberto, *Investor-State Conflict Management: A Preliminary Sketch*, ibid.

⁸⁷³ Voir en ce sens MILLER, Alyson, *What Human-Centered Design Can Tell Us...*, op. cit, et les propositions du Alejandro Carballo-Leyda propose d'utiliser le Modèle d'instrument de la Charte internationale de l'énergie pour la gestion des différends relatifs aux investissements en complément du Mécanisme systémique de réponse à l'investissement (SIRM) conceptualisé par Roberto Echandi, mécanisme déjà évoqué : LEYDA, Alejandro C., *Preventing and Managing Investor-State Conflicts and Disputes in the Energy Sector*, 17 U. ST. THOMAS L.J. 466, 2021, disponible à l'URL : <https://ir.stthomas.edu/ustlj/vol17/iss2/13>

d'ouvrage et de la maîtrise d'œuvre, services juridiques et contentieux, ressources humaines, etc. Et cela particulièrement pour la collecte des signaux avant-coureurs pouvant indiquer que des motifs de désaccord sont en train d'émerger du déroulement d'un projet, puis afin de procéder à leur analyse. Cela renvoie notamment à la circulation interne de l'information qui dépend de la culture de l'organisation de l'investisseur dans son rapport à la collaboration et à la libre expression de ses membres. Ce point est important afin que s'établisse et se maintienne un flux constant d'échanges avec les acteurs du terrain, notamment la maîtrise d'œuvre et les équipes opérationnelles qui sont les mieux placées pour relever les signes avant-coureurs d'un conflit.

Du point de vue du système local, Mariana Hernandez-Crespo Gonstead propose de s'appuyer sur les *Casas Justicia* comme un exemple de décentralisation des systèmes de *management* et de résolution de problèmes. L'exemple est certainement transposable dans de nombreux pays d'Afrique, au sein des instances communautaires locales tel que les chefs⁸⁷⁴, les guides religieux⁸⁷⁵, ou les conseils de village, et au travers des processus classiques de résolution des conflits tels que la palabre et le lieu symbolique choisi pour l'exercer⁸⁷⁶. Il

⁸⁷⁴ Pour l'exemple du Cameroun : AUZIAS, Dominique, LABOURDETTE, Jean-Paul, *Le petit futé Cameroun 2013-2014*, 6^{ème} édition, p. 23 : « *Le chef traditionnel occupe encore une place primordiale dans la vie de nombreuses ethnies. Il est à la fois le garant de l'autorité coutumière, le gardien des valeurs religieuses et en même temps un auxiliaire de l'administration. On trouve encore aujourd'hui un bon nombre de territoires placés sous l'autorité de chefs coutumiers, particulièrement dans les provinces du Nord, du Nord-Ouest et de l'Ouest.* »

⁸⁷⁵ Par exemple, l'Islam encourage le règlement pacifique des conflits par la médiation (Wassatah), la conciliation (Sulh) et également par l'arbitrage (Tahkim). Voir par exemple : BOUHEROUA, Saïd, *Foundation of mediation in Islamic law and its contemporary application*, Department of Islamic Law, Ahmad Ibrahim Kulliyah of Law, International Islamic University Malaysia (IIUM) ; KEMICHA, Fathi, *The Approach to Mediation in the Arab World*, Texte présenté lors de la Conférence internationale sur la médiation, Genève, Suisse, 29 mars 1996 ; EL KADI, Omar, *L'arbitrage international entre le droit musulman et le droit positif Français et Egyptien*, Thèse de doctorat, Université de Paris XI, 1984

⁸⁷⁶ Sur le sujet voir notamment : *Les fondements endogènes d'une culture de la paix en Afrique : mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique Noire*, Préface de F. MAYOR, Introduction par E. MATOKO avec les contributions de T. BAH, A. M. IYE, Ph. NTAHOMBAYE, Publication UNESCO 1999. Dans sa contribution Amadou Dieng explique : La palabre « (...) dont le but est « d'apaiser les esprits » (pouhotrim). En tant que cadre d'organisation de débats contradictoires, d'expression d'avis, de conseils, de déploiement de mécanismes divers de dissuasion et d'arbitrage, (...) tout au long des siècles est apparue comme le cadre idoine de résolution des conflits en Afrique noire. La palabre, incontestablement, constitue une donnée fondamentale des sociétés africaines et l'expression la plus évidente de la vitalité d'une culture de paix. » L'auteur explique que la palabre est un phénomène total, très prégnant au Cameroun, dans lequel s'imbrique la sacralité (le lieu de la palabre est par exemple un lieu chargé de symbole comme un arbre ou une grotte, le jour également qui est déterminé avec l'aide des géomanciens), l'autorité incarnée par le chef et le savoir incarné par les anciens. Il explique que la palabre est une institution régie par des normes établie et ses acteurs doivent justifier d'une grande expertise. A la différence d'un arbitrage, la palabre n'a pas pour but le rendu d'une sentence mais se conçoit plutôt comme une thérapie par la parole extrêmement ritualisée et dont le but est de rétablir l'harmonie et la paix. Voir encore : BAH, Thierno M., *Guerre, Pouvoir et Société dans l'Afrique précoloniale*, Thèse pour le Doctorat d'État es Lettres, Université Paris Sorbonne, 1985 ; ainsi que L. SYLLA, *Démocratie de l'arbre à palabre et bois sacré* (Essai sur le pouvoir parallèle des sociétés initiatiques africaines). Annales de l'Université d'Abidjan, Série D, t. 13, 1980

semble également important que ce réseau d'interactions intègre les associations citoyennes et professionnelles, et les communautés scientifiques – Université, centres de recherche etc.- qui centralisent les expériences de leurs membres, acteurs sociaux et économiques du tissu local. On peut imaginer que soient identifiés des agents de liaison, également établis en réseau, au sein de chaque communauté, chargés de collecter l'information, d'aller interroger les membres de leur communauté, puis de centraliser l'information et de la faire circuler en direction des autres parties prenantes du projet, de manière informelle ou formelle lors des instances de gouvernance du projet.

Par ailleurs, le *design* organisationnel ici concernera également la création de liens entre ces divers systèmes. C'est-à-dire entre celui de l'investisseur, celui des communautés locales et du gouvernement et celui de leurs éventuels mécanismes internes de *management* des conflits d'investissement⁸⁷⁷. A ce titre également le *Legal Design* systémique peut contribuer utilement à former un état des lieux du réseau existant et à cartographier les acteurs possiblement impactés par le projet et leurs relations, afin de les intégrer dans le réseau décentralisé d'interactions du projet.

Cependant la question demeure de la structure qui permettra la mise en place d'un tel système au sein du projet. On peut s'interroger de la combinaison de ce système, voire de son intégration, au sein des instruments contractuels encadrant le projet d'investissement. On peut imaginer par exemple que sa mise en place soit unilatérale, c'est-à-dire soit le fait de l'État d'accueil soit de l'investisseur, comme une extension de leurs propres mécanismes de *management* des conflits intégrés à leurs organisations. Dans ce cas alors le recours au mécanisme pourra être contenu dans le contrat d'investissement comme mécanisme que les parties s'engagent à utiliser. On peut également imaginer que ces mécanismes de gouvernance participative soient mis en place de manière *ad hoc* dans le contrat d'investissement. Le sujet serait alors négocié en amont de tout conflit par les parties⁸⁷⁸. La question se pose également

⁸⁷⁷ Pour de plus amples développements sur le sujet, voir la section 1, B) du dernier chapitre de la thèse.

⁸⁷⁸ Voir ECHANDI, Roberto, *Towards a New Approach to Address Investor-State Conflict ...* op. cit. p.30 : « *contractual ad-hoc DPMS result from the direct negotiation by the parties involved in given relationship. (...) This kind of would have to be negotiated by the investor and the host State well before any conflict arose, most probably in the context of the negotiation of an investment contract. In this scenario, the idea would be that, in addition to the substantive rights and obligations governing the investment relationship, the contract could include specific provisions prescribing procedures for managing any future eventual conflicts with the explicit purpose of avoiding any escalation to litigation. (...) The use of contractual DPMS is a widely diffused practice in private contracts, thus, the notion is not really new. Rather, the novelty would be to envisage such practices in the investor-State context as part of the infrastructure required to establish an investor-State conflict management system* ».

de la combinaison de ces mécanismes avec les modes de résolution de conflits puis de résolution des litiges au titre du contrat d'investissement.

En effet, l'intégration d'une résolution de problème collaborative dans la gouvernance vise tout à la fois à traiter les problématiques sources de désaccords voire de conflits, et à ce titre constitue un mécanisme de prévention et de *management* des conflits. Cependant, l'éventualité de leur dégradation et de leur matérialisation en litige doit être envisagée. La question qui se pose est donc celle classique du *Dispute System Design* : il s'agit de la combinaison des divers modes de prévention, de *management* et de résolution des conflits et des litiges. Des modes tels que la médiation, les *dispute boards*, la constatation des faits, l'évaluation neutre précoce, la conciliation et l'arbitrage. On pourrait par exemple envisager qu'en soutien du processus de gouvernance se trouve des facilitateurs externes susceptibles de guider les parties dans les diverses activités que supposent une gouvernance collaborative. Ces facilitateurs pourraient finalement intervenir en qualité de médiateurs lorsque le processus participatif rencontre une difficulté et qu'un conflit se forme. Des liens pourraient ainsi être imaginés entre les divers modes préventifs et résolutoires et les mécanismes de gouvernance collaborative.

La médiation facilitative semble être le mode de résolution des conflits le plus proche des mécanismes de résolution de problèmes mis en œuvre par le *Legal Design*. En effet, on retrouve dans le processus de médiation facilitative une philosophie et une mécanique sensiblement similaire qui vise à (r)établir la communication entre les parties, leur compréhension mutuelle, un accord sur la formulation du problème comme « l'agenda » à traiter pour résoudre le conflit, puis une phase de négociation basée sur les intérêts durant laquelle les parties sont invitées à co-construire des solutions créatives et innovantes afin de créer de la valeur qu'elles pourront ensuite se partager. Finalement, au cœur du processus de médiation facilitative se trouve la responsabilisation des parties et un accent fort sur la dimension relationnelle du conflit. Les liens avec les modes de résolution de problèmes tel que le *Legal Design* sont forts, et le processus de médiation permet donc au même titre que ces modes de résolution de prendre en compte la dynamique complexe des conflits comme des systèmes adaptatifs complexes. C'est ce constat qui a poussé John B. Ruhl à écrire que : « [t]he science of complex adaptive systems offers a general structural and behavioral model around which we should want to design our dispute-resolution system, and (...) mediation offers the

dispute-resolution system model that most closely approaches that design »⁸⁷⁹. Par ailleurs, la communauté juridique semble s'accorder à reconnaître la possibilité juridique de recourir à la médiation dans les conflits d'investissement, que ce soit au titre de la *cooling-off period* comme mécanisme de négociation, ou sur choix des parties durant ou après un arbitrage⁸⁸⁰.

Finalement, bien que ces questions de l'encadrement juridique de ces structures collaboratives soient d'une grande importance pratique, pour certains auteurs l'essentiel se situe dans la capacité à créer une collaboration durable entre État d'accueil et investisseur étranger, et dans l'inclusion des parties prenantes locales dans la gouvernance du projet. Ainsi pour Mariana Hernandez-Crespo Gonstead : « [i]t is (...) necessary to expand beyond treaties and focus mainly on rigid, static agreements to also include more dynamic and all-encompassing efforts to strengthen the investor-State business relationship within their specific complex reality—what has been called the move “from paper to people”⁸⁸¹. (...) Maximizing the investment relationship for both investors and communities requires that, instead of relying on formalized agreements (paper) to provide the investment context, mechanisms providing for the participatory engagement of the community (people) need to be developed »⁸⁸².

⁸⁷⁹ RUHL, John B., *Thinking of Mediation as a Complex Adaptive System*, 1997 BYU L. Rev. 777, 1997

⁸⁸⁰ Il existe une abondante littérature sur le sujet, voir notamment : FRANCK, Susan D., RATIGAN, Jason, *The Way Forward*, in *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, U.N. DOC. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, at 125–34, 29, Mars, 2010; FRANCK, Susan D, *Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution Options in International Investment Agreements*, in *Appeals Mechanisms In International Investment Disputes* 143–200, 2008 ; SCHNEIDER, Andrea K., *Using Dispute System Design to Add More Process Choices to Investment Treaty Disputes*, in *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, U.N. DOC. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, pp.93–96, 29 mars 2010, COE, Jack Jr., *op cit.*; COE, Jack Jr, *Concurrent Med-Arb (CMA)–Some Further Reflections on a Work in Progress*, in *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, U.N. DOC. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, at 43–48 (Mar. 29, 2010); von KUMBERG, Wolf, *Making Mediation Mainstream: An Application for Investment Treaty Disputes*, in *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, U.N. DOC. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, at 71–76, 29 Mars 2010 ; TÜMPEL, Hannah, *The Role of Dispute Resolution Institutions for ADR Proceedings Involving State Parties*, in *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, U.N. DOC. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, at 102–07, 29 mars 2010, LÉVESQUE, Céline, *Preliminary Legal Assessments of Investor Claims as a Tool to “Fit-ting the Forum to the Fuss,”* in *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, U.N. DOC. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, at 77–80, 29 mars 2010, REED, Lucy, *Synopsis of Closing Remarks*, in *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, U.N. DOC. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, at 30–32, 29 mars 2010.

⁸⁸¹ See generally *Paper to People*, HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *From Paper to People: Building Conflict Resolution Capacity and Frameworks for Sustainable Implementation of IIAs to Increase Investor-State Satisfaction*, in *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, U.N. Doc. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, at 55–62.

⁸⁸² HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *A New Chapter in...*, *op.cit.*, p.15.

Outre la création du réseau d'interactions, la mise en place d'une structure de gouvernance collaborative requiert l'implication des diverses parties prenantes dans la définition du cadre du projet.

3- La définition du cadre du projet

Il a été noté que parmi les facteurs favorisant l'émergence de conflits se trouvent l'absence de compréhension par les acteurs locaux de l'utilité du projet d'investissement d'une part, et de ce que l'on peut appeler son cadre opérationnel d'autre part. Ce second élément concerne la compréhension par les communautés des décisions stratégiques prises par l'État et parfois en concertation avec l'investisseur, des décisions auxquelles les communautés n'ont pas pris part. Cela peut concerner par exemple la localisation du projet, les partenaires étrangers choisis et les critères de choix, le budget public alloué et les sources de financements institutionnels internationaux apportés, son déroulement dans le temps etc. D'autre part, il est essentiel que les communautés comprennent l'utilité du projet et les bénéfices qui en sont attendus, afin que le poids du projet et ses risques soient plus facilement acceptés. La communication devra être adaptée selon les informations transmises et l'étape du projet. Les communautés doivent être informées dès le début du cycle de vie du projet⁸⁸³, puis régulièrement dans les divers stades du projet. Un moment clé sera le moment de la mise en place du « cluster local », c'est-à-dire l'intégration de la représentation de l'investisseur sur le terrain. En outre, suite à leur information il convient de vérifier la compréhension par les communautés locales des décisions prises, de leur impact, bénéfices et des objectifs visés.

Finalement, certaines décisions opérationnelles qui concernent la mise en œuvre concrète du projet peuvent être prises en concertation avec les acteurs locaux impactés par celles-ci. Les communautés peuvent en ce sens participer à la définition d'une partie du cadre du projet, cela particulièrement à l'étape de cycle du projet qui concerne le développement du « cluster » local de l'investisseur déjà évoqué, puis tout au long de la mise en œuvre du projet.

Il semble que ces éléments structurels soient particulièrement importants afin de prévenir la formation des conflits et leur *management*, puisqu'ils permettent de lutter contre les barrières classiques de la résolution de désaccords et de conflits⁸⁸⁴. En effet, en facilitant

⁸⁸³ Pour une description du cycle de vie-type d'un projet d'investissement voir : COUSSI, Olivier, « *Projets d'investissement étranger et système d'innovation territorial* », op.cit., pp.16-18.

⁸⁸⁴ YONA Shamir et RAN, Kutner dans leur ouvrage technique citent une étude de l'Université de Stanford, selon laquelle il existe trois catégories d'obstacles à la résolution des conflits. Des barrières tactiques et stratégiques qui découlent des efforts déployés par les parties pour maximiser les gains à court ou à long terme.

les échanges, la communication et la compréhension mutuelle des parties, on réduit les barrières psychologiques et stratégiques des parties. En outre, une telle structuration des échanges permet également de réduire les barrières organisationnelles, institutionnelles et structurelles qui peuvent empêcher la circulation d'informations et conduire à des prises de décisions au détriment d'une ou plusieurs parties prenantes, et conduire à des conflits. Et ici encore le *Legal Design* peut contribuer utilement, on l'a dit dans la structuration de l'information et sa présentation de manière engageante et intelligibles. Cela peut se révéler être un challenge particulier de s'adapter au niveau d'éducation des communautés locales -des visuels peuvent par exemple être privilégiés à l'écrit- et aux spécificités culturelles des cibles de l'information⁸⁸⁵. Le *Legal Design* peut également contribuer à la cartographie des acteurs et de leur relation, et la conception du réseau des interactions, puis dans la tenue des instances de gouvernances. Ce qui renvoie aux processus même de gouvernance, qui comptent notamment la délibération et les échanges entre acteurs, la prise de décisions et finalement leur implémentation.

B) Les processus de gouvernance collaborative du projet d'investissement

Nous venons d'évoquer des éléments structurels d'une gouvernance collaborative ; maintenant au sein de cette structure des processus doivent être à l'œuvre afin d'obtenir le type de partenariat souhaité. Il s'agit principalement d'un processus d'échanges et de délibérations entre parties prenantes, de celui qui concerne la prise de décisions entre ces acteurs et enfin du processus d'implémentation des décisions tout au long du cycle de vie du projet d'investissement. Ces processus sont inspirés du concept de « *multi-stakeholder Partnership* » qui est défini comme : « *a collaborative form of governance involving mainly business actors and civil society organizations that come together to find a common approach to a complex problem that affects them all* »⁸⁸⁶. Pour les analystes de ce type de partenariats ils portent en

Ensuite, des barrières psychologiques qui découlent des différences dans d'identité sociale, de besoins, des craintes, de l'interprétation, des valeurs et des perceptions les uns des autres. Finalement des barrières organisationnelles, institutionnelles et structurelles qui peuvent perturber le transfert de l'information et empêcher les dirigeants de prendre des décisions qui sont dans l'intérêt des parties au différend. [Traduit par nos soins] YONA, Shamir, RAN, Kutner, *Alternative dispute resolution approaches...*, op.cit., p.

⁸⁸⁵ Pour un exemple de *Legal Design* au service des communautés voir MATTHEWS, Ben, DOHERTY, Skye, WORTHY, Peter, REID, Janine, *Design thinking, wicked problems and institutioning change: a case study*, CoDesign, 2022, DOI: 10.1080/15710882.2022.2034885

⁸⁸⁶ Voir par exemple DENTONI Domenico, BITZER, Verena, SCHOUTEN, Greetje, *Harnessing Wicked Problems in Multi-stakeholder Partnerships*, Journal of Business Ethics, 150:333-356, 2018, p.1. : «*Examples of MSPs (...) [suggest] that they have become elements in innovative solutions for deep-level changes in environmental, social or economic systems* ».

eux le potentiel de résolution des problématiques complexes comme *wicked problems*, à la condition qu'une forme de « collaboration rationnelle »⁸⁸⁷ soit mise en œuvre entre leurs membres.

C'est ce que nous proposons au travers du recours au *Legal Design* qui permet la réunion d'acteurs variés autour de processus collaboratifs. Cela en incluant des éléments formels et informels sous forme de boucles, donc en évolution et interaction constantes au cours de la vie du partenariat. C'est ce qui offre la créativité et l'adaptabilité indispensables face à la dynamique des *wicked problems* ; et donc qui permet de traiter ce type de difficultés sources de conflit au moment de leur émergence tout au long du projet. C'est en ce sens que cette gouvernance collaborative est un mécanisme de prévention et de *management* des conflits d'investissement qui renforce la résilience du partenariat entre les parties prenantes. Et un premier processus dans lequel cette collaboration doit s'exprimer est celui de l'échange et des délibérations entre parties prenantes.

1- Le processus d'échange et de délibération

Il convient tout d'abord de rappeler la distinction entre problématiques simples, compliqués et complexes. En effet, tous les motifs de désaccord n'entrent pas dans la catégorie des *wicked problems* et en ce sens ne nécessitent pas une attention et un investissement aussi importants des parties. Ainsi, les problèmes simples et compliqués puisqu'ils ne soulèvent pas de conflit dans leur définition, ni dans les réponses à leur apporter, peuvent subir un traitement plus standardisé -tel qu'une liste au sein d'une matrice des risques. Ainsi qu'une mécanique de réponse linéaire : tel problème A apparaît, telle solution B est mise en œuvre, afin d'obtenir le résultat C connu d'avance.

Cette logique cependant n'est possible qu'à la condition qu'il soit porté un soin à la relation des parties prenantes. Sans cela sinon la gestion d'une problématique simple ou

⁸⁸⁷ En anglais le terme est « *collaborative rationality* », un concept développé dans les suites de celui de « *communicative rationality* » d'Habermas. Voir INNES, Judith E., BOOHER, David E., *Collaborative rationality as a strategy for working with wicked problems*, *Landscape and Urban Planning* 154, 8-10, 2016. Voir également : HEAD, Brian W., XIANG, Wei-Ning, *Why is an APT approach to wicked problems important?*, *Landscape and Urban Planning* 154, 4-7, 2016. Dans ces articles les auteurs expliquent le besoin d'une approche « *adaptive, participatory and transdisciplinary* » pour « APT » ou de « *collaborative rationality* » dans le cadre des *wicked problems*, deux approches qui partagent les mêmes caractéristiques, également présentes dans le *Legal Design* : « *APT approach promises to be efficacious in fostering collaborative behaviour, reducing conflicts, building trust among all stakeholders and communities involved, and ultimately producing better and more satisfying results* ».p.1.

compliqué porte un potentiel de conflit du fait d'une relation dégradée. Cependant, si l'attention est portée à la relation selon notamment les mesures évoquées précédemment, les parties peuvent compter sur le fait que seuls les *wicked problems* nécessitent un traitement selon les nouvelles méthodes de résolution de problème. Il demeure toutefois, que la conception des protocoles de réponses à ces problèmes simples et compliqués doit faire l'objet d'une discussion collaborative. En effet elle offre l'opportunité à moindre coût d'une part de co-construire les solutions et ainsi des liens de confiance entre parties prenantes, et d'autre part de développer une logique collaborative – comme état d'esprit et mise en œuvre des processus de gouvernance collaborative. Et cet entraînement sera grandement utile pour le traitement de *wicked problems* qui apparaîtront nécessairement d'un contexte aussi complexe qu'un projet d'investissement. Il est d'ailleurs fortement probable que problèmes simples, compliqués et *wicked problems* se superposent, soient concomitants et émergent selon un rythme rapide, une dynamique qui en brouille les distinctions. C'est pourquoi, en dépit d'une tentative de standardisation qui reste importante, il est crucial que le processus d'échanges et de délibérations entre parties prenantes reflète cette dynamique complexe des projets d'investissement.

Il a été évoqué la nature des *wicked problems*, et particulièrement la difficulté cognitive pour les comprendre, puis celle pratique de formuler des réponses adaptées de la part des parties prenantes et pour les preneurs de décision pour gérer ces problèmes. A ce titre, Roberto Echandi affirme : « [t]he complexity and nature of investor-State disputes make it unlikely for the average citizen to effectively participate in the resolution of these high-stake issues. Critical decisions involving these disputes are made by those with the highest levels of responsibility—government leaders to executives of multinational companies. Yet these decisions profoundly affect all stakeholders because of the systemic nature of FDI »⁸⁸⁸. C'est la raison selon laquelle, pour Mariana Hernandez-Crespo Gonstead, les communautés locales doivent être associées aux échanges et délibérations entourant ces questions stratégiques. Pour cette auteure, les communautés locales doivent être impliquées dans les échanges et délibérations, non seulement parce que les réponses fournies les impacteront, mais aussi car elles peuvent contribuer utilement à ces réflexions : « (...) the role community can play has to be reconceptualized from being part of the problem, to being an essential part of the solution. (...) [in order to use] the

⁸⁸⁸ Voir en ce sens la conclusion de ECHANDI, Roberto, HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *Innovative Strategies for Conflict Management: Improving Investor-State Relations to Propel Global Growth* 17 U. ST. THOMAS L.J. 201, 2021, disponible à l'URL : <https://ir.stthomas.edu/ustlj/vol17/iss2/1>

untapped (yet rich) potential of communities—including the creative skills and natural teamwork that often are developed due to a lack of resources »⁸⁸⁹.

Pour arriver à cela l'auteure recommande le recours à l'*Appreciative Inquiry*, une méthode déjà évoquée dans le cas d'étude présenté par Nancy Roberts. Pour l'auteure l'intérêt de cette méthode est de faciliter un changement de perception mutuelle des parties qui s'opère par le fait de se concentrer sur la présentation de leurs points forts respectifs, et de construire un plan d'actions sur leur base afin que chacun puisse contribuer, et en conséquence que l'ensemble des parties prenantes mesure leurs apports à la relation et au succès du projet d'investissement :

« AI [Appreciative Inquiry] assumes that there is untapped potential to be developed. Problem-solving ends when a problem no longer exists. AI promotes ongoing improvement even after initial potential has been achieved. This is due to the fact that aligning strengths generates the necessary motivation for continued development. Only systems that foster a relationship of satisfaction between all parties (focuses on relationship) will maximize the benefit for the investors, community, and government—an essential ingredient to a successful long-term relationship. To this end, AI could provide a frame of reference for understanding and addressing the role that civil society can play in investor-State conflict management »⁸⁹⁰.

De notre point de vue les approches de l'*Appreciative Inquiry* et du *Legal Design* sont complémentaires. Au cœur de l'*Appreciative Inquiry* se trouve l'idée de développement du potentiel des acteurs. Une ambition est formulée, et les acteurs sont invités à « rêver » leur futur idéal, puis à concevoir des actions concrètes pour tendre vers celui-ci basées sur leurs ressources et points forts. De notre point de vue, cette approche est à mettre en place dès le début de projet d'investissement, afin de développer l'inclusivité et l'aspect participatif de sa gouvernance. Afin également de changer le regard que les parties prenantes posent sur le projet et sur elles-mêmes. Cette méthode est donc très utile pour créer un cadre propice au développement d'une relation collaborative entre les parties prenantes. En revanche, son application nous semble plus difficile pour gérer concrètement les désaccords lors de leur survenance -et ces motifs peuvent exister dès le début du projet, voire le précéder- et concilier les intérêts des parties prenantes.

⁸⁸⁹ HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *A New Chapter in...*, op.cit., p.577.

⁸⁹⁰ HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *ibid*, p.578.

Pour cela, le *Legal Design* semble plus indiqué puisqu'il vise spécifiquement une résolution de problème dans un esprit de conciliation entre ce qui est souhaité par les parties - la conciliation de leurs besoins et intérêts- ce qui est faisable selon les contraintes existantes, et la prise en compte de critères éthiques et de durabilité. En conséquence les deux approches peuvent être utilisées de manière complémentaire. L'important étant que le processus d'échanges et de délibération favorise l'inclusivité et de fait la transdisciplinarité indispensable dans le contexte multiculturel d'un projet d'investissement ; ainsi qu'une dynamique d'échange. En effet, étant donné que le projet de cessera de produire des motifs de désaccord, il convient que le processus d'échanges et de délibérations puisse se produire de manière continue ou tout de moins régulière, afin de pouvoir modeler des solutions, qui ne sont souvent que des équilibres temporairement acceptables entre les intérêts, les besoins et les points de vue de acteurs ; et qui doivent donc être revues successivement dans le temps durant le cycle du projet⁸⁹¹.

Finalemment on peut relever qu'un processus inclusif de ce type présente l'avantage de l'interdisciplinarité et de la transversalité également d'un point de vue des divers savoirs techniques indispensables au succès de projets d'investissement. Dans ce sens, Roberto Echandi fait remarquer que l'interprétation des actes du gouvernement jugés illégaux par l'investisseur est souvent limité au champ de compétences des services devant lesquels ils sont portés : « (...) *it is very likely that the agency concerned may assess the problem raised by the investor exclusively in terms of its field of competence and policy priorities, rather than in terms of the potential liability derived from an IIA* ». A ce titre également la gouvernance collaborative offre potentiellement un bénéfice pour l'interprétation des problèmes soulevés, puis pour éclairer la prise de décision des acteurs.

⁸⁹¹ Pour des développements sur la capacité du processus de *Design* à limiter l'expression des rapports de forces entre les parties dans les échanges et délibérations, et à limiter les biais des participants voir : LYONS, Glenn, *The Driverless Cars Emulsion: Using participatory foresight and constructive conflict to address transport's wicked problems*, Futures, Volume 136, 2022, 102889, ISSN 0016-3287, <https://doi.org/10.1016/j.futures.2021.102889>, : « *Countering such biases, particularly in the context of social media, is challenging and calls for "tools and systems that present arguments from multiple viewpoints" (Vydiswaran, Zhai, Roth, & Pirolli, 2015: 1656). Diversity of input to dialogue is an important part of addressing wicked problems (Cuppen, 2012). Notwithstanding the persuasiveness of different individuals within a group, Sunstein suggests depolarisation may be achieved if a group is comprised of sub-groups holding opposing views and "if members have a degree of flexibility in their positions" (Sunstein, 2002: 180). He emphasises the importance of Design in deliberations that helps ensure any movement of opinion within a group is because of learning as opposed to group dynamics* ». p.6.

Ce qui conduit au second processus, qui est celui de la prise de décision sur la base des échanges et délibérations des parties.

2- *Le processus de prise de décision*

Le processus d'échanges et de délibérations a plusieurs objectifs dont favoriser des liens de confiance entre les acteurs, leur responsabilisation dans le projet, ou encore leur compréhension des décisions stratégiques prises afin de susciter leur coopération, même parfois s'ils n'y adhèrent pas. Cet objectif est lié à celui de voir une solution à un désaccord adoptée, c'est le résultat d'un dialogue nommé « agnostique » par certains auteurs : « (...) *adversaries share a common symbolic space and they recognize, to some degree, the legitimacy of the claims of their opponents*” while remaining in disagreement about interpretation, such that a “conflictual consensus” exists »⁸⁹². C'est par exemple ce qui est recherché au cours du processus de médiation et qui permet une bascule de l'état d'esprit des parties, d'un état réactif dans lequel les émotions dominent, à un état constructif. En effet, les parties par l'entremise du médiateur comprennent les motivations de l'autre partie et le schéma de pensées l'ayant conduit à agir de la manière dont elle l'a fait. Le médiateur cherche cette compréhension mutuelle des parties leur permettant de dire : « *je comprends même si je ne suis pas d'accord* ». Il apparaît alors clairement que ce n'est pas le consensus qui est attendu mais une capacité à reconnaître la légitimité d'une décision prise puisqu'elle est fondée sur un processus d'échanges et de délibérations collaboratif qui a favorisé la prise en compte des diverses perspectives.

On se rappellera que la recherche de consensus était au cœur de la difficulté de mise en œuvre pratique des idées Pluralistes-Vertes, et que la nature même des *wicked problems* rend extrêmement difficile voire impossible l'atteinte d'un consensus. Alors il semble que cette vue et les méthodes concrètes d'application que permet le *Legal Design* pourraient fournir une solution pragmatique à la mise en œuvre d'une gouvernance collaborative dans les projets d'investissement. Cependant, l'État et l'investisseur peuvent avoir la volonté d'ouvrir tout ou partie du processus décisionnel aux communautés locales, en particulier pour l'implémentation sur le terrain des décisions stratégiques prises par l'État d'accueil et l'investisseur selon une formule de « cogestion de projet » décentralisée. Dans ce cas l'analyse des *Multi Stakeholders*

⁸⁹² MOUFFE, Chantal, *An agonistic approach to the future of Europe*, *New Literary History*, 43 (4), 2012, pp. 629-640, [10.1353/nlh.2012.0038](https://doi.org/10.1353/nlh.2012.0038), cité par LYONS, Glenn, *The Driverless Cars Emulsion: Using participatory foresight and constructive conflict to address transport's wicked problems*, *Futures*, Volume 136, 2022, 102889, ISSN 0016-3287, <https://doi.org/10.1016/j.futures.2021.102889>, p.5.

Partnerships révèle différents processus de prise de décisions qui peuvent servir d'inspiration pour la gouvernance des projets d'investissement.

Ainsi, dans certains *Multi Stakeholders Partnerships* afin de limiter l'expression des rapports de force, une structure de « chambres » est mise en place dans lesquelles les acteurs sont groupés, et chaque chambre bénéficie d'une seule voix. Dans d'autres cas, un conseil de gouvernance est créé dans lequel chaque groupe d'acteur est représenté à égalité afin d'obtenir un équilibre des voix. Ce mécanisme qui peut s'accompagner d'un système de rotation dans la représentation des parties prenantes dans les instances décisionnelles. Finalement, une fois adoptées, les décisions doivent être implémentées dans un mouvement continu tout au long de la gestion du projet d'investissement.

3- *Le processus d'implémentation*

Il a été évoqué la décentralisation de la gestion de projet, permettant une mise en œuvre locale des décisions stratégiques prises conjointement par le gouvernement et l'investisseur, formant une sorte de cogestion ou multigestion de projet avec les représentations locales de l'État, de l'investisseur et les communautés locales. Cette implémentation décentralisée offre le bénéfice en termes de gouvernance de permettre des boucles d'apprentissage entre les divers niveaux du système qu'est le projet d'investissement ; et donc de développer l'apprenance des acteurs. Ainsi, les parties peuvent être informées des effets des solutions adoptées, ou de nouvelles informations non prises en compte jusque-là, et adapter leur gestion de projet de manière itérative. Dans ce sens, au cœur du processus de *Legal Design* se trouve cette idée d'itération, permise grâce aux boucles d'apprentissage successives. Il était ainsi relevé en critique des mécanismes actuels de prévention et de *management* des conflits d'investissement le manque de suivi des effets des mécanismes après leur mise en place. En ce sens intégrer dans le processus de gouvernance collaborative cette observation des effets des décisions de gouvernance et l'accompagner d'une adaptabilité continue est essentiel à l'efficacité des mécanismes de prévention et de *management* des conflits et plus globalement au succès du projet d'investissement.

Outre l'observation du projet et des effets des décisions, le recours à une gestion prospective du projet au travers par exemple d'un outil également utilisé en *Legal Design* qui est celui de la formulation de *scenarii* permet de tester l'impact des décisions prises sur le projet et sur cette base tirer des conclusions et adapter la gestion de projet. Enfin, outre l'adaptation

des solutions implémentées, les parties peuvent souhaiter adapter leurs mécanismes mêmes de gouvernance aux évolutions du projet d'investissement grâce à la collecte des effets de leur décisions. Cela peut être une adaptation du processus de délibération et d'échanges par exemple si de nouveaux acteurs sont identifiés, ou celui de prise de décisions en fonction de la nature du problème ou du résultat obtenu précédemment, ou encore l'adaptation peut se situer dans le recours aux divers modes de résolution de problèmes à leur disposition voire de résolution de conflits en cas de dégradation de la situation.

Dans ces derniers développements nous avons exploré les modalités que pouvait prendre une gouvernance collaborative de projets d'investissement en Afrique sub-saharienne. Il a été abordé la structure que cette gouvernance pourrait prendre autour de trois critères que sont l'inclusion de toutes les parties prenantes, la mise en place d'un réseau d'interactions et la participation dans l'élaboration et la mise en œuvre du cadre du projet. Il a été relevé l'importance de favoriser des points de contact entre les parties afin que se créent et se maintiennent entre elles des liens relationnels ainsi que fonctionnels. L'objectif est double : améliorer le climat qui entoure les projets d'investissement, ainsi que la capacité des parties à œuvrer ensemble à un objectif commun de manière efficace. Au sein de cette structure de gouvernance, des processus peuvent être utilisés afin d'aller également dans ce sens. Ils sont au nombre des trois : un processus d'échanges et de délibérations, un processus de prise de décisions et enfin un processus d'implémentation.

Ces processus cherchent à favoriser la compréhension et l'adhésion des parties aux décisions prises soit de manière participative, soit de manière hiérarchique. En effet, au vu de la nature des projets d'investissements comme un système adaptatif complexe et des problématiques qu'ils soulèvent comme des *wicked problems*, un consensus est jugé impossible. Pour autant, les processus mis en œuvre doivent permettre au maximum la prise en compte des diverses vues des parties prenantes, et une prise de conscience des acteurs en ce sens et à ce titre permettre d'augmenter la légitimité de la gestion de projet tout en permettant l'avancement. Ces processus tendent également à favoriser, dès que cela est possible et souhaitable, une décentralisation de la gestion de projet afin de favoriser des solutions adaptées à la réalité du terrain et aux besoins des communautés. C'est donc par la mise en œuvre de type de gouvernance collaborative que les inévitables désaccords pourront être gérés d'une manière efficace et éviter autant que possible leur dégradation en conflit puis en différend. De plus, nous sommes d'avis que le recours au *Legal Design* combiné au *Dispute System Design* peut

contribuer efficacement à la mise en place d'une telle gouvernance. L'exercice ne serait probablement pas aisé, cependant face à l'ampleur des enjeux (financiers, économiques, humains), il semble s'imposer.

Au cours de ce dernier titre il a été évoqué les conditions de transformation du *Système de résolution des différends d'investissement*, et la nécessité d'un processus décentralisé, participatif, dynamique, innovant et transdisciplinaire afin de tenir compte de la nature du *Système* comme d'un système adaptatif complexe. Il a ensuite été évoqué qu'à ce titre le *Systemic Legal Design* pouvait constituer un processus utile, notamment dans sa capacité à mettre les éléments de contexte et de culture des parties prenantes au centre du processus. Les développements suivants ont permis d'explorer dans quelle mesure le recours par les acteurs du *Système* au *Systemic Legal Design* permettrait d'expérimenter une nouvelle méthode de résolution de problème, tout à la fois efficace, et ouvrant la voie à un changement d'état d'esprit et donc de culture de ces acteurs. En effet, la pratique du *Systemic Legal Design*, au travers de mécanismes intégrés au sein des organisations des parties prenantes -notamment des États, des investisseurs, et des organismes de financement et de développement- pourrait amener à davantage d'empathie et de connaissance des divers acteurs et de leurs besoins, et ainsi faciliter le passage d'une logique défensive à une logique de co-construction de la relation d'investissement. Finalement, la dernière section de ce titre a permis d'aborder l'expression du paradigme consensuel au travers d'une gouvernance participative des projets d'investissement. Cette gouvernance peut alors se manifester par une structure impliquant l'ensemble des parties prenantes, de leur définition commune du cadre du projet et d'un réseau d'interactions favorisant les échanges réguliers et efficaces. Cette gouvernance peut en outre s'exprimer au travers de trois processus que sont le processus d'échange et de délibération, le processus de prise de décision et finalement le processus d'implémentation.

Au cœur de ces développements se trouve une idée dont la complexité est manifeste en ce qu'elle est tout à la fois l'*input*, la variable d'entrée, et l'*output*, la variable de sortie du *Système*. Elle s'inscrit dans une boucle de rétroaction selon une caractéristique de la dynamique des systèmes adaptatifs complexes évoquée précédemment. C'est-à-dire que la transformation du *Système* requiert un changement de paradigme, et qu'afin d'obtenir ce changement de paradigme il convient de changer le *Système*. En d'autres termes, l'adoption d'un état d'esprit, d'une culture de la collaboration – le paradigme consensuel- par les acteurs, est tout à la fois le résultat et le moyen de cette transformation. De la même manière que le chirurgien dont les bons résultats dépendent de sa confiance dans ses capacités à opérer, une confiance qui vient de ses expériences passées positives et inversement, il convient de pratiquer la collaboration pour en appréhender les vertus et l'adopter. Pour reprendre les mots de Nancy Roberts : « (...)

*people have to fail into collaboration*⁸⁹³ », mais ils doivent aussi réussir dans la collaboration pour changer d'état d'esprit et ancrer de nouvelles habitudes, qui progressivement, par effet d'émergence sont susceptibles de transformer le *Système* dans sa globalité. Et ces nouvelles pratiques doivent prendre place aux diverses échelles du *Système* que sont les projets d'investissement et au niveau multilatéral, ainsi qu'au sein même des acteurs du *Système*, au travers de mécanismes et pratiques intégrés à leurs organisations.

Une dernière considération pour conclure ce titre concerne la faisabilité d'une telle proposition, notamment en termes de difficulté pratique et des ressources nécessaires. La question mérite de plus amples développements et nous ne proposons ici que quelques considérations limitées. Tout d'abord, considérant la spécificité des méthodes et de l'état d'esprit du *Design*, on peut s'interroger sur la nécessité de voir des *designers* inclus dans un projet de *Legal Design* dans notre contexte. Il semble évident que cela serait utile, voire indispensable. Car si les outils et méthodes du *Design* peuvent s'apprendre relativement facilement, et de nombreuses ressources gratuites sont accessibles sur Internet ou *via* la littérature spécialisée, en revanche, développer le bon regard, le bon état d'esprit, est plus difficile. Les *designers* s'y entraînent pendant des années, il s'agit d'un processus qui prend du temps, mais qui reste cependant accessible au travers d'une pratique régulière et d'une immersion continue dans l'univers de la matière. Margaret Hagan explique ainsi : “[d]esign doesn't live only as the province of professional designers who have studied it for years. (...) The process is learnable, and it is also learnable in stages and modules, as is useful to certain parts of their own practice (...) Design is a muscle you can build through practice”⁸⁹⁴. Toutefois, il existe une importante différence d'état d'esprit entre celui des juristes et des *designers*, qui leur rend l'exercice difficile. C'est une des carences notées au sujet du *Dispute System Design* quand il est pratiqué par des juristes⁸⁹⁵. En conséquence associer des *designers* aux divers processus garantirait leur efficacité.

⁸⁹³ ROBERTS, Nancy, *Wicked problems and Network...*, op. cit., p. 12.

⁸⁹⁴ Ibid, part 1

⁸⁹⁵ Voir par exemple : “As much of the DSD literature focuses on construction of quasi-judicial systems, often the designer brings a legal training that supports their authority for final decision-making power in the design of a system”. L. B. Bingham (Designing justice: Legal institutions and other systems for managing conflict. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 24(I), 1–50., 2008) et Rogers, N., Bordone, R., Sander, E., & McEwen, C., *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2019, cités par MILLER, Alyson, *What Human-Centered Design Can Tell Us About the State of Dispute Systems Design*, op. cit., p.49.

Par ailleurs, il serait souhaitable d'inclure le *Design Thinking* dans la formation des juristes, en formation initiale et/ou par l'apprentissage continu⁸⁹⁶. Par exemple au travers des formations professionnelles et obligatoires des personnels administratifs, ou des juristes d'entreprise au sein des services juridiques des investisseurs. Ou encore cette formation pourrait être associée à l'effort actuellement mené par les acteurs du *Système* tel que le CIRDI qui vise à créer un vivier de praticiens en matière de médiation d'investissement. Les liens avec la médiation ont déjà été fait et en ce sens, certains juristes ont déjà nombres des compétences attendues pour la pratique du *Legal Design* lorsqu'ils exercent comme facilitateurs, négociateurs ou médiateurs. Ces juristes sont amenés à développer leurs capacités de résolution de problèmes collaborative, créative et innovante ; des qualités similaires à celles du *Design Thinking*. Ce qui signifie qu'un réservoir potentiel de *Legal designers* existe, et qu'il existe une cohérence entre ces divers domaines – médiation et *Legal Design*- leur apprentissage et leur exercice.

Par ailleurs, une partie de la recherche qui serait nécessaire pour de nombreux projets de *Legal Design* est en partie déjà disponible. En conséquence, les projets d'application du *Legal Design* aux sujets concernant la transformation du *Système de résolution des différends d'investissement* pourraient en être facilités, et être ainsi plus accessibles pour ceux qui seraient tentés d'expérimenter ces nouvelles approches. En effet, la communauté académique, ainsi que des praticiens très actifs, publient régulièrement des données et des analyses sur ces sujets. C'est la voix experte évoquée plus tôt. Cette recherche déjà disponible constitue de précieuses fondations pour comprendre le contexte et les enjeux du *Système*. Dans le même sens, de nombreuses propositions de solutions ont déjà été exposées, ce qui pourrait constituer les bases d'une idéation riche.

⁸⁹⁶ Il conviendrait en outre que ces praticiens pratique une veille dans le domaine, car le *design* comme de nombreuses disciplines, est en évolution constante et rapide. Par exemple, la gamification, le biomimétisme, ou encore l'utilisation des technologies comme l'intelligence artificielle sont de plus en plus utilisés.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le Futur du Système de résolution des différends d'investissement

Pour achever cette thèse, un retour au temps nous paraît intéressant. En introduction nous évoquons l'importance du temps sur les systèmes institutionnels et juridiques. En particulier, nous abordons l'idée que l'évolution de la société et des gouvernements peut conduire au besoin de réexamen des institutions et systèmes juridiques : « (...) *societies and governments evolve, there are inevitably challenging transitional periods that require a re-examination of the foundations upon which a system was founded* »⁸⁹⁷. Et particulièrement, ce travail de thèse soutient l'idée que la globalisation du monde et la complexification qui s'en suit pousse les acteurs du système des investissements à adopter un nouveau paradigme pour la résolution de leurs conflits et la gestion de leurs projets d'investissement : le paradigme consensuel. Nous soutenons en ce sens que ce mouvement de complexification est un moteur de transformation, et qu'il s'accompagne d'une tendance pour la collaboration comme moyen d'y faire face. Nous avons également évoqué les signaux faibles qui signalaient au début des années 2010 la montée de cette tendance exprimée au travers notamment d'un attrait croissant pour la médiation d'investissement et pour le *Dispute System Design*. Enfin, si dans cette thèse nous proposons des pistes de réflexion pour favoriser le développement de ce paradigme consensuel, nous sommes également d'avis que le potentiel de changement de cette tendance à la complexification ne s'est pas encore complètement exprimé. Et qu'en outre, cette tendance n'est pas la seule à avoir un impact sur le système des investissements, et par extension sur le *Système de résolution des conflits d'investissement*.

La globalisation -ou mondialisation- est aujourd'hui reconnue comme une mégatendance (*megatrend* en anglais), c'est-à-dire une tendance structurelle, dont les effets s'étalent sur un temps long, et à une échelle mondiale et systémique. D'autres mégatendances sont : celle à l'intégration c'est-à-dire la coopération des États au-delà du simple abatement des frontières que comprend la globalisation⁸⁹⁸, le changement climatique, l'urbanisation ou

⁸⁹⁷ FRANK, S. D., *Challenges Facing Investment Disputes...*, op. cit.

⁸⁹⁸ Voir par exemple : LEBEDEVA, Marina M., *Modern megatrends of world politics*, Mirovaia ekonomika i mezhdunarodnye otnosheniia, 2019, vol. 63, no 9, p. 29-37.

encore...la dé-globalisation⁸⁹⁹. Toutes ces tendances et d'autres encore ont un impact sociétal à l'échelle mondiale et en conséquence sur les systèmes sociaux et leur gouvernance. C'est pourquoi elles sont aujourd'hui de manière croissante prises en compte dans les politiques publiques. Or, l'impact d'une tendance comme celles listées ne peut pas être planifié ou prédit, puisqu'elle va toucher à des systèmes sociaux adaptatifs complexes dont les dynamiques ne sont pas linéaires. Alors de plus en plus d'organisations multilatérales telles que l'OCDE, l'Union Européenne, des agences onusiennes⁹⁰⁰ ainsi que des gouvernements⁹⁰¹ recourent à la prospective (*Strategic Foresight* en anglais).

La prospective est « *la production et l'usage d'approches raisonnées du futur pour éclairer l'action présente. C'est aussi une attitude par rapport à l'avenir qui considère celui-ci comme non entièrement déterminé, mais en large partie à construire* »⁹⁰². Elle est utilisée dans le domaine de la gouvernance publique pour « *s'engager dans une gouvernance anticipée et identifier les défis et opportunités potentiels* »⁹⁰³. En ce y compris par des États pour guider

⁸⁹⁹ Voir par exemple : PERMAL, Sumathy, *Cascading effect of COVID-19: de-globalisation and its impact on global governance*, Australian Journal of Maritime & Ocean Affairs, 14:3, pp.220-228, DOI: [10.1080/18366503.2021.1962080](https://doi.org/10.1080/18366503.2021.1962080), 2022.

⁹⁰⁰ « A review of the literature indicates that foresight initiatives have been undertaken around the world by a wide range of international development actors including international intergovernmental organisations, governments in the global North, philanthropic foundations, as well as academia and civil society organisations (CSOs) in the North and South. Examples of foresight initiatives can be found at the national, regional or global level in sectors such as health, agriculture and food, governance, conflict and security, climate change and the environment, technology and innovation. However, documentation on foresight initiatives undertaken in least developed countries is relatively sparse. The level of resources invested in foresight initiatives ranges from minimal cost to US\$24m spent on a large-scale international project such as the Millennium Ecosystem Assessment in 2005. The OECD Secretariat, EU Commission, United Nations Development Programme (UNDP) and UNESCO all have dedicated futures research units. United Nations (UN) agencies have sponsored many high-profile foresight exercises to explore concerns and problems that transcend national boundaries, such as the Global Environment Outlook (GEO5) and the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). The UN supported an extensive online participatory policymaking foresight exercise in Latin America (Hilbert, Miles and Othmer 2009), and in the early 1990s UNDP provided technical support to 25 national studies of long-term perspectives, such as Burundi Vision 2025. The UK Foresight Programme has in recent years generated a significant number of evidence reviews on thematic areas of relevance to international development, such as food and farming, disasters, migration, and infectious diseases. The UK's Foresight Horizon Scanning Centre has supported horizon scanning activities in a wide range of UK government departments, including the Department for International Development (DFID). » in BINGLEY, Kate, *A Review of Strategic Foresight in International Development*, EVIDENCE REPORT No 94 Policy Anticipation, Response and Evaluation, Institute of Development Studies 2014, accessible à l'URL : <https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/bitstream/handle/20.500.12413/4379/ER94%20A%20Review%20of%20Strategic%20Foresight%20in%20International%20Development.pdf?sequence=3&isAllowed=y>, pp.4-5.

⁹⁰¹ Le Royaume-Uni, Singapour et les Pays-Bas en sont les précurseurs, voir par exemple : HABEGGER, Beat, *Strategic foresight in public policy: Reviewing the experiences of the UK, Singapore, and the Netherlands*, Futures, Volume 42, Issue 1, 2010, pp.49-58, ISSN 0016-3287.

⁹⁰² Définition donnée par la Société française de prospective, voir : <https://www.societefrancaisedeprospective.fr/prospective/>

⁹⁰³ « (...) to engage in anticipatory governance and identify potential future challenges and opportunities » in BORGES DE CASTRO, Ricardo, Conseiller member du « *Strategic Foresight to the European Political Strategy Centre* », Foreword, in WILKINSON, Angela, *Strategic Foresight: A Primer*, European Political

leur politique d'accueil d'investissements étrangers⁹⁰⁴. L'apport de la prospective réside dans la capacité à projeter les évolutions des tendances actuelles ou anticiper les changements à venir :

« *We are living in an era of faster and fundamental changes, with uneven impacts on geographies and generations. The pace of social change and technology innovation is accelerating and outpacing governance systems: capitalism 5.0, a fourth Industrial revolution – and diplomacy 2.0 and Bretton Woods 1.0! How can institutional innovation keep pace with technological advances and enable whole societies to flourish in an era of inevitable surprise and increasing social complexity? Rather than relying on experts to forecast the numbers and predict what will happen next, the interaction of inertia and innovation creates the perfect cocktail for using an approach called strategic foresight.*

These situations also show that, while data-rich, model-based forecasting, is the foundation of evidence-based policy, it cannot be relied on for decision-making in situations characterised by 'TUNA' conditions⁹⁰⁵ (...) Yet societies across the world are facing a growing list of globally connected 'TUNA' challenges »⁹⁰⁶.

Les liens avec le *Systemic Legal Design* sont nombreux en ce que les deux méthodes développent une approche systémique, inclusive et participative, et sont parfois utilisées de manière complémentaire. Il nous semble en conséquence, que les acteurs du *Système de résolution des conflits d'investissement* pourraient bénéficier d'une telle démarche afin d'inclure des aspects de prospective dans le *design* institutionnel du *Système*, ainsi que dans la gouvernance de leurs projets. Cela leur permettrait ainsi d'intégrer des éléments de flexibilité et d'adaptabilité dans ces *designs*, afin que ces-derniers restent pertinents et résilients en dépit du rythme de plus en plus rapide de changements au sein des acteurs et de leurs systèmes. Cette dimension prospective est, à notre connaissance, absente du *Systemic Legal Design* (en dépit de l'aspect de durabilité), elle aurait pourtant l'avantage d'éviter que le *Système* n'évolue plus

Strategy Centre, Novembre 2017, accessible à l'URL :

https://cor.europa.eu/Documents/Migrated/Events/EPSC_strategic_foresight_primer.pdf

⁹⁰⁴ Voir par exemple : SHIRVANI, N. M., Darvishi, S. F., IJABI, Ebrahim, AMIN, A. Z. (2019). Strategic Foresight by Scenario Method, for Attracting Foreign Investment in Iran by 2041.

⁹⁰⁵ « **TUNA' conditions** » correspond à : « *Turbulence, unpredictable Uncertainty, Novelty and Ambiguity* ». Un acronyme similaire à celui de « VUCA » déjà évoqué.

⁹⁰⁶ Ricardo BORGES DE CASTRO, Ricardo, Foreword, in WILKINSON, Angela, *Strategic Foresight: A Primer*, op.cit., p.1. On peut noter les similarités entre ce que l'auteur appelle des « TUNA challenges » et les *wicked problems* abordés dans la thèse.

vite que ses mécanismes de gouvernance et que ceux-ci ne doivent trop souvent être remis à l'aire du temps, ou dans les mots de Henry Ward Beecher : « *set to true time* »⁹⁰⁷.

⁹⁰⁷ BEECHER, Henri Ward, cité par FRANK, Susan D., *ibid.*

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

ALTER, Karen J., *The New Terrain of International Law*, Princeton University Press, 2014, 480 p. accessible en ligne à l'URL : <https://muse.jhu.edu/book/36548>

AMSLER, Lisa Blomgren, MARTINEZ, Janet K., SMITH, Stephanie E., *Dispute System Design: Preventing, Managing, and Resolving Conflict*, Stanford University Press, 2 juin 2020, 536 p.

ANGHIE, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2004, 380 p.

AUDIT, Mathias, BOLLÉE, Sylvain, CALLÉ, Pierre, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2nd édition, L.G.D.J.-Précis Domat, 2016, 812 p.

BAH, Thierno M., *Guerre, Pouvoir et Société dans l'Afrique précoloniale*, Thèse pour le Doctorat d'État es Lettres, Université Paris Sorbonne, 1985

BECK, Don E., COWAN, Christopher C., *Spiral Dynamics: Mastering Values, Leadership and Change*, 1996, 352 p.

BEN HAMIDA, Walid, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, [FOUCHARD, Philippe (dir)], thèse de doctorat en droit privé, Paris II, 2003, 728 p.

BEN HAMIDA, Walid, HARELIMANA, Jean-Baptiste, NGWANZA, Achille, *Un demi-siècle africain d'arbitrage d'investissement CIRDI, Regards rétrospectifs et prospectifs*, Paris, LGDJ, 2019, 402 p.

BLOHORN-BRENNEUR, Béatrice, *La médiation pour tous*, Médias & Médiations, Broché, 2013, 144 p.

BLOMGREN AMSLER, Lisa, MARTINEZ, Janet, SMITH, Stephanie E., *Dispute System Design: Preventing, Managing, and Resolving Conflict*, Stanford University Press, 2020, 536 p.

BRASSEUL, Jacques, *Histoire économique de l'Afrique tropicale, Des origines à nos jours*, Armand Colin, 2016, 342 p.

BROWN, Tim, *Change by Design, Revised and Updated: How Design Thinking Transforms Organizations and Inspires Innovation*, Harper Business, 2019, 304 p.

BÜHRING-UHLE, Christian, *Arbitration and Mediation in International Business (Second Edition)*, International Arbitration Law Library, Volume 13, Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2006

CACHARD, Olivier, *Droit du commerce international*, L.G.D.J., 3^e éd., 2018

CARRE, Philippe, *L'Apprenance : vers un nouveau rapport au savoir*, Dunod, 2005, 224 p.

CASTI, John, *Complexification: Explaining A Paradoxical World Through the Science of Surprises*, London Harper Collins, 1994, 168 p.

CARREAU, Dominique, JUILLARD, Patrick, *Droit international économique*, 6^{ème} édition, 2017, 944 p.

CONSTANTINO, Cathy A., MERCHANT, Christina S., *Designing conflict management systems: A guide to creating productive and healthy organizations*. Jossey-Bass: San Francisco, CA., 1996, 252 p.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, 320 p.

DREYFUSS, Henry, *Designing for People*, Alworth Press, 2003, 288 p.

DUPUY, Pierre-Mary, KERBRAT, Yann, *Précis de Droit international public*, 16ème éd., Dalloz, 994 p.

DUPUY, René-Jean, *Le droit international*, Presse Universitaires de France, 1990, 128p.

EL ISSA, Rayyan, *La place contestée de l'arbitrage international en droit de l'investissement* [SERAGLINI, Christophe (dir.)], Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris Sarclay, 2023, 764 p.

EL KADI, Omar, *L'arbitrage international entre le droit musulman et le droit positif Français et Egyptien*, Thèse de doctorat, Université de Paris XI, 1984

EOYANG, Glenda H., HOLLADAY, Royce J., *Adaptive Action, Leveraging Uncertainty in Your Organization*, Stanford University Press, 2013, 264 p.

FINDLAY, Ronald, O'ROURKE, Kevin H., *Power and Plenty: Trade, War, and the World Economy in the Second Millennium*, Princeton U. Print., The Princeton Economic History of the Western World, 2007, 648 p.

FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes: negotiating agreement without giving in*, Penguin Books 1981- 1991 ; 3rd ed., 2011, 240 p.

HAGAN, Margaret, *Law by Design*, E-book, 2017, disponible à l'URL : <https://www.lawbydesign.co/>

HIRSCHMAN, Albert O., *Exit, Voice, and Loyalty - Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Harvard University Press, 1970, 162 p.

HOFSTADTER, Douglas R., *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une guirlande éternelle*, trad. française, Paris, Interéditions, 1985, 884 p.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, 376 p.

LAAZOUZI, Malik, *Les contrats administratifs à caractère international*, Economica, 2008, 522 p.

LAHER, Rudy, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, Mare & Martin, 2016, 1046 p.

LALOUX, Frédéric, *Reinventing organizations- A guide to Creating Organizations Inspired by the Next Stage of Human Consciousness*, Ed. Française de 2015, Ed. Diateino, 484 p.

LEMAIRE, Sophie, *Les contrats internationaux de l'Administration*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence LGDJ, Bibliothèque de Droit privé, tome 433, 2005, 379 p.

LIGNIÈRES, Paul, *Partenariats public-privé*, 2nd édition, Litec, 2005, 440 p.

MACINTOSH, Robert, MACLEAN, Donald, STACEY, Ralph, GRIFFIN, Douglas, *Complexity and Organization, Readings and Conversations*, Routledge, 312 p.

MILES, Kate, *The origins of international investment law: empire, environment, and the safeguarding of capital*, Cambridge University Press, 2013, 464 p.

de NANTEUIL, Arnaud, *Droit international de l'investissement*, 3^e éd., Paris, Pedone, 564 p.

NGWANZA, Achille, LHUILIER, Gilles (éd), *Le contentieux extractif*, ICC, 2015, 252 p.

PEKAR LEMPEREUR, Alain, SALZER, Jacques, COLSON, Aurélien, *Méthode de Médiation*, Dunod, Paris, 2008, 270 p.

POULSEN, Skovgaard L. N., *Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality*, A thesis submitted to the Department of International Relations of the London School of Economics and Political Science for the degree of Doctor of Philosophy, London, June 2011, accessible à l'URL : http://etheses.lse.ac.uk/141/1/Poulsen_Sacrificing_sovereignty_by_chance.pdf

REED, John, *Appreciative Inquiry-Research for change*, Sage publication, 2007, 219 p.

ROULAND, Norbert, *Anthropologie juridique*, 1988, Collection Droit Fondamental, PUF, 128 p.

SCHACHTER, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, Developments in International Law, Volume: 13, Brill, 1991, 432 p.

St JOHN, Taylor, *The Rise of Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2018, 285 p.

STOPPIONI, Edoardo, *Le Droit Non Écrit Dans Le Contentieux International Économique: Une Analyse Critique de Discours*, Brill Nijhof, 2021, 696 p.

WILBERT, Ken, *A Brief History of Everything*, Boston: Shambhala Publications, 1996, 273p., Edition francophone : *Une brève histoire de tout*, Boucherville, Mortagne, 1997.

II. RAPPORTS

BAH, Thierno, [MATOKO, Edouard (dir.)], *Les fondements endogènes d'une culture de la paix en Afrique, Mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique noire*. Thierno, UNESCO, 1999, pp.21-43.

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie, BREWIN, Sarah, *L'extinction des traités bilatéraux d'investissement*, Séries des bonnes pratiques de l'IISD – mars 2020

CAZALA, Julien, *La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI*. In: *Annuaire français de droit international*, volume 58, 2012. pp. 551-565,

DOI : <https://doi.org/10.3406/afdi.2012.4694>, www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2012_num_58_1_4694

Center For Social Responsibility in Mining, *The ABC of Social Responsibility in Mining: A Manual on how to obtain Social Consensus in the Extractive Sector*, février 2016, accessible à l'URL : <https://www.csrmining.org.au/media/docs/1332/the-abc-of-social-responsibility-in-mining.pdf>

CHAVANNE, Bruno, « *Bilan et perspectives des privatisations en Afrique francophone* », Genève, Organisation Internationale du Travail, Document 1 F IPPRED-1 F

CLODFELTER, Mark, *Why Aren't More Investor-state Treaty Disputes Settled Amicably?*, in UNCTAD, 2011, *Investor-state Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, Proceedings of the Washington and Lee University and UNCTAD Joint Symposium on International Investment and Alternative Dispute Resolution, 29 Mars 2010, Lexington,

Virginia, USA (New York, NY: United Nations, 2011) UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, p.38

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED/UNCTAD),

Différends entre investisseurs et États : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage, NU, 2010, 165p.

JOUBIN-BRET, Anna, KNOERICH, Jan (Eds), *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, United Nations: New York and Geneva, 2009, http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20108_en.pdf

Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration (New York and Geneva: United Nations), 2010

Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II: Proceedings of the Washington and Lee University and UNCTAD Joint Symposium on International Investment and Alternative Dispute Resolution, le 29 Mars 2010, Lexington, Virginia, United States of America (New York and Geneva: United Nations), 2011

Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, 3, U.N. Doc. UNCTAD/DIAE/IA/2009/11, U.N. Sales No. E.10.II.D.11, 2010, disponible à l'URL: http://www.unctad.org/en/docs/diaeia200911_en.pdf

LÉVESQUE, Céline, *Preliminary Legal Assessments of Investor Claims as a Tool to "Fitting the Forum to the Fuss,"* in *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, U.N. DOC. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, at 77–80, 29 mars 2010

The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment in Developing Countries, xi, U.N. Doc. UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, U.N. Sales No.E.09.II.D.20, 2009, disponible à l'URL: http://www.unctad.org/en/docs/diaeia20095_en.pdf

The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries, UN Doc UNCTAD/DIAE/IA/2009/5, UN Sales No E.09.II.D.20, 2009

Series on Issues in International Investment Agreements 1st Edition (United Nations, édité par JOUBIN-BRET, Anna, 1998-2005)

Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, IIA Issues Note No2, Juin 2013

Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, United Nations: New York and Geneva, (United Nations, édité par JOUBIN-BRET, Anna, KNOERICH, Jan) 2009, http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20108_en.pdf

KUMBERG, Wolf, *Making Mediation Mainstream: An Application for Investment Treaty Disputes*, in *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, U.N. DOC. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, at 71–76, 29 Mars 2010

International Bar Association, International Bar Association Mediation Committee, State Mediation Subcommittee, *IBA Rules for Investor-State Mediation*, 29 ICSID Rev., 2014, pp.1-16, disponible à l'URL: <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/29/1/1.full.pdf+html>

Société Financière Internationale (IFC), *Dialogue avec les Parties Prenantes : Le Manuel des bonnes pratiques pour les entreprises réalisant des affaires sur les marchés en développement*,

mai 2007, accessible à l'URL : https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/1e7c35df-4828-4e49-bd9b-6a80063232bb/IFC_StakeholderEngagement_French.pdf?MOD=AJPERES&CVID=jqeEXQE

International Mediation Institute (IMI), *Competency Criteria for selecting Investor-State Mediators, Consolidated Comments Final 8 Mars 2016*, disponible à l'URL : <https://imimediation.org/wp-content/uploads/2022/03/IMI-Investor-State-Mediation-Competency-Criteria.pdf>

Fondation Friedrich EBERT, *Les privatisations au Cameroun : bilan et perspectives*, Yaoundé, janvier 1995, p.7 et ss

HORCHANIE, Ferhat, Séminaire sur les accords internationaux d'investissement et le règlement des différends investisseurs/pays d'accueil, Rabat 5-7 juin 2013

MASON, Simon, RYCHARD, Sandra, *Conflict Analysis Tools*, Swiss Agency for Development and Cooperation, SDC Conflict Prevention and Transformation Division (COPRET), décembre 2005, disponible à l'URL : <https://css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/Conflict-Analysis-Tools.pdf>

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE),

Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Éditions OCDE, 2011 disponible à l'URL : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115439-fr>

Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif, Éditions OCDE, Paris, disponible à l'URL : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264264243-fr>

Responsible business conduct for institutional investors: Key considerations for due diligence under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2017

SHIN, Hi-Taek, *An Ombudsman as One Avenue Facilitating ADR and Socio-Cultural Factors Affecting ADR, in Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, U.N. DOC. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, pp.97–101, 2010

SYLLA, Lanciné, *Démocratie de l'arbre à palabre et bois sacré* (Essai sur le pouvoir parallèle des sociétés initiatiques africaines). Annales de l'Université d'Abidjan, Série D, t. 13, 1980

United Nations Interagency Framework Team for Preventive Action, *Extractive Industries and Conflict, Toolkit And Guidance For Preventing And Managing Land And Natural Resources Conflict*, 2012

United Nations Human Rights (Office of the High Commissioner), *The Corporate Responsibility To Respect Human Rights, An Interpretive Guide*, HR/PUB/12/02, UN, 2012

Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), *Les fondements endogènes d'une culture de la paix en Afrique, Mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits en Afrique noire*, UNESCO, 1999

World Bank Group [WBG], *Retention and Expansion of Foreign Direct Investment (Vol. 2): Political Risk and Policy Responses*, at 24, 33 (Sandra Lynne Gain et al. eds., 2019), <https://documents1.worldbank.org/curated/en/387801576142339003/pdf/Political-Risk-and-Policy-Responses.pdf>

YONA, Shamir, RAN, Kutner, *Alternative dispute resolution approaches and their application*, 2003, 51 p., SC.2003/WS/43, issTechnical documents in hydrology: PC-CP series, 7, [32], UNESCO p3.

III. ARTICLES ET CHAPITRES D'OUVRAGES

ABBOTT, Roderick, ERIXON, Fredrik, FERRACANE, Martina Francesca, *Demystifying investor-state dispute settlement (ISDS)*, Ecipe Occasional Paper, No. 5/2014 disponible à l'URL : https://ecipe.org/wp-content/uploads/2014/12/OCC52014_1.pdf

ADAMCZEWSKI, Amandine, JAMIN, Jean-Yves, LALLAU, Benoît, TONNEAU, Jean-Philippe, *Investissements ou accaparements fonciers en Afrique ? Les visions des paysans et de la société civile au Mali*, Développement durable et territoires [En ligne], Vol. 3, n° 3 | Décembre 2012, mis en ligne le 09 décembre 2012, consulté le 07 avril 2022. Disponible à l'URL : <http://journals.openedition.org/developpementdurable/9424> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/developpementdurable.9424>

AISBETT, Emma, *Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation Versus Causation*, in Karl P Sauvant and Lisa E Sachs (eds), *The Effects of Treaties on Foreign Direct Investment*, OUP, 2009

ALLEN Richard, "New Year, New Rules: How Singapore and Stockholm are vying for a piece of the investment arbitration pie", *GlobalArbitrationNews*, Janvier 2017

ALSCHNER, Wolfgang, SKOUGAREVSKIY, Dmitriy, *Rule-takers or Rule-makers ? A New Look at African Bilateral Investment Treaty Practice*, 2016, 13(4) *Transnatl Disp Mgmt*, disponible à l'URL : www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2357

AL TAMIMI & COMPANY, *A New York convention for mediation may be coming soon*, 2015

ALVAREZ, José Enriqu , *Mythic Courts*, iCourts Working Paper Series, no. 2014, 2020, disponible à l'URL : <https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2020/10/Alvarez-Mythic-courts.pdf>

AMSELEK, Paul, *Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1978, n 1, p.13

AMSLER BLOMGREN, Lisa, MARTINEZ, Janet K., SMITH, Stephanie E., *Christina Merchant and the state of dispute system design*, *Conflict Resolution Quarterly*, 33 (S1), S7-S26, 2015

AMSLER BLOMGREN, Lisa, *The Dispute Resolver's Role Within a Dispute System Design: Justice, Accountability, and Impact*, *University of St. Thomas Law Journal*, 13, 168, 2017

AMSLER BLOMGREN, Lisa, AVTGIS, Alexander B., JACKMAN, Michael S., *Dispute System Design and Bias in Dispute Resolution*, *SMUL Review*, 70, 913., 2017

ANGELET, Nicolas,

Post-Award ADR and Restitution, TDM 1, 2014, disponible à l'URL : <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

Alleviating the Disruptive Nature of Investment Arbitration. Some Remarks on Restitution and Post-Arbitration ADR, TDM 2014, vol. 11, p. 5.

ANGHIE, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, 2004, disponible à l'URL : https://assets.cambridge.org/97805218/28925/frontmatter/9780521828925_frontmatter.pdf

ANSOFF, Igor, *Managing Strategic Surprise by Response to Weak Signals*, *California Management Review*, 18(2), pp.21–33, 1975, <https://doi.org/10.2307/41164635>

APSAN FREDIANI, Alexandre, *Re-imagining Participatory Design: Reflecting on the ASF-UK*, *Change Design Issues* 32, 2016

AUTY, Richard M., *Sustaining Development In Mineral Economies: The Resource Curse Thesis 1-7* (1993) ; in *A New Chapter In Natural Resource- Seeking Investment: Using Shared Decisions System Design (“SDSD”) To Strengthen Investor-State And Community Relationships*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution* [Vol. 18:551]

BACQUÉ, Myriam, *Chronique consacrée à la médiation*, Les cahiers pratiques de l’Argus de l’Assurance, juillet 2012

BALATE, Éric, DREXL, Josef, MÉNÉTREY, Séverine, ULLRICH, Hanns , *Le droit économique entre intérêts privés et intérêt général, Hommage à Laurence Boy*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille - P.U.A.M., 2016.

BANNER, David K., *Book Review: Reinventing Organizations: A Guide to Creating Organizations Inspired by the Next Stage in Human Consciousness by Frederic Laloux*, *Journal of Social Change*, Volume 8, Issue 1, Pages 73–77, Walden University, School of management, 2016

BEN HAMIDA, Walid,

L’arbitrage transnational face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions , in F. HORCHANI (Dir.), *Où va le droit de l’investissement ? Désordre normatif et recherche d’équilibre*, Paris, Pedone, 2006

La Dénonciation de la Convention Cirdi en Amérique Latine : Significations et Conséquences, RBA, n°30 - Abr-Jun/2011-Doutrina internacional, pp. 66-93

BISCHOFF, Jan Asmus, *Initial hiccups or more? About the efforts of the EU to find its future role in international investment law*, TDM 1, 2014, disponible à l’URL : <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

BLOOMER, Elizabeth, *Rethinking Rights and Responsibilities in Investor-State Dispute Settlement: Some Model International Investment Agreement Provisions*, disponible à l’URL : <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

BOUHEROUA, Saïd, *Foundation of mediation in Islamic law and its contemporary application*, Department of Islamic Law, Ahmad Ibrahim Kulliyah of Law, International Islamic University Malaysia (IIUM)

BOURCIER Danièle, *Sciences juridiques et complexité. Un nouveau modèle d’analyse in Droit et cultures* [En ligne], 61 | 2011-1, mis en ligne le 18 octobre 2011, Disponible à l’URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/2390> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/droitcultures.2390>

BRETONÈS, Daniel, *Notes de lecture, Vie & sciences de l’entreprise*, 2015/2 (N° 200), p. 148-155. DOI : 10.3917/vse.200.0148. Disponible à l’URL : <https://www.cairn.info/revue-vie-et-sciences-de-l-entreprise-2015-2-page-148.htm>

BRETT, Jeanne, GOLDBERG, Stephen, URY, William, *Getting disputes resolved*, p.3-19, 1988

BULLOCK, Ryan C., HANNA, Kevin S., *Community Forestry: Local Values, Conflict and Forest Governance*, Cambridge University Press, 192p., 2012

BUSSE, Matthias, KÖNIGER, Jens, NUNNENKAMP, Peter, *FDI promotion through bilateral investment treaties: more than a bit?*, *Review of World Economics / Weltwirtschaftliches Archiv*, Vol. 146, No. 1 (April 2010), pp. 147-177

CAMPBELL, Chris, NAPPERT, Sophie, NOTTAGE Luke, *Assessing Treaty-based Investor-State Dispute Settlement: Abandon, Retain or Reform?*, TDM 1, 2014, disponible à l’URL : <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

CARABIBER, Charles, *L'évolution de l'arbitrage commercial international*, in Académie de Droit international, Recueil des Cours, 1960-I, Tome 99

COE, Jack J. Jr.,

Towards a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes—A Preliminary Sketch, 12 UC Davis J. Int'l. L. & Pol'y 7, 2005

Settlement of Investor-State Disputes through Mediation—Preliminary Remarks on Processes, Problems and Prospects, in R. Doak Bishop (ed.), *Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns*, New York: Huntington, JurisNet LLC, 2009

Transparency in the Resolution of Investor-State Disputes – Adoption, Adaptation, and NAFTA Leadership, 54 Kan. L. Rev. 1339, 2006

CONGLIANESE, Cary, *Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking*, L.J. 1255, 1997

CONKLIN, Jeff, « *Wicked Problems and Social Complexity*. », CogNexus Institute, 2001

CONSTAIN, Silvia, *Mediation in Investor–State Dispute Settlement: Government Policy and the Changing Landscape*, 29 ICSID Rev. 25-40, 2014, disponible à l'URL :

<http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/29/1/25.full.pdf+html>

COUSSI, Olivier, « *Projets d'investissement étranger et système d'innovation territorial. Quelles leçons pourrions-nous tirer des pays émergents ?* », *Prospective et stratégie*, 2016/1 (Numéro 7), p. 13-38. DOI : 10.3917/pstrat.007.0013. Disponible à l'URL :

<https://www.cairn.info/revue-prospective-et-strategie-2016-1-page-13.htm>

CREO, Robert A., *Mediation: The Art and the Artist*, 108 PENN ST. L. REV. 1017, 1031-45, 2004

DENTONI, Domenico, BITZER, Verena, SCHOUTEN, Greetje, *Harnessing Wicked Problems in Multi-stakeholder Partnerships*, *Journal of Business Ethics*, 150:333-356, 2018, disponible à l'URL : <https://link.springer.com/article/10.1007/s10551-018-3858-6>

DIENG, Amadou, *Approche culturelle des ADR en OHADA*, *Journal Africain du Droit des Affaires* (1), 2011

DOSSOU, Robert, *La pratique de l'arbitrage en Afrique*, in *L'OHADA et les Perspectives de l'Arbitrage en Afrique*, Travaux Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement, volume 1, p. 125 et ss.

DURUIGBO, Emeka, *The World Bank, Multinational Oil Corporations, And The Resource Curse In Africa*, Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2014

DUROSELLE, Jean-Baptiste, *Les conflits entre États et compagnies privées*. Note introductive . In: *Revue française de science politique*, 17^e année, n°2, 1967. pp. 286-293. www.persee.fr/doc/rfsp_0035-2950_1967_num_17_2_418485, p.287 et 288

ECHANDI, Roberto,

Complementing Investor-State Dispute Resolution: A Conceptual Framework for Investor-State Conflict Management, chapitre in *Prospects In International Investment Law And Policy: World Trade Forum 270* (Roberto Echandi & Pierre Sauvé eds., 2013) disponible à : <https://www.cambridge.org/core/books/abs/prospects-in-international-investment-law-and-policy/complementing-investorstate-dispute-resolution-a-conceptual-framework-for-investorstate-conflict-management/981A6A7936D1948C872C0EB3F2439DC4>

Investor-State Conflict Management: A Preliminary Sketch, TDM 1, 2014, disponible à l'URL: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

Straightening the Purpose of International Investment Law from Litigation to Consolidating Relationships: The Role of Investor-State Conflict Management Mechanisms, 17 U. ST. THOMAS L.J. 240–41, 2021 disponible à l'URL : <https://ir.stthomas.edu/ustlj/vol17/iss2/3/>

Towards a New Approach to Address Investor-State Conflict: Developing a Conceptual Framework for Dispute Prevention, Working Paper No 2011/46| August 2011, Swiss National Centre OF competence in Research, accessible à l'URL : https://www.wti.org/media/filer_public/9a/ff/9aff3b9e-50e9-4aa6-af06-49edf2b2c904/wp_2011_46_echandi.pdf

ECHANDI, Roberto, HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, LODOEN, Maureen, *Innovative Strategies for Conflict Management: Improving Investor-State Relations to Propel Global Growth*, 17 U. St. Thomas L.J. 201, 2021

ECHANDI, Roberto, KHER, Priyanka, *Can International Investor–State Disputes be Prevented? Empirical Evidence from Settlements in ICSID Arbitration*, 29 ICSID Rev. 41-65 2014, available at <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/29/1/41.full.pdf+html>

ECHANDI, Roberto, HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana, *Investor-State Conflict Management*, chapitre in Elgar Encyclopedia Of International Economic Law 335, 337 (Thomas Cottier & Krista Nadakavukaren Schefer eds., 2017) 410

EDMANDS, P., GILBERT, Tobin, *Africa Down Under Conference, When the Rules Change- the Legal and Social complexity of Partnering*, 6-8 September 2017, Perth, Western Australia

FOUCHARD, Philippe, *L'évolution des modes de règlement des litiges du commerce international*, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle*, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec, 2001, 6p.

FARAG, Marwa, *Arbitration Reform Efforts: Are Reformers Wasting a “Once-in-a-Lifetime” Opportunity?*, Kluwer Arbitration Blog, du 4 juin 2021, disponible à l'URL : <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/06/04/arbitration-reform-efforts-are-reformers-wasting-a-once-in-a-lifetime-opportunity/>

FARRELL, Robert, HOOKER, Cliff, *Design, science and wicked problems*, Design Studies, Volume 34, Issue 6, 2013, Pages 681-705, ISSN 0142-694X, <https://doi.org/10.1016/j.destud.2013.05.001>

FAURÉ, Christian, « *Wicked Problems* », *les problèmes fourbes du Design*, article du 19 mai 2020 accessible à l'URL : <http://www.christian-faure.net/2020/05/19/wicked-problems-les-problemes-fourbes-du-design/>

FOSTER, George K., *Investors, States, and Stakeholders: Power Asymmetries in International Investment and the Stabilizing Potential of Investment Treaties*, 17 Lewis & Clark Law Review 361, 2013

FRANCK, Susan D.,

Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements, Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series #1427590, 2008

Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration, 50 Harv. Int'l L.J. 435, 2009

Integrating Investment Treaty Conflict and Dispute Systems Design, 92 Minn. L. Rev., 2007, p.161.

Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, contenu du Symposium tenu le 29 Mars 2010, UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8, disponible à l'URL : <http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=318>

The Past, Present, and Future of Investment Treaty Conflict Management and Dispute Systems Design, 17 University of Saint Thomas Law Journal 345, 2021, disponible à l'URL : https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/1996

Using Investor–State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide, 29 ICSID Rev. 66-89, 2014, disponible à l'URL : <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/29/1/66.full.pdf+html>

FRANCK, Susan, JOUBIN-BRET, Anna (eds.),

Investor–State Mediation: A Simulation, 29 ICSID Rev. 90-111, 2014, disponible à l'URL : <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/29/1/66.full.pdf+html>

U.N. Conference on Trade and Dev., *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*, U.N. Doc. UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2010/8 (2011)

GAILLARD, Emmanuel, BANIFATEMI, Yas, MC NEILL, Mark S., RYAN, Christopher M., SHARPE, Jeremy K., WEISBURG, Henri, *Trans-Pacific Partnership Agreement includes new Investor-State Dispute Settlement protections*, Lexologie, Octobre 2015

GAUKRODGER, David, GORDON Kathryn, *Inter-Governmental Evaluation of Investor-State Dispute Settlement: Recent Work at the OECD-hosted Freedom of Investment Roundtable*, TDM 1, 2014, at <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

GERTZ, Geoffrey, JANDHYALA, Srividya, POULSEN, Lauge N. Skovgaard, *Legalization, Diplomacy, And Development: Do Investment Treaties De-Politicize Investment Disputes?*, World Development Volume 107, July 2018, Pages 239-252

GLASL, Friedrich, *The Process of Conflict Escalation and Roles of Third Parties*. In: Bomers, G.B.J., Peterson, R.B. (eds) *Conflict Management and Industrial Relations*. Springer, Dordrecht, 1982, disponible à l'URL : https://doi.org/10.1007/978-94-017-1132-6_6

GONZALEZ, Garcia, LUIS, Alberto, *Making impossible investor-State reform possible*, TDM 1 2014, disponible à l'URL : <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

GRAVE, Clare, *Levels of Existence: An Open System Theory of Values*, Journal of Humanistic Psychology, 1970

GUDGEON, Scott K., *United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purposes, and General Treatment Standards*, 4 Intl Tax & Bus L 105, 111–2., 1986

HABEGGER, Beat, *Strategic foresight in public policy: Reviewing the experiences of the UK, Singapore, and the Netherlands*, Futures, Volume 42, Issue 1, 2010, pp.49-58, ISSN 0016-3287

HAFTEL Yoram Z., THOMPSON, Alexander, *When Do States Renegotiate International Agreements: The Case of Bilateral Investment Treaties*, avril 2013

HASSAN, Zaid , *Is Teal The New Black? Probably Not*, 2015, disponible à l'URL : <https://social-labs.org/is-teal-the-new-black/>

HSU, Locknie, *Investor-State Dispute Settlement Reform – Examining the Formative Aspect of Investment Treaty Commitments: Lessons from Commercial Law and Trade Law*, TDM 1 2014, disponible à l'URL: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

HEAD, Brian W., XIANG, Wei-Ning, *Why is an APT approach to wicked problems important?*, *Landscape and Urban Planning*, Volume 154, 2016, Pages 4-7, ISSN 0169-2046, <https://doi.org/10.1016/j.landurbplan.2016.03.018>

HERNANDEZ-CRESPO GONSTEAD, Mariana,

Building the Latin America we want: Supplementing representative democracies with consensus building, *Cardozo Conflict Resolution Journal*, 10(2), 426–490., 2008

A New Chapter in Natural Resource-Seeking Investment: Using Shared Decisions System Design (SDSD) to Strengthen Investor-State and Community, *Cardozo J. Conflict Resolution Journal*, 18, 551., 2017

Introduction to the Symposium: Leveraging on disruption: The potential of dispute system design for justice, accountability, and impact in our global economy, *University of St. Thomas Law Journal*, 13(2), 159., 2017

Remedy Without Diagnosis: How to Optimize Results by Leveraging the Appropriate Dispute Resolution and Shared Decision-Making Process, 88 *Fordham L. Rev.* 2165, 2020, disponible à l'URL: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol88/iss6/5>

A New Playbook to Win Without Compromise: Executive Strategies to Leverage Culture and Conflict, Unlock the Power of Unity, and Satisfy All, 17 *U. St. Thomas L.J.* 785, 2022

HOWARD, Anna, *Investor-State Mediation : Who Will Be At The (Top) Table ?*, *Kluwer Arbitration Blog*, publication en date du 16 octobre 2020

HUGHES, Scott H., *Understanding Conflict in a Postmodern World*, 87 *MARQ. L. REV.* 681, 2004

INNES, Judith E., BROOHER, David E., *Collaborative rationality as a strategy for working with wicked problems*, *Landscape and Urban Planning journal* 154, p.8-10, 2016

JACKWELL, Feris, *A fair share approach equals success in the extractives industry*, Septembre 2015

JANEBA, Eckhard, *Regulatory Chill and the Effect of Investor State Dispute Settlements*, 2019, CESifo Working Paper Series No. 6188, Disponible à SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2887952>

JOHNSON, Lise, COTULA, Lorenzo, *Guest Post: Pragmatism and Flexibility in UNCITRAL Working Group III: Too Much of a Good Thing?*, *INT'L ECON. L. & POL'Y* (Feb. 5, 2020), at <https://ielp.worldtradelaw.net/2020/02/guest-post-pragmatism-and-flexibility-in-uncitral-working-group-iii-too-much-of-a-good-thing.html>

JOLIVET Emmanuel, ROMERO, Eduardo Silva, GRISEL, Florian, *Aux origines de l'arbitrage commercial contemporain : l'émergence de l'arbitrage CCI (1920- 1958)*, *Revue de l'Arbitrage*, 2016, pp. 403 – 444

JONES, Gregory T., *Dynamical Jurisprudence: Law as a Complex System*, 24 *Ga. St. U. L. Rev.*, 2012, disponible à l'URL: <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol24/iss4/6>

JOUBIN-BRET, Anna,

International Investment Law and Development, Sustainable Development in World Investment Law, 2011

First Tailored Rules for Investor-State Mediation – Draft for Comment Prepared by the International Bar Association State Mediation Subcommittee, 5 N. Y. Disp. Resol. Lawyer, 2012

Les nouvelles règles IBA de médiation entre investisseurs et Etats : un outil au service du règlement des différends investisseur-Etat, Les Cahiers de l'Arbitrage 2013-14

La médiation au secours du contentieux international des investissements, in (auteur) Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits, Larcier, 2015

JOUBIN-BRET, Anna, BJORKLUND, Andrea, RIPINSK, Sergey, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*, 2014, disponible à l'URL: https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2013d2_en.pdf

JOUBIN-BRET, Anna, LEGUM, Barton, *A Set of Rules Dedicated to Investor-State Mediation: The IBA Investor-State Mediation Rules*, 29 ICSID Rev. 17-24, 2014, disponible à l'URL: <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/29/1/17.full.pdf+html>

JOUBIN-BRET, Anna, KALICKI, Jean, *Introduction TDM Special issue on "Reform of Investor-State Dispute Settlement: In search of a Roadmap"*, 2014, disponible à l'URL: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

KALICKI, Jean, *Mediation of Investor-State Disputes: Revisiting the Prospects*, Kluwer Arbitration Blog, publication du 4 Juin 2013, disponible à l'URL: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/06/14/mediation-of-investor-state-disputes-revisiting-the-prospects/>

KARTON, Joshua, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: Lessons from International Uniform Law*, TDM 1, 2014, disponible à l'URL: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

KATZ, Menachem et Al., *Lifting The Oil Curse: Improving Petroleum Revenue Management In Sub-Saharan Africa*, 2004

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, *L'arbitrage d'investissement entre contrat et traité, entre intérêts publics et privés*, Texte d'une conférence prononcée le 24 juin 2004 au Centre libanais d'arbitrage à Beyrouth

KELSEY, Jane, MOHAMADIEH, Kinda, *UNCITRAL fiddles while countries burn, Global and Regional Order*, Third World Network et Friedrich-Ebert-Stiftung (ed.), Septembre 2021, accessible à l'URL : <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/genf/18297.pdf>

KEMICHA, Fathi, *The Approach to Mediation in the Arab World*, Texte présenté lors de la Conférence internationale sur la médiation, Genève. Suisse, 29 mars 1996

KEMP, Deanna, BOND, Carol J., *Mining Industry Perspectives on Handling Community Grievances Summary and Analysis of Industry Interviews*, Ctr. For Soc. Resp. Mining, avril 2009

KERNER, Andrew, LAWRENCE, Jane, *What's the Risk? Bilateral Investment Treaties, Political Risk, and Fixed Capital Accumulation*, British Journal of Political Science 44 (1):107–21, 2014

KESSEDJIAN, Catherine, VAN AAKEN, Anne, LIE, Runar, MISTELIS, Loukas, 'Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement', Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16, 5 Mars 2020, disponible à l'URL : www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/

KHALIFA, Fatma, *Mediation Use in ISDS*, TDM 1, 2014, disponible à l'URL: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

KHILNANI, Sunil, *La « société civile », une résurgence*, Critique internationale, vol. no 10, no. 1, 2001, pp. 38-50. Disponible à l'URL : <https://www.cairn.info/revue-critique-internationale-2001-1-page-38.htm>

KIM, Rakhyun E., MACKEY, Brendan, *International Environmental Law as a Complex Adaptive System*, 14 INT'L ENVTL. AGMTS.: POL. L. & ECON. 5, 2014

KIZER, Karin, SHARPE, Jeremy, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: The US Experience*, TDM 1, 2014, disponible à l'URL : <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

KOOROSHI Jaakko, LAHN Glada, LEE Bernice, STEVENS Paul, *Conflict and Coexistence in the Extractive Industries*, A Chatham House Report, Novembre 2013

KOVAR, Robert, *La « congolisation » de l'Union Minière du Haut Katanga*, In: Annuaire français de droit international, volume 13, 1967. pp. 742-781, DOI : <https://doi.org/10.3406/afdi.1967.1958>, disponible à l'URL : www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1967_num_13_1_1958

KUPFER SCHNEIDER, Andrea,

Error Correction and Dispute System Design in Investor-State Arbitration, 5 Penn St. Y.B. On Arb. & Mediation, 2013

How Does DSD Help Us Teach About Community Conflict (and How Can Community Conflict Help Illustrate DSD)?, 13 UNIV. ST. THOMAS L.J. 370, 2017

Investment Disputes—Moving Beyond Arbitration, in Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement, Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, Marcelo G. KOHEN, Jorge E. VIÑUALES (eds). (Leiden: Koninklijke Brill NV), 2013

Not Quite a World Without Trials: Why International Dispute Resolution Is Increasingly Judicialized, J. DISP. RESOL. 119, 2006.

LADREIT DE LACHARRIÈRE, Guy, *L'influence de l'inégalité de développement des États sur le droit international*, Volume 139, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, première publication en 1973, accessible à l'URL : http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028604247_04

LANDHEER, Bartholomeus, *Les théories de la sociologie contemporaine et le droit international*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Volume 92, première publication en 1957, Accessible à l'URL : https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789028612921_04

LEBEN, Charles, *La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements*, Annuaire Français de Droit International, 2004, CNRS Éditions, Paris disponible à http://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2004_num_50_1_3816

LEGUM, Barton, JOUBIN-BRET, Anna, *A Set of Rules Dedicated to Investor–State Mediation: The IBA Investor–State Mediation Rules*, 29 ICSID Rev., 2014, p.17-24, disponible à l'URL : <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/29/1/17.full.pdf+html>

LEGUM, Barton, JOUBIN-BRET, Anna, MANASSYAN, Inna, *Rules for Investor-State Mediation – Draft Prepared by the International Bar Association State Mediation Subcommittee*, in *Prospects in International Investment Law and Policy*, ECHANDI, Roberto, SAUVÉ, Pierre (eds.) (Cambridge: Cambridge U. Press,) p.265-269.

- LEGUM, Barton, *The Difficulties of conciliation in Investment Treaty Cases: A Comment on Professor Jack C. Coe's 'Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes—A Preliminary Sketch'*, 21 Mealey's Int. Arb. Report, 2006
- LEMERCIER Claire, SGARD Jérôme, Arbitrage privé international et globalisation(s). [Rapport de recherche] 11.11, Mission de Recherche Droit et Justice; CNRS; Sciences Po. 2015. halshs-01158980
- LESTER, Simon, *Liberalization or Litigation? Time to Rethink the International Investment Regime*, TDM 1, 2014, disponible à l'URL: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>
- LIPSKY, David, B., SEEBER, Ronald L., AVGAR, Ariel C., *From the negotiating arena to conflict management*, Negotiation Journal, 31(4), 2015, p.405-413.
- LIPSKY, David, B., SEEBER, Ronald L., FINCHER, Richard D., *Emerging systems for managing workplace conflict*. San Francisco, CA: Josey-Bass, 2003
- LYONS, Glenn, *The Driverless Cars Emulsion: Using participatory foresight and constructive conflict to address transport's wicked problems*, Futures, Volume 136, 2022,102889, ISSN 0016-3287, <https://doi.org/10.1016/j.futures.2021.102889>
- MAHIOU, Ahmed, *La Communauté Économique Africaine*, dans l'Annuaire Français de Droit International, 1993, numéro 39, pp.798-819
- MATTHEWS, Ben, DOHERTY, Skye, WORTHY, Peter, REID, Janine, *Design thinking, wicked problems and institutioning change: a case study*, CoDesign, 2022, DOI: 10.1080/15710882.2022.2034885
- MARTÍNEZ, Eric, MOLLICA, Francis, GIBSON, Edward, *Poor writing, not specialized concepts, drives processing difficulty in legal language*, Cognition, Volume 224, 2022, 105070, ISSN 0010-0277, accessible à l'URL : <https://doi.org/10.1016/j.cognition.2022.105070>.
- MEADOW, Donella, *Leverage Points, Places to Intervene in a System*, Sustainability Institute, 1999, disponible à l'URL : https://1a0c26.p3cdn2.secureserver.net/wp-content/userfiles/Leverage_Points.pdf
- MILLER, Ashley, *What Human-Centered Design Can Tell Us About the State of Dispute Systems Design*, A Master's Project Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Arts In Dispute Resolution in the School of Public Administration, University of Victoria, 2019
- MOUSLI Marc, *Éloge du conflit. Mary Parker Follett et le conflit constructif*, *Négociations*, 2005/2 (n° 4), p. 21-33. DOI : 10.3917/neg.004.0021. Disponible à l'URL : <https://www.cairn.info/revue-negociations-2005-2-page-21.htm>
- MORIN, Edgard, *Épistémologie de la complexité*, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 1984, n°1, p. 47
- MORIN, Jean Frédéric, PAUWELYN, Joost, HOLLWAY, James, *The Trade Regime as a Complex Adaptive System: Exploration and Exploitation of Environmental Norms in Trade Agreements*, 20 J. INT'L ECON. L. 365, 2017
- MURPHY, Philippe, *Wicked Problems as Complex Adaptive Systems in Local Policy Network*, texte de travail en vue d'un workshop, 20p., disponible à l'URL: <https://www.ippapublicpolicy.org/file/paper/5b31701b26467.pdf>
- NANWANI, Suresh,

Problem Projects: Addressing and Resolving Them Through Mechanisms and Other Avenues,

Directions in Reshaping Accountability Mechanisms in Multilateral Development Banks and Other Organizations, 5 GLOBAL POL'Y 242, 244, 2014,

Holding Multilateral Development Banks to Account: Gateway and Barriers, 10 INT'L COMM. L. REV. 199, pp.210–21.

NITSCHKE, Frauke, *The IBA's Investor–State Mediation Rules and the ICSID Dispute Settlement Framework*, 29 ICSID Rev. 112-132, 2014, disponible à l'URL: <http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/29/1/112.full.pdf+html>

NGO, Quoc Chien, LY, Van Anh, *Le chalandage de traités à l'épreuve des accords d'investissement de nouvelle génération*, Revue internationale de droit économique, 2017/3 (t. XXXI), p. 85-108. DOI : 10.3917/ride.313.0085. Accessible à l'URL : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2017-3-page-85.htm>

NGUYEN, Thang Tu, QUYNH VU, Thi Chau, *Investor-State Dispute Settlement from the Perspective of Vietnam: Looking for a 'Post-Honeymoon' Reform*, TDM 1, 2014, disponible à l'URL: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

NGWE, Marie-Andrée, DELIGNY MALCHAIR, Marion *La propension des États africains à résoudre leurs litiges d'investissement à l'amiable*, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 34, Issue 2, Spring 2019, PP. 388-410, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siz009>

NOLAN, Michael, *Challenges To The Credibility Of The Investor-State Arbitration System*, American University Business Law Review, Vol. 5, No. 3 2018, disponible à l'URL: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/aubl/vol5/iss3/6>

NURBEL Alain, AHAMADA, Ibrahim, *Investissements directs étrangers entrants et développement : l'enjeu de la capacité d'absorption*, Mondes en développement, 2008/3 (n° 143), p. 79-96. DOI : 10.3917/med.143.0079, accessible à l'URL : <https://www.cairn.info/revue-mondes-en-developpement-2008-3-page-79.htm>

ODUMOSU, Ibronke T., *Revisiting NGO Participation in WTO and Investment Dispute Settlement: From Procedural Arguments to (Substantive) Public Interest Considerations*, in Canadian Yearbook of International Law/Annuaire Canadien de Droit International, 44, 353-394., 2007, doi:10.1017/S006900580000905X , accessible à l'URL : <https://www.cambridge.org/core/journals/canadian-yearbook-of-international-law-annuaire-canadien-de-droit-international/article/abs/revisiting-ngo-participation-in-wto-and-investment-dispute-settlement-from-procedural-arguments-to-substantive-public-interest-considerations/4050076448DDC4B8A7DE043EDC6FADAA>

OFODILE, Uche Ewelukwa, *Africa and the System of Investor-State Dispute Settlement: To Reject or Not to Reject?*, TDM 1, 2014, disponible à l'URL: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

OKOBI, Nkiru, *The Umbrella Clause: A panacea for contractual instability? A look at production sharing contracts*, University of Dundee, 2009

OLIVET, Cecilia, EBERHARDT, Pia, *Profiting from injustice, How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Report Nov. 2021, accessible à l'URL : <https://www.tni.org/en/briefing/profitting-injustice>

ONWUAMAEGBU, Ucheora, *The Role of ADR in Investor-state Dispute Settlement: The ICSID Experience*, News from ICSID 22:2 (2005) 12

OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel,

Le système juridique entre ordre et désordre, Paris, PUF, 1988, p. 105-111.

De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ?, dans Chaim Perelman et la pensée contemporaine, Textes rassemblés par G. HAARSCHER, Bruxelles, BRUYLANT, 1993, p. 127 et s.

De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ?, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 44, no. 1, 2000, pp. 1-82

PARRA, Antonio,

Advancing Reform at ICSID, TDM 1, 2014, disponible à l'URL:
<http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

The History of ICSID, Second Edition, Oxford: Oxford University Press, 2017, 538 p.

PAUWELYN, Joost, *At the Edge of Chaos?: Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed*, ICSID Review, 2014, pp.372-418

PELLET, Alain, *Adieu Philippines : Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international*, Centre d'étude et de recherche en droit International, Collection des Cahiers internationaux n°20, Le droit international économique à l'aube du XXème siècle, Ed. A. Pedone, 2009, pp.97-112

PERMAL, Sumathy, *Cascading effect of COVID-19: de-globalisation and its impact on global governance*, Australian Journal of Maritime & Ocean Affairs, 14:3, pp.220-228, DOI: [10.1080/18366503.2021.1962080](https://doi.org/10.1080/18366503.2021.1962080), 2022

PETER, Jones, BOWES, Jeremy, *Rendering Systems Visible for Design: Synthesis Maps as Constructivist Design Narratives*, she ji The Journal of Design, Economics, and Innovation, Volume 3, Number 3, 2017

POSNER, Theodore, WALTER, Marguerite C., *The abiding role of State-State engagement in the resolution of investor-State disputes*, TDM 1, 2014, disponible à l'URL:
<http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

POTTS, Jonathan B., *Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization*, Virginia Journal of International Law, Volume 51, number 4, pp.1005-1047

POULSEN, Lauge,

Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries, Cambridge University Press. 2015

book review, Karl P. Sauvant, and Lisa E. Sachs. (eds). *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Eur J Int Law, 2009, 20 (3)

RAMBAUD, Patrick, *Note sur l'extension du système CIRDI*, in Annuaire français de droit international, volume 29, 1983. pp. 290-299. DOI : <https://doi.org/10.3406/afdi.1983.2554>
www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1983_num_29_1_2554

REINISCH, August, Seminar on International Investment Protection, winter semester 2006/2007, *Umbrella Clauses*, 42 p.

RIGAUX, François, *Quelques réflexions sur l'évolution constitutionnelle de la Belgique et les relations internationales*, in *Évolution constitutionnelle en Belgique et relations internationales. Hommage à Paul de Visscher*, Paris, Pedone, 1984, p.175

RITCHEY, Tom, *Wicked problems: Modelling social messes with morphological analysis*. Acta Morphologica Generalis, 2(1), 2013

RITTEL, Hans W.J., WEBBER, Melvin M., *Dilemmas in a general theory of planning*, Policy Sci 4, 155–169, 1973, disponible à l'URL: <https://doi.org/10.1007/BF01405730>

RIVKIN, David W., *The impact of international arbitration on the Rule Of Law*, 2012, 36p.

ROBERTS, Anthea, St JOHN, Taylor, *Complex Designers And Emergent Design: Reforming The Investment Treaty System*, Cambridge University Press, 2021, disponible à l'URL: <https://doi.org/10.1017/ajil.2021.57> https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/5B7691AE14B96BA197209B613118CBF9/S0002930021000579a.pdf/complex_designers_and_emergent_design_reforming_the_investment_treaty_system.pdf

ROBERTS, Nancy, *Wicked Problems And Network Approaches To Resolution*, International Public Management Review electronic Journal at <http://www.ipmr.net>, Volume 1, Issue 1, 2000 accessible à l'URL : <https://journals.sfu.ca/ipmr/index.php/ipmr/article/view/175/175>

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Proposal of changes to the system of investment dispute resolution: a contribution from South America*, TDM 1, 2014, disponible à l'URL: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

ROVINE, Arthur W. (ed.),

Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: Fordham Papers 2012 (The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2012), disponible à l'URL: <http://www.brill.com/contemporary-issues-international-arbitration-and-mediation-0>

Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: Fordham Papers 2011 (The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2011), disponible à l'URL: <http://www.brill.com/contemporary-issues-international-arbitration-and-mediation>

Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: Fordham Papers 2010 (The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2010), disponible à l'URL: <http://www.brill.com/contemporary-issues-international-arbitration-and-mediation-fordham-papers-2010>

Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: Fordham Papers 2009 (The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2009), available at <http://www.brill.com/contemporary-issues-international-arbitration-and-mediation-fordham-papers-2009>

Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: Fordham Papers 2007 (The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2007), disponible à l'URL: <http://www.brill.com/contemporary-issues-international-arbitration-and-mediation-fordham-papers-2007>

ROWE, Mary P., *Dispute resolution in the non-union environment: An evolution toward integrated systems for conflict management*. In *Workplace dispute resolution: Directions for the 21st century*, (eds.) Gleason, S.E. East Lansing: Michigan State University Press, 1997

ROWE, Mary P., BAKER, Michael, *Are you hearing enough employee concerns?*, Harvard Business Review, 62(May-June), pp.127-136, 1984 ;

ROWE, Mary P., BENDERSKY, Corrine, *Workplace justice, zero tolerance, and zero barriers*. In *Negotiations and change: From the workplace to society* (eds.) Kochan, T.A. & Lipsky, David, Ithaca: Cornell University Press, pp.117-37., 2003

RUBINS, Noah, *Comments to Jack C. Coe Jr's Article on Conciliation*, 21 Mealey's Int. Arb. Report, 2006

RUHL, John B.,

Thinking of Mediation as a Complex Adaptive System, 1997 BYU L. REV. 777, 1997

Law's Complexity : A Primer, Georgia State University Law Review, 2008

Complexity Theory as a Paradigm for the Dynamical Law-and-Society System : A Wake-Up Call for Legal Reductionism and the Modern Administrative State, 45, DUKE L.J. 849, 1996,

The Fitness of Law: using Complexity Theory to Describe the Evolution of Law and Society and its Practical Meaning for Democracy, 49 VAND L. REV. 1407, 1996,

RUHL John B., RUHL Harold J. Jr, *The Arrow of the law in Complex Administrative States: Using Complexity Theory to Reveal the Diminishing Returns and Increased Risk the Burgeoning of Law Poses to Modern Society*, 30 U.C. Davis L. REV 405, 1977

SABAHI, Borzu, LAIRD, Ian A., GISMONDI, Giovanna E., *International Investment Law and Arbitration: History, Modern Practice, and Future Prospects*, 2018, disponible à l'URL : https://www.researchgate.net/publication/323024291_International_Investment_Law_and_Arbitration_History_Modern_Practice_and_Future_Prospects

SALACUSE, Jeswald W.,

Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution, 31 Fordham Int'l L.J., 2007 415

Explanations for the Increased Recourse to Treaty-Based Investment Dispute Settlement: Resolving the Struggle of Life Against Form?, Coherence and Consistency in International Investment Law (Karl P. Sauvant ed.), 2007

SALA-I-MARTIN, Xavier, SUBRAMANIAN, Arvind, *Addressing The Natural Resource Curse: An Illustration From Nigeria 2* (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 9804, 2003

SAMB, Moussa, *Privatisation des services publics en Afrique sub-saharienne, A l'heure des bilans*, disponible à l'URL : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Privatisation_des_services_publics_en_afrique_sub-saharienne.pdf

SAUVANT, Karl P., *The importance of negotiating good contracts*, Columbia FDI Perspectives, No. 210, 9 Octobre 2017, Reprinted with permission from the Columbia Center on Sustainable Investment, disponible à l'URL: <http://ccsi.columbia.edu/files/2016/10/No-210-Sauvant-FINAL.pdf>

SAUVANT, Karl P., CHISWICK-PATTERSON, Michael (eds.), *Appeals Mechanisms in International Investment Disputes*, New York : Oxford U. Press, 2008

SCHINAZI, Mikael,

The Three Ages of International Commercial Arbitration, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2022, 352p.

The Three Ages of International Commercial Arbitration and the Development of the ICC Arbitration System, ICC Dispute Resolution Bulletin 2020, Issue 2, Commentary

SCHUCK, Peter H. *Legal Complexity: Some Causes, Consequences, and Cures*, *Duke Law Journal*, vol. 42, no. 1, Duke University School of Law, 1992, pp. 1–52

SCHWEBEL, Stephen M., *Is mediation of foreign investment disputes plausible?*, TDM, issue 1 vol.6, Mars 2009

- SCHUCK, Peter H., *Legal Complexity: Some Causes, Consequences, and Cures*, *Duke Law Journal*, vol. 42, no. 1, Duke University School of Law, 1992, pp. 1–52, <https://doi.org/10.2307/1372753>, disponible à l'URL : <https://www.jstor.org/stable/1372753>
- SLAPER, Timothy F., *Rural economic development, wicked problems and complex adaptive systems: (Don't let that title keep you from reading)*, *Indiana Business Review*, Indiana University, Indiana Business Research Center, 2019, disponible à l'URL: www.ibrc.indiana.edu/ibr/2019/fall/article2.html
- SMITH, Stephanie E., MARTINEZ, Janet K., *An analytic framework for dispute systems design*, *Harvard Negotiation Law Review*, 14, 123p, 2009
- SPEARS, Suzanne A., *The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements*, 2010, 13:4, *Journal of International Economic Law* 1037
- STEVENS, Paul, *Resource Impact - Curse or Blessing?*, 13 *Centre For Energy, Petroleum & Mineral L. & Pol'y Internet J.* 1, 14, 25 Mars 2003
- STIPANOWICH, Thomas. J., *Reflections on the State and Future of Commercial Arbitration: Challenges, Opportunities, Proposals*, 25 *American Review of International Arbitration* 297, 2014, disponible à l'URL: <http://ssrn.com/abstract=2519084>
- STIPANOWICH, Thomas. J., ULRICH, Zachary P., *Commercial Arbitration and Settlement: Empirical Insights into the Roles Arbitrators Play*, 6 *Yearbook on Arbitration and Mediation* 1, 2014, disponible à l'URL: <http://ssrn.com/abstract=2461839>
- SUSSKIND, Lawrence, MCMAHON, Gerard, *Theory and Practice of Negotiated Rulemaking*, 1985; FREEMAN, Jody, LANGBEIN, Laura I., "Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit," 9 *N.Y.U. L.J.* 60, 2000.
- SUSSMAN, Edna, *The Advantages of Mediation and the Special Challenges to its Utilization in Investor-State Disputes*, *TDM* 1, 2014, disponible à l'URL: http://www.sussmanadr.com/docs/Investor%20state%20mediation%20Brazilian%20publication%202-2011_new.pdf
- SUZUKI, Eisuke, NANWANI, Suresh, *Responsibility of International Organizations: The Accountability Mechanisms of Multilateral Development Banks*, 27 *MICH. J. INT'L L.* 177, 180, 2005
- TIENHAARA, Kyla, *Investor–state dispute settlement in Regulatory Theory: Foundations and applications*, Peter Drahos (Ed.), ANU Press, The Australian National University, Canberra, Australia, 2017
- THIÉTART, Raymond-Alain, *Management et complexité : Concepts et théories*, *Cahier n°282*, Avril 2000, disponible à l'URL <https://reseauconceptuel.umontreal.ca/rid=1T50GKSJX-219MQC8-3J2N/la%20complexité.pdf>
- TUCK, Andrew P., *Investor-State Arbitration Revised: A Critical Analysis of the Revisions and Proposed Reforms to ICSID and UNCITRAL Arbitration Rules*, 13 *L & Bus Rev Am* 885, 2007
- TULKENS, Françoise et M. VAN DE KERCHOVE, Michel, *D'où viennent les flous du pénal ? Les déplacements de l'objet et du sujet*, in *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Outrive*, Textes réunis par Y. Cartuyvels, Fr. Digneffe et Ph.Robert, Paris, L'Harmattan, 1998
- VAN DE KERCHOVE, Michel, *La justice pénale, entre justice publique et justice privée ?* CHJ@édition électronique – 2011, accessible à l'URL : <http://hdl.handle.net/2078.3/142051>

VANDEVELDE, Kenneth, *Model Bilateral Investment Treaties: The Way Forward*, 18 Southwestern Journal of International Law, 2011, pp.307-314

VAN HARTEN, Gus, KELSEY, Jane, SCHNEIDERMAN, David, *Phase 2 of the UNCITRAL ISDS Review: Why 'Other Matters' Really Matter*, 2019, All Papers. 328.
https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/all_papers/328

VARGIU, Paolo, *Stakeholders of Investment Arbitration: Establishing a Dialogue Among Arbitrators, States, Investors, Academics and Other Actors in International Investment Law*, in Fach Gómez, K. (eds) *Private Actors in International Investment Law*. European Yearbook of International Economic Law, Springer, Cham, 2021, disponible à l'URL;
https://doi.org/10.1007/978-3-030-48393-7_2

VERBEEK, Bart-Jaap, *The Limitations of the UNCITRAL Process on ISDS Reform*, SOMO (Oct. 30, 2018), at <https://www.somo.nl/the-limitations-of-the-uncitral-process-on-isds-reform/>

VON KUMBERG, Wolf, LACK, Jeremy, LEATHES, Michael, *Enabling Early Settlement in Investor-State Arbitration: The Time to Introduce Mediation Has Come*, 29 ICSID Rev. 2014, p.133-141, disponible à l'URL:
<http://icsidreview.oxfordjournals.org/content/29/1/133.full.pdf+html>

WADDOCK, Sandra, MESZOELY Greta M., WADDELL, Steve, DENTONI, Domenico, *The complexity of wicked problems in large scale change*, Journal of Organizational Change Management, Vol. 28 Iss 6 pp. 993 – 1012, 2015, disponible à l'URL :
<http://dx.doi.org/10.1108/JOCM-08-2014-0146>

WÄLDE, Thomas,

The "Umbrella" Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases, 6 J. World Investment & Trade 183, 188, 2005

Pro-Active Mediation of International Business & investment Disputes Involving Long-Term Contracts: From Zero-Sum Litigation to Efficient Dispute Management, TDM, Vol.1 issue 2, Mai 2004

Efficient Management of Transnational Disputes: Mutual Gain by Mediation or Joint Loss in Litigation, *Arbitration International*, Vol. 22, No. 2, LCIA, 2006, p.207.

Pro-active Mediation of International Business and Investment Disputes Involving Long-Term Contracts: From Zero-Sum Litigation to Efficient Dispute Management, *Transnational Dispute Management*, 1:2, 2004

WEILER, Todd, BAETENS, Freya, (eds) *New Directions in International Economic Law. In Memoriam Thomas Wälde*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2011

WELSH, Nancy, KUPFER SCHNEIDER, Andrea,

The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration, 18 Harv. Negotiation. L. Rev., 2013, p.71-144.

Becoming "Investor-State Mediation," 1 Penn St. J. L. & Int'l Aff. 86, 2012 417

Integrating Mediation Into Investor-State Arbitration, TDM 1, 2014, disponible à l'URL:
<http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

WONG, J., *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*, Pacific McGeorge School of Law, 2006, 44p.

WONGKAEW, Teerawat, *A Resilient Boat Sailing in Stormy Seas: ASEAN Investment Agreements and the Current Investor-State Dispute Settlement Regime*, TDM 1, 2014, disponible à l'URL: <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2023>

YACKEE, Jason Webb, *Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?*, 42 L & Socy Rev 805, 2008, 827-8., p.9.

YANNACA-SMALL, Katia, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, OECD 2008, Chapter 2: *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, 34 p.

ZARTMAN, William I.,

Ripeness: The Hurting Stalemate and Beyond, P. C. Stern and D. Druckman (eds), International Conflict Resolution After the Cold War (National Research Council 2000), disponible à l'URL: <https://www.nap.edu/read/9897/chapter/7#231>

Ripeness: the importance of timing in negotiation and conflict resolution, E-International Relations, 20 décembre 2008, disponible à l'URL: <http://www.e-ir.info/2008/12/20/ripeness-the-importance-of-timing-in-negotiation-and-conflict-resolution/>

ZELLNER, Moira, CAMPBELL, Scott D., *Planning for deep-rooted problems: What can we learn from aligning complex systems and wicked problems?*, Planning Theory & Practice, 2015, Vol. 16, No. 4, pp.457-478

TABLE DES MATIERES

LE CORPS ENSEIGNANT DE LA FACULTÉ DE DROIT, SCIENCES ÉCONOMIQUES & GESTION	2
SIGLES ET ABRÉVIATIONS.....	9
REMERCIEMENTS.....	12
SOMMAIRE	14
INTRODUCTION GÉNÉRALE	15
<i>Chapitre introductif. La mise en place du système de l'investissement international, préalable au Système de règlement des différends États-investisseurs</i>	<i>27</i>
Section 1. Du développement du commerce international à l'importance croissante des Investissements Directs Étrangers.....	28
A) 1840-1914 : la première mondialisation	29
B) Première moitié du XX ^{ème} siècle : repli puis reconstruction.....	31
C) 1970 à nos jours : Deuxième mondialisation, victoire du système capitaliste, financiarisation des échanges et explosion des flux d'IDE.....	33
Section 2. Histoire économique des États sub-sahariens : une Histoire marquée par les influences extérieures, de la colonisation à l'aide au développement	35
A) L'Afrique précoloniale.....	35
B) L'Afrique coloniale	47
C) L'Afrique postcoloniale	51
1- Des indépendances à la fin des années 1970 : désir d'indépendance économique et tentative de redéfinition d'un nouvel ordre commercial international	52
2- Fin des années 1970 à nos jours : du socialisme au libéralisme, définition d'un nouveau partenariat public-privé	56
PARTIE 1. LA CONSTRUCTION DU SYSTEME DE RESOLUTION DES DIFFERENDS ÉTAT-INVESTISSEURS ÉTRANGERS : LE PARADIGME JURIDICTIONNEL.....	61
TITRE 1. L'INFLUENCE DES IDEES SUR LA CONSTRUCTION DU SYSTEME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ÉTAT-INVESTISSEUR : LE PARADIGME JURIDICTIONNEL	66
<i>Chapitre 1. Le choix de l'arbitrage comme expression du paradigme juridictionnel</i>	<i>69</i>
Section 1. Le développement originel de l'arbitrage international, matrice du modèle juridictionnel.....	70
A) La protection diplomatique et la politique de la canonnière.....	70
B) L'institutionnalisation de l'arbitrage international et sa « transnationalisation » progressive	76
Section 2. Les inflexions apportées au modèle juridictionnel par le développement de l'arbitrage commercial international.....	83
A) L'institutionnalisation de l'arbitrage commercial international : la Chambre de Commerce Internationale et sa Cour d'arbitrage.....	84
B) Le développement de l'arbitrage commercial international entre États et particuliers	90
<i>Chapitre 2. La prédominance du paradigme juridictionnel.....</i>	<i>97</i>
Section 1. Le choix du paradigme juridictionnel dans le modèle international et le modèle privé de résolution des litiges.....	97
A) Le modèle international.....	97
B) Le modèle privé	102
Section 2. L'influence de ces modèles : la bascule vers l'arbitrage d'investissement.....	110
A) La rencontre de l'arbitrage et du multilatéralisme	110
B) La rencontre de l'arbitrage et de la question de la sécurisation des droits des investisseurs étrangers	112
1- Premiers projets pour une institutionnalisation de l'arbitrage transnational	113
2- L'arbitrage « d'investissement » au service du développement	116
TITRE 2. DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT A LA CONSTRUCTION DU SYSTEME DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS ÉTAT-INVESTISSEUR : ANALYSE D'UN PROCESSUS	123
<i>Chapitre 1. Les fondations du système institutionnel du CIRDI</i>	<i>126</i>
Section 1. L'influence du contexte sur l'émergence du projet de convention CIRDI	127
A) Décolonisation et opposition des États.....	127
1- L'affaire de la Raffinerie d'Abadan.....	128
2- L'influence de la Banque dans un contexte d'opposition des États.....	129
a) Le projet OCDE, entre opposition des États et retrait de la Banque.....	129
b) La faveur des acteurs pour le mécanisme de garantie internationale, la Banque à contre-courant	132

B) Le poids donné à la Banque dans un contexte d'opposition des États	134
1- L'influence de l'Histoire et du paradigme juridictionnel sur la vision des fonctionnaires de la Banque	134
2- L'alignement de la vision des fonctionnaires et des objectifs et intérêts de la Banque.....	137
a) La promotion de l'investissement privé au cœur de la mission de la Banque.....	137
b) L'intérêt de la Banque à résoudre les conflits d'investissement	138
Section 2. L'influence de la Banque sur le processus d'élaboration du système.....	140
A) L'influence de la Banque sur sa désignation d'institution cheffe de file du projet.....	141
B) La construction du plus petit dénominateur commun	142
1- L'absence de recherche d'un accord entre États	143
2- L'absence d'implication des investisseurs au projet de Convention.....	156
Chapitre 2. L'extension du système institutionnel de la Convention CIRDI	160
Section 1. De la Convention CIRDI au système CIRDI : l'influence de la Banque mondiale dans l'initiation d'une dynamique institutionnelle	161
A) L'influence de la Banque sur le consentement préalable des États intégré dans leur droit interne et dans leurs contrats d'investissement	162
1- Le consentement préalable des États dans les droits internes en matière d'investissement	162
2- Le consentement préalable des États et des investisseurs dans les contrats d'investissement	164
B) L'influence de la Banque sur le consentement des États intégré dans les traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements	168
Section 2. Du système CIRDI à un <i>Système global de résolution des différends d'investissement</i> : l'appropriation du <i>Système</i> par ses acteurs	170
A) La quasi-universalisation de la Convention	170
1- L'extension conventionnelle et non conventionnelle du système CIRDI	171
2- Le « boom » des dispositions renvoyant à la juridiction du CIRDI	173
B) De l'arbitrage CIRDI à l'arbitrage d'investissement	176
1- L'appropriation du système CIRDI par ses acteurs	177
2- La mise en œuvre du système par les acteurs : la multiplication des recours.....	178
C) Les conséquences du processus de construction du système CIRDI et du phénomène de conversion du <i>Système</i> par ses acteurs	183
1- Les conséquences du processus de construction du <i>Système</i> : des effets attendus non obtenus	184
a) Le premier effet attendu : la dépolitisation de la résolution des différends d'investissement	184
b) Le second effet attendu : l'établissement d'une relation équilibrée et de confiance entre État hôte et investisseur étranger.....	188
c) Le troisième effet attendu : la multiplication des IDE en vue du financement du développement des États hôtes.....	190
2- Les conséquences du processus de conversion du <i>Système</i> par ses acteurs : des effets obtenus et inattendus	191
a) Des effets obtenus, inattendus pour les États hôtes	192
b) Des effets obtenus, inattendus pour tous	193
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	197
PARTIE 2. LA TRANSFORMATION DU SYSTEME DE RESOLUTION DES DIFFERENDS ENTRE ÉTAT D'ACCUEIL ET INVESTISSEUR ETRANGER : LE PARADIGME CONSENSUEL.....	206
TITRE 1. L'ÉMERGENCE D'UN NOUVEAU PARADIGME FACE A LA COMPLEXIFICATION DU MONDE	207
Chapitre 1. <i>Le Système de résolution des différends d'investissement à l'aune d'une théorie historique en sciences des organisations.....</i>	<i>210</i>
Section 1. Les stades de développement et les paradigmes organisationnels associés.....	213
A) Du stade Réactif au stade Pluraliste.....	214
1- Le stade Réactif et le stade Magique : les stades pré-organisationnels.....	214
2- A partir du Stade Impulsif l'humanité s'organise	215
B) Les organisations Vertes : avancées et limites.....	220
1- Les révolutions des organisations Vertes	220
a) L'autonomisation et la décentralisation	221
b) Une culture des valeurs fortes.....	221
c) Le point de vue de toutes les parties.....	222
2- Les contradictions et limites du paradigme Vert.....	223
a) La difficile cohabitation des organisations du paradigme Vert avec les autres paradigmes	223
b) L'impasse du consensus	224
Section 2. L'application des stades de développement au <i>Système de résolution des différends d'investissement</i>	226
A) Le <i>Système de résolution des différends d'investissement</i> entre les paradigmes Ambre, Orange et Vert	227
1- La communauté des États : une organisation Ambre.....	227

2- Les multinationales-Orange et les organisations multilatérales Pluralistes-Vertes	228
B) Le (dys)fonctionnement du <i>Système de résolution des différends d'investissement</i> : les limites d'un <i>Système</i> issu du stade Pluraliste-Vert	230
1- La difficulté pratique de l'idéal égalitariste : Égalité en droit, inégalité de fait	231
2- Face à l'impossible consensus, le processus unilatéral de la Banque : de l'idéal Vert à la pratique	236
Chapitre 2. Le <i>Système de résolution des différends d'investissement</i> à l'aune de la théorie des systèmes adaptatifs complexes	249
Section 1. Le <i>Système de résolution des différends d'investissement</i> à l'aune de la théorie des systèmes adaptatifs complexes	250
A) Entre ordre et chaos : les systèmes complexes	251
1- Théories de la complexité et systèmes : éléments de définition	252
2- Systèmes sociaux, systèmes complexes	259
B) Le <i>Système de résolution des différends d'investissement</i> comme système adaptatif complexe	260
1- La complexité en droit : la qualification des systèmes juridiques comme systèmes adaptatifs complexes	261
2- Le <i>Système de résolution des différends d'investissement</i> comme un système social adaptatif complexe	266
Section 2. Le <i>Système de résolution des différends d'investissement</i> et la théorie des <i>wicked problems</i>	273
A) La théorie des « <i>wicked problems</i> »	273
1- Éléments de définition	274
2- Les dix caractéristiques des <i>wicked problems</i>	276
B) L'application de la qualification de <i>wicked problems</i> à notre sujet d'étude	279
1- La qualification des conflits d'investissement comme <i>wicked problems</i>	279
2- La qualification des problématiques associées à la résolution des conflits d'investissement comme <i>wicked problems</i>	283
a) La complexité de la résolution des différends entre investisseur étranger et État d'accueil	283
b) La complexité de la question de la réforme du <i>Système de résolution des différends d'investissement</i>	284
TITRE 2. LA DYNAMIQUE DE TRANSFORMATION DU SYSTÈME DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS D'INVESTISSEMENT ENTRE ÉTAT D'ACCUEIL ET INVESTISSEUR ÉTRANGER	291
Chapitre 1. Le paradigme consensuel dans la transformation du <i>Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger</i>	295
Section 1. La complexité comme moteur de changement : de la réforme à la transformation du <i>Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger</i>	296
A) L'actuelle dynamique de changement du <i>Système de résolution des différends d'investissement</i>	297
1- La dynamique incrémentale de changement du <i>Système de résolution des différends d'investissement</i>	297
2- La dynamique de réforme du <i>Système de résolution des différends d'investissement</i>	304
B) Les conditions pour la transformation du <i>Système de résolution des différends d'investissement</i>	309
1- La prise en compte de la nature du <i>Système de résolution des différends d'investissement</i>	310
2- La création des conditions pour la transformation du <i>Système de résolution des différends entre État d'accueil et investisseur étranger</i>	313
a) Un processus décentralisé	313
b) Un processus participatif	315
c) Un processus dynamique	322
d) Un processus innovant et transdisciplinaire	323
Section 2. La dimension humaine au cœur du changement : <i>Design Thinking et Legal Design</i>	325
A) L'application des nouvelles méthodes de résolution de problèmes complexes au droit : le <i>Legal Design</i>	326
1- L'état d'esprit du designer ou « <i>Design Thinking</i> »	326
2- La démarche de design	330
B) L'apport du <i>Legal Design</i> au <i>Dispute System Design</i>	335
1- Les critiques du <i>Dispute System Design</i>	336
2- Le <i>Systemic Legal Design</i> pour la prise en compte de la culture des parties prenantes et du contexte du <i>Système</i>	339
Chapitre 2. La transformation participative du <i>Système de résolution des différends d'investissement</i>	349
Section 1. Le paradigme consensuel dans le changement de culture des organisations du <i>Système de résolution des conflits d'investissement</i>	351
A) Le passage d'une logique défensive à une logique de co-construction de la relation d'investissement	352
1- Le continuum du conflit d'investissement	353
2- La co-construction de la relation d'investissement	360
B) Le recours au <i>Legal Design</i> par les acteurs du <i>Système</i> : les mécanismes intégrés au sein des parties prenantes	365

1- Les mécanismes intégrés au sein des États : les Dispute Prevention Policies (DPPs) et Dispute Prevention Mechanisms (DPMs)	366
a) Les mécanismes conçus au niveau multilatéral.....	366
b) Les mécanismes conçus au niveau local	367
2- Les mécanismes intégrés au sein des autres acteurs du Système de résolution des différends d'investissement.....	377
a) Les mécanismes intégrés au sein des organisations des investisseurs étrangers.....	378
b) Les mécanismes mis en œuvre par les bailleurs de fonds internationaux.....	380
Section 2. Le paradigme consensuel dans la gouvernance collaborative des projets d'investissement	384
A) La structure de gouvernance participative du projet d'investissement	386
1- L'implication de l'ensemble des parties prenantes	386
2- La création d'un réseau d'interactions	387
3- La définition du cadre du projet.....	392
B) Les processus de gouvernance collaborative du projet d'investissement	393
1- Le processus d'échange et de délibération.....	394
2- Le processus de prise de décision	398
3- Le processus d'implémentation	399
CONCLUSION GÉNÉRALE	405
TABLE DES MATIERES.....	430
ANNEXES	434

ANNEXES

1. Exemple d'un canevas méthodologique d'un Persona
2. Exemple d'analyse du parcours utilisateurs du *Système de résolution des différends d'investissement entre un État et un investisseur étranger*
3. Exemples de contrats visuels créés via une démarche de *Legal Design*
4. Exemple d'une visualisation de la Convention Internationale sur la Vente de Marchandise (en anglais CISG) conçue grâce au *Legal Design*
5. La modélisation d'un système, l'exemple de la méthode LEGO® SERIOUS PLAY®

1. Annexe 1. Exemple d'un canevas méthodologique d'une Persona

Persona

Qui sont les utilisateurs ?

Nom : Age :

Profession :

Connaissances juridiques : 0 jauge à colorier 10

Motivations :

Peurs :

Besoins :

Canaux d'interaction préférés avec vous :



Legal by Design © i s o

908

⁹⁰⁸ Canevas mis à disposition sur Internet par Legal by Design, disponible à l'URL : <https://www.legalbydesign.fr/2020/09/03/legal-design-canva-explique/>

Annexe 2. Exemple d'analyse du parcours utilisateurs du *Système de résolution des différends d'investissement entre un État et un investisseur étranger*

NEEDS :

- Dispute avoidance and prevention, efficient DSD in case of dispute

PAINS:

- Lack of information, legal and technical skills, familiarity and experience with ADR
- power imbalance, imbalance in resources
- multiplicity of sources for ISDS

NEEDS :

- be informed on situation, assess it, and options of conduct
- respect ISDS obligations to prevent further problem when adjudication
- find amicable solution
- avoid/stop further damages
- limit costs

PAIN:

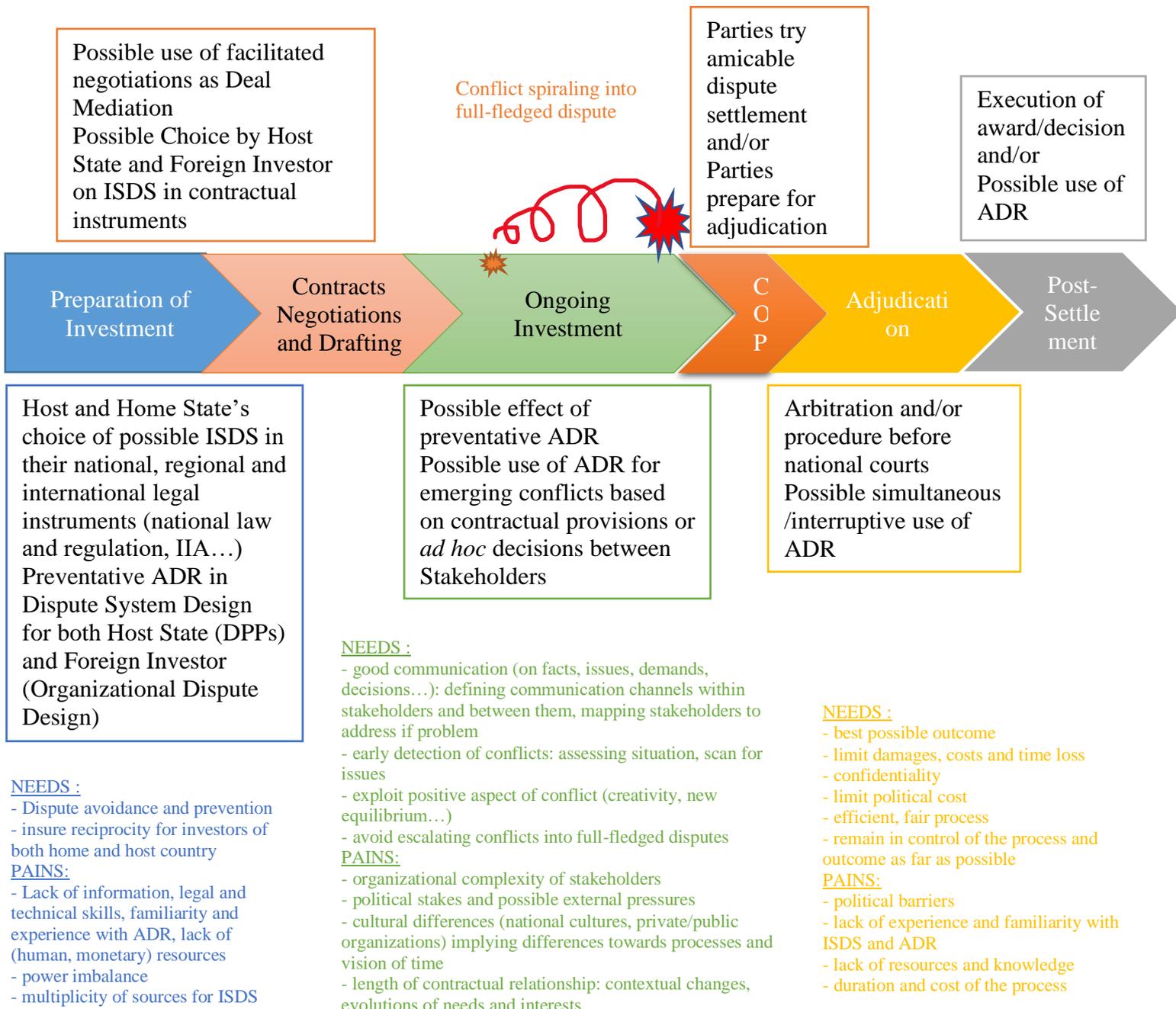
- short period of time before adjudication
- various interpretations of wording/binding nature of COP and BIT's provisions (trouble to assess strength of one's case)
- delegation of power to settle, find right contact person, rivalry of interest between gov. services

NEEDS :

- best possible outcome
- implementation of agreement/award/decision
- confidentiality
- limit political cost

PAINS:

- political barriers
- lack of experience and familiarity with ISDS and ADR
- lack of resources and knowledge
- adding to duration and cost of the process



Annexe 3. Exemples de contrats visuels créés via une démarche de *Legal Design*

What is a visualised contract?

- Stefania Passera & GetJuro collaboration to create a user-friendly privacy policy
- Different indicative elements might include colour, headings, highlighting, typefaces. This is in addition to any visual elements such as timelines, flowcharts and diagrams.

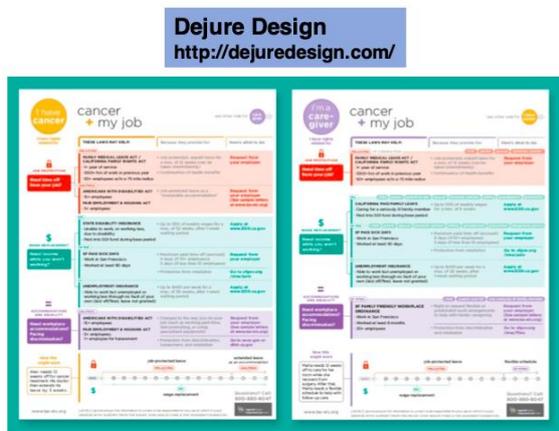


Image from *Legal Design – WTF?*

Prototype tenancy agreement by Passera



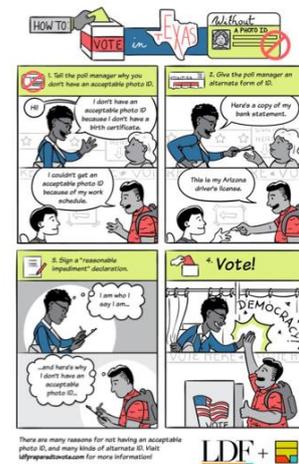
Other examples



909



Graphic Advocacy Project <http://www.graphicadvocacy.org/>



⁹⁰⁹ Présentation par Emily ALLBON, *What is Legal Design?*, City Law School City, University of London <https://www.justis.com/Legal-Design-Sprint-What-Is-Legal-Design.pdf>

Annexe 4. Exemple d’une visualisation de la Convention Internationale sur la Vente de Marchandise (en anglais CISG) conçue grâce au *Legal Design*

When is the CISG applicable? (chapter 1)

The CISG applies:

-  international trade
-  B2B transactions
-  goods (ready or to be manufactured)
-  across states that are CISG signatories
-  when the rules of private international law lead to the application of the law of a CISG-contracting state

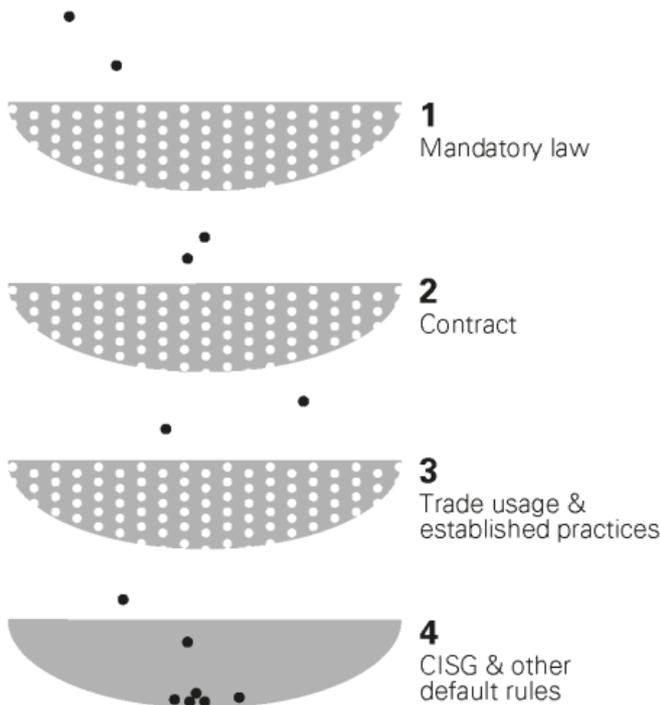
The CISG doesn’t apply:

-  domestic trade
-  B2C transactions
-  services
-  auctions & executions by law
-  stocks, shares, financial products, money
-  ships, vessels, aircrafts, hovercrafts
-  electricity
-  parties explicitly opt-out of CISG

Order of application

Your contract and the law are like a series of sieves: if a provision is regulated on one of the upper layers, then the rules below do not apply.

The CISG is a set of default rules and provides a final “safety net” to the agreeing parties.



When does CISG applies?

The list at the top communicates at a glance and with the help of icons when the CISG applies or not. In the original document, it takes almost three pages to convey the same information.

The visual metaphor at the bottom helps understanding the order of application of CISG.

What are the obligations of the seller?

The seller must:

Options:

Deliver the goods

in the agreed way

decided in the contract

OR

look at CISG article 31

in a recognisable way

with markings

OR

giving notice of the goods
to the buyer

on time

on a fixed date

OR

during a defined period

OR

within a reasonable time

If
the seller is arranging
the delivery, he has
to take care of all
contracts for carriage

Deliver the documents

at the time and place
agreed in the contract

Conformity of goods	agreed quantity	goods are fit for purpose OR goods are the same as the given description / samples
	agreed quality	goods are fit for purpose OR goods are the same as the given description / samples
	conform to the agreed description	
	agreed packaging	suitable for those goods OR protective

Draft,

Seller's obligations under CISG

This table helps to summarize in just one page the key obligations of the Seller under the CISG.

What are the obligations of the buyer?

The buyer must:

Options:

Pay

the purchase price

as agreed by the parties

or

as generally charged for such goods

at the agreed place

at Seller's place of business

or

when taking over the goods, at place of delivery

on time

by a defined date

or

when taking over the goods

or

after having inspected the goods

If

the price is fixed according to the weight of the goods, in case of doubt it is then to be determined by the net weight.

Accept delivery

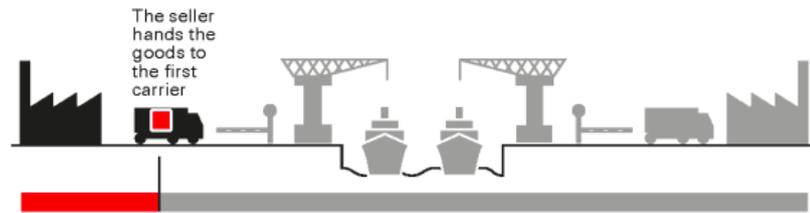
by taking over the goods

by enabling the Seller to effectuate the delivery

When are the goods delivered and risk transferred?

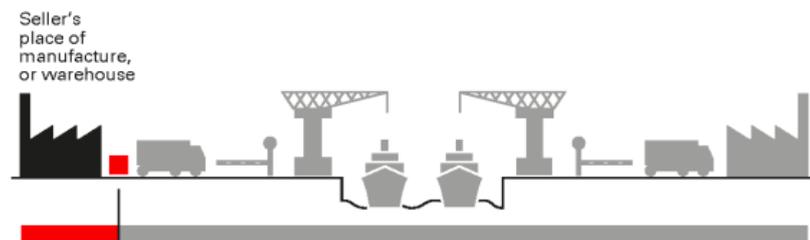
Article 31 a & Article 67

If contract involves carriage of the goods



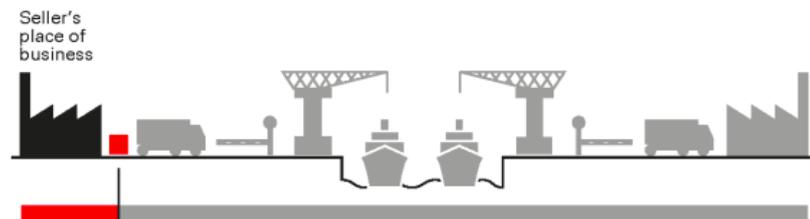
Article 31 b & Article 69.1

If the parties know, when signing the contract, where the goods will be made available



Article 31 c & Article 69.2

In the other cases



Delivery terms under CISG

This series of diagrams in "Incoterms style" explains how the CISG defines "delivery" in three different situations.

Seller's obligations under CISG –

This table helps to summarize in just one page the key obligations of the Seller under the CISG.

⁹¹⁰ Source : <https://stefaniapassera.com/portfolio/coffinmew-terms-of-business/>

1. Annexe 5. La modélisation d'un système et l'exemple de la méthode LEGO® SERIOUS PLAY®

