

Le traité de Lisbonne et le droit international de l'investissement

L'évolution d'un nouveau modèle européen

Guillaume Beaumier

Volume 47, Number 4, December 2016

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1042053ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1042053ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Institut québécois des hautes études internationales

ISSN

0014-2123 (print)

1703-7891 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Beaumier, G. (2016). Le traité de Lisbonne et le droit international de l'investissement : l'évolution d'un nouveau modèle européen. *Études internationales*, 47(4), 365–386. <https://doi.org/10.7202/1042053ar>

Article abstract

International investment law has evolved dramatically in the last two decades. There are now over 3,000 agreements and an abundance of case law, and some see the system as chaotic and unstable. Differences between bilateral investment treaties and contrary decisions by arbitral tribunals certainly give that impression. The development of the European Commission's model for negotiation in the wake of the Treaty of Lisbon is examined, revealing that the investment system is in reality, for all its decentralization and flexibility, dynamically stable and favours the reuse of preexisting standards. The chapter on the recent Canada–European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) shows that although the European Commission had a chance to try something new, it instead drew heavily on the complex of institutional arrangements already in place, notably albeit not exclusively the U.S. model.

Le traité de Lisbonne et le droit international de l'investissement

L'évolution d'un nouveau modèle européen

Guillaume BEAUMIER*

RÉSUMÉ : *Le droit international des investissements a connu une évolution exponentielle au cours des deux dernières décennies. Avec plus de 3 000 accords et une abondante jurisprudence, certains qualifient ce système de chaotique et d'instable. Les divergences entre traités bilatéraux d'investissement et les décisions contraires de tribunaux arbitraux donnent certes cette impression. Cet article sur le développement du modèle de négociation de la Commission européenne, après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, montre néanmoins que, tout en étant un système décentralisé et flexible, le régime des investissements est en réalité dynamiquement stable et favorise une répétition des normes préexistantes. Le chapitre sur l'investissement du récent Accord économique et commercial global (AECG) montre en effet que, tout en ayant eu l'occasion d'innover, la Commission européenne s'est largement inspirée du complexe institutionnel en place, y compris notamment, mais pas uniquement, le modèle d'accord des États-Unis.*

MOTS-CLÉS : droit international des investissements, Union européenne, institutions, évolution juridique, systèmes complexes

ABSTRACT : *International investment law has evolved dramatically in the last two decades. There are now over 3,000 agreements and an abundance of case law, and some see the system as chaotic and unstable. Differences between bilateral investment treaties and contrary decisions by arbitral tribunals certainly give that impression. The development of the European Commission's model for negotiation in the wake of the Treaty of Lisbon is examined, revealing that the investment system is in reality, for all its decentralization and flexibility, dynamically stable and favours the reuse of pre-existing standards. The chapter on the recent Canada–European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) shows that although the European Commission had a chance to try something new, it instead drew heavily on the complex of institutional arrangements already in place, notably albeit not exclusively the U.S. model.*

KEYWORDS : International investment law, European Union, institutions, legal evolution, complex systems

* Guillaume Beaumier est candidat au doctorat en cotutelle de l'Université de Warwick et de l'Université Laval. En tant que membre de la Chaire de recherche du Canada en économie politique internationale, il contribue régulièrement à des recherches sur le commerce international et les investissements étrangers.

L'auteur tient à remercier Richard Ouellet et Jean-Frédéric Morin pour leur soutien et leurs commentaires à toutes les étapes de la rédaction de cet article.

RESUMEN : *El derecho internacional de inversiones tuvo una evolución exponencial en el transcurso de las dos últimas décadas. Con más de 3.000 acuerdos y una abundante jurisprudencia, algunos califican este sistema de caótico e inestable. Las divergencias entre tratados bilaterales de inversión y las decisiones contrarias de tribunales arbitrales dan efectivamente esta impresión. Este artículo sobre el desarrollo del modelo de negociación de la Comisión Europea, luego de la entrada en vigor del tratado de Lisboa, muestra sin embargo que, a pesar de ser un sistema descentralizado y flexible, el régimen de las inversiones es en realidad dinámicamente estable y favorece una repetición de las normas preexistentes. En efecto, el capítulo sobre la inversión del reciente Acuerdo económico y comercial global (AECG) muestra que, a pesar haber tenido la posibilidad de innovar, la Comisión Europea se inspiró ampliamente en el complejo institucional establecido, incluyendo en especial, pero no solamente, el modelo de acuerdo de Estados Unidos.*

PALABRAS CLAVE : derecho internacional de las inversiones, Unión Europea, instituciones, evolución jurídica, sistemas complejos

Au cours des deux dernières décennies, le nombre d'accords sur l'investissement a connu une croissance exponentielle. De quelques centaines qu'ils étaient en 1990, on estime aujourd'hui à plus de 3 000 le nombre de traités bilatéraux d'investissement (TBI) et de chapitres sur l'investissement (De Mestral et Lévesque 2013 : 1). Parallèlement, le nombre d'États, d'organisations internationales et d'organismes non gouvernementaux impliqués dans l'évolution du droit international des investissements s'est significativement accru. Dans ce contexte, il apparaît que la négociation de nouveaux accords sur l'investissement ne s'amorce pas en vase clos, mais plutôt dans un environnement institutionnel dense et complexe qui offre plusieurs possibilités d'apprentissage aux négociateurs de nouveaux accords sur l'investissement (Meunier et Morin 2015). Les négociations passées, la jurisprudence internationale et les travaux de divers chercheurs sont tous des sources d'apprentissage.

Au sein de cet environnement complexe, les pays européens ont par ailleurs historiquement joué un rôle d'innovateurs. De la signature du premier traité bilatéral d'investissement en 1959¹ jusqu'à la fin des années 1980, la majorité des TBI étaient en effet signés entre un pays d'Europe occidentale et un pays en développement (Newcombe 2013 : 17). Depuis l'avènement de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), le centre géographique de l'évolution du droit international des investissements s'est toutefois déplacé vers l'Amérique du Nord (Alschner 2013 : 460). Au moment d'ébaucher les dispositions de leurs accords sur l'investissement, plusieurs pays de la région Asie-Pacifique ont ainsi choisi de s'inspirer de la pratique américaine, et non européenne (Calamita 2012 : 328). Face à cette situation, certains auteurs et politiciens européens craignent la « contamination » du modèle ALENA,

1. Ce premier TBI a été signé entre l'Allemagne et le Pakistan.

perçu comme inférieur au *gold standard*² européen (Reinisch 2014 : 682). Le transfert de la compétence à négocier des accords sur l'investissement des pays membres de l'Union européenne à la Commission européenne par le traité de Lisbonne pourrait toutefois freiner cette tendance (Baetens 2013).

L'apparition de ce nouvel acteur a bien évidemment soulevé plusieurs interrogations au sein de la communauté scientifique. Certaines questions concernant l'étendue de la nouvelle compétence de la Commission européenne (Chaisse 2012) et l'interaction entre le droit européen et les futurs accords sur l'investissement (Schill 2013) ont, entre autres choses, donné lieu à de nombreuses analyses. La question des sources d'inspiration de la Commission européenne a cependant fait l'objet de beaucoup moins de commentaires, bien qu'elle demeure tout aussi importante à une époque où la croissante complexité du système international remet en doute la théorie d'« un jeu à deux niveaux » (Putnam 1988 ; Meunier et Morin 2015 : 181). En plus des politiques domestiques, les pratiques d'autres États ou d'organisations internationales influencent aujourd'hui la négociation d'accords internationaux. Ainsi, il est légitime de se demander ce qui a inspiré la Commission européenne dans l'élaboration de son modèle de négociation d'accord sur l'investissement. En clair : à quelles sources la Commission européenne a-t-elle puisé pour bâtir son modèle de négociation ?

Une telle question revêt de multiples intérêts. Elle poursuit tout d'abord la réflexion engagée dans la littérature sur les complexes de régime en analysant l'impact d'un environnement institutionnel dense sur les agents. De plus, en utilisant la Commission européenne comme sujet, elle permet d'ajouter un niveau d'analyse supplémentaire, soit le contexte particulier à la construction européenne. En ce sens, l'analyse de cette question offre la possibilité de mieux comprendre le fonctionnement des institutions européennes post-Lisbonne. Finalement, elle met en lumière l'origine des normes qui se diffusent et influencent l'évolution du droit international des investissements.

Il apparaît que ce n'est en réalité pas un seul acteur ni une seule institution qui a inspiré l'élaboration du nouveau modèle européen de négociation d'accord sur l'investissement. Il semble en effet beaucoup trop simple de parler d'une contamination du modèle ALENA, alors que c'est davantage une combinaison des normes mises en avant par différentes institutions qui a influencé la Commission européenne. Autrement dit, c'est l'ensemble du complexe institutionnel qui a permis à la Commission européenne d'innover et de proposer son

2. Dans le contexte du régime des investissements, le concept de *gold standard* renvoie historiquement à l'approche pro-investisseur des traités bilatéraux d'investissement signés par les pays européens. Les garanties offertes par ces traités aux investisseurs étrangers (traitement juste et équitable, protection contre l'expropriation, etc.) étaient traditionnellement importantes et une grande autonomie était laissée aux arbitres dans leur interprétation.

propre modèle (Reinisch 2014 : 704 ; Titi 2014 : 535). Pour étayer cette position, les prochaines pages s'attarderont d'abord à définir les implications d'un environnement institutionnel complexe, à mettre en évidence le devis méthodologique utilisé et, enfin, à expliquer les diverses origines des normes faisant partie du modèle d'accord de la Commission européenne.

I – Le régime des investissements : entre ordre et anarchie

L'existence de complexes de régimes est une idée aujourd'hui répandue dans la littérature sur la coopération et la gouvernance internationales (Raustiala et Victor 2004 ; Alter et Meunier 2009 ; Orsini, Morin et Young 2013 ; Meunier et Morin 2015). Différents auteurs l'ont utilisée pour analyser des sujets aussi variés que le commerce international (Alter et Meunier 2006), les droits de la personne (Hafner-Burton 2009), la protection des réfugiés (Betts 2010) ou les changements climatiques (Keohane et Victor 2011 ; Abbott 2012). La montée en popularité de ce concept ne signifie pas pour autant que son utilisation soit aisée.

A — Une définition complexe

La principale difficulté liée à l'utilisation de la théorie des complexes de régime est que sa description proposée par Raustiala et Victor est relativement vague (2004). Les balises exactes d'un complexe ne sont en effet pas clairement mentionnées dans leur article et il est difficile de savoir quand un complexe existe ou non. Pour répondre à cette lacune, des auteurs proposent la définition suivante :

[A] regime complex [i]s a network of three or more international regimes that relate to a common subject matter ; exhibit overlapping membership ; and generate substantive, normative, or operative interactions recognized as potentially problematic whether or not they are managed effectively (Orsini, Morin et Young 2013 : 29).

L'avantage de cette définition est qu'elle décrit un complexe selon six caractéristiques précises. Cela dit, une précision majeure mérite d'être apportée aux fins du présent article.

La définition qui précède, à l'instar du concept utilisé par Raustiala et Victor, soutient qu'un complexe existe lorsque plusieurs régimes traitent d'un même sujet. Cette affirmation est centrale, puisqu'elle limite l'utilisation du concept de complexe aux situations où plusieurs régimes coexistent. Un régime est généralement défini comme un ensemble de principes, normes, règles et procédures de décisions explicites ou implicites vers lequel les attentes des acteurs internationaux convergent à propos d'un sujet donné (Krasner 1982 : 186). Au regard de cette définition, on considère qu'il existe un seul régime des

investissements et qu'il se fonde sur le principe selon lequel les investisseurs étrangers ont droit à ce que leur propriété bénéficie d'une protection minimale. Il est en même temps postulé que cette affirmation de l'existence d'un régime des investissements n'empêche pas l'utilisation du concept de complexe.

L'apport du concept de Raustiala et Victor n'est pas de considérer que plusieurs régimes peuvent coexister, mais bien que l'interaction entre diverses institutions aux objectifs, aux valeurs et aux modes de fonctionnement différents traitant d'un même sujet a des implications jusque-là non analysées. Au lieu de parler d'un complexe de régimes, d'autres sciences parlent d'ailleurs de systèmes complexes (Pauwelyn 2014). Dans cette optique, le régime des investissements peut être perçu comme un complexe d'institutions où le terme institution est compris comme des arrangements, explicites ou non, qui prescrivent un certain comportement (Koremenos *et al.* 2001 : 762). Cela peut donc comprendre aussi bien des traités, des organisations que de la jurisprudence internationale. Dans le régime des investissements où des milliers de traités cohabitent avec de multiples organisations internationales et règles d'arbitrage, de même qu'avec un large corpus de jurisprudence, le concept de complexe semble tout indiqué.

Le choix méthodologique de se pencher sur un complexe d'institutions au sein d'un régime n'enlève rien, par ailleurs, à l'intérêt de la théorie de Raustiala et Victor. Il vise simplement à avoir une approche plus micro que macro. Les balises exactes d'un régime sont d'ailleurs plus de l'ordre conceptuel que de l'ordre du réel. Un autre chercheur pourrait considérer que plusieurs régimes cohabitent en matière d'investissement. En même temps, l'utilisation du concept de complexe au niveau intrarégime permet de corriger certaines lacunes de l'étude des régimes. Sans entrer dans une discussion sur la pertinence du concept de régime, on peut rappeler que Susan Strange soulignait déjà en 1982 que ce concept exagérait l'aspect statique de la politique internationale et favorisait une vision statocentrée.

L'idée de complexe répond bien à ces deux critiques. D'une part, un complexe incorpore l'idée d'un système en constante interaction. Pour reprendre l'idée avancée par Pauwelyn, un complexe se situe entre un système planifié et un système chaotique (2014 : 5). Bien que tous les éléments constitutifs du complexe ne soient pas coordonnés, ils forment un tout relativement cohérent et stable. Sans autorité centrale et sans hiérarchie établie, il est de même flexible et ouvert aux changements (Raustiala et Victor 2004 : 278 ; Pauwelyn 2014 : 8). D'autre part, les acteurs constitutifs d'un complexe n'ont pas à être de nature étatique (Abbott 2012 : 574). L'une des particularités du droit international des investissements est par ailleurs qu'il offre une place importante aux investisseurs étrangers en leur permettant notamment de poursuivre des États.

Il est en somme maintenu qu'un régime des investissements existe et qu'il se base sur le principe selon lequel les investisseurs ont droit à une protection minimale

de leur propriété. Dans ce régime, plusieurs institutions cohabitent et proposent différentes normes pour appliquer ce principe. En tant que nouvel acteur de ce complexe institutionnel dense, la Commission européenne doit faire face à la fois à des opportunités et à des obstacles nombreux. Bien qu'aucune autorité centrale ne force la Commission européenne à imiter ou à suivre une approche particulière, les normes préexistantes dans le régime des investissements encadrent son activité. En d'autres mots, le développement de son nouveau modèle de négociation d'accord sur l'investissement ne s'amorce pas sur une feuille blanche (Calamita 2012 : 304). Les implications précises du complexe sur le développement de l'approche européenne en matière d'investissement sont discutées dans la prochaine section.

B — Un système aux multiples implications

Un chercheur qui s'intéresse aux complexes peut généralement en étudier deux aspects : leur origine ou leurs implications (Alter et Meunier 2009 : 14-15). La présente étude porte sur les implications d'un complexe, puisqu'elle s'attache à comprendre comment cette structure influence la Commission européenne dans le développement de son modèle de négociation d'accord sur l'investissement. Ce choix demande donc de distinguer les différentes voies à travers lesquelles un complexe peut influencer un agent. Dans leur article de 2009, Alter et Meunier en dénotent cinq.

Premièrement, l'étape de la mise en œuvre des obligations joue un rôle particulièrement important dans un complexe institutionnel (Alter et Meunier 2009 : 15-16). Le chevauchement de plusieurs règles et institutions diminue la clarté des obligations et facilite les tentatives de modifier ses engagements au moment de leur application (Hafner-Burton 2009 : 36). L'adoption de décisions par des tribunaux arbitraux et la publication de notes interprétatives par les États sont notamment deux moyens par lesquels le droit international des investissements peut être modifié au cours de la mise en œuvre.

Deuxièmement, un complexe favorise l'apparition de stratégies interinstitutionnelles (Alter et Meunier 2009 : 16). L'existence de plusieurs institutions offre entre autres la possibilité pour les agents de déplacer leurs actions entre différents forums (Busch 2007). Dans le régime des investissements, plusieurs forums, par exemple, se proposent aux investisseurs étrangers en vue de poursuivre un État. Les États peuvent quant à eux décider de travailler au sein d'une institution au profit d'une autre afin d'en influencer les travaux. La Commission européenne, par exemple, a activement participé à l'élaboration du Règlement sur la transparence de la Commission des Nations Unies sur le droit du commerce international (CNUDCI ; Brown et Naglis 2012 : 28-29). Dans certains cas, un acteur peut même tout simplement abandonner une institution au profit d'une autre qui lui convient mieux. Le Venezuela, l'Équateur et la Bolivie se sont ainsi

retirés du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) à la suite d'une série de décisions arbitrales à leur encontre (Allee et Peinhardt 2010 : 8).

Troisièmement, étant donné le grand nombre d'éléments qui forment un complexe, les agents font preuve d'une rationalité limitée (Alter et Meunier 2009 : 17). Il faut préciser que le concept de rationalité limitée se distingue des modèles rationnels³ non pas à cause du nombre d'informations à traiter par les agents, mais par l'heuristique et les biais cognitifs adoptés par les agents pour faire face à un univers complexe. Trois biais cognitifs peuvent plus précisément être énoncés. Un acteur a tout d'abord tendance à être particulièrement sceptique à l'égard des évidences contraires à ses préférences (Poulsen 2015 : 17). Ensuite, il est plus souvent influencé par les données particulièrement saillantes (Poulsen 2015 : 18). Finalement, il favorise le *statu quo* (Poulsen 2015 : 19). Ensemble, ces trois postulats contribuent à expliquer le phénomène qui pousse plusieurs pays à mettre en avant les mêmes normes à travers différentes négociations, sans égards aux autres modèles qui peuvent circuler.

Quatrièmement, l'existence de multiples institutions au sein d'un complexe favorise le rôle d'un petit nombre d'experts qui parlent le même langage et partagent des valeurs similaires (Alter et Meunier 2009 : 18). Dans le cadre du régime des investissements, il est particulièrement frappant qu'un nombre relativement restreint d'arbitres soit impliqué dans la résolution des différends entre investisseurs et États (Puig 2014). Les équipes de négociation d'accords sur l'investissement de l'Union européenne et des États-Unis sont par ailleurs généralement petites et peuvent siéger à plusieurs tables de négociation en même temps (Meunier et Morin 2015 : 151). Un tel constat a pour conséquence une perte de perméabilité envers les influences externes. Cette caractéristique induit donc une certaine rigidité dans la structure d'un complexe.

Enfin, la cinquième implication d'un complexe est qu'il favorise l'apparition d'effets rétroactifs (Alter et Meunier 2009 : 19). C'est-à-dire qu'un changement au sein d'une institution peut se répercuter à travers d'autres institutions par un effet de compétition ou d'imitation. D'une part, l'existence de plusieurs institutions travaillant sur un même enjeu crée une compétition pour les ressources et les membres qui peut se traduire par un changement de pratique ou par l'adoption de nouvelles normes (Alter et Meunier 2009 : 19). En réponse au transfert de la compétence de négocier des accords sur l'investissement à la Commission

3. Dans un modèle purement rationnel, il est généralement attendu qu'un acteur effectue une étude coût-bénéfice et apprend de ses expériences passées avant de prendre une décision (Poulsen 2015 : 32). Bien que ce modèle puisse reconnaître l'incapacité d'un acteur à traiter toute l'information existante, il ne lui reconnaît aucun biais cognitif. C'est donc dire que l'acteur traite également toute l'information à sa disposition.

européenne, le CIRDI pourrait par exemple modifier ses règles de fonctionnement afin de permettre son utilisation par les organisations internationales (par exemple l'Union européenne). Une telle modification l'assurerait entre autres de ne pas perdre son statut du forum le plus utilisé aux fins d'arbitrages entre investisseur et État. D'autre part, en n'évoluant pas en vase clos, les institutions sont évidemment perméables aux nouvelles règles que chacune d'entre elles adopte. Après l'adoption d'une définition restrictive du concept d'expropriation indirecte par les États-Unis au sein de deux accords commerciaux en 2003, plusieurs États ont ainsi inclus cette même définition dans leurs traités. L'Autriche s'est notamment éloignée de la pratique européenne en intégrant une telle définition dans son modèle d'accord sur l'investissement de 2008. Cette définition semble pratiquement incontournable à l'heure actuelle, alors qu'on la retrouve dans la majorité des traités, dont l'Accord économique et commercial global (AECG).

Ces cinq implications d'un complexe expliquent, par conséquent, quels obstacles et quelles opportunités se sont posés pour la Commission européenne dans la mise en œuvre de son nouveau modèle de négociation d'accords sur l'investissement. D'une part, il lui était possible d'adopter des normes totalement inédites et de favoriser certaines institutions au détriment d'autres. En jouant avec le niveau de précision de ses normes, elle pouvait également s'assurer de conserver une marge de manœuvre lors de leur mise en œuvre. D'autre part, les négociateurs européens étaient nécessairement perméables aux normes déjà existantes. En plus de faire partie du relativement petit groupe d'experts qui travaillent sur l'investissement, ces négociateurs sont forcés par la complexité du régime des investissements à faire preuve d'une rationalité limitée. La possibilité d'effets rétroactifs au sein d'un complexe renforce par ailleurs la possibilité de voir se répercuter des normes promues par d'autres institutions au sein du modèle de la Commission européenne. La troisième section démontrera justement que, si la Commission européenne a innové dans le développement de son modèle de négociation, c'est surtout par la combinaison des normes provenant de différentes sources. La prochaine section expliquera auparavant comment le modèle de négociation d'accord sur l'investissement de la Commission européenne a été dégagé.

II – À la recherche du modèle invisible d'accord sur l'investissement européen

Contrairement à la pratique de plusieurs pays développés, notamment européens, la Commission européenne n'a publié aucun modèle d'accord sur l'investissement. En l'absence d'un tel document, le chapitre sur l'investissement de l'AECG⁴ a par

4. Au moment d'écrire ces lignes, il comportait le plus récent accord sur l'investissement négocié par la Commission européenne.

défaut été utilisé pour dégager les normes reflétant la pratique européenne en matière de négociation d'accords sur l'investissement. Ce choix demandait alors de distinguer les normes «canadiennes» des normes «européennes».

Pour relever ce défi, le contenu du chapitre sur l'investissement de l'AECG a été comparé à celui de l'accord de libre-échange entre le Canada et la Corée du Sud (ALECC) et à celui entre l'Union européenne et Singapour (ALEUES) de 2014. La comparaison avec ces deux accords a permis de déterminer les nouvelles normes dont l'origine est attribuable à la Commission européenne. De plus, pour distinguer la pratique européenne de celle de ses États membres, l'AECG a aussi été comparé aux modèles d'accords de la France de 2006, de l'Allemagne de 2008, de l'Angleterre de 2008 et du plus récent TBI des Pays-Bas de 2014. Il est à souligner que ces comparaisons ont toutes été effectuées simultanément au sein d'un tableau comparant, norme par norme, chacun des traités précédemment mentionnés. Cela a ainsi permis de faire aisément ressortir les différences et les ressemblances de chaque modèle. Les éléments de ce modèle ont finalement été comparés aux normes des plus récentes institutions du régime des investissements (par exemple, le Partenariat transpacifique, la CIRDI, le CNUDCI) afin d'examiner leur possible influence.

Bien que toute cette démarche comporte le risque d'introduire des normes non «européennes», il importe de remarquer qu'elle permet d'avoir recours à une approche actuelle et exhaustive. L'utilisation pure et simple d'un modèle comprend en effet le piège de croire qu'un modèle représente nécessairement la position d'un État. Entre la publication d'un nouveau modèle et la signature d'un accord sur l'investissement, les États peuvent adopter une nouvelle pratique qui n'est pas reflétée par un modèle figé dans le temps.

Un péril plus grave avec le présent devis méthodologique est qu'il est impossible de dégager un modèle unique qu'un État utilisera lors de toutes ses négociations. Le texte d'un traité varie évidemment selon les parties à la négociation et les intérêts en jeu (Allee et Peinhardt 2010). Ce problème est particulièrement présent dans le cas présent, puisque la Commission européenne a clairement affirmé qu'elle n'envisageait pas de créer un modèle unique (2011 : 3). La Commission soutient qu'elle vise ainsi à maintenir une plus grande flexibilité dans ses futures négociations.

Malgré tout, il serait faux de croire que la Commission européenne ne maintiendra pas une approche relativement constante. Les mandats confiés à la Commission européenne dans le cadre des négociations avec le Canada, Singapour et l'Inde étaient très généraux (Calamita 2012 : 320-321). L'Union européenne ne semble donc pas réellement adapter sa politique selon son partenaire. De plus, Meunier et Morin soulignent que les négociateurs européens, à l'instar des Américains, sont généralement les mêmes dans les diverses négociations commerciales se déroulant au cours d'une même période de temps (2015 : 151).

Si cela favorise le transfert d'idées, cela se traduit également par une certaine uniformité dans leurs positions. Finalement, Calamita rappelle qu'avec l'inclusion de clause de la nation la plus favorisée (NPF), clause ayant indirectement pour effet de forcer les États à offrir le même traitement à tous leurs partenaires, les États ne peuvent tout simplement pas adopter une approche personnalisée à chaque négociation (2012 : 321). Autrement, ils se verraient rapidement obligés de proposer à tous leurs partenaires commerciaux un traitement qu'ils ne désiraient peut-être pas offrir à une telle échelle. Il n'apparaît donc pas exagéré de considérer que la Commission européenne dispose bien d'un modèle. Ce dernier peut alors être utilisé pour démontrer l'influence du complexe institutionnel sur le développement de l'approche européenne en matière de négociation d'accord sur l'investissement. C'est ce que tâchera de faire la prochaine section.

III – Le nouveau modèle d'accord européen : une combinaison gagnante ?

Plusieurs auteurs soutiennent aujourd'hui que le droit international des investissements s'américanise (Calamita 2012 ; Alschner 2013). Une répétition des normes présentes au sein des accords américains est à ce sujet déjà observable dans d'autres accords (Calamita 2014 ; Chaisse 2015). Selon Alschner, cette américanisation est toutefois plus profonde, alors que le droit international des investissements reviendrait à l'esprit même des traités américains de commerce, d'amitié et de navigation en offrant un plus grand équilibre entre les droits des investisseurs et le pouvoir réglementaire des États (2013 : 480).

Le chapitre sur l'investissement de l'AECG prouve bien cette tendance à ces deux égards. Il est en effet clair que la Commission européenne a copié certaines normes américaines et qu'elle tente de préserver le pouvoir réglementaire des pays européens. Cette reconnaissance ne devrait cependant pas obscurcir le fait que d'autres sources d'inspiration ont aussi été utilisées par la Commission européenne. En réalité, une comparaison des textes de l'AECG et du Partenariat transpacifique, accord fortement influencé par le modèle américain, démontre que seulement 53 % du texte du premier est similaire à celui du second (Alschner et Skougarevskiy 2015 : 27). En plus d'imiter la pratique américaine, la Commission européenne a aussi appris de la jurisprudence arbitrale, de son expérience à l'OMC et des règles d'arbitrage dans le développement de son modèle d'accord sur l'investissement. Toutes ces sources d'influence seront maintenant abordées.

A — L'adaptation du modèle américain

Dans le développement de son modèle d'accord, la Commission européenne n'a évidemment pas été exempte de l'influence américaine. Plusieurs normes sont

textuellement reprises des accords américains et le niveau de précision s'éloigne des garanties vagues du traditionnel *gold standard* européen. En même temps, ces copies sont parfois imparfaites et montrent un désir européen de réellement s'approprier ces normes. Les normes en lien avec l'expropriation indirecte et les garanties préétablissement en sont deux excellents exemples.

La définition d'une expropriation indirecte reprend largement les critères définis dans la décision *Penn Central Transportation Co. v. New York City* de la Cour suprême américaine, soit l'impact économique, la durée, le niveau d'interférence avec les attentes de l'investisseur et le caractère de la mesure (Kriebaum 2014 : 463). De plus, il est précisé qu'une mesure prise dans l'intérêt public ne peut qu'exceptionnellement être qualifiée d'expropriation indirecte. Cette précision provient précisément d'un échange de lettres adjoint au traité signé par les États-Unis et Singapour en 2003.

Malgré ces importantes similarités, les normes européennes en matière d'expropriation indirecte diffèrent des traités américains. L'AECG et l'ALEUES prévoient entre autres que l'intention du gouvernement devrait être prise en compte dans la qualification d'une mesure d'expropriation indirecte. L'inclusion de ce critère est significative, car elle limite considérablement l'applicabilité de cette norme (Kriebaum 2014 : 464-465). Ce constat a d'ailleurs amené presque tous les tribunaux à ne pas prendre en compte ce critère. La valeur de la compensation est par ailleurs définie autrement que dans les traités américains. La Commission européenne unifie ici la pratique de ses États membres en indiquant que l'indemnité devrait égaler la valeur de l'investissement avant que l'expropriation ne devienne un fait public (chapitre 10, article X.11). Les traités américains prévoient plutôt que cela devrait être la valeur au moment de l'expropriation.

Le texte de l'AECG reprend aussi la protection préétablissement, élément opposant traditionnellement les traités européens aux traités américains (Reinisch 2014 : 688). La définition d'un investisseur couvre en effet les personnes qui cherchent à effectuer un investissement et le traitement national, et la clause NPF est étendue à la période préinvestissement comme les traités américains. Une lecture consciencieuse de l'AECG permet toutefois de voir que la Commission européenne a inséré une modification notable en excluant la période préétablissement de l'arbitrage investisseur-État (chapitre 10, article X.17).

Cette limite était essentielle pour le Conseil européen, comme l'indique un de ses documents de travail : «For the EU it is critical to ensure that Investor State Dispute Settlement (ISDS) does not apply to market access related issues of investment» (2012 : 8). Du point de vue européen, ces questions sont mieux gérées par la voie diplomatique que par la voie juridictionnelle (Hoffmeister et Alexandru 2014 : 398). Ainsi, la Commission européenne limite sensiblement l'effectivité de ces

nouvelles garanties, puisque le mécanisme d'arbitrage investisseur-État assure bien évidemment l'accès des investisseurs aux avantages d'un accord sur l'investissement, comme le rappelait le tribunal dans l'affaire *Maffezini* (2000 : paragraphe 55).

Tout en s'inspirant des normes américaines, la Commission européenne a donc adapté leur contenu à ses intérêts et ses objectifs. Une telle démarche met clairement en relation des effets rétroactifs et des stratégies interinstitutionnelles, deux implications d'un complexe. D'une part, certaines normes appliquées par les États-Unis se répercutent bien dans le modèle d'accord européen. D'autre part, la Commission européenne utilise ses traités pour proposer des changements aux normes américaines et avancer son propre agenda de libéralisation. Cela dit, il est essentiel de remarquer que le modèle américain n'a pas été la seule source d'inspiration de la Commission européenne, et c'est ce qu'établiront les sous-sections suivantes.

B — Des réponses prévisibles à la jurisprudence

Au cours des vingt dernières années, la jurisprudence arbitrale en matière de droit international des investissements a pris une importance considérable malgré l'absence de *stare decisis*. Les décisions passées sont régulièrement utilisées par les arbitres pour adopter des interprétations évolutives du droit international des investissements. L'impact de la jurisprudence dans l'évolution du droit international des investissements ne s'arrête toutefois pas là, alors que les réflexions et les interprétations proposées dans les décisions arbitrales sont reprises par les négociateurs d'accords sur l'investissement. Trois exemples illustrant cette réalité sont particulièrement éloquentes dans l'AECG.

Premièrement, la Commission européenne, à l'instar des États-Unis, fait sienne la *double-barreled approach* des tribunaux CIRDI pour définir un investissement. En plus de comporter une liste exemplative des formes que peut prendre un investissement, l'AECG et l'ALEUES précisent qu'un investissement étranger doit généralement remplir trois critères : l'existence d'un risque, l'engagement de capitaux et une certaine durée. Ceux-ci proviennent directement de l'affaire *Salini*⁵. En même temps, la Commission européenne s'éloigne de l'approche proposée dans l'affaire *Salini* en excluant le controversé critère du développement et en invitant les tribunaux à privilégier une approche globale où tous les critères n'ont pas à être systématiquement remplis (Reinisch 2014 : 686-687 ; Hoffmeister et Alexandru 2014 : 384).

5. Dans cette affaire, les arbitres s'étaient fondés sur la doctrine pour définir un investissement comme un engagement de capitaux (1) avec un risque (2) pour une certaine durée de temps (3). Ils avaient aussi ajouté que la contribution au développement du pays hôte (4) apparaissait comme une condition supplémentaire à la lecture du préambule de la convention instituant le CIRDI (Salini 2001 : paragraphe 52).

Deuxièmement, l'AECG contient une annexe excluant l'application du chapitre sur l'investissement de la restructuration des dettes publiques. Cet élément, également présent dans la dernière proposition européenne pour le Partenariat transatlantique (Commission européenne 2015 : annexe II), est inédit et peut être mis en relation avec la décision rendue dans l'affaire *Abaclat*. À la suite de cette dernière, l'Argentine s'était vue obligée de dédommager des milliers d'Italiens qui avaient acquis ses obligations sur un marché secondaire dans le cadre de la restructuration de sa dette (Reinisch 2014 : 684). Dans un contexte où des États européens ont récemment pris des mesures pour restructurer leur dette, il n'est pas étonnant que la Commission européenne tente de se prémunir contre des plaintes similaires. Le risque de recevoir une plainte n'est d'ailleurs pas qu'hypothétique, puisque la Grèce et Chypre ont déjà reçu de telles plaintes (Bernasconi-Osterwalder 2013 : 7).

Troisièmement, contrairement aux traités européens et américains qui étaient très vagues sur le contenu de la norme minimale de traitement, l'AECG et l'ALEUES contiennent une liste non exhaustive des traitements que prohibe cette norme. Selon un document européen, le Conseil européen refusait catégoriquement d'inclure une référence au droit coutumier et considérait que le fait d'explicitier les éléments du traitement juste et équitable pouvait représenter un terrain d'entente acceptable (Lévesque 2015 : 176). Si ce choix d'indiquer les traitements prohibés est en apparence nouveau, les traitements listés sont cependant une copie presque exacte de la jurisprudence. Le paragraphe suivant de la décision dans l'affaire *Waste Management* contient à lui seul pratiquement tous les traitements et leurs qualificatifs nommés dans l'AECG :

Grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candor in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant (2004 : paragraphe 94).

Dans la mise en œuvre de son modèle de négociation, la Commission européenne a ainsi été perméable aux réflexions présentes dans la jurisprudence internationale. Cela démontre que complexe institutionnel a effectivement favorisé des effets de rétroaction en permettant aux négociateurs d'apprendre des décisions arbitrales. La mise en œuvre des accords joue ainsi un rôle important dans l'évolution du complexe. Le fait que les arbitres et les négociateurs sont des groupes relativement restreints facilite par ailleurs le développement entre eux d'une vision commune de ce que doit être le droit international des investissements. Lorsque celle-ci se concrétise, elle peut alors se cristalliser dans de

nouveaux accords sur l'investissement. La prochaine sous-section démontrera justement que les échanges interinstitutionnels favorisent le partage d'idées au sein du groupe d'experts qui travaillent sur l'investissement et le commerce.

C — L'OMC, l'acteur incontournable

Si les États-Unis sont *a priori* le centre géographique du droit international des investissements, on ne peut passer sous silence le fait que l'OMC demeure l'acteur central du droit international économique. Son influence ne saurait par conséquent être négligée même si cette organisation traite principalement du commerce. Depuis 1995, les 28 États membres de l'Union européenne sont par ailleurs représentés à l'OMC par la Commission européenne. Cette dernière a ainsi acquis une riche expérience qui influence le contenu de ses accords de libre-échange (ALE) et plus récemment de son modèle d'accord sur l'investissement. L'un des éléments les plus étonnants du modèle que développe la Commission européenne apparaît justement inspiré par l'Accord général sur le commerce des services (AGCS).

En droit international des investissements, aucune protection n'est traditionnellement offerte aux investissements avant qu'ils ne soient admis par l'État hôte, décision pour laquelle il conserve une entière liberté en droit coutumier (Newcombe et Paradell 2009 : 122). Certes, les États-Unis et le Canada ont progressivement offert certaines protections préétablissement, mais ils ne s'engageaient pas sur des règles d'accès au marché spécifiques comme celles présentes à l'OMC (Reinisch 2014 : 688). Le modèle d'accord sur l'investissement développé par la Commission européenne rompt avec cette pratique en contenant un article sur l'accès au marché qui reflète de près l'article XVI de l'AGCS.

L'origine de cette nouvelle norme dans le régime des investissements précède d'ailleurs le traité de Lisbonne et remonte à la publication d'une plateforme minimale sur l'investissement en 2006. À l'époque, l'Union européenne n'avait qu'une compétence indirecte sur l'investissement du fait qu'elle pouvait négocier des règles en lien avec l'établissement des fournisseurs de services. L'existence d'un lien étroit entre les normes en matière de service et d'investissement au tout début du développement de son modèle de négociation d'accord sur l'investissement, explique bien évidemment pourquoi la Commission européenne s'est inspirée de l'AGCS pour régir la question de l'entrée des investissements (Lévesque 2013 : 122-124).

Une importante distinction avec l'AGCS est cependant que la Commission européenne a décidé de fonctionner à partir d'une liste négative plutôt que positive. Dans les faits, ce changement est moins important qu'il n'y paraît, puisque plusieurs secteurs pour lesquels l'Europe ne prend historiquement pas d'engagements sont protégés par une réserve en annexe au chapitre sur l'investissement

de l'AECG (Lévesque 2013 : 124). De plus, même si, à l'avenir, les nouveaux secteurs d'activité devraient être automatiquement libéralisés, une annexe au chapitre sur le commerce transfrontalier des services limite cette ouverture pour les fournisseurs de nouveaux services :

1. Les Parties conviennent que le chapitre Douze (Réglementation intérieure), et les articles 9.3 [Traitement national], 9.5 [Traitement de la nation la plus favorisée] et 9.6 [Accès au marché] ne s'appliquent pas à une mesure concernant un nouveau service qui ne peut être classé dans la CPC de 1991 (annexe 9-B, chapitre 12).

L'accès au marché pour les fournisseurs de nouveaux services n'est donc pas totalement garanti, puisqu'un service totalement nouveau, qui ne pourrait être qualifié par aucune catégorie du CPC, n'aurait pas automatiquement accès au marché de l'autre partie (Lévesque 2013 : 124). Il faudrait tout d'abord qu'une ligne tarifaire lui soit attribuée et qu'ensuite les États parties s'entendent sur sa libéralisation.

Mis à part cet article sur l'accès au marché qui sort particulièrement de l'ordinaire, l'OMC semble aussi avoir inspiré la Commission européenne dans la qualification de la nationalité d'un investisseur, la portée de la clause NPF et l'introduction d'un mécanisme de médiation. L'AECG et l'ALEUES copient tout d'abord l'article XXVIII (m) de l'AGCS en indiquant qu'une personne morale a la nationalité de l'État où elle est constituée et où elle entretient des activités substantielles dans la définition du terme *entreprise d'une Partie* (Hoffmeister et Alexandru 2014 : 384-385). Le texte de l'AECG limite ensuite l'application de la clause NPF en précisant que «[l]es obligations de fond énoncées dans d'autres traités internationaux sur l'investissement et dans d'autres accords commerciaux ne constituent pas en soi un *traitement*» (chapitre 10, article X.7 [4]). Les Parties à l'AECG se sont ainsi entendues pour limiter l'utilisation aux traitements *de facto* ou *de jure*, et non pas à la simple possibilité d'un meilleur traitement (Reinisch 2014 : 696). Selon Reinisch, une telle approche reflète de plus près le sens de cette clause au sein du droit du commerce international et de l'OMC (2014 : 696). Finalement, il est notable que la Commission européenne ait sensiblement imité l'article 5 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends en permettant la médiation au sein de l'arbitrage investisseur-État dans l'AECG.

Cette reprise de divers éléments propres au droit de l'OMC montre encore une fois la possibilité pour une norme d'être transposée d'une institution à l'autre au sein d'un complexe. Dans le cas présent, cette répercussion des normes propres à l'OMC dans le modèle de la Commission européenne est notamment permise par le fait que le même groupe d'experts travaille à la fois sur le droit des investissements et le droit du commerce. Mauro Pettricone, négociateur en chef pour la Commission européenne dans le cadre de l'AECG, et Colin Brown, négociateur européen pour le chapitre sur l'investissement de l'AECG, ont tous deux occupé des postes liés à

l'OMC durant leur travail à la Commission européenne. Ils peuvent ainsi avoir tendance à prioriser les connaissances découlant de leurs expériences passées au lieu de tenter de prendre en compte tous les éléments possibles. Cette affirmation explique notamment pourquoi les règles d'arbitrage se répètent même si le mécanisme d'arbitrage investisseur-État est de plus en plus décrié.

D — La fin des tribunaux, mais les mêmes règles d'arbitrage

Le 13 janvier 2014, la Commission européenne publiait un rapport indiquant que 97 % des répondants à une consultation publique s'opposaient à l'arbitrage investisseur-État (Commission européenne 2014 : 2). Plus récemment, le 10 octobre 2015, entre 150 000 et 250 000 personnes ont marché dans les rues de Berlin pour protester contre le Partenariat transatlantique et le mécanisme de règlement des différends par l'arbitrage investisseur-État perçu comme antidémocratique. Face à ces récents mouvements, la Commission européenne avait beaucoup de pression pour réformer le mode de règlement des différends entre investisseurs et États (Hafner-Burton et Victor 2016 : 164). C'est donc sans surprise qu'elle affirmait en 2010 vouloir créer le mécanisme le plus sophistiqué qui soit (*state-of-the-art mechanism*) et qu'elle a plus récemment proposé la création d'une cour permanente (Commission européenne 2010 : 10 ; 2015 : 11). Cette dernière proposition faite dans le cadre de la négociation du Partenariat transatlantique sera justement ici utilisée conjointement avec l'AECG pour démontrer que, même si la Commission européenne se veut novatrice, la majorité de ses propositions reprennent les règles d'arbitrage du CIRDI et de la CNUDCI.

À la lecture de l'AECG, il est premièrement frappant qu'il soit fait mention 31 fois du CIRDI et 9 fois de la CNUDCI. La proposition d'une cour permanente contient quant à elle 11 références au CIRDI et toujours 9 à la CNUDCI. Pour une approche qui se veut renouvelée, il est étonnant de voir autant de renvois aux mécanismes précisément décriés par la population européenne. Le lien entre ces règles d'arbitrage et la nouvelle pratique européenne ne s'arrête toutefois pas là. Plusieurs règles procédurales sont très clairement inspirées par les règles du CIRDI ou de la CNUDCI même si elles n'y font pas toujours référence. Pour ne donner que quelques exemples, la méthode prévue par l'AECG pour constituer un tribunal regroupe les principaux éléments des articles 11 à 14 et 37 à 40 de la convention CIRDI. Quant aux exigences procédurales pour le dépôt d'une demande de consultation dans l'AECG, elles sont similaires aux articles 3 des règles d'arbitrage de la CNUDCI et 36 de la convention CIRDI. Finalement, la décision d'attribuer les coûts de l'arbitrage à la partie perdante dans l'AECG reflète l'article 42 des règles d'arbitrage de la CNUDCI et l'indication qu'un plaignant s'est automatiquement désisté après six mois d'inaction reprend le propos de l'article 45 de la convention CIRDI.

En matière de transparence, la Commission européenne imite sensiblement les nouvelles règles sur la transparence de la CNUDCI. Ce choix apparaît audacieux alors qu'aucun État membre de l'Union européenne n'avait appuyé une proposition favorable à plus de transparence auprès de la Commission européenne (Calamita 2014 : 672-673). Cette décision peut néanmoins être considéré comme une tentative de redonner une certaine légitimité à ce mécanisme fortement décrié récemment. Brown et Naglis soulignent qu'en faisant référence à la CNUDCI, un organe de l'ONU, la Commission européenne procure une certaine aura positive à ce mode de règlement des différends (2013 : 29). De plus, rejeter ces nouvelles règles sur la transparence aurait envoyé un signal étrange, étant donné que la Commission européenne a participé à leurs négociations (Brown et Naglis 2013 : 29). Leur inclusion peut donc refléter une stratégie interinstitutionnelle ayant pour but de promouvoir leur adoption par d'autres institutions. Le fait que le Parlement européen ait explicitement demandé que le mécanisme d'arbitrage entre investisseur et État soit plus transparent rendait cette stratégie d'autant plus impérative qu'il doit maintenant approuver tous les traités négociés par la Commission européenne (2014 : 674).

Ici, il convient de s'arrêter un instant pour souligner que les interactions entre institutions européennes s'ajoutent au complexe et influencent également le travail de la Commission européenne. Schill souligne notamment que, pour s'assurer que l'arbitrage investisseur-État respecte le droit européen, les TBI négociés par la Commission européenne devaient « internaliser » la question de la détermination de la partie visée (2013 : 49). Cette obligation tient au fait qu'en vertu du concept d'« autonomie du droit européen », la Cour de justice européenne (CJEU) est la seule à pouvoir juger de la répartition des compétences entre les États européens et les institutions européennes. De même, la Commission européenne devait s'assurer que la restitution de la propriété n'est pas la seule réparation possible dans le cadre d'une décision défavorable d'un tribunal. Autrement, cela aurait pu amener des tribunaux arbitraux à invalider une norme européenne, ce qui créerait un conflit avec le monopole de la CJEU sur l'interprétation du droit européen (Schill 2013 : 50).

Finalement, même la proposition de créer une cour permanente n'est pas aussi novatrice qu'il y paraît. Les règles d'arbitrage proposées sont encore une fois celles du CIRDI ou de la CNUDCI (article 6). La Commission va même jusqu'à proposer d'utiliser les services du CIRDI ou ceux de la cour permanente d'arbitrage pour établir son secrétariat (article 9). En fait, les deux seuls éléments qui apparaissent réellement nouveaux relativement aux tribunaux arbitraux sont la sélection de juges permanents et la création d'une procédure d'appel. Et quoique l'établissement d'une liste d'arbitres ou de juges permanents soit nouveau au sein du droit international des investissements, Colin Brown et Naglis soulignent qu'en choisissant d'y recourir la Commission poursuit en réalité sa pratique au

sein de ses accords de libre-échange (2013 : 27). Le mécanisme de règlement des différends généraux de l'accord entre l'Union européenne et la Corée de 2011 prévoit justement la création d'une liste de 15 arbitres permanents (article 14.18). De même, le CIRDI maintenait déjà une liste permanente d'arbitres proposés par ses États membres. Quant à la procédure d'appel, Debra Steger est d'avis qu'elle représentait la prochaine étape logique au sein du droit international des investissements (2013 : 263). Le succès de l'organe d'appel de l'OMC, qui n'est évidemment pas étranger à cet attrait pour un mécanisme d'appel, est clairement une importante source d'influence. Il est aussi notable que, dès 2003, les traités bilatéraux d'investissement des États-Unis contenaient une norme appelant à ratifier un éventuel mécanisme d'appel multilatéral et à considérer la création d'un tel mécanisme bilatéralement. Depuis, des traités signés par divers pays comportaient des normes similaires⁶.

Il est donc encore une fois évident que, même si les négociateurs se veulent novateurs, ils puisent largement dans les normes préexistantes du complexe institutionnel en place pour répondre aux problèmes qui se présentent à eux. En s'inspirant à la fois de la convention CIRDI et des règles d'arbitrage de la CNUDCI, la Commission européenne a cependant mis en évidence les meilleures pratiques de chaque système. Les règles sur la transparence étaient par exemple beaucoup plus développées au sein de la CNUDCI, alors que la procédure de désistement d'une plainte existait uniquement dans la convention CIRDI. Cela prouve que la rationalité limitée des acteurs ne les empêche pas d'atteindre un résultat positif.

Conclusion

L'analyse qui précède a démontré que, même si le modèle de négociation d'accord sur l'investissement développé par la Commission européenne s'éloigne effectivement du *gold standard* européen et s'américanise, il demeure original et représente ce que l'on pourrait qualifier de *platinum standard* (Titi 2014). Alors que le contrôle de l'agenda de la mondialisation apparaît aujourd'hui comme un enjeu primordial, l'importance de ce nouveau standard ne devrait pas être sous-estimée. À long terme, le modèle de la Commission européenne pourrait inspirer d'autres États et susciter des changements dans d'autres accords sur l'investissement. Il sera par exemple intéressant de surveiller si une cour permanente multilatérale habilitée à entendre tous les différends en matière d'investissement pourrait finir par s'établir.

6. On peut notamment donner en exemple les traités signés entre le Nicaragua et Taïwan (2006), la Colombie et le Pérou (2007), l'Australie et la Corée du Sud (2014), le Canada et la Corée (2014) ainsi que l'Iran et la Slovaquie (2016).

Cet article est aussi venu souligner que le « nouveau » modèle d'accord sur l'investissement européen ne s'est pas développé en vase clos, comme de précédentes études institutionnalistes auraient pu le suggérer. Une lecture minutieuse des normes de ce modèle révèle que c'est un ensemble d'interactions permises par le complexe institutionnel composant le régime des investissements qui ont guidé les travaux de la Commission européenne. En effet, la pratique américaine, la jurisprudence arbitrale, l'OMC et les règles internationales d'arbitrage ont toutes amplement influencé les négociateurs européens. Des règles propres à la construction européenne et l'expérience de la Commission européenne dans la négociation d'ALE, brièvement abordées, sont deux autres exemples de sources d'inspiration non négligeables du modèle d'accord européen.

La précédente analyse démontre en somme que l'existence d'un complexe d'institutions suscite les interactions et le transfert d'idées entre les acteurs du régime des investissements. Si cela favorise en apparence la flexibilité du système, il faut aussi reconnaître que cela incite les négociateurs d'accords sur l'investissement à copier des normes d'une institution à l'autre. Il est ainsi plus juste de parler d'un système dynamiquement stable, ouvert aux changements, mais ayant tendance à favoriser une évolution progressive plutôt que brusque. Dans le cas présent, la principale nouveauté du modèle européen n'est justement pas son contenu, mais plutôt sa mise en commun de normes provenant de différentes sources d'inspiration. Dans le futur, il sera intéressant de surveiller si cette combinaison de normes aura, au moment de la mise en œuvre de l'AECG, des effets imprévus qui pourraient à leur tour influencer d'autres accords.

Guillaume BEAUMIER

Chaire de recherche du Canada en économie politique internationale

Département de science politique

Pavillon Charles-De Koninck

1030, avenue des Sciences-Humaines, local 4445

Université Laval

Québec (Québec) G1V 0A6

Canada

guillaume.b-beaumier.1@ulaval.ca

Bibliographie

- ABBOTT Kenneth W., 2012, « The Transnational Regime Complex for Climate Change », *Government and Policy*, vol. 30, n° 4 : 571-590.
- ALLEE Todd et Clint PEINHARDT, 2010, « Delegating Differences: Bilateral Investment Treaties and Bargaining Over Dispute Resolution Provisions », *International Studies Quarterly*, vol. 54, n° 1 : 1-26.
- ALTER Karen J. et Sophie MEUNIER, 2006, « Nested and Overlapping Regimes in the Transatlantic Banana Trade Dispute », *Journal of European Public Policy*, vol. 13, n° 3 : 362-382.

- ALTER Karen J. et Sophie MEUNIER, 2009, «The Politics of International Regime Complexity», *Perspectives on Politics*, vol. 7, n° 1 : 13-24.
- ALSCHNER Wolfgang, 2013, «Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law», *Goettingen Journal of International Law*, vol. 5, n° 2 : 455-486.
- ALSCHNER Wolfgang et Dmitriy SKOUGAREVSKIY, 2015, «The New Gold Standard? Empirically Situating the TPP in the Investment Treaty Universe», *Journal of World Investment & Trade*, vol. 17 : 339-373.
- BAETENS Freya, 2013, «No Law is an Island, Entire of Itself – How International Investment Law Interacts with Other Fields of Public International Law», dans F. BAETENS, *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, New York, Cambridge University Press: xxvii-xlii.
- BERNASCONI-OSTERWALDER Nathalie, 2013, «Commentary to the Draft Investment Chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)», *ISD Report* : 1-31.
- BETTS Alexander, 2010, «The Refugee Regime Complex», *Refugee Survey Quarterly*, vol. 29, n° 1 : 13-37.
- BROWN Chester, 2013, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press.
- BROWN Colin et Ilmārs NAGLIS, 2013 «Dispute Settlement in Future EU Investment Agreements», dans M. BUNGENBERG, A. REINISCH et C. TIETJE (dir.), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Baden-Baden, Nomos : 17-35.
- BUNGENBERG Marc, 2014, «The Scope of Application of EU (Model) Investment Agreements», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 15, n° 3-4 : 402-421.
- BUSCH Marc L., 2007, «Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade», *International Organization*, vol. 61, n° 4 : 735-761.
- CALAMITA N. Jansen, 2012, «The Making of Europe's International Investment Policy: Uncertain First Steps», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, n° 3 : 301-330.
- CALAMITA N. Jansen, 2014, «Dispute Settlement Transparency in Europe's Evolving Investment Treaty Policy: Adopting the UNCITRAL Transparency Rules Approach», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 15, n° 3-4 : 645-678.
- CHAISSÉ Julien, 2012, «Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment – How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?», *Journal of International Economic Law*, vol. 15, n° 1 : 51-84.
- CHAISSÉ Julien, 2015, «The Shifting Tectonics of International Investment Law – Structure and Dynamics of Rules and Arbitration on Foreign Investment in Asia-Pacific Region», *George Washington International Law Review*, vol. 47, n° 3 : 563-637.
- COMMISSION EUROPÉENNE, 2010, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Towards a Comprehensive European International Investment Policy*, 7 juillet. Page consultée sur Internet trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf le 9 septembre 2017.
- COMMISSION EUROPÉENNE, 2011, *Follow up to the European Parliament Resolution on the Future European International Investment Policy*, 6 avril. Page consultée sur Internet www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+PDF+V0//EN le 9 septembre 2017.
- COMMISSION EUROPÉENNE, 2014, *Report on the online consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement in the Transatlantic Trade and Investment Partnership agreement*, 13 janvier. Page consultée sur Internet trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf le 9 septembre 2017.
- COMMISSION EUROPÉENNE, 2015, *Proposition sur la protection des investissements, le règlement des différends en matière d'investissements et le système juridictionnel des investissements dans le cadre du TTIP*, 16 septembre. Page consultée sur Internet (trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf) le 9 septembre 2017.

- CONSEIL EUROPÉEN, 2012, *CETA Landing Zones*, 6 novembre. Page consultée sur Internet www.lapresse.ca/html/1633/Document_UE_2.pdf le 12 décembre 2015.
- DE MESTRAL Armand, 2013 «The Evolving Role of the European Union in IIA Treaty-Making», dans A. DE MESTRAL et C. LÉVESQUE (dir.), *Improving International Investment Agreements*, New York, Routledge: 42-58.
- DE MESTRAL Armand et Céline LÉVESQUE (dir.), 2013, *Improving International Investment Agreements*, New York, Routledge.
- HAFNER-BURTON Émilie M., 2009, «The Power Politics of Regime Complexity: Human Rights Trade Conditionality in Europe», *Perspectives on Politics*, vol. 7, n° 1: 33-37.
- HAFNER-BURTON Émilie M. et David G. VICTOR, 2016, «Secrecy in International Investment Arbitration: An Empirical Analysis», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, n° 1: 161-182.
- HOFFMEISTER Frank et Gabriela ALEXANDRU, 2014, «A First Glimpse of Light on the Emerging Invisible EU Model BIT», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 15, n° 3-4: 379-401.
- KEOHANE Robert O. et David G. VICTOR, 2011, «The Regime Complex for Climate Change», *Perspectives on Politics*, vol. 9, n° 1: 7-23.
- KOREMENOS Barbara, Charles LIPSON et Duncan SNIDAL, 2001, «The Rational Design of International Institutions», *International Organization*, vol. 55, n° 4: 761-799.
- KRASNER Stephen D., 1982, «Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables», *International Organization*, vol. 36, n° 2: 185-205.
- KRIEBAUM Ursula, 2014, «FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 15, n° 3-4: 454-483.
- LÉVESQUE Céline, 2013, «The Challenges of 'Marrying' Investment Liberalisation and Protection in the Canada-EU CETA», dans M. BUNGENBERG, A. REINISCH et C. TIETJE (dir.), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Baden-Baden, Nomos: 121-146.
- LÉVESQUE Céline, 2015, «Les négociations transatlantiques sur l'investissement: un travail d'équilibriste, illustré par la norme de traitement juste et équitable», dans C. DEBLOCK, J. LEBULLENGER et S. PAQUIN (dir.), *Un nouveau pont sur l'Atlantique*, Québec, Presses de l'Université du Québec: 169-180.
- MEUNIER Sophie et Jean-Frédéric MORIN, 2015, «No Agreement is an Island: Negotiating TTIP in a Dense Regime Complex», dans J.-F. MORIN, T. NOVOTNÁ, F. PONJAERT et M. TELÓ (dir.), *The Politics of Transatlantic Trade Negotiations: TTIP in a Globalized World*, Burlington, Ashgate: 145-155.
- MORIN Jean-Frédéric et Amandine ORSINI, 2013, «Regime Complexity and Policy Coherency: Introducing a Co-adjustments Model», *Global Governance*, vol. 19, n° 1: 41-51.
- NEWCOMBE Andrew, 2013, «Developments in IIA Treaty-making», dans A. DE MESTRAL et C. LÉVESQUE (dir.), *Improving International Investment Agreements*, New York, Routledge: 15-24.
- NEWCOMBE Andrew et Lluís PARADELL, 2009, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business.
- ORSINI Amandine, Jean-Frédéric MORIN et Oran YOUNG, 2013, «Regime Complexes: a Buzz, a Boom, or a Boost for Global Governance?», *Global Governance*, vol. 19, n° 1: 27-39.
- PAUWELYN Joost, 2014, «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, n° 2: 1-47.
- POULSEN Lauge N. Skovgaard, 2015, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- PUIG Sergio, 2014, «Social Capital in the Arbitration Market», *European Journal of International Law*, vol. 25, n° 2: 387-424.
- PUTNAM Robert, 1988, «Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games», *International Organization*, vol. 42, n° 3: 427-460.
- RAUSTIALA Karl et David G. VICTOR, 2004, «The Regime Complex for Plant Genetic Resources», *International Organization*, vol. 58, n° 2: 277-309.

- REINISCH August, 2014, «Putting the Pieces Together... an EU Model BIT?», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 15, n° 3-4 : 679-704.
- SCHILL Stephan W., 2013, «Luxembourg Limits: Conditions for Investor-State Dispute Settlement under Future EU Investments Agreements», dans M. BUNGENBERG, A. REINISCH et C. TIETJE (dir.), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Baden-Baden, Nomos : 37-56.
- STEGER Debra, 2013, «Enhancing the Legitimacy of International Investment Law by Establishing an Appellate Mechanism», dans A. DE MESTRAL et C. LÉVESQUE (dir.), *Improving International Investment Agreements*, New York, Routledge : 247-264.
- STRANGE Susan, 1982, «Cave! Hic Dragones: A Critique of Regime Analysis», *International Organization*, vol. 36, n° 2 : 479-496.
- TITI Catharine, 2014, «Full Protection and Security, Arbitrary or Discriminatory Treatment and the Invisible EU Model BIT», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 15, n° 3-4 : 534-550.

Jurisprudence internationale

- ABACLAT AND OTHERS V. THE REPUBLIC OF ARGENTINA, 2011, *Decision on jurisdiction and admissibility*, ICSID Case n° ARB/07/5 (International Center for Settlement of Investment Disputes).
- EMILIO AGUSTÍN MAFFEZINI V. THE KINGDOM OF SPAIN, 2000, *Decision on jurisdiction*, ICSID Case n° ARB/97/7 (International Center for Settlement of Investment Disputes).
- SALINI COSTRUTTORI S.P.A. AND ITALSTRADE S.P.A. V. KINGDOM OF MOROCCO, 2001, *Decision on jurisdiction*, ICSID Case n° ARB/00/4 (International Center for Settlement of Investment Disputes).
- WASTE MANAGEMENT., INC. V. MEXICO, 2004, *Decision on Merits*, ICSID Case n° ARB(AF)/00/3 (International Center for Settlement of Investment Disputes).