



P E R S P E C T I V E S   C O N T E N T I E U S E S   I N T E R N A T I O N A L E S

VOLUME 1

DÉCEMBRE 2024

DOSSIER

Arbitrage et communautés locales sous la direction scientifique de Sandrine Clavel et Patrick Jacob, avec les contributions de W. Ben Hamida, W. Brillat-Capello, S. Clavel, M. de Fontmichel, P. Jacob, I. Michou, M. Nioche et J.-B. Racine.

VARIA

Lerôle du droit international privé dans l'arbitrage, par Giuditta Cordero-Moss — Clauses attributives de juridiction et situations internes, par Fabienne Jault-Seseke.

FOCUS

Aperçu de la directive (UE) 2024/1069 du 11 avril 2024 du Parlement européen et du Conseil contre les poursuites-bâillons (SLAPP) — Loi n° 2024-537 du 13 juin 2024: Extension de la compétence de la CCIP-CA en matière d'arbitrage international. Et plus? — Lancement d'un groupe de travail sur l'arbitrage.

COMITÉ ÉDITORIAL

Sandrine Clavel, professeure de droit privé,  
Université Paris-Saclay, UVSQ

Patrick Jacob, professeur de droit public,  
Université Paris-Saclay, UVSQ

Fabienne Jault-Seseke, professeure de droit privé,  
Université Paris-Saclay, UVSQ

COMITÉ SCIENTIFIQUE  
ET DE LECTURE

Walid Ben Hamida, professeur à l'université de Lille

Sandrine Clavel, professeure de droit privé,  
Université Paris-Saclay, UVSQ

Thomas Clay, professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne,  
Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

Géraldine Giraudeau, professeur de droit public,  
Université Paris-Saclay, UVSQ

Patrick Jacob, professeur de droit public,  
Université Paris-Saclay, UVSQ

Fabienne Jault-Seseke, professeure de droit privé,  
Université Paris-Saclay, UVSQ

Jérémy Jourdan-Marques, professeur à l'université  
Lumière Lyon 2

Fabrice Fages, Avocat aux barreaux de Paris et Bruxelles, Associé,  
Latham & Watkins

Maximin de Fontmichel, professeur de droit privé,  
Université Paris-Saclay, UVSQ

Erwan Poisson, Avocat au barreau de Paris & Solicitor of England  
and Wales, Associé, Allen & Overy, Paris

MENTIONS LÉGALES

DIRECTRICE DE PUBLICATION

Sandrine Clavel

ÉDITEUR

Association Perspectives Contentieuses Internationales  
(Déclarée sous le n°W784011379), C/ DANTE,  
3 rue de la Division Leclerc, 78280 Guyancourt – revue-pci@uvsq.fr

HÉBERGEUR

Direction des systèmes d'information et du numérique,  
UVSQ, 55 avenue de Paris, 78000 Versailles

Comité éditorial  
Sandrine Clavel,  
Patrick Jacob  
et Fabienne Jault-Seseke

Le contentieux international, largement entendu pour regrouper contentieux interétatique et transnational, est aujourd'hui une arme aux usages multiples. Il est une arme diplomatique, venant prolonger les conflits dans les prétoires (*lawfare*). Il est une arme économique permettant aux Etats d'imposer leurs politiques de façon extraterritoriale ou aux entreprises multinationales de se livrer une concurrence féroce. Il est une arme sociale mobilisée pour lutter contre le réchauffement climatique ou contre les violations des droits humains. Il peut, de façon plus ambitieuse encore, être mis au service de la diffusion de certaines valeurs.

La force du contentieux international tient, au-delà de son adaptabilité à de nombreux usages, à son caractère accessible pour des protagonistes très divers. Du paysan nigérian poursuivant *Shell* devant les juridictions néerlandaises à l'Ukraine saisissant la Cour Internationale de Justice pour faire disqualifier le discours justificatif de la Russie, de l'ONG *Sherpa* poursuivant Lafarge devant les cours pénales françaises au peuple Kichwa de Sarayaku obtenant la condamnation de l'Equateur par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, les potentialités du contentieux international sont immenses. Il n'est ainsi guère étonnant qu'il soit devenu un objet de stratégie pour les plaideurs, qui n'hésitent pas à comparer les avantages des diverses voies contentieuses et des *fors* s'offrant à eux, voire à déployer des logiques d'assignations multiples et concurrentes.

Eu égard à la globalisation du contentieux international et à son importante dimension stratégique, il est temps qu'une revue scientifique lui soit intégralement consacrée. Telle est l'ambition de la Revue *Perspectives Contentieuses Internationales*, qui entend promouvoir une recherche prospective sur le contentieux international, menée dans une logique de décloisonnement des savoirs. Les analyses relèveront souvent du droit public, du droit privé ou du droit pénal mais elles pourront aussi être menées sous l'angle de l'histoire du droit, de la science politique ou même des sciences économiques et de gestion. Elles appréhenderont les spécificités des contentieux étatiques, nationaux ou supranationaux, mais aussi des contentieux privés tel l'arbitrage commercial international, ou mixtes tel l'arbitrage d'investissement. Elles s'intéresseront à tous les modes de règlements des différends, qu'ils soient juridictionnels ou amiables.

Diffusée par LexisNexis, la Revue *Perspectives Contentieuses Internationales* est une revue universitaire semestrielle, organisée autour d'un dossier thématique complété par quelques articles hors dossier (*Varia*) et par de brefs focus sur des sujets d'actualité en lien avec les évolutions politiques ou normatives touchant aux contentieux internationaux (*Focus*). Les focus pourront être réalisés avec le concours d'étudiants de master, qui trouveront là l'occasion d'une première expérience de publication, sous la supervision d'un chercheur aguerri. Editée en ligne, la Revue offre aux auteurs qu'elle accueille un format souple, propice à des analyses approfondies, et à ses lecteurs qu'ils soient chercheurs, praticiens ou acteurs du contentieux international, un support de réflexion pour soutenir leurs recherches ou la construction de leurs stratégies contentieuses.



Le Comité éditorial adresse ses plus vifs remerciements aux membres du comité scientifique et à LexisNexis, qui ont accepté de s'engager à ses côtés pour faire vivre cette revue, et aux auteurs qui ont contribué à ce premier volume de la Revue, endurant avec une infinie patience les inévitables retards et tâtonnements qui ont marqué sa conception et sa préparation.

DOSSIER THEMATIQUE

*Arbitrage et communautés locales. Introduction,* 6  
par Sandrine Clavel et Patrick Jacob

*Les mécanismes permettant à un tiers d'intervenir dans ou de* 16  
*participer à la procédure arbitrale,* par Maximin de Fontmichel

*Des amis trop discrets. La participation des communautés* 27  
*locales à l'arbitrage d'investissement,* par Patrick Jacob

*La transparence des contrats et des arbitrages extractifs,* 37  
par Walid Ben Hamida

*Protéger les communautés locales dans l'arbitrage* 46  
*par le devoir de vigilance,* par Marie Nioche

*La prise en compte des intérêts des communautés locales:* 55  
*Réflexions à partir de la sentence Spentex Netherlands B.V. c/*  
*République d'Ouzbékistan CIRDI n° ARB/13/26,*  
par Isabelle Michou

*Ouvrir l'arbitrage aux communautés locales par le droit privé:* 59  
*Repenser la stipulation pour autrui à la lumière du Third Party*  
*Beneficiary Principle,* par Sandrine Clavel

*Adapter la procédure arbitrale à la présence des communautés* 73  
*locales: les apports du Règlement de La Haye sur l'arbitrage*  
*relatif aux entreprises et aux droits humains,*  
par William Brillat-Capello

*Arbitrage et communautés locales. Propos conclusifs,* 84  
par Jean-Baptiste Racine

VARIA

*Le rôle du droit international privé dans l'arbitrage,* 94  
par Giuditta Cordero-Moss

*Clause attributive de juridiction et situations internes:* 106  
*le coup de force de la Cour de justice de l'Union européenne,*  
par Fabienne Jault-Seseke

FOCUS

*Aperçu de la directive (UE) 2024/1069 du 11 avril 2024* 117  
*du Parlement européen et du Conseil contre les poursuites-*  
*bâillons (SLAPP),* par Fabienne Jault-Seseke

*Loi n° 2024-537 du 13 juin 2024: Extension de la compétence* 120  
*de la CCIP-CA en matière d'arbitrage international. Et plus ?*  
par Sandrine Clavel

*Lancement d'un groupe de travail sur l'arbitrage,* 123  
par Jérémy Jourdan-Marques

Sandrine Clavel, professeure à l'université Paris-Saclay, UVSQ, DANTE  
Patrick Jacob, professeur à l'université Paris-Saclay, UVSQ, VIP

Diverses raisons autorisent à penser que l'arbitrage international pourrait, au moins dans certaines circonstances, constituer un mode de règlement adéquat des différends opposant les communautés locales aux opérateurs économiques réalisant des projets dans les territoires où elles vivent, lorsqu'elles sont affectées par ces projets. Mais l'arbitrage international peut-il tenir compte des intérêts des communautés locales, voire se saisir des différends opposant ces communautés à ces opérateurs? La prise en compte des communautés locales dans l'arbitrage international soulève des difficultés, dans la mesure notamment où elles demeurent le plus souvent étrangères aux relations contractuelles sur la base desquelles se nouent les contentieux arbitraux. Pour autant, des mécanismes existent d'ores et déjà et pourraient être développés afin de permettre leur prise en considération, alors même qu'elles demeureraient tierces à l'instance. Au-delà, l'accès des communautés locales à l'arbitrage en tant que parties pourrait être opportun et envisageable, fût-ce au prix d'une adaptation des règles procédurales régissant le procès arbitral.

Mots-clefs    Arbitrage    Communautés locales    Tiers    Droits humains    Environnement  
Peuples autochtones    Accès à la justice    Convention d'arbitrage    Procédure d'arbitrage

*There are a number of reasons to believe that international arbitration could, at least in certain circumstances, be an appropriate means of settling disputes between local communities and economic operators carrying out projects affecting the communities living in the territories where these projects are implemented. But can international arbitration take into account the interests of local communities, or even deal with disputes between these communities and operators? Taking local communities into account in international arbitration raises a number of difficulties, particularly insofar as they are often not involved in the contractual relationships on which arbitration disputes are based. However, mechanisms already exist and could be developed to enable them to be taken into consideration, even if they remain third parties to the proceedings. Beyond this, local communities' access to arbitration as parties could be opportune and conceivable, even if that should require adapting the procedural rules governing arbitration proceedings.*

1 Outre les contributeurs au présent dossier, les participants au séminaire ont pu bénéficier des remarques et éclairages de Laurence Dubin (université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) et Achille Ngwanza (Jus Africa).

1. Le présent dossier reprend les actes d'un séminaire consacré aux relations entre l'arbitrage international et les communautés locales qui s'est tenu au sein du laboratoire DANTE de l'UVSQ le 2 juin 2023<sup>1</sup>.

Ces deux mondes ont longtemps paru fort éloignés l'un de l'autre. D'un côté, un mode de règlement des différends privilégié par les opérateurs économiques transnationaux, symbole d'une mondialisation faisant fi des espaces et des frontières et reposant sur le consentement des parties. De l'autre, des communautés humaines fondées sur un ancrage territorial et demeurant le plus souvent étrangères aux relations contractuelles nouées par les opérateurs économiques.

2. Cet éloignement n'est toutefois qu'apparent. En effet, les activités économiques qui donnent lieu à des arbitrages internationaux ont des effets majeurs sur les populations locales, que ces effets soient positifs en favorisant le développement local – du moins lorsqu'elles s'accompagnent d'un partage raisonnable des bénéfices générés – ou négatifs par leurs incidences sur les conditions de vie des populations riveraines. C'est singulièrement le cas dans le domaine extractif, mais d'autres secteurs comme ceux des infrastructures, des énergies renouvelables, du tourisme ou encore de l'agriculture sont également concernés. L'arbitrage, privilégié pour régler les différends relatifs à ces activités lorsqu'elles présentent un caractère transnational, ne peut rester aveugle et sourd à leurs effets sociaux et environnementaux, alors qu'un mouvement profond de responsabilisation des acteurs du commerce international est à l'œuvre.
3. Plusieurs affaires emblématiques ont ainsi mis en évidence tout à la fois l'incidence que l'arbitrage peut avoir sur les communautés locales et les limites des modes traditionnels, étatiques, de règlement des litiges qui peuvent opposer ces dernières aux opérateurs économiques transnationaux. Ce fut singulièrement le cas de l'affaire *Chevron*, qui vit un tribunal arbitral ordonner à l'Equateur de ne pas exécuter l'arrêt par lequel un juge interne avait condamné la société demanderesse à compenser les pertes liées à la pollution de leur environnement<sup>2</sup>. En même temps qu'elle révèle les conséquences majeures qu'un arbitrage auquel elles ne sont pas parties peut avoir sur elles, l'affaire prise dans son ensemble est aussi emblématique des difficultés auxquelles les communautés locales peuvent se heurter pour accéder à un juge étatique, indépendant et impartial.
4. Ce type d'affaire invite donc à se demander si l'arbitrage international peut tenir compte des intérêts des communautés locales, voire se saisir des différends les opposant aux opérateurs économiques transnationaux. La question fut posée lors de notre séminaire dans un cadre relativement large. D'un côté, notre réflexion a cherché à appréhender l'arbitrage international sans davantage de qualification. Il s'agissait ainsi d'examiner la question aussi bien du point de vue de l'arbitrage commercial que de l'arbitrage d'investissement, tout en envisageant le développement de nouvelles formes d'arbitrage qui pourraient être mises en œuvre pour régler les différends opposant directement les acteurs économiques aux communautés locales. De l'autre, nous avons retenu la formule englobante de communautés locales afin de désigner tous les groupes humains

<sup>2</sup> Cour Permanente d'Arbitrage de La Haye, *Chevron c. Equateur*, n° 2009-23, seconde sentence partielle, 30 août 2018.

qui, vivant dans les zones où se déploient des activités économiques transnationales, sont susceptibles d'en subir les effets. Il peut bien sûr s'agir de peuples autochtones, qui présentent la double caractéristique d'être étroitement liés à un territoire et de se distinguer de la collectivité étatique. Mais d'autres groupes peuvent également être affectés et revendiquer une représentation collective de leurs intérêts par-delà celle que peut leur offrir l'Etat.

5. La prise en compte des communautés locales dans l'arbitrage international soulève des difficultés, dans la mesure notamment où elles demeurent étrangères aux relations contractuelles sur la base desquelles se nouent les contentieux arbitraux. Pour autant, des mécanismes existent d'ores et déjà et pourraient être développés afin de permettre leur prise en considération alors même qu'elles demeureraient tierces à l'instance (I). Au-delà, l'accès des communautés locales à l'arbitrage en tant que parties pourrait être opportun et envisageable, même si cela pourrait nécessiter d'adapter les règles procédurales (II).

#### I. La prise en considération des communautés locales dans l'arbitrage

6. A un premier niveau, les communautés locales peuvent être prises en considération dans la procédure arbitrale tout en demeurant tierces à l'instance. Cette prise en considération peut être procédurale, en associant d'une manière ou d'une autre les communautés locales à la procédure, ou substantielle, les arbitres pouvant tenir compte des intérêts de ces dernières lorsqu'ils rendent leurs décisions.

#### A. Aspects procéduraux

7. Classiquement, l'arbitrage international se déroule loin du regard du public, et notamment de celui des communautés locales. D'un côté, les arbitres sont liés par des règles qui laissent un grand rôle à l'autonomie des parties dans l'organisation de la procédure. De l'autre, les parties sont celles, et seulement celles, qui sont liées par la convention d'arbitrage. Les procédures opposent dès lors les opérateurs du commerce international entre eux ou les confrontent à des acteurs étatiques. Fournissant un service aux parties, les arbitres ne rendent compte qu'à elles de l'accomplissement de leur mission. Les tiers, singulièrement les communautés locales, s'en trouvent invisibilisés. Pourtant, la pratique indique que certains différends soumis à l'arbitrage intéressent au-delà du cercle des parties. Dans la mesure où l'issue de ces différends est susceptible d'affecter de manière plus ou moins directe les tiers, et notamment les communautés locales, la légitimité de l'arbitrage pour les régler est contestée depuis l'extérieur<sup>3</sup>. Un début de réponse consiste alors à ouvrir l'arbitrage aux communautés locales.

<sup>3</sup> V. à ce sujet, la récente thèse de N. Gaucher-Mbodji, *L'office de l'arbitre international à l'épreuve de l'ordre public*, thèse Aix-Marseille université, 2024.

8. Cette ouverture peut d'abord passer par une transparence accrue des procédures. De l'information sur l'existence des affaires à l'ou-

verture au public des audiences, en passant par la publication des documents procéduraux et des ordonnances, décisions et sentences, la transparence fait son chemin dans l'arbitrage d'investissement. Plusieurs traités et règlements d'arbitrage ont ainsi été amendés pour la renforcer. Quoique la voie apparaisse plus étroite et semée d'embûche, la transparence se devine également dans l'arbitrage commercial, où elle pourrait s'imposer aux parties dans le sillage de l'exigence de publicité qui entoure certains contrats, notamment dans le secteur extractif<sup>4</sup>. Or, en permettant aux communautés locales d'être informées de l'existence des procédures mais aussi des enjeux qu'elles peuvent soulever pour elles, la transparence constitue tout à la fois un moyen et une fin. Une fin, car elle permet une mobilisation externe des communautés locales et exerce ainsi en elle-même une pression sur les acteurs de l'arbitrage qui doivent être en mesure d'assumer leur position aux yeux d'un public élargi. Un moyen, car la transparence constitue aussi la condition préalable à l'exercice des droits procéduraux qui peuvent être reconnus aux communautés locales.

9. Les règles d'arbitrage peuvent en effet permettre aux tribunaux d'associer les communautés locales à la procédure. Cette association peut prendre plusieurs formes. Elle reste minimale dans l'arbitrage d'investissement, qui a acclimaté l'institution de l'*amicus curiae* en permettant à des tiers de participer à la procédure en tant que parties non contestantes. Bien qu'elle puisse permettre aux communautés locales d'éclairer le tribunal sur les incidences concrètes des projets au cœur du différend qu'il doit trancher, cette forme de participation demeure limitée<sup>5</sup>. La même technique pourrait toutefois être reprise dans l'arbitrage commercial, en permettant aux communautés locales de participer tout en demeurant tierces à l'instance. Au-delà, la combinaison des outils contractuels et processuels permet d'envisager que les communautés locales ne soient plus seulement spectatrices engagées de la procédure mais en deviennent actrices en tant que parties<sup>6</sup>. Dans une perspective plus prospective, le droit de l'arbitrage, qu'il soit commercial ou d'investissement, pourrait d'ailleurs évoluer soit pour permettre aux communautés locales d'intervenir dans la procédure *a minima* pour préserver leurs droits lorsqu'ils sont directement en cause<sup>7</sup>, soit pour leur offrir la possibilité de s'opposer à une sentence rendue au mépris de leurs intérêts<sup>8</sup>.

10. Des outils procéduraux existent donc d'ores et déjà ou peuvent être adaptés à l'arbitrage afin de permettre aux communautés locales de faire entendre leur voix lorsque leurs droits ou leurs intérêts sont susceptibles d'être affectés par une procédure. Leur mobilisation est de nature à inciter les arbitres à tenir compte de ces droits et intérêts dans leurs décisions.

4 W. Ben Hamida, « [La transparence des contrats et des arbitrages extractifs](#) », dans ce dossier

5 P. Jacob, « [Des amis trop discrets. La participation des communautés locales à l'arbitrage d'investissement](#) », dans ce dossier

6 M. de Fontmichel, « [Les mécanismes permettant à un tiers d'intervenir dans ou de participer à la procédure arbitrale](#) », dans ce dossier; voir aussi *infra*, II.

7 P. Jacob, art. préc.

8 M. de Fontmichel, art. préc.

## B. Aspects substantiels

11. La question de la prise en considération des communautés locales dans l'arbitrage se retrouve au niveau substantiel. Il s'agit alors de

déterminer si et dans quelle mesure les intérêts des communautés locales peuvent être pris en considération par les arbitres au moment de trancher les différends qui leur sont soumis.

12. Lorsqu'il se prononce au fond, le tribunal arbitral peut ainsi tenir compte des intérêts des communautés locales. Tant qu'elles demeurent tierces à l'instance, il ne s'agit alors ni de réparer les dommages qui leur auraient été causés ni de contraindre les parties à exécuter les obligations qu'elles leur doivent. Mais la prise en considération de leurs droits et intérêts peut être indirecte. Bien qu'elle soit loin d'être systématique, le contentieux de l'investissement illustre, de loin en loin, cette prise en considération. C'est ainsi qu'un tribunal arbitral peut – situation exceptionnelle – dénier à un opérateur toute protection au motif que son investissement s'est fait au mépris des droits des communautés locales<sup>9</sup>; considérer la conduite d'un Etat justifiée par la nécessité de préserver leurs intérêts<sup>10</sup>; ou encore estimer, au stade de la réparation, que la valeur d'un investissement est limitée dès lors qu'il suscite leur opposition persistante<sup>11</sup>. Sans doute le contexte conventionnel dans lequel se déploie l'arbitrage d'investissement favorise-t-il cette prise en compte indirecte. Mais elle n'est pas exclue dans le contexte contractuel de l'arbitrage commercial. En effet, la diffusion de l'obligation de vigilance au travers des chaînes contractuelles pourrait conduire de plus en plus régulièrement les arbitres à devoir apprécier la conduite des parties à l'égard des communautés locales afin de se prononcer sur le respect de leurs obligations contractuelles<sup>12</sup>.

13. La prise en considération des communautés locales tierces à l'instance pourrait même se décliner, de manière singulière, au stade de la répartition des frais d'arbitrage. Une sentence rendue dans l'affaire *Spentex c. Ouzbekistan*, dans laquelle le tribunal a invité l'Etat défendeur à verser à un tiers (le Programme des Nations unies pour le développement) une somme d'argent en lieu et place du remboursement des frais d'arbitrage du demandeur au motif que les deux parties, engagées dans un schéma de corruption, étaient également fautives, ouvre ainsi des perspectives. Elle permet d'imaginer que les arbitres utilisent leur pouvoir discrétionnaire pour rendre une sentence procurant un bénéfice aux populations locales, même tierces à la procédure, lorsque leur situation a été affectée par des défaillances imputables aux parties<sup>13</sup>. Si la construction est peu orthodoxe, elle indique que, bien que l'arbitrage repose sur la volonté des parties, il peut prendre en considération les intérêts des communautés locales sous de multiples formes. Au-delà, la question se pose toutefois de savoir si les communautés locales peuvent avoir accès à l'arbitrage en tant que parties.

## II. L'accès des communautés locales à l'arbitrage international

18. La question de la participation des communautés locales à l'arbitrage international en qualité de parties est un sujet audacieux, qui connaît

9 CIRDI, *Alvarez y Marin c. Panama*, ARB/15/14, sentence, 12 octobre 2018.

10 Pour un exemple, Trib. *ad hoc* (CNUDCI), *Glamis Gold c. Etats-Unis d'Amérique*, sentence, 8 juin 2009.

11 CIRDI, *Bear Creek c. Pérou*, ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017, sp. § 599-600.

12 M. Nioche, « [Protéger les communautés locales dans l'arbitrage par le devoir de vigilance](#) », dans ce dossier.

13 I. Michou, « [La prise en compte des intérêts des communautés locales - Réflexions à partir de la sentence Spentex Netherlands B.V. c/ République d'Ouzbékistan, CIRDI, ARB/15/26](#) », dans ce dossier. L'affaire *Alvarez y Marin* précitée pourrait offrir une illustration de ce type de situation, dans la mesure où la violation des droits autochtones commise au moment de la réalisation de l'investissement était autant due aux défaillances de l'Etat défendeur qu'aux fautes de l'investisseur.

des frémissements dans la doctrine comme dans la pratique mais reste encore largement prospectif. L'intérêt d'une telle évolution ne peut être tenue pour acquise: une réflexion approfondie doit être menée sur les raisons pouvant conduire les communautés locales et les opérateurs du commerce international à privilégier l'arbitrage international comme *forum* de règlement de leurs différends (A). Si ces raisons s'avèrent suffisamment puissantes, il faut alors réfléchir aux implications juridiques qu'aurait l'ouverture de l'arbitrage aux contentieux opposant communautés locales et opérateurs économiques (B).

#### A. La pertinence d'un recours à l'arbitrage pour garantir les droits des communautés locales

19. Si l'arbitrage offre *a priori*, comme mode de règlement des différends internationaux, une efficacité<sup>14</sup> qui rend son ouverture aux communautés locales prometteuse, une réflexion sur la pertinence d'un recours à l'arbitrage pour garantir les droits des communautés locales ne peut faire l'économie d'une analyse des contentieux susceptibles d'être réglés par cette voie. L'arbitrage impliquant des communautés locales comme parties étant inexistant, c'est à partir d'une analyse des contentieux étatiques que cette typologie peut être établie, en vue de réfléchir à leur potentielle transposition à l'arbitrage.
20. *Le contentieux de la réparation* des dommages subis par ces communautés, en conséquence des activités menées par un opérateur économique sur leur territoire, connaît de nombreuses illustrations en droit positif, devant les juridictions étatiques. Ces actions en justice sont principalement fondées sur la responsabilité civile délictuelle, mais elles pourraient avoir un fondement contractuel si un contrat existait entre l'opérateur économique et la communauté locale. Toutefois, la responsabilité recherchée pourrait tout aussi bien être celle des membres de la communauté locale, dont les agissements peuvent causer un préjudice à l'opérateur, par exemple lorsque ces communautés portent atteinte à ses biens par des actes de sabotage, ou entravent son activité par des blocages et des manifestations. L'histoire enseigne que c'est alors bien souvent l'Etat concerné qui règle la difficulté pour le compte de l'opérateur économique, par la mobilisation de ses forces de l'ordre et par la mise en œuvre de son droit pénal, voire par des actions illégitimes: l'affaire *Kiobel*<sup>15</sup> en constitue une triste illustration. Mais l'opérateur pourrait également choisir d'agir en responsabilité civile contre les auteurs des dommages, voire contre la communauté elle-même sous réserve d'une personnalité juridique suffisamment établie. Si le contentieux pénal ne saurait être confié à l'arbitrage, le contentieux de la responsabilité, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, que la communauté locale soit demanderesse ou défenderesse, est assurément arbitral par nature.
21. Toujours dans le domaine de la responsabilité, un *contentieux de la prévention* des dommages est également envisageable. Les communautés locales peuvent agir en justice pour s'opposer à certaines (ou

14 S. Clavel, « The Challenges of Transnational Contractual Enforcement: The Relative Merits of Arbitration and State Courts Litigation », in H. W. Micklitz and A. Wechsler, *The Transformation of Enforcement. European Economic Law in a Global Perspective*, Bloomsbury, 2016, p. 304.

15 La tentaculaire affaire *Kiobel* et son volet néerlandais *Milieudefensie v. Shell* étant impossibles à synthétiser, on renverra seulement à quelques lectures: J. Clark, « *Kiobel's Unintended Consequences: The Emergence of Transnational Litigation in State Court* », 41 *Ecology L.Q.* 243 (2014); Ch. Chalas, H. Muir Watt, « Le contentieux international pour atteinte à l'environnement: la responsabilité de Royal Dutch Shell au Nigéria (nouvel épisode) », *Rev. crit. DIP* 2020. 577, et les références citées.

à certaines modalités des) activités menées par des opérateurs économiques dans leurs zones de vie, en alléguant du risque de survenance d'un préjudice, afin d'obtenir le prononcé d'injonctions visant à prévenir sa réalisation. Là encore, des précédents existent dans le contentieux judiciaire<sup>16</sup>, et l'arbitrabilité d'un tel contentieux ne fait guère de doute, même si l'on peut débattre du point de savoir si les arbitres sont les mieux placés pour prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire<sup>17</sup>.

22. Enfin, les arbitres pourraient être saisis de contentieux que l'on pourrait qualifier de *contentieux de l'exécution*, contentieux que les communautés locales mèneraient pour revendiquer des avantages qu'elles estiment être en droit d'obtenir de la part des opérateurs. Ces droits pourraient eux-mêmes résulter d'un contrat directement conclu entre l'opérateur et les communautés locales – un accord de partage de bénéfices<sup>18</sup> par exemple. Ils pourraient également résulter d'un contrat, conclu entre l'opérateur et l'Etat-hôte ou entre deux opérateurs économiques, mais faisant naître des droits au bénéfice d'une communauté locale, tiers bénéficiaire dans le cadre d'une forme quelconque de stipulation pour autrui<sup>19</sup>. Ils pourraient même, peut-être, naître indépendamment de tout contrat, si des principes de droit international en faveur des communautés locales, émergents, étaient consacrés, tel un principe international de partage des ressources naturelles ou des bénéfices<sup>20</sup>. Ces hypothèses restent pour l'heure largement prospectives, y compris dans le contentieux étatique. Mais si de tels contentieux devaient survenir, ils seraient sans aucun doute, de par leur nature, arbitrables.
23. Ces contentieux, identifiés et classifiés, apparaissent donc tous par nature arbitrables. Il faut cependant s'interroger sur le point de savoir si l'arbitrage ne présente pas des caractéristiques qui le disqualifient pour en connaître. Cette analyse peut d'ailleurs conduire à deux réactions très différentes : exclure purement et simplement l'arbitrage ; ou au contraire en modifier les caractéristiques bloquantes, en d'autres termes *l'adapter*, pour le rendre pertinent comme mode de traitement de ces contentieux. Notre conviction est que l'arbitrage ne peut prétendre rester le premier mode de règlement des différends du commerce international s'il n'évolue pas pour rester en phase avec les attentes d'une société qui se transforme, sous la double progression des logiques humanistes et environnementalistes<sup>21</sup>. A la question de l'aptitude de l'arbitrage à se saisir de ces sujets, on ne saurait donner d'emblée une réponse péremptoire.
24. D'un côté, il existe évidemment de nombreux obstacles, théoriques ou pratiques, qui font douter de la pertinence d'un recours à l'arbitrage, au premier rang desquels l'asymétrie entre les parties<sup>22</sup>. Il est vrai que les communautés locales sont peu ou pas rompues à la pratique de l'arbitrage. On sait cependant que certains peuples autochtones et communautés locales ont parfaitement su mobiliser l'arme contentieuse devant les juridictions étatiques<sup>23</sup>, souvent avec le sou-

16 Dans l'affaire EDF qui a donné lieu en France à une décision en application du devoir de vigilance (CA Paris, pôle 5, ch. 12, 18 juin 2024, n°21/22319), des demandes de suspension des projets initiés au Mexique ont été formées au Mexique comme en France, motif pris notamment des risques d'atteintes graves au consentement libre, informé et préalable, à la santé et à la sécurité des membres de la communauté locale.

17 TE Elder, « The Case Against Arbitral Award of Specific Performance in Transnational Commercial Dispute », *Journal of the London Court of International Arbitration*, 1997. 13; S. Jarvin, « Non-Pecuniary Remedies: The Practice of Declaratory Relief and Specific Performance in International Commercial Arbitration », in AW Robine (ed), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers (2007)*, Martinus Nijhoff, 2008; ME Schneider, J. Knoll (eds), *Performance as a Remedy: Non Monetary Relief in International Arbitration*, Juris Publishing, 2001. 3.

18 V. S. Clavel, « Ouvrir l'arbitrage aux communautés locales par le droit privé: Repenser la stipulation pour autrui à la lumière du Third Party Beneficiary Principle », dans ce dossier

19 S. Clavel, « Les accords de partage de bénéfices : Les entreprises extractives face aux communautés locales », 2023. [hal-04309497](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-04309497)

20 S. Clavel, « Les accords de partage de bénéfices... », art. préc., spéc. n°26.

21 V. en ce sens la thèse de N. Gaucher-Mbodji, *L'office de l'arbitre international à l'épreuve de l'ordre public*, préc. ; v. aussi l'article de M. Nioche, dans ce dossier.

22 V. not. : M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, Economica, 2015.

23 S. Clavel, « Entre ciels et terres: Les droits fonciers des peuples autochtones », in *Le droit entre ciels et terres, Mélanges en l'honneur du professeur Laurence Ravillon*, Pedone, 2022, p. 373.

tien d'ONG disposant d'une solide expérience des pratiques contentieuses; il n'y a pas nécessairement de raison qu'ils ne puissent agir tout aussi efficacement devant des juridictions arbitrales. La difficulté se situerait alors plutôt sur le terrain du financement de ces actions. Or le financement de l'arbitrage est un sujet qui suscite de nombreuses réflexions dans la communauté arbitrale<sup>24</sup>, car de sa solution dépend la capacité de l'arbitrage à se développer. On soulignera simplement sur ce point que les communautés locales sont dans une position qui n'est pas inintéressante pour de potentiels tiers financeurs, en sorte que la question financière ne constitue pas nécessairement un obstacle dirimant

25. Une objection plus importante invite à questionner la légitimité de la privatisation d'un contentieux qui soulève des questions d'intérêt public dépassant souvent les seuls intérêts, collectifs certes mais propres à certaines communautés locales, et touchant donc aux obligations générales des Etats. Les Etats ont des obligations à l'égard de ces communautés; ils en ont également à l'égard des tiers à ces communautés, et même à l'égard des membres de ces communautés dont les intérêts propres divergent de l'intérêt collectif. Ils ont aussi des devoirs dont ils sont comptables dans leurs relations avec les autres Etats ou avec les organisations internationales. Tout cela rend compréhensible qu'ils puissent être réticents à laisser les communautés locales régler leurs différends avec les opérateurs économiques devant un juge privé, dont la sentence pourrait créer des « externalités ». La définition de *l'arbitrabilité des litiges* semble ainsi devoir être opérée avec prudence.
26. Car d'un autre côté, le recours à l'arbitrage bénéficie d'arguments de poids. Pour les communautés locales, il n'est pas exclu que, au moins dans certains contextes et/ou dans certaines situations, l'arbitrage offre de meilleures garanties que les fors étatiques, qu'il s'agisse de 1) l'accès au juge; 2) la protection de leurs droits, substantiels comme processuels; 3) l'effectivité des procédures et des décisions. Il suffit de rappeler que les communautés locales ne bénéficient pas toujours d'un traitement équitable dans les Etats où elles sont implantées, en sorte que le recours à la justice étatique locale ne leur offre malheureusement pas toujours les garanties les plus fondamentales<sup>25</sup>. Pour les opérateurs économiques, l'intérêt de consentir à ce type d'arbitrage se mesure non seulement en termes de garanties d'équité (indépendance et impartialité du tribunal) et d'efficacité procédurale (concentration des contentieux), mais aussi en termes de sécurisation de leur investissement (*social license to operate*<sup>26</sup>) et de conformité avec leurs obligations RSE.
27. En définitive, une chose semble certaine: l'éventualité d'un recours à l'arbitrage pour régler les conflits entre communautés locales et opérateurs économiques ne peut être rejetée *ab initio*. Cependant, il faut être conscients que, en admettant que le recours à l'arbitrage soit théoriquement possible, de très nombreuses questions pra-

24 V. not.: W. Ben Hamida, Th. Clay (dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso, 2013; Ph. Pinsolle, « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.* 2011. 385,

25 Dans les différents volets de l'affaire Kiobel, déjà mentionnée, les victimes des exactions menées par le pouvoir nigérian ont agi contre l'entreprise Shell dans de nombreux pays, et principalement aux Etats-Unis et aux Pays-Bas, soit parce que les perspectives pour les victimes d'obtenir gain de cause devant les juridictions nigérianes, qui constituaient le for naturel, étaient inexistantes en sorte que leur saisine semblait vaine (volet « pénal »), soit parce que, saisies, ces juridictions n'ont pas été en mesure de leur donner satisfaction (volet « civil »).

26 V. dans ce dossier, les contributions de W. Ben Hamida et J.-B. Racine.

tiques doivent être réglées, dont certaines particulièrement délicates. À titre d'exemple :

- Qu'est-ce qu'une « communauté locale » partie à un arbitrage ; quel est son périmètre ?
- Qui est habilité à la représenter dans le cadre de la procédure ?
- Si une sentence est rendue, quelles sont très précisément les personnes liées par ses termes, ou partageant le bénéfice qui en résulte ?
- Un membre d'une communauté locale pourrait-il intenter une action en justice malgré la procédure d'arbitrage ou la sentence rendue au profit de cette communauté, alléguant que son droit d'action personnel n'a pas été affecté par l'accord donné à l'arbitrage par la collectivité, et/ou que son préjudice individuel est distinct du préjudice collectif ?

On le comprend, un recours à l'arbitrage pour régler les différends entre opérateurs économiques et communautés locales supposerait une relecture, et peut-être une refonte, du droit de l'arbitrage international afin de le rendre compatible avec les spécificités de ce contentieux. Il faut donc s'interroger sur les implications qu'aurait une ouverture de l'arbitrage aux communautés locales.

#### B. Les implications juridiques de l'ouverture de l'arbitrage aux communautés locales

28. L'ouverture de l'arbitrage aux communautés locales, en qualité de parties, pose tout d'abord la question de la voie d'accès à l'arbitrage que ces communautés pourraient emprunter. Les communautés locales se présentent le plus souvent comme des tiers à la convention d'arbitrage, car il est encore assez rare – mais pas inédit – qu'elles soient contractuellement liées à l'opérateur menant un projet économique sur leur territoire. Pourtant, il n'est pas exclu qu'elles puissent acquérir formellement la qualité de parties à une convention d'arbitrage.
29. On l'a signalé (v. *supra* n°22), des contrats sont parfois conclus directement entre des opérateurs économiques et des communautés locales, sous la forme d'accords de développement communautaires ou d'accords de partage de bénéfices ; ces contrats sont pratiqués notamment dans le secteur extractif. Ils incluent presque systématiquement une clause de règlement des différends, qui pourrait être une convention d'arbitrage<sup>27</sup>. Une autre piste réside dans l'idée que les communautés locales pourraient opposer ou se trouver liées par, (les deux aspects soulevant des problèmes différents) une convention d'arbitrage incluse dans un contrat auquel elles ne sont pas formellement parties. Des outils privatistes comme la stipulation pour autrui ou la doctrine du *third party beneficiary* en *common law*, pourraient être mobilisés à cet effet<sup>28</sup>, mais l'on pourrait également songer à d'autres dispositifs inspirés du droit des investissements, en reconnaissant par exemple l'existence d'une offre unilatérale d'arbitrage par l'opérateur économique<sup>29</sup>. Les implications juridiques seraient différentes, la première modalité emportant en principe une oppo-

27 S. Clavel, « Les accords de partage de bénéfice », art. préc., n°44.

28 S. Clavel, « [Ouvrir l'arbitrage aux communautés locales par le droit privé : Repenser la stipulation pour autrui à la lumière du Third Party Beneficiary Principle](#) », dans ce dossier ; M. de Fontmichel, « [Les mécanismes permettant à un tiers d'intervenir dans ou de participer à la procédure arbitrale](#) », dans ce dossier, n°9 s.

29 M. de Fontmichel, art. préc., dans ce dossier, n°14 s.

sabilité de la convention d'arbitrage non seulement par, mais aussi à, la communauté locale, tandis que la seconde ne semble ouvrir la voie qu'à la seule mobilisation de la convention par la communauté locale.

30. Une fois réglée la question de l'accès des communautés locales à l'arbitrage, il reste encore à envisager l'incidence que pourrait ou devrait avoir leur participation à l'arbitrage sur la procédure arbitrale elle-même. Les communautés locales sont-elles des parties à l'arbitrage comme les autres? Ou leur présence en qualité de parties à l'arbitrage implique-t-elle des ajustements sur la composition du tribunal, la procédure ou encore les coûts d'arbitrage? En d'autres termes, faut-il alors prévoir d'adapter la procédure arbitrale à la présence des communautés locales? Des voies existent pour envisager une procédure arbitrale plus *inclusive*: les apports du Règlement de La Haye sur l'arbitrage relatif aux entreprises et aux droits humains offrent sur ce point un éclairage utile<sup>30</sup>, même si son succès reste pour l'heure mitigé.
31. Mais le monde change, et il change vite. On ne peut rejeter d'emblée l'idée que l'arbitrage doive aussi changer pour rester crédible et compétitif comme mode de règlement des différends d'un commerce international profondément transformé par l'irruption des valeurs humanistes et environnementalistes dans son organisation et sa régulation. Dans ce monde nouveau, l'arbitre pourrait être conduit à jouer un rôle de régulateur<sup>31</sup>, s'il entend continuer à exister.

30 William Brillat-Capello, « [Adapter la procédure arbitrale à la présence des communautés locales: les apports du Règlement de La Haye sur l'arbitrage relatif aux entreprises et aux droits humains](#) », dans ce dossier

31 J.-B. Racine, « [Arbitrage et communautés locales. Propos conclusifs](#) », dans ce dossier.

Maximin de Fontmichel

Professeur de droit privé à l'université Paris Saclay, UVSQ, DANTE

L'un des enjeux les plus décisifs de la rencontre de l'arbitrage, d'une part, et des droits humains et environnementaux, d'autre part, est la prise en compte des intérêts des communautés locales dans l'instance arbitrale. Comment une communauté locale peut-elle s'immiscer dans une procédure à laquelle elle est tiers ? La présente contribution vise à explorer les différents mécanismes contractuels et procéduraux disponibles en droit français pour permettre à la communauté locale d'intervenir et/ou de participer à l'instance arbitrale. Elle vise aussi à mettre en exergue la nécessité de défendre la conception singulière du droit français de l'arbitrage international afin de concevoir une justice internationale adaptée à la prise en compte des intérêts des communautés locales victimes directes d'activités de grands opérateurs économiques.

Mots-clefs

Arbitrage international  
Droits humains

Communauté locale  
Instance arbitrale

Tiers non-signataire  
Convention d'arbitrage

*One of the most decisive issues at stake when arbitration intersects with human and environmental rights is how to ensure that the interests of local communities are taken into account in the arbitration proceedings. How can a local community intervene in a procedure in which it is a third party? The aim of this contribution is to explore the various contractual and procedural mechanisms available under French law to enable local communities to intervene and/or participate in arbitration proceedings. It also aims to highlight the need to defend the distinctive conception of French international arbitration law in order to design an international justice system that is adapted to consider the interests of local communities that are direct victims of the activities of major economic operators.*

1. Pour traiter d'un tel sujet, il faut s'accorder sur un postulat que tous ne partagent pas : l'arbitrage est une justice qui peut être efficace voire idoine pour protéger les droits humains et poursuivre les buts monumentaux du droit de la compliance. Il est certes possible de s'interroger sur la légitimité de cette justice privée, qui trouve son origine dans la volonté des parties, pour trancher des questions mettant aux prises des intérêts sociétaux et environnementaux. Pour autant, il suffit ici de préciser que, d'une part, l'arbitrage est une justice plurimillénaire qui précède la justice étatique et qui, au fil de l'histoire de l'humanité, a su s'adapter pour conquérir de multiples territoires répondant aux impératifs sociétaux prégnants<sup>1</sup> et, d'autre part, l'arbitrage en tant

<sup>1</sup> F. de Menthon, *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, Université de Paris, éd. Spes, 1926, spéc. p. 28 ; Cl.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 1, 2e éd. Paris, 1740, p.116-118, v. « Arbitrage et Arbitre » ; Jeanclos, « La pratique de l'arbitrage du XIIe au XVe siècle. Éléments d'analyse », *Rev. arb.* 1999. 417. spéc. p. 419.

que justice naturelle des grands opérateurs économiques internationaux est déjà en contact depuis longtemps avec les buts monumentaux de la compliance<sup>2</sup>. L'exemple le plus emblématique de la confiance accordée à l'arbitrage dans ce domaine s'observe dans l'accord conclu entre, d'une part, des marques et détaillants mondiaux et, d'autre part, des syndicats, créé à la suite de l'effondrement du bâtiment Rana Plaza afin d'établir un programme sur la sécurité-incendie et la sécurité des bâtiments destiné à l'origine aux travailleurs de l'industrie textile au Bangladesh<sup>3</sup>. La section VIII de l'accord prévoit que les différends soient soumis à l'arbitrage<sup>4</sup>. Dès lors, la question n'est plus celle de sa légitimité sinon celle de son adaptation afin qu'elle soit une justice à même d'aider l'application et le respect du droit de la compliance. Alors que l'arbitrage est devenu une justice centrale dans la lutte contre la corruption<sup>5</sup>, il est désormais essentiel d'apprécier comment l'arbitrage peut être porteur d'évolutions et d'avancées juridiques efficaces au service de la protection des droits humains, des chaînes de valeur et de l'environnement.

2 V. les contributions du Chapitre III - « L'articulation de la compliance et de l'arbitrage international », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de l'arbitrage*, Dalloz, 2023, p. 263 et s.

3 <https://internationalaccord.org/wp-content/uploads/2023/11/International-Accord-for-Health-and-Safety-in-the-Textile-and-Garment-Industry-1-November-2023-Public-Version.pdf>

4 Section VIII, para. 65 – 67 de l'accord : *“Upon request of either party, the decision of the SC may be appealed to a final and binding arbitration process. The DRP also incorporates the opportunity for parties to participate in a mediation process in order to make arbitration unnecessary absent resolution of the dispute by the SC.*

*Any arbitration award shall be enforceable in a court of law of the domicile of the signatory against whom enforcement is sought and shall be subject to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the “New York Convention”), where applicable. The process for binding arbitration, including, but not limited to, the allocation of costs relating to any arbitration shall be governed by the International Labor Arbitration and Conciliation Rules. The arbitration shall be conducted by a single arbitrator jointly selected by the parties in accordance with the International Accord’s Dispute Resolution Process”.*

The arbitration shall be seated in The Hague and administered by the Permanent Court of Arbitration.

5 C. Dargham, J. Feigher, M. de Fontmichel et B. Siino, « Arbitrage et compliance : au cœur de la lutte contre la corruption en matière civile et commerciale », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, n°6, déc. 2019, p. 7.

6 V. en ce sens, la contribution dans le présent dossier de W. Brillat-Capello, « [Adapter la procédure arbitrale à la présence des communautés locales : les apports du règlement de la Haye sur l'arbitrage relatif aux entreprises et aux droits humains](#) ».

2. Un des enjeux décisifs de cette rencontre entre arbitrage et droits humains – et sans doute l'un des plus complexes – est la prise en compte des intérêts de tiers-victimes, telle qu'une communauté locale, dans une procédure arbitrale. L'exemple qui nous vient immédiatement à l'esprit est l'inexécution d'obligations qui résulteraient d'un accord d'exploitation minière entre personnes privées et/ou publiques causant des dommages à une communauté locale située sur le territoire exploité. Comment la communauté, tiers au contrat principal et, *a fortiori*, tiers à la convention d'arbitrage, pourrait-elle faire valoir ses droits ou faire entendre sa voix dans le cadre d'une procédure arbitrale ?
3. C'est l'objet de la présente contribution de tenter de répondre à cette question. De prime abord, un élan enthousiaste est permis à l'heure de débiter cette réflexion. À la lisière du contrat et du procès, l'arbitrage offre de nombreux outils, aussi bien contractuels que procesuels, pour permettre l'intervention ou la participation de tiers dans la procédure arbitrale.
4. Néanmoins, un regard lucide, à travers le prisme de la pratique, oblige à la prudence, ou du moins à la mise en garde bienveillante. Tous les outils évoqués demeureront des coquilles vides si, de manière concomitante, des solutions ne sont pas proposées sur d'autres plans de la procédure arbitrale<sup>6</sup>. On pense en particulier à la garantie d'accès à la justice arbitrale par les communautés autochtones, notamment en termes de capacité financière. On pense aussi à la nécessaire adaptation de la confidentialité de l'arbitrage commercial afin que les représentants des communautés locales puissent être informés de l'existence de la procédure et de leurs droits dans celle-ci. On pense également à l'égalité des armes notamment en termes de langue applicable à la procédure. On pense, enfin, à la mise en place d'un régime adapté de sanctions relatif aux activités économiques ayant une incidence directe ou indirecte sur la vie des communautés.

5. L'objet de la présente réflexion se limite à explorer de manière prospective et crédible les outils permettant aux communautés locales d'intégrer une procédure arbitrale lorsqu'elles y ont un intérêt. A cet égard, il convient au préalable de préciser les termes du sujet.

Le terme *mécanisme* couvre aussi bien les outils contractuels que processuels qui permettent aux communautés d'être présentes, d'une manière ou d'une autre, dans l'arbitrage. En effet, la nature même de l'arbitrage oblige à étudier de manière transverse les outils qui pourront fonder juridiquement l'inclusion d'une communauté autochtone dans le procès arbitral.

Le terme *tiers* ou *tiers bénéficiaires*, comme précisé dans le Règlement de La Haye<sup>7</sup>, vise spécifiquement dans cette contribution les communautés locales non signataires du contrat principal. Dans une approche plus en adéquation avec le droit de la compliance, on peut aussi qualifier cette communauté locale de « partie prenante externe ».

Les termes *intervenir* et *participer* appartiennent au monde de la procédure. Ils renvoient respectivement à deux niveaux du lien d'instance et, par conséquent, à deux degrés d'intégration distincts du tiers dans le procès. Avec l'intervention « volontaire » ou « forcée », le tiers au procès devient partie à l'instance et se voit donc lié à l'autorité de chose jugée de la décision. En plus de certaines obligations juridictionnelles qui découlent de ce lien, la communauté tiers intervenante bénéficie des sanctions prononcées par la sentence ou les subit. Avec la participation en revanche, l'intégration dans le procès du tiers est d'intensité plus légère. Le sujet demeure tiers au lien d'instance. Ainsi, le tribunal ne lie pas la communauté locale dans sa sentence et inversement le tribunal n'est pas lié par les dires et éventuellement les revendications de la communauté.

L'intitulé se réfère enfin à la *procédure arbitrale*. *Stricto sensu* la procédure arbitrale se conçoit de son déclenchement – avec la requête d'arbitrage – jusqu'au prononcé de la sentence, après délibération du tribunal. Néanmoins, la prise en compte des intérêts de la communauté locale peut également s'étudier au niveau du contentieux post-arbitral, celui qui se dénoue devant les juges étatiques à l'occasion des voies de recours ordinaires et extraordinaires. Cette vision *lato sensu* apparaît intéressante en l'espèce pour parfaire la protection de la communauté locale, en particulier pour traiter la question de la tierce-opposition.

6. Les enjeux pour les communautés locales d'intégrer le contentieux arbitral sont variés. Au niveau humain, il peut s'agir par exemple de faire cesser une activité qui pollue ou perturbe leur environnement dans leur vie quotidienne. Au niveau économique, il peut s'agir d'obtenir réparation ou de bénéficier d'une partie des retombées économiques du contrat principal. Au niveau politique et social, leur intégration dans le procès arbitral peut avoir un effet incitatif permettant la prise en compte de leurs intérêts dans les décisions futures sur un territoire donné, diminuant ainsi le risque contentieux. Au niveau juridique enfin, il s'agit de donner accès à la justice internationale

<sup>7</sup> Règlement de La Haye sur l'arbitrage relatif aux entreprises et aux droits humains, Article 19.

à des communautés ou des personnes vulnérables, souvent empêchées devant les circuits étatiques.

7. Épousant la double nature contractuelle et processuelle de l'arbitrage, nous envisagerons successivement les outils contractuels (I) et processuels (II) disponibles en droit de l'arbitrage pour permettre à la communauté locale d'intégrer la procédure arbitrale.

#### I. Les outils contractuels

8. Les outils contractuels envisagés pourraient permettre à la communauté locale de devenir partie à part entière à l'instance arbitrale. Il apparaît que trois voies peuvent servir de fondement à l'inclusion de la communauté dans la procédure arbitrale : la première est celle de l'extension de la convention d'arbitrage à ce tiers non-signataire (A). La seconde est celle de la mise en place d'offres unilatérales d'arbitrage dans les supports juridiques de l'entreprise (B). Une troisième voie est celle du compromis signé une fois le litige né entre la communauté locale et l'entreprise (C).

#### A. L'extension de la clause compromissoire

9. Lorsqu'il est question de permettre à une communauté locale de devenir partie à l'arbitrage, le choix de l'extension de la convention d'arbitrage au tiers non-signataire vient naturellement à l'esprit. L'extension se distingue de la transmission. Avec la transmission on substitue une partie à une autre ; avec l'extension on ajoute une partie au rapport originel. Le phénomène de l'extension implique des acteurs économiques ou des contractants intermédiaires, qui n'ont pas signé la convention d'arbitrage mais qui, d'une manière ou d'une autre, se trouvent attirés dans la sphère de la convention d'arbitrage. Le phénomène de transmission répond d'une logique distincte. Il implique des ayants-causes ou des sujets de droit qui reçoivent des droits existants dans le contrat.
10. Le mécanisme de l'extension est le plus à même de répondre à la configuration litigieuse impliquant une communauté locale. Avec le mécanisme de la transmission, on s'en éloigne bien qu'on ne puisse exclure à l'avenir la mise en place d'une sorte de stipulation pour autrui expresse ou « *Third-Party Beneficiary Principle* » au bénéfice de la communauté qui activerait le mécanisme de la transmission<sup>8</sup>.
11. Le droit français de l'arbitrage a une approche tout à fait singulière de l'extension. À partir de deux jurisprudences fondatrices : *Dow Chemical*<sup>9</sup> et *ABS c. Amkor*<sup>10</sup>, il admet que l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et aux litiges qui peuvent en résulter. Dès lors, il suffit qu'un tiers soit impliqué directement dans l'exécution du contrat pour lui opposer ou qu'il puisse se prévaloir de la clause compromissoire. La recherche de la volonté disparaît ainsi au pro-

8 V. dans ce dossier : S. Clavel, « [Ouvrir l'arbitrage aux communautés locales par le droit privé : Repenser la stipulation pour autrui à la lumière du Third Party Beneficiary Principle](#) »

9 Paris, ch. 1 suppl. 21 octobre 1983, *Rev. arb.* 1984. 98 ; Sentence CCI n° 4131, 23 septembre 1982 (*Dow Chemical*), *Yearb. Comm. Arb.*, vol. IX, 1984. 131.

10 Cass. civ. 1re, 27 mars 2007, *ABS c. Amkor*, n°04-20842.

fit d'une présomption d'acceptation de la clause dès lors qu'il existe une participation dans l'opération économique.

12. Souvent décriée pour occulter la dimension consensuelle de l'arbitrage, la conception française peut être au contraire un atout fondamental dans la prise en compte des intérêts des communautés locales. Si la jurisprudence française a parfois tendance à rechercher des indices d'acceptation tacite ou de volonté des tiers de recourir à l'arbitrage, elle adopte des positions audacieuses sans référence à l'acceptation de la clause. C'est ainsi qu'au-delà de toute recherche du consentement, le droit français permet à une société cible d'une opération d'acquisition et de cession d'actions de se prévaloir de la clause compromissoire contenue dans le contrat de cession dont elle est l'objet au soutien d'une exception d'incompétence des juridictions étatiques<sup>11</sup>. Un raisonnement *par analogie* ne permettrait-il pas d'affirmer que le territoire – incluant ainsi la communauté locale qui y vit – objet du contrat d'exploration ou d'exploitation, peut se prévaloir de la convention d'arbitrage contenue dans ledit contrat ?
13. Une réponse positive n'est pas à exclure, à condition d'adhérer à et de promouvoir la conception originale du droit français de l'arbitrage international. Alors que l'axiome théorique de la majorité des systèmes modernes d'arbitrage, fondé sur la nature contractuelle de l'arbitrage, implique de rechercher avant tout la réalité du consentement à la convention d'arbitrage, l'axiome français, fondé sur l'existence d'une justice arbitrale internationale, d'une part, et sur la nature hybride de l'arbitrage, d'autre part, permet d'étendre *ipso facto* la convention d'arbitrage lorsque la partie non-signataire est simplement liée par le litige. Cette conception est ainsi déterminante dans la mise en place d'une justice efficace et adaptée à un contentieux allant au-delà de l'intérêt des parties au contrat. Ce n'est qu'en épousant la singularité du droit français de l'arbitrage international que l'on pourra légitimement utiliser cet outil contractuel, permettant à la communauté locale d'accéder à la justice arbitrale.

#### B. Les offres unilatérales d'arbitrage

14. D'autres voies contractuelles, plus prospectives mais néanmoins crédibles, sont envisageables.
15. On pense, en premier lieu, à une clause compromissoire statutaire qui permettrait à une entreprise de faire une offre d'arbitrage pour toutes les entités, contractantes ou non, impactées par son activité. Cette forme d'offre unilatérale d'arbitrage serait à nos yeux parfaitement en adéquation pour les sociétés dites « à mission », instituées par la loi PACTE<sup>12</sup>. En effet, cette loi permet à une entreprise d'affirmer publiquement et statutairement sa raison d'être, ainsi qu'un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux qu'elle se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité. Ces éléments doivent être inscrits dans les statuts de l'entreprise<sup>13</sup>. Afin que

<sup>11</sup> Cass. civ. 1re, 10 octobre 2012, *M. Vincent Martin c/ Société JAB et Véolia*, n°10-20.797

<sup>12</sup> Art. 176 de la loi 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises.

<sup>13</sup> Décret n°2020-1 du 2 janvier 2020.

ces déclarations publiques et statutaires ne demeurent lettre morte, le dispositif de la loi PACTE a mis en place un organisme tiers indépendant (OTI) dont l'objectif est de vérifier tous les deux ans l'exécution par la société de mission des objectifs sociaux et environnementaux mentionnés dans ses statuts<sup>14</sup>. Une telle offre d'arbitrage serait ainsi un moyen juridique d'application effective des objectifs sociaux et environnementaux poursuivis par la société à mission.

16. On pense, en second lieu, à une offre unilatérale d'arbitrage insérée dans le contrat principal d'exploration ou d'exploitation d'un territoire. Ici on vise le cas spécifique de l'entreprise qui mesure, dès les prémices de la négociation contractuelle et des études d'impact, que son activité aura une incidence sur l'environnement et la vie d'une communauté locale. Dès lors, deux voies sont envisageables pour permettre à des parties prenantes externes au contrat principal, telle qu'une communauté locale, de pouvoir recourir à l'arbitrage.

La première voie, teintée d'angélisme ou d'idéalisme, serait la rédaction expresse d'une offre unilatérale d'arbitrage pour toutes les entités non signataires du contrat répondant à certains critères prédéfinis, sur le modèle des clauses que l'on trouve dans les traités d'investissement. L'offre d'arbitrer de la société se manifesterait par la disposition relative à l'arbitrage dans le contrat principal. L'acceptation de la partie prenante externe s'exprimerait par la requête déposée devant le tribunal arbitral *ad hoc* ou le centre d'arbitrage.

La seconde voie, soumise à l'audace du juge, serait d'admettre, en cas de silence de la convention<sup>15</sup>, une présomption établissant que les engagements de compliance ou les plans de vigilance adoptés par la société incorporent l'accord arbitral. Une telle interprétation n'apparaît pas incongrue dès lors que le droit établit que les destinataires de ces plans de vigilance permettant d'identifier les risques et prévenir les atteintes graves envers les droits humains, la santé ainsi que l'environnement qui découlent de l'activité de l'entreprise – sont les différentes parties prenantes internes ou externes de l'entreprise. L'existence de ses engagements à l'égard de tiers dans le cadre de l'ensemble de l'activité contractuelle de l'entreprise, contenus dans un acte par référence bien identifié, pourrait être suffisante pour permettre d'établir une offre d'arbitrage à leur égard.

17. Les mécanismes *ex ante* d'extension de la clause compromissoire et d'offre unilatérale d'arbitrage permettraient à l'avenir à l'arbitrage de devenir un for accessible pour les communautés locales. L'accessibilité à l'arbitrage de la communauté locale peut également être envisagé par le mécanisme *ex-post* du compromis.

### C. Le compromis d'arbitrage

18. Le compromis est défini à l'article 1442 du Code de procédure civile comme « la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage ». Une telle convention, une fois le litige né, et une fois certains cas d'inarbitrabilité *écartés*, est tout à fait

<sup>14</sup> Art. L. 210-10 du Code de commerce.

<sup>15</sup> Si tel est le cas, il ne faut pas douter que certaines entreprises s'adapteront très vite et réagiront en stipulant des exclusions expresses des parties prenantes externes du champ d'application de la clause. Il faudra alors dans une future analyse envisager la question de la licéité d'une telle exclusion, au regard notamment de l'ordre public.

envisageable entre une communauté locale et une entreprise, notamment pour des demandes d'indemnisations financières ou de remise en état de site découlant de violations de normes de compliance.

19. Si juridiquement un compromis signé entre une communauté locale et une entreprise ne pose pas de difficultés particulières, sauf cas spécifiques d'inarbitrabilité du litige, en revanche, en pratique, un tel accord *ex post* n'interviendra que très exceptionnellement. La signature d'un compromis est en effet délicate puisqu'elle s'inscrit dans un contexte de rupture entre les intéressés<sup>16</sup>. Cette difficulté est exacerbée dans les rapports entre parties de puissance inégale. La pratique révèle que le déséquilibre est propice à l'émergence du conflit et de manœuvres stratégiques rendant quasi-impossible la conclusion d'un compromis arbitral après la naissance d'un litige.
20. Bien que des obstacles existent, les outils contractuels du droit de l'arbitrage offrent des perspectives crédibles pour permettre à la communauté locale d'intégrer une procédure arbitrale. Envisageons désormais les outils processuels.

## II. Les outils processuels

21. La prise en compte des intérêts de la communauté locale requiert qu'elle soit présente ou représentée dans le procès arbitral. Une telle présence peut s'envisager d'abord dans l'instance arbitrale (A) et, ensuite, au stade des recours devant le juge étatique, même si la communauté est demeurée tiers à l'arbitrage (B).

### A. La présence de la communauté locale dans l'instance arbitrale

22. *L'intervention*. Le droit commun de la procédure civile française constitue le point de départ de la présente analyse, en particulier, les articles 66<sup>17</sup>, 329<sup>18</sup>, 330<sup>19</sup> et 331<sup>20</sup> du Code de procédure civile. On observe d'emblée que si devant la justice étatique, l'intervention volontaire ou forcée du tiers, à titre principale ou accessoire, s'opère indépendamment de toute recherche d'une base contractuelle, tel n'est pas le cas en droit de l'arbitrage où les dispositions spéciales requièrent *prima facie* un rattachement entre le tiers et la convention d'arbitrage. Sur cette exigence propre au droit de l'arbitrage, citons à titre d'illustration les deux articles des règlements institutionnels les plus influents dans le monde, en précisant que l'ensemble des règlements optent pour des dispositions similaires. Ainsi, l'article 7 du Règlement CCI de 2021<sup>21</sup> dispose que :

Dans tous les cas soumis à la Cour conformément à l'article 6(3), la Cour décide si, et dans quelle mesure, l'arbitrage aura lieu. L'arbitrage aura lieu si et dans la mesure où, *prima facie*, la Cour estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage visant le Règlement. Notamment :

16 V. en ce sens, R. Ghuelde et A. Job, « Du bon usage du recours à l'arbitrage en matière de différends d'assurance », *Publication du Centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance*, n°14, 2009, p. 5.

17 « Constitue une intervention la demande dont l'objet est de rendre un tiers partie au procès engagé entre les parties originaires. Lorsque la demande émane du tiers, l'intervention est volontaire; l'intervention est forcée lorsque le tiers est mis en cause par une partie ».

18 « L'intervention est principale lorsqu'elle élève une prétention au profit de celui qui la forme. Elle n'est recevable que si son auteur a le droit d'agir relativement à cette prétention ».

19 « L'intervention est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie. Elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie. L'intervenant à titre accessoire peut se désister unilatéralement de son intervention ».

20 « Le juge peut inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige. En matière gracieuse, il peut ordonner la mise en cause des personnes dont les droits ou les charges risquent d'être affectés par la décision à prendre ».

21 Art. 7, Règl. CCI 2021, disponible à : <https://www.icc-france.fr/wp-content/uploads/2021/02/892-FRA-Reglement-darbitrage-2021-Reglement-de-mediation-2014.pdf>.

(i) lorsque l'arbitrage intéresse plus de deux parties, il aura lieu entre les parties, y compris les parties intervenant conformément à l'article 7(1), à l'égard desquelles, *prima facie*, la Cour estime possible qu'il existe une convention d'arbitrage les liant toutes et visant le Règlement (...).

Quant à l'article 17 (5) du Règlement CNUDCI 2021<sup>22</sup> il énonce :

À la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut autoriser un ou plusieurs tiers à se joindre comme parties à l'arbitrage, à condition que ceux-ci soient parties à la convention d'arbitrage, sauf s'il constate, après avoir donné à toutes les parties, y compris à ce ou ces tiers, la possibilité d'être entendus, que la jonction ne devrait pas être autorisée en raison du préjudice qu'elle causerait à l'une de ces parties. Le tribunal arbitral peut rendre une sentence unique ou plusieurs sentences à l'égard de toutes les parties ainsi impliquées dans l'arbitrage.

23. En fonction des règlements institutionnels, l'intervention du tiers est conditionnée à la demande d'une partie ou peut être soulevée d'office par le tribunal. Néanmoins, le dénominateur commun demeure le rattachement du tiers à la convention d'arbitrage.
24. Dès lors, une première réflexion prospective se pose. Est-il envisageable en droit de l'arbitrage d'autoriser l'intervention d'un tiers en dehors de tout rattachement à la convention d'arbitrage ? Autrement dit, si la sécurité de la sentence au regard de l'ordre public est à risque, la mission juridictionnelle du tribunal n'oblige-t-elle pas celui-ci à attirer la communauté locale à l'arbitrage, même en dehors de tout rattachement contractuel à la convention d'arbitrage ?
25. Il nous semble que la conformité de la sentence au regard de l'ordre public, à elle seule, ne peut suffire à légitimer juridiquement l'intervention forcée d'un tiers à la demande du tribunal. À tout le moins, cela ouvrirait la voie à un contentieux d'annulation de la sentence dangereux, fondé sur le défaut de compétence du tribunal, ce qui nuirait à l'efficacité de la sentence et donc, *in fine*, à l'effectivité de l'application des droits issus de la compliance et des droits humains. En revanche, l'argument du respect de l'ordre public international par la sentence combiné à un raisonnement fondé sur l'extension de la convention d'arbitrage à la communauté locale dont le territoire est l'objet du contrat en litige, ou combiné à la reconnaissance d'une présomption établissant que les engagements de compliance ou le plan de vigilance incorporent le champ d'application de la convention d'arbitrage, pourrait permettre une telle intervention tout en sécurisant la sentence au stade de l'annulation ou de l'exécution.

22 Art. 17 (5), Règl. CNUDCI 2021, disponible à : [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/21-07997\\_ebook\\_f.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/21-07997_ebook_f.pdf).

26. Admettre une telle intervention débouche sur une série de questions accessoires mais néanmoins fondamentales. L'une d'elles est l'éga-

lité des parties dans la constitution du tribunal. En effet, le droit français, à l'instar d'autres systèmes modernes d'arbitrage, consacre un principe d'ordre public accordant à toutes les parties les mêmes droits dans le processus de désignation du tribunal<sup>23</sup>. Pour autant, bien que d'ordre public, ce principe n'est pas absolu, ce qui autorise quelques adaptations. Ainsi, à supposer que l'on accepte la communauté locale en tant qu'intervenant à la procédure arbitrale, deux cas de figures sont à envisager eu égard à l'égalité dans la constitution du tribunal.

Premier cas de figure : la communauté locale intervient au seuil de la constitution du tribunal. Dans l'hypothèse où il serait prévu un arbitrage à trois (3) arbitres, le représentant de la communauté locale pourra conjointement avec le demandeur ou le défendeur désigner un arbitre. Dans l'hypothèse d'un tribunal à un (1) arbitre, la difficulté provient du défaut d'accord entre les différentes parties. Dans tous les cas, à défaut d'une désignation conjointe, le pouvoir de nomination sera dévolu à l'institution d'arbitrage ou, à défaut, au juge d'appui.

Second cas de figure : la communauté locale intervient en cours de procédure, après la constitution du tribunal. La communauté locale peut alors tantôt accepter la composition du tribunal, et renoncer ainsi à se prévaloir de la méconnaissance du principe d'égalité, tantôt demander la récusation d'un ou de plusieurs arbitres à l'institution d'arbitrage ou, à défaut, au juge d'appui.

27. Une deuxième question qui découle de l'admission de la communauté locale en tant que partie à la procédure est celle de la représentation de ses intérêts. Lorsque l'ordre public ou l'intérêt général est en jeu, l'ordre judiciaire accorde traditionnellement au ministère public et plus récemment aux syndicats et associations, le pouvoir de représenter et défendre les intérêts d'un groupe dans le litige. En droit de l'arbitrage, il appartiendra à l'avocat de tenir ce rôle essentiel.
28. Se posera alors une autre question : celle des coûts et de l'accès à la justice arbitrale pour la communauté locale. Cette thématique anime la jurisprudence et la doctrine depuis plus d'une dizaine d'années. Elle est même au cœur d'une réflexion ontologique sur la nature de l'arbitrage et de ses acteurs<sup>24</sup>. Concrètement, s'il est intéressant juridiquement pour la communauté locale de pouvoir intervenir en tant que partie dans une procédure arbitrale, encore faut-il en avoir les moyens : qui financera les frais de conseils, d'experts et autres coûts qu'exige ce type de contentieux ? Une distinction apparaît nécessaire selon que l'intervention de la communauté est accessoire ou principale. Si l'intervention est accessoire, il semble qu'en pratique, la question du financement de la communauté locale sera prise en charge par la partie principale à laquelle la demande de la communauté sera rattachée. En cas d'intervention principale, il faudra en revanche pour la communauté trouver des sources de financement altruistes ou de représentations *pro bono*. Elles existent. Ainsi, il est envisageable de faire appel à des plateformes de financement parti-

<sup>23</sup> Cass. civ. 1re, 7 janv. 1992, *Dutco*, n°89-18.708 et 89-18.726.

<sup>24</sup> J. Clavel-Thoraval, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international. L'effet négatif du principe compétence-compétence*, dir. G. Khairallah, thèse dactyl. Université Paris II Panthéon-Assas, 2011, spéc. para. 12 et s. et 125 et s. ; M. de Fontmichel, *Le faible et l'arbitrage*, préf. Th. Clay, *Economica*, 2013 ; Th. Clay, « Arbitrage et impécuniosité », *Mélanges en l'honneur de J. Mestre*, LGDJ, 2019, p. 253 ; J.-B. Racine, « L'arbitre et la Cité », *Mélanges à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, éditions de l'IRJS, 2018, p. 855 ; V. aussi : M. de Fontmichel, « Accès à la justice et paiement des provisions en droit français de l'arbitrage : à propos de deux arrêts récents de la Cour de cassation française », *b-Arbitra*, 2023. 95.

cipatif, appelées également « crowdfunding » pour financer le procès. On peut aussi envisager en droit de l'arbitrage un mandat *ad litem* donné à des ONG disposant de services juridiques performants pour assurer la défense des intérêts de la communauté dans l'instance arbitrale. La communauté locale devra aussi compter sur le concours des acteurs de l'arbitrage pour faciliter son accès à la justice.

29. *La participation.* Assurément, si de nombreuses contraintes se dressent pour qu'une communauté locale devienne partie à l'arbitrage, il apparaît beaucoup plus accessible de participer à la procédure tout en demeurant tiers au lien d'instance<sup>25</sup>. Rien ne s'oppose, en droit commun de l'arbitrage, comme dans les dispositions spécifiques des règlements d'arbitrage, à ce qu'une communauté locale participe à la procédure en tant que tiers au procès. Une telle inclusion pourrait être utile tant d'un point de vue probatoire – si elle participe en tant que témoin ou expert d'une partie – que pour assister le tribunal afin de l'éclairer sur les enjeux liés à sa décision. La communauté locale interviendrait comme un *amicus curiae*, figure processuelle utilisée notamment dans l'arbitrage d'investissement. Généralement, le tribunal autorisera le dépôt d'un mémoire de la communauté locale en tant qu'*amicus curiae* et pourra éventuellement l'auditionner si trois conditions sont réunies. Premièrement, si le litige intéresse des questions d'intérêt public<sup>26</sup>. Deuxièmement, si la soumission du mémoire porte sur un élément de fait ou de droit en rapport avec le litige. Troisièmement, si le mémoire apporte un éclairage significatif et des arguments distincts de ceux présents dans les mémoires des parties<sup>27</sup>.

30. Certes, il est possible de s'interroger sur la valeur d'une simple participation de la communauté locale dans le procès arbitral: ne recherche-t-elle pas avant tout le bénéfice d'une sanction à l'encontre du responsable d'un dommage? Pour autant, il serait erroné de minimiser le poids d'une participation en tant que tiers. Participer en tant que témoin ou *amicus curiae*, c'est avoir la chance de convaincre et d'orienter le tribunal vers une solution protectrice des intérêts de la communauté, bien que les arguments de celle-ci ne lient pas le tribunal. L'arbitrage d'investissement offre ainsi quelques illustrations de la prise en compte de la voix de la communauté locale dans la prise de décision<sup>28</sup>.

#### B. La présence de la communauté locale devant les juridictions étatiques de recours

31. Une sentence arbitrale, rendue dans le cadre d'un contentieux contractuel auquel la communauté locale est demeurée tiers, peut nuire à ses intérêts. C'est le cas d'une sentence qui reconnaîtrait un droit de propriété conduisant au déplacement de la communauté locale. Dès lors, la communauté locale a-t-elle un outil procédural pour se protéger contre les effets d'une telle décision? C'est précisément l'objet de la tierce-opposition, règlementée aux articles 582 et

25 On doit relever les contraintes liées à la confidentialité. Néanmoins la confidentialité peut faire l'objet de nombreuses adaptations et un point d'équilibre peut être trouvé pour permettre la participation de la communauté locale à la procédure arbitrale.

26 V. B. Stern, « Un petit pas de plus: l'installation de la société civile dans l'Arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur », *Rev. arb.* 2007, 3 spéc. p. 19; E. E. Triantafilou, « Amicus Submissions in Investor-State Arbitration After Suez v Argentina », *Arb. Int'l.* 2008, 571, spéc. p. 579.

27 V. par ex. art. 37 (2) a), Règl. CIRDI version 2006; V. en ce sens, E. E. Triantafilou, « Amicus Submissions in Investor-State Arbitration After Suez v Argentina », préc., p. 581.

28 *Glamis Gold Ltd. c. United States of America*, sentence en date du 8 juin 2009 sous l'empire des UNCITRAL Arbitration Rules 1976; *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID arb/09/12.

suiuants du Code de procédure civile, qui permet de faire rétracter ou réformer un jugement au profit d'une personne qui n'a pas participé à la procédure ayant conduit à la décision qui lèse ses intérêts.

32. Ouverte par le droit français dans le contexte de l'arbitrage interne<sup>29</sup>, la tierce-opposition est écartée dans le contexte de l'arbitrage international. Or, un droit de l'arbitrage adapté au droit de la compliance et prenant en compte les intérêts des communautés locales doit au contraire ouvrir la voie de la tierce-opposition indépendamment du caractère interne ou international de la procédure arbitrale. En effet, si la communauté locale subit un préjudice du fait de l'opposabilité de la sentence, elle devrait pouvoir exercer une voie de droit contre la sentence au nom du respect du principe des droits de la défense, peu importe la nature interne ou internationale de l'arbitrage<sup>30</sup>. Une évolution du droit en la matière, au-delà d'être souhaitée, n'est pas à exclure. Insistons sur le fait que la position française qui ferme la tierce-opposition en matière internationale est fragile, critiquée<sup>31</sup> et ne se justifie pas, même au regard de la conception universaliste et tournée vers l'efficacité du droit français de l'arbitrage. Elle repose sur un emboîtement bancal d'interprétations qui ne résiste pas à l'analyse. En effet, l'exclusion de la tierce-opposition en matière internationale provient d'une lecture combinée de l'article 1506 du Code de procédure civile – qui ne renvoie pas à l'article 1501 du même code qui autorise la tierce-opposition en matière interne – et de l'article 1518 du Code de procédure civile qui énonce que « la sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation ». Mais en réalité, on observe que le droit français demeure surtout silencieux à l'égard de la tierce-opposition en matière internationale. Or selon le droit commun de la procédure civile : « tout jugement est susceptible de tierce opposition sauf si la loi en dispose autrement »<sup>32</sup>. De plus, en dépit de la formulation de l'article 1518, le recours en révision est quant à lui admis contre les sentences arbitrales internationales, ce qui pose un réel souci de cohérence et de lisibilité de notre droit. Ainsi, au regard de la fragilité de la position française et de la nécessité d'adapter l'arbitrage à la prise en compte des communautés locales, la tierce-opposition devrait demeurer ouverte quelle que soit la nature de l'arbitrage.

29 Art. 1501 du Code de procédure civile : « La sentence arbitrale peut être frappée de tierce-opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588 ».

30 En ce sens, Ch. Seraglini, « Les effets de la sentence », *Rev. arb.* 2013.705 ; S. Bollée, « Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers », *Rev. arb.* 2015. 695 ; S. Lemaire, « L'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers — Approche critique du droit français », *Mélanges Pierre Mayer, LGDJ*, 2015, p. 465.

31 V. en ce sens, J. Jourdan-Marques, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, spéc. n°227-233 et 245-247 ; Th. Clay, M. de Fontmichel, *Code de l'arbitrage commenté*, Lexis Nexis, 2021, obs. sous 1518 CPC.

32 Art. 585 du Code de procédure civile.

33. Finalement, cette question illustre que la prise en compte des intérêts des communautés locales dans le contentieux arbitral doit s'envisager à tous les niveaux, aussi bien au stade de l'instance arbitrale qu'au stade des recours et du contrôle de la sentence par les juridictions étatiques. C'est la condition *sine qua non* pour que l'arbitrage, en tant que justice internationale, soit efficiente pour trancher des contentieux impliquant des intérêts généraux qui dépassent ceux des parties au contrat.

Patrick Jacob

Professeur de droit public, Université Paris-Saclay, UVSQ, VIP

Les différends soumis à des tribunaux arbitraux en matière d'investissement concernent régulièrement des opérations dont les incidences sur les populations locales sont majeures. Conscientes de l'importance de ce contentieux, les communautés locales entendent donc faire entendre leur voix dans le cadre de la procédure arbitrale. Pour répondre à cette volonté et maintenir la légitimité de l'arbitrage pour régler ce type de différend, les communautés locales peuvent se voir reconnaître un statut de partie non contestantes inspiré de l'institution de l'*amicus curiae*. Les conditions auxquelles est soumise cette participation comme le statut reconnu aux parties non contestantes font toutefois douter que cette modalité de participation suffise à répondre à leurs attentes. Elle participe toutefois d'un élargissement du contexte dans lequel se prononcent les tribunaux arbitraux, qui sont ainsi incités à tenir davantage compte de la diversité des intérêts en présence.

#### Mots-clefs

Arbitrage d'investissement  
Partie non-contestante

Communauté locale  
Transparence

*Amicus Curiae*

*Investment disputes submitted to arbitration tribunals regularly involve operations with a major impact on local populations. Aware of the importance of such disputes, local communities are determined to be heard in arbitration proceedings. In response to this desire, and to maintain the legitimacy of arbitration as a means of settling this type of dispute, local communities may be granted the status of non-disputing parties, inspired by the institution of amicus curiae. However, the conditions imposed on such participation, and the status accorded to non-disputing parties, raise doubts as to whether this form of participation is sufficient to meet their expectations. It does, however, help to broaden the context in which arbitral tribunals rule, encouraging them to take greater account of the diversity of interests involved.*

1. L'arbitrage d'investissement, comme les autres formes d'arbitrage, apparaît comme un duel juridictionnel. Reposant sur le consentement des parties, il aboutit à une sentence qui sera obligatoire pour elles. C'est donc à elles qu'il revient de fixer le cadre de la procédure en déterminant l'objet du différend dont le tribunal peut connaître mais aussi les règles de procédure et de fond qu'il devra mettre en œuvre. Cela étant, davantage sans doute que d'autres formes d'arbitrage, les procédures arbitrales en matière d'investissement peuvent mettre en cause des intérêts qui dépassent ceux des seules parties

à l'instance. En effet, la relation d'investissement transnational ne s'épuise pas dans le rapport entre un investisseur étranger et son Etat d'accueil. Elle est susceptible d'affecter les tiers et singulièrement les populations locales, celles qui, riveraines, en subissent directement les effets négatifs sans toujours en tirer les avantages. C'est singulièrement le cas des investissements réalisés dans le domaine des industries extractives, mais cela vaut également pour d'autres types d'investissement dans des secteurs qui nécessitent l'utilisation de terres (tourisme, agriculture...). Lorsque tel est le cas, on peut certes estimer que les intérêts des communautés affectées sont incarnés par l'Etat, garant de l'intérêt général. Mais, précisément, en tant que garant de l'intérêt général, l'Etat doit synthétiser des intérêts parfois opposés, ce qui peut le conduire à privilégier l'intérêt résultant du développement économique général à celui des populations spécialement affectées par les activités économiques en cause. En outre, l'Etat peut hésiter à mettre en avant dans le contexte de l'arbitrage d'investissement des éléments qui pourraient nourrir les revendications à son encontre dans d'autres contextes, et notamment dans l'ordre interne ou devant des organes de protection des droits de l'homme.

2. La participation des tiers à la procédure a alors pu apparaître comme un moyen de réconcilier la représentation de l'arbitrage comme un duel et la prise en compte des intérêts de ceux qui sont affectés par les opérations sous-jacentes. Cette ouverture aux tiers serait ainsi de nature à préserver la légitimité de l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends relatifs aux investissements non seulement en renforçant la qualité des sentences rendues mais aussi en permettant à tous ceux qui y ont un intérêt de faire entendre leur voix<sup>1</sup>. D'abord admise avec des hésitations<sup>2</sup> par certains tribunaux au titre de leurs pouvoirs généraux d'administration de l'instance<sup>3</sup>, cette pratique fut formalisée par certains Etats dans le cadre de leurs traités d'investissement<sup>4</sup> avant d'être reprise dans certains règlements d'arbitrage. La possibilité pour les parties non contestantes de participer à l'instance fut ainsi intégrée dans le règlement d'arbitrage du CIRDI en 2006<sup>5</sup>, ainsi que dans le règlement de la CNUDCI sur la transparence de 2014<sup>6</sup>. Malgré une certaine dispersion classique en ce domaine, les règles en la matière se rejoignent pour l'essentiel. D'abord, pour admettre que des tiers puissent participer à la procédure. Ensuite, pour considérer qu'ils peuvent le faire si et dans la mesure où leur participation est de nature à éclairer le tribunal arbitral. L'arbitrage d'investissement a ainsi acclimaté le statut d'*amicus curiae* connu des droits internes, et notamment des systèmes de *common law*<sup>7</sup>.
3. Aux côtés de la Commission européenne et d'autres organisations internationales, mais aussi d'organisations non gouvernementales et de juristes spécialisés dans les interactions entre le droit des investissements et d'autres branches du droit telles que le droit de l'environnement ou les droits de l'homme, les communautés locales ont fait usage de cette possibilité. Nombre d'entre elles, qu'elles soient autochtones ou non, ont ainsi déposé des demandes de participa-

1 Présentant le développement du mécanisme en ces termes, CIRDI, *Energia y Renovacion c. Guatemala*, ARB/21/56, ordonnance procédurale n° 3, 23 mars 2023, § 15; O. D. Sands sous CIRDI, *Odyssey Marine c. Mexique*, UNCT/20/1, ordonnance procédurale n° 6, 20 décembre 2021.

2 Dans le silence des textes applicables, un tribunal arbitral a ainsi rejeté la demande de participation de communautés locales faute d'accord des parties dans l'affaire *Aguas del Tunari* (CIRDI, *Aguas del Tunari c. Bolivie*, ARB/02/3, décision sur la compétence, 21 octobre 2005, § 15-18).

3 Trib. *ad hoc*, *Methanex c. Etats-Unis d'Amérique*, décision sur le pouvoir d'admettre un *amicus*, 25 janvier 2001, faisant application de l'article 15 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, 1976. *Contra* G. Born, S. Forrest, « *Amicus Curiae* Participation in Investment Arbitration », *ICSID Review*, 2019, n° 3, p. 633 s.

4 Commission du libre-échange de l'ALENA, déclaration sur la participation de parties non contestantes, 7 octobre 2003; Accord de libre-échange Canada-Colombie, 21 novembre 2008, annexe 831.

5 CIRDI, Règlement d'arbitrage, 2006, article 37 al. 2; CIRDI, Règlement d'arbitrage, 2022, article 67.

6 CNUDCI, Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités, AG/RES/68/109, article 4.

7 Voir, de manière générale, G. Born, S. Forrest, *op. cit.*

tion tendant à soumettre au tribunal des écritures, d'accéder à certains documents procéduraux, ou encore d'assister aux audiences<sup>8</sup>. Certaines d'entre elles ont vu leurs demandes partiellement accueillies par les tribunaux arbitraux<sup>9</sup>. On peut toutefois douter que ces développements suffisent à assurer la légitimité de l'arbitrage d'investissement aux yeux des communautés locales. D'une part, car les arbitres restent souvent réticents à leur ouvrir la procédure (I). D'autre part car, même lorsqu'ils l'admettent, l'influence de cette participation demeure au mieux diffuse (II).

### I. Des conditions de participation strictes

8 Cette communication s'appuie sur les demandes déposées dans les affaires Trib. *ad hoc* (CNUDCI), *Glamis Glod c. Etats-Unis d'Amérique*, décision sur la demande de participation de la nation Quechan, 16 septembre 2005 (communauté autochtone Quechan); CIRDI, *Aguas del Tunari c. Bolivie*, ARB/02/3, décision sur la compétence, 21 octobre 2005, § 18-20 (ONG locale); CPA, *Chevron c. Equateur*, n° 2009-23, ordonnance procédurale n° 8, 18 avril 2011 (fondation Pachamama représentant plusieurs communautés autochtones); CIRDI, *Von Pezold c. Zimbabwe*, ARB/10/15, ordonnance procédurale n° 2, 26 juin 2012 (quatre communautés autochtones); CIRDI, *Infinito Gold c. Costa Rica*, ARB/14/5, ordonnance procédurale n° 2, 1er juin 2016 (APREFLOLAS, ONG costaricienne de défense de l'environnement); CIRDI, *Bear Creek c. Pérou*, ARB/14/21, ordonnances procédurales 5 et 6, 21 juillet 2016 (ONG péruvienne représentant la communauté aymara); CIRDI, *Gabriel Resources c. Roumanie*, ARB/15/31, ordonnance procédurale n° 19, 7 décembre 2018 (ONG locale); CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, ARB/16/41, ordonnance procédurale n° 6, 18 février 2019 (ONG locale); CIRDI, *Odyssey Marin c. Mexique*, UNCT/20/1, ordonnance procédurale n° 6, 20 décembre 2021 (association de pêcheurs locaux); CIRDI, *Energia y Renovacion c. Guatemala*, ARB/21/56, ordonnance procédurale n° 3, 23 mars 2023 (communauté autochtone maya); CIRDI, *Gran Colombia Gold c. Colombie*, ARB/18/23, ordonnance procédurale n° 10, 31 août 2021 (association de mineurs artisanaux); CIRDI, *Glencore c. Colombie* (III), ARB/21/30, ordonnance procédurale n° 3, 10 octobre 2024 (communauté autochtone wayuu).

9 Les demandes présentées au nom de communautés locales furent partiellement admises dans les affaires *Glamis Gold*, *Infinito Gold*, *Bear Creek*, *Gabriel Resources*, *Energia y Renovacion*, *Gran Colombia Gold* et *Glencore*; elles furent rejetées dans les affaires *Chevron*, *Von Pezold*, *Eco Oro* et *Odyssey Marin*.

10 Egalement en ce sens, G. Born, S. Forrest, *op. cit.*, p. 643.

11 *Infra*, II.

12 CIRDI, *Glencore c. Colombie* (III), ARB/21/30, ordonnance procédurale n° 3, 10 octobre 2024, § 68.

4. Bien qu'avec quelques variations, les conditions de participation d'un tiers à la procédure arbitrale se recourent pour l'essentiel<sup>10</sup>. Après avoir permis aux parties de présenter leurs observations sur la demande soumise, le tribunal doit apprécier, d'un côté, si celle-ci est susceptible de l'assister dans l'accomplissement de sa mission, de l'autre, si elle ne risque pas de perturber inutilement ou de déséquilibrer indument la procédure. Dans la mesure où les pouvoirs du tribunal lui permettent de limiter les incidences de la participation d'un tiers sur la procédure<sup>11</sup>, l'essentiel est donc de déterminer si cette participation est de nature à aider le tribunal à trancher les questions qui lui sont soumises. Pour l'apprécier, les règles d'arbitrage invitent, là encore avec quelques variations, les arbitres à examiner si l'intervenant entend aborder une question en litige, s'il est en mesure d'apporter sur cette question un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier et s'il porte un intérêt significatif à l'issue du différend. Elles laissent toutefois aux arbitres un important pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation et la pondération de ces éléments. Or, ils en usent d'une manière qui ne facilite pas la participation de tiers ou en cantonne en tout état de cause la portée. En effet, les communautés locales qui entendent participer doivent tout à la fois porter un intérêt significatif à l'instance (A) et faire valoir un point de vue singulier sur les questions en litige (B).

#### A. Un intérêt significatif porté à l'instance

5. Afin de pouvoir participer à la procédure arbitrale, les parties non-contestantes doivent démontrer qu'elles portent à l'instance un intérêt significatif. Cette condition est régulièrement opposée aux demandes de participation d'organisations non gouvernementales dotées d'un objet général, dans la mesure où les arbitres exigent que les intervenants démontrent que l'issue de la procédure revêt pour eux un intérêt particulier<sup>12</sup>. L'exigence de spécificité ne fait toutefois généralement pas obstacle à la participation des communautés locales, ce qui conduit d'ailleurs certaines ONG généralistes à s'appuyer sur des relais locaux pour intervenir dans une procédure. En revanche, certains tribunaux retiennent une conception stricte de l'objet du différend pour refuser la participation des communautés locales pour défaut d'intérêt.

6. Il arrive ainsi que des tribunaux se contentent de souligner la nature exclusivement pécuniaire du différend qui leur est soumis pour constater que son issue ne saurait, quelle qu'elle soit, affecter les communautés locales. En effet, l'investisseur sollicitant rarement autre chose que l'indemnisation du préjudice qu'il a subi en raison de l'interruption de son projet, le tribunal ne saurait en ce cas statuer *ultra petita* et en ordonner la reprise. A supposer même qu'il donne gain de cause à l'investisseur, sa sentence n'aura donc pas davantage d'effets sur les communautés locales initialement affectées par le projet que sur n'importe quel autre contribuable. Ce type de raisonnement a par exemple conduit au rejet de la demande de participation formulée par une communauté dont l'accès à l'eau fut un temps menacé par un projet minier auquel la Colombie avait mis un terme<sup>13</sup> ou par les pêcheurs dont la protection justifiait selon le Mexique l'interdiction d'exploration d'un dépôt de phosphate<sup>14</sup>. Dans la mesure où la reprise de ces projets n'était pas en débat devant les tribunaux saisis, ceux-ci ont estimé que les communautés locales n'avaient pas d'intérêt significatif à l'instance.
7. Cette approche peut certes s'appuyer sur une lecture des règles d'arbitrage. Elle traduit également probablement la volonté des arbitres de mettre en lumière les limites de l'arbitrage d'investissement, alors que celui-ci est régulièrement accusé de remettre en cause les choix faits souverainement par un Etat, notamment afin de protéger sa population. En effet, refuser les demandes de participation permet aussi de souligner que ce type de contentieux ne vise pas à revenir sur ces choix mais seulement à éviter que leur charge financière repose indument sur l'investisseur étranger. Cela étant, le raisonnement ne convainc pas.
8. D'abord, parce qu'on ne peut négliger les incidences indirectes des sentences rendues, quand bien même le différend soumis au tribunal serait purement indemnitaire. En indiquant à l'Etat jusqu'où il peut aller sans s'exposer à devoir indemniser les investisseurs étrangers, les sentences arbitrales dessinent en creux l'attitude attendue d'un Etat respectueux du droit international des investissements et peuvent donc conditionner pour l'avenir la façon dont il arbitrera entre les intérêts des investisseurs étrangers et ceux des communautés locales<sup>15</sup>. Bien qu'il intéresse au premier chef les parties, le contentieux de l'investissement revêt ainsi une forte coloration publique non seulement parce que l'une de ces parties est un Etat mais aussi parce qu'il met en cause des choix faits par ce dernier dans l'exercice de ses pouvoirs souverains<sup>16</sup>. C'est d'ailleurs ce qui explique que certaines règles d'arbitrage conditionnent la participation de parties non contestantes au fait que le différend en question présente un intérêt public<sup>17</sup>. On comprend dès lors que d'autres tribunaux n'aient pas fait de l'objet exclusivement indemnitaire du différend un élément justifiant à lui seul de rejeter la demande de participation présentée par des communautés locales<sup>18</sup>. Dès lors que la procédure vise à exercer un contrôle international sur des déci-

13 CIRDI, *Eco Oro c. Colombie*, ARB/16/41, ordonnance procédurale n° 6, 18 février 2019.

14 CIRDI, *Odyssey Marine c. Mexique*, UNCT/20/1, ordonnance procédurale n° 6, 20 décembre 2021, § 18.

15 O. D. Sands sous *ibid.*

16 Voir *mutadis mutandis* CJUE, avis 1/17 sur la compatibilité de l'AECG avec le droit de l'UE, 30 avril 2019, sp. § 144 s.

17 C'est le cas de l'ALENA ou des modèles canadien et américain de traités d'investissement mentionnés *supra*, note 4.

18 Explicitement en ce sens CIRDI, *Gabriel Resources c. Roumanie*, ARB/15/31, ordonnance procédurale n° 19, 7 décembre 2018, § 63 et 65; CIRDI, *Glencore c. Colombie (III)*, ARB/21/30, ordonnance procédurale n° 3, 10 octobre 2024.

sions prises par l'Etat à leur initiative ou pour la défense de leurs intérêts, on doit donc considérer que les communautés locales ont un intérêt significatif à y participer.

9. Ensuite, parce que la technique de l'*amicus curiae* paraît, quoi qu'il en soit, inadaptée lorsque non seulement les intérêts mais les droits des communautés locales sont en cause. Deux affaires dans lesquelles des demandes de participation ont pourtant été rejetées l'indiquent. Dans l'affaire *Chevron*, le tribunal rejeta de manière expéditive la demande de participation des communautés amazoniennes victimes de la pollution causée par les activités du demandeur, alors pourtant que la sentence finalement rendue allait les priver de la possibilité de faire exécuter le jugement par lequel un tribunal équatorien avait condamné l'investisseur à les indemniser<sup>19</sup>. De manière analogue, les communautés autochtones qui avaient souhaité intervenir dans l'affaire *Von Pezold* furent éconduites, alors que le tribunal allait *in fine* ordonner à titre principal au Zimbabwe de les expulser des terres des demandeurs, l'indemnisation du demandeur constituant toutefois une forme alternative de réparation<sup>20</sup>. Dans un cas comme dans l'autre, les tribunaux ont mis en avant d'autres éléments pour justifier leur refus : le caractère prématuré de la demande dans l'un, la partialité des intervenants dans l'autre<sup>21</sup>. Cela étant, ces affaires révèlent surtout que lorsque les droits des communautés locales sont en cause, la participation en tant qu'*amici* est en tout état de cause insuffisante pour leur permettre de les préserver. Ceci confirme en creux que l'intérêt que doivent pouvoir invoquer ces derniers doit pouvoir être indirect.

#### B. Un regard singulier sur une question en litige

10. La deuxième condition mise en avant pour admettre la participation d'un tiers à la procédure tient à sa capacité à apporter un éclairage singulier sur une question en litige. La façon dont cette condition est interprétée restreint encore la possibilité pour les communautés locales de participer à la procédure. Certes, les parties non contestantes doivent intervenir sur une question en litige sous peine d'élargir l'objet du différend que les parties ont consenti à soumettre à l'arbitrage. Elles ne sauraient donc mettre en cause la responsabilité de l'investisseur si celle-ci n'a pas été invoquée par l'Etat défendeur<sup>22</sup>. Mais c'est surtout la condition de singularité de l'intervention qui vient en restreindre les possibilités. Elle peut le faire à deux égards.

<sup>19</sup> CPA, *Chevron c. Equateur*, n° 2009-23, ordonnance procédurale n° 8, 18 avril 2011 puis seconde sentence partielle, 30 août 2018.

<sup>20</sup> CIRDI, *Von Pezold c. Zimbabwe*, ARB/10/15, ordonnance procédurale n° 2, 26 juin 2012 puis sentence, 28 juillet 2015.

<sup>21</sup> Voir *infra*.

<sup>22</sup> CIRDI, *Gran Colombia Gold c. Colombie*, ARB/18/23, ordonnance procédurale n° 10, 31 août 2021, § 30.

11. D'un côté, les tribunaux estiment que les parties non contestantes ne doivent pas se contenter de dupliquer les arguments présentés par les parties. Elles doivent être en mesure d'apporter « un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier » sur la question qu'elles entendent aborder. Cette condition conduit bien souvent les arbitres à rejeter les demandes qui se proposent d'aborder une question de nature juridique. Il n'est certes pas exclu par prin-

cipe qu'un tiers aborde une telle question. Cela étant, les parties disposent généralement, au travers de leurs conseils, des compétences juridiques suffisantes pour que le tribunal dispose de tous les éléments nécessaires, tandis qu'à l'inverse les communautés locales ne présentent généralement pas de compétences particulières en la matière. Dans ces conditions, les arbitres demandent généralement aux communautés locales dont ils admettent la participation de se concentrer sur les questions factuelles, à l'exclusion donc des questions juridiques telles que celle relative à la balance qu'il conviendrait d'opérer entre les droits des investisseurs et d'autres droits<sup>23</sup>. Leur participation n'est ainsi admise que si et dans la mesure où elle est de nature à éclairer le tribunal sur la conduite de l'investisseur, et notamment sur des irrégularités que les deux parties pourraient avoir intérêt à passer sous silence, les incidences concrètes de son projet ou encore les procédures internes qu'elles ont initiées<sup>24</sup>.

12. Dans tous ces cas, bien que la perspective des communautés locales soit différente de celle des autorités étatiques, les unes et les autres s'opposant d'ailleurs régulièrement dans l'ordre interne, elle est systématiquement favorable au défendeur dans le contexte arbitral. Les éléments factuels apportés par les communautés sont ainsi toujours de nature soit à remettre en cause la compétence du tribunal pour trancher le différend, soit à justifier au fond les mesures étatiques mises en cause. Rien d'étonnant dès lors à ce que les Etats défendeurs voient d'un bon œil la participation de ces parties non contestantes. A l'inverse, les investisseurs craignent que ces interventions ne déséquilibrent la procédure. Toutefois, la plupart des tribunaux considèrent que cette convergence d'intérêts ne remet pas davantage en cause la singularité du regard des communautés locales qu'elle ne cause injustement un préjudice au demandeur. Il serait en effet paradoxal d'exiger en même temps des parties non contestantes qu'elles aient un intérêt significatif à l'instance et qu'elles soient neutres<sup>25</sup>.

13. Cela n'a toutefois pas empêché certains tribunaux de rejeter des demandes motif pris de la prétendue partialité des communautés locales. Tel fut le cas en l'affaire *Von Pezold*, dans laquelle les arbitres déduisirent de la condition de singularité du point de vue posée par l'article 37.2 du règlement d'arbitrage CIRDI une exigence non seulement d'indépendance à l'égard des parties mais aussi d'impartialité. En effet, la demande de participation déposée par cinq communautés autochtones dans cette affaire fut rejetée moins en raison des liens qu'elles entretenaient avec le défendeur qu'en raison de la campagne qu'elles avaient menée contre les demandeurs dans l'ordre interne<sup>26</sup>. Cette solution revient toutefois à remettre en cause l'utilité même du mécanisme de l'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement, ainsi que le reconnaissait d'ailleurs le tribunal en remarquant « *[the] latent tension in the Rule 37(2) criteria which require that an NDP be independent yet also possess a significant interest in the proceedings* »<sup>27</sup>. En effet, si l'on peut bien concevoir que les par-

23 Affaire *Gabriel Resources*, précitée, § 60-61.

24 *Ibid.* et affaires *Bear Creek*; *Energia y Renovacion*; *Gran Colombia Gold*; *Glencore*, précitées.

25 CIRDI, *Glencore c. Colombie (III)*, ARB/21/30, ordonnance procédurale n° 3, 10 octobre 2024, § 62.

26 CIRDI, *Von Pezold c. Zimbabwe*, ARB/10/15, ordonnance procédurale n° 2, 26 juin 2012, § 51-56.

27 *Ibid.*, § 69.

ties non contestantes doivent être indépendantes des parties principales, ce qui ressort d'ailleurs de la dernière révision du règlement CIRDI qui leur impose de divulguer leurs liens éventuels avec ces dernières<sup>28</sup>, exiger d'elles une forme d'impartialité serait excessif et priverait d'intérêt le mécanisme.

14. La mise en œuvre des conditions auxquelles est soumise la participation des communautés locales à un arbitrage d'investissement a donc pour effet qu'elles peuvent essentiellement fournir au tribunal des éléments de contexte factuel susceptibles de l'éclairer. Ainsi cantonnée dans son objet, cette participation est également limitée dans ses effets.

## II. Une influence diffuse

15. La participation des communautés locales à l'arbitrage d'investissement se limite donc, dans le meilleur des cas, à apporter au tribunal un éclairage factuel sur les conditions de réalisation ou sur les incidences de l'investissement, voire sur les procédures internes engagées contre l'investisseur. En outre, même lorsqu'elles sont autorisées à participer, les communautés locales jouent un rôle marginal dans la procédure (A), même si leur influence indirecte ne doit sans doute pas être négligée (B).

### A. Un statut limité

16. Même lorsqu'elles sont autorisées à participer à la procédure, la place des communautés locales demeure limitée dans l'arbitrage d'investissement. D'abord, parce que les tribunaux encadrent les écritures qu'ils les autorisent à déposer afin que qu'elles ne perturbent pas l'instance<sup>29</sup>. Ainsi, outre l'objet de leurs observations, le tribunal indique aux parties non contestantes les délais dans lesquels celles-ci doivent être déposées et le volume maximal de leurs écritures, généralement cantonnées à une vingtaine de pages. Au-delà, il n'est pas rare que les communautés locales, comme les autres parties non contestantes, demandent au tribunal de pouvoir accéder à certains documents liés à la procédure ou d'assister aux audiences. Ces questions ne sont généralement pas réglées par les dispositions des règles d'arbitrage spécialement consacrées aux parties non contestantes. Les tribunaux les tranchent donc en application d'autres dispositions ou de leurs pouvoirs généraux d'administration de la procédure. S'agissant de la participation aux audiences, elle est généralement refusée en l'absence de dispositions spécifiques dans la mesure où le règlement d'arbitrage CIRDI subordonne cet accès à l'accord des parties<sup>30</sup>. Quant à l'accès aux documents, il se limite le plus souvent à la communication de la liste des pièces déposées par les parties, jugée utile afin d'éviter la duplication des arguments. En revanche, en l'absence de règles particulières en matière de transparence, les arbitres refusent souvent<sup>31</sup> aux parties non contestantes l'accès aux écritures des parties, considérant qu'il n'est pas néces-

28 CIRDI, Règlement d'arbitrage, 2022, article 67, al. 2, e) et f).

29 CIRDI, Règlement d'arbitrage, 2006, article 37 al. 2.

30 CIRDI, Règlement d'arbitrage, 2006, article 32 al. 2; pour des refus opposés aux communautés locales qui avaient demandé à assister aux audiences, CIRDI, *Infinito Gold c. Costa Rica*, ARB/14/5, ordonnance procédurale n° 2, 1er juin 2016, § 47-48; CIRDI, *Glencore c. Colombie (III)*, ARB/21/30, ordonnance procédurale n° 3, 10 octobre 2024, § 84-87. La version du règlement adoptée en 2022 permet toujours à l'une des parties de s'opposer à la participation d'une personne aux audiences (article 65).

31 Mais pas systématiquement, CIRDI, *Infinito Gold c. Costa Rica*, ARB/14/5, ordonnance procédurale n° 2, 1er juin 2016, § 43-45.

saire de le leur ouvrir pour leur permettre d'intervenir<sup>32</sup>. Les parties non contestantes se voient ainsi offrir une fenêtre sur la procédure sans pour autant pouvoir en ouvrir véritablement la porte.

17. Cela confirme que ce statut n'est pas adapté lorsque ce n'est pas seulement l'intérêt des communautés locales qui est en cause mais que leurs droits sont susceptibles d'être directement affectés par la sentence rendue<sup>33</sup>. En ce cas, les communautés locales devraient pouvoir intervenir soit en tant que parties soit, *a minima*, afin de garantir que leurs droits soient préservés. De tels mécanismes existent aussi bien dans les droits internes que dans le contentieux international. Les tiers peuvent ainsi intervenir devant la Cour internationale de Justice afin de préserver leurs droits, tandis que le principe de l'*Or monétaire* peut conduire la Cour à déclarer une demande irrecevable lorsqu'elle ne peut y répondre sans se prononcer sur les droits de tiers<sup>34</sup>. Il serait ainsi concevable qu'une procédure permette aux communautés locales d'intervenir non seulement afin d'éclairer le tribunal sur les éléments factuels qui sous-tendent le différend qu'il doit trancher mais aussi afin de s'assurer que sa sentence n'affectera pas leurs droits<sup>35</sup>. En l'absence de semblable procédure d'intervention dans l'arbitrage d'investissement, l'influence des parties non contestantes admises à participer demeure aléatoire.

#### B. Une influence incertaine

18. Il est difficile d'apprécier l'influence des parties non contestantes sur l'issue d'une procédure arbitrale. Celle-ci paraît particulièrement limitée si l'on s'en tient à l'examen des références directes à leur position dans les sentences. En effet, les arbitres n'étant pas tenus de répondre aux arguments qu'elles soulèvent, il est relativement rare qu'ils les mentionnent, plus encore qu'ils en tiennent compte pour infléchir leur raisonnement. Valable quel que soit les tiers intervenants, ce constat est particulièrement net lorsque ce sont des communautés locales qui sont autorisées à participer. Déjà dans l'affaire *Glamis Gold*, le même tribunal qui avait admis simplement la demande de participation de la communauté Quechan avait poliment mais rapidement indiqué que les écritures déposées ne lui avaient été d'aucun secours compte tenu du raisonnement qu'il avait retenu pour trancher le différend<sup>36</sup>. Depuis lors, la majorité du tribunal dans l'affaire *Bear Creek* n'a pas davantage tenu compte du mémoire déposé par la communauté Aymara, alors pourtant que l'arbitre dissident souligna qu'il était de nature à confirmer les défaillances dont avait fait preuve le demandeur dans la conduite de l'investissement<sup>37</sup>, tandis que le tribunal de l'affaire *Gabriel Resources* n'a guère mentionné dans sa sentence les écritures déposées par l'ONG locale qu'il avait autorisée à participer à l'instance<sup>38</sup>. Ces éléments pourraient laisser penser que l'institution même de l'*amicus curiae* est utilisée de manière essentiellement cosmétique dans l'arbitrage d'investissement, qu'elle vise davantage à faire apparaître la procé-

32 CIRDI, *Energia y Renovacion c. Guatemala*, ARB/21/56, ordonnance procédurale n° 3, 23 mars 2023, § 39; CIRDI, *Glencore c. Colombie*, ARB/21/30, ordonnance procédurale n° 3, 10 octobre 2024, § 78-82.

33 L. Cotula, N. Perrone, « Reforming Investor-State Dispute Settlement: What About Third Party Rights? », IIED, 2019.

34 P. Jacob, « L'intervention devant La Cour internationale de Justice à la Lumière des décisions rendues en 2011: lente asphyxie ou résurrection? », *AFDI*, 2011, p. 214-234.

35 CCSI, IIED, IISD, « Third Party Rights in Investor-State Dispute Settlement: Options for Reform », 2019.

36 Trib. ad hoc (CNUDCI), *Glamis Gold c. Etats-Unis d'Amérique*, sentence, 8 juin 2009, § 8.

37 CIRDI, *Bear Creek c. Pérou*, ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017 et O.D. Sands.

38 CIRDI, *Gabriel Resources c. Roumanie*, ARB/15/31, sentence, 8 mars 2024.

de dure comme juste qu'à permettre à tous ceux qui sont affectés de faire valoir leur point de vue. Deux éléments conduisent toutefois à nuancer cette conclusion.

19. D'abord, il arrive dans des cas relativement rares que les écritures des *amici* soient discutées par le tribunal, même si cela ne modifie pas le sens de sa décision. C'est régulièrement le cas s'agissant des mémoires déposés par des organisations internationales, qu'il s'agisse de les rejeter<sup>39</sup> ou de considérer qu'ils appuient la position à laquelle est par ailleurs parvenu le tribunal<sup>40</sup>. Mais ce fut également le cas d'une manière singulière en l'affaire *Infnito Gold*. En l'occurrence, même si l'association participante avait pour objet la défense de l'environnement, l'admission de sa demande était justifiée par son ancrage local. Or, son mémoire contestait la compétence du tribunal arbitral au motif que les opérations en cause étaient entachées de corruption. Alors même que l'Etat défendeur n'avait pas initialement soulevé ce moyen, et qu'il ne l'a pas davantage repris *in fine*, le tribunal estima qu'il était de son devoir de l'examiner d'office compte tenu du caractère d'ordre public de la lutte contre la corruption. Bien que le tribunal ait finalement constaté que les éléments apportés par l'association ne suffisaient pas à caractériser une pratique de corruption, l'exemple indique que les *amici* peuvent peser directement sur l'issue d'une procédure arbitrale<sup>41</sup>.
  
20. Ensuite, et surtout, alors même qu'il demeure rare qu'un tribunal mentionne expressément les mémoires des *amici*, il n'est pas exclu que ces derniers aient une incidence plus diffuse sur l'issue de la procédure. La mesure de cette influence indirecte est délicate, non seulement parce que le critère formel de la citation des mémoires déposés par les communautés locales n'est pas nécessairement décisif mais aussi parce que la position des parties non contestantes rejoint souvent celle de l'Etat défendeur de sorte qu'il est difficile d'apprécier leur poids autonome. Il reste néanmoins que dans bien des affaires dans lesquelles des communautés locales furent autorisées à participer à la procédure, celle-ci s'est soldée par une sentence relativement favorable à leurs intérêts. La sentence *Glamis Gold*, rendue à l'issue de la première procédure dans laquelle une communauté autochtone fut admise à participer, se solda ainsi par un rejet de la demande. Tout en indiquant ne pas avoir tenu compte du mémoire déposé par la communauté Quechan, le tribunal retint ainsi que l'Etat défendeur avait agi de manière raisonnable en durcissant les règles applicables à un projet minier au nom de la préservation de son environnement<sup>42</sup>. De même, sans s'appuyer directement sur le mémoire déposé par une association locale, le tribunal de l'affaire *Gabriel Resources* a jugé que la Roumanie n'avait pas traité le demandeur de manière injuste et inéquitable en lui refusant les autorisations requises pour l'exploitation de sa mine d'or<sup>43</sup>. Même dans l'affaire *Bear Creek*, dans laquelle le Pérou fut condamné, ce dernier ne dut indemniser l'investisseur qu'à hauteur des sommes engagées. Compte-tenu des fortes oppositions auxquelles était encore confronté le projet en cause, exprimées

39 Voir notamment CIRDI, *Micula c. Roumanie*, ARB/05/20, décision sur la compétence et la recevabilité, 24 septembre 2008, examinant et rejetant les objections présentées par la Commission européenne alors même que la Roumanie ne les avait pas reprises.

40 CIRDI, *Philip Morris c. Uruguay*, ARB/10/7, sentence, 8 juillet 2016, § 389-410 s'agissant d'observations présentées notamment par l'OMS.

41 CIRDI, *Infnito Gold c. Costa Rica*, ARB/14/5, ordonnance procédurale n° 2, 1er juin 2016 puis décision sur la compétence, 4 décembre 2017, § 137-140 et sentence, 3 juin 2021, § 178-181.

42 Trib. *ad hoc* (CNUDCI), *Glamis Glod c. Etats-Unis d'Amérique*, sentence, 8 juin 2009.

43 CIRDI, *Gabriel Resources c. Roumanie*, ARB/15/31, sentence, 8 mars 2024.

notamment par les parties non contestantes, il n'était en effet pas envisageable de tenir compte des perspectives de gains futurs pour en apprécier la valeur actuelle<sup>44</sup>.

21. Dans ces affaires, certes trop peu nombreuses pour en dégager des enseignements généraux, on ne peut affirmer avec certitude que la participation des communautés locales à la procédure ait influencé de manière décisive la position des arbitres. Cela étant, elles nous semblent révélatrices d'une tendance générale à sortir les procédures arbitrales en matière d'investissement du huis-clos des salles dans lesquelles elles se déroulent formellement pour les discuter dans l'espace public. L'admission facilitée de parties non contestantes participe de ce mouvement. Mais celui-ci ne s'y réduit pas. En effet, le renforcement de la transparence de la procédure – qu'elle se traduise par la communication des documents procéduraux, par l'ouverture des audiences ou par la participation de parties non contestantes – conduit à un élargissement du contexte dans lequel les arbitres se prononcent. A cet égard, la révision du règlement d'arbitrage CIRDI de 2022 peut paraître décevante du point de vue de l'ouverture aux parties non contestantes puisqu'elle vient ajouter des conditions à leur participation<sup>45</sup>. En revanche, elle peut contribuer à l'ouverture plus générale de la procédure notamment en développant la publication des documents procéduraux<sup>46</sup>. Cette ouverture est en effet de nature à développer l'information sur les procédures en cours et donc susceptible de permettre une mobilisation politique à laquelle les arbitres ne sont pas hermétiques.
22. Finalement, la participation des communautés locales à l'arbitrage d'investissement apparaît en trompe l'œil. D'un côté, leur participation formelle en tant que parties non contestantes reste très limitée : les conditions de leur participation sont souvent appréciées strictement ce qui conduit à limiter son objet à des questions factuelles ; les incidences de cette participation sont au mieux diffuses, dans la mesure où les arbitres rechignent à discuter explicitement les arguments qu'elles soulèvent ; quoi qu'il en soit, ce statut de parties non contestantes ne leur permet pas de défendre leurs droits lorsqu'ils sont directement en cause dans la procédure, ce qui peut être le cas lorsque le demandeur sollicite des mesures de restitution. Il faudrait ainsi *a minima* prévoir une procédure d'intervention lorsque le tribunal s'aperçoit que la sentence qu'il pourrait rendre est susceptible d'affecter les droits de tiers. De l'autre toutefois, l'accroissement de la transparence de l'arbitrage d'investissement est de nature à faciliter la mobilisation des communautés locales et de leurs relais, qui peuvent alors peser sur l'issue de la procédure, qu'elles le fassent en tant que parties non contestantes ou depuis l'extérieur.

44 CIRDI, *Bear Creek c. Pérou*, ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017, sp. § 599-600.

45 CIRDI, Règlement d'arbitrage, 2022, article 67, qui indique que le tribunal doit également tenir compte pour se prononcer de « l'identité, les activités, l'organisation et les propriétaires de la partie non contestante, y compris toute affiliation directe ou indirecte entre la partie non contestante, une partie ou une Partie à un Traité non contestante » et du fait qu'« une personne ou une entité apportera à la partie non contestante une assistance financière ou autre pour déposer les écritures ».

46 *Ibid.*, article 64.

Walid Ben Hamida  
Professeur à l'Université de Lille

Les communautés locales ne peuvent envisager agir en justice relativement aux contrats extractifs qui affectent leur environnement et leurs droits que si elles disposent d'informations suffisantes sur l'existence, le contenu et l'exécution de ces contrats. Un nombre croissant de dispositions juridiques organisent désormais la transparence de ces contrats extractifs, garantissant l'accès des tiers à de précieuses informations en vue d'éventuels contentieux. Cependant, les contentieux relatifs aux contrats extractifs sont le plus souvent déclenchés, hors de toute initiative communautaire, entre les parties à ces contrats, par la voie de l'arbitrage. L'enjeu est alors, pour les communautés locales, celui de la transparence de l'arbitrage extractif : sans information quant à l'existence et au déroulé de ces arbitrages, les communautés ne peuvent espérer y intervenir pour faire valoir leurs droits. Si la transparence croissante de l'arbitrage d'investissement favorise leur participation, la fréquente confidentialité des arbitrages commerciaux constitue en revanche un obstacle, qui n'est toutefois pas nécessairement insurmontable.

## Mots-clefs

Transparence  
Arbitrage extractif

Contrats extractifs  
Arbitrage d'investissement

Communautés locales

*To take legal action in relation to extractive contracts that affect their environment and their rights, local communities need to have sufficient information on the existence, content and execution of these contracts. A growing number of legal provisions now organize the transparency of these extractive contracts, ensuring that third parties have access to valuable information with a view to possible litigation. However, disputes relating to extractive contracts are most often triggered by arbitration between the parties to these contracts. For local communities, the issue at stake is the transparency of extractive arbitration. Without information on the existence and progress of these arbitrations, communities cannot hope to intervene to assert their rights. While the growing transparency of investment arbitration is conducive to their participation, the frequent confidentiality of commercial arbitration is an obstacle that needs to be overcome.*

1. Les communautés locales, les riverains, les populations, les autochtones ne sont plus des acteurs invisibles dans le contentieux extractif judiciaire et arbitral. Ils jouent de plus en plus un rôle actif en tant que tiers intervenant, amis du tribunal et même partie dans ce contentieux.

Pour que ces communautés puissent exercer ce rôle contentieux, il faut qu'elles soient au courant des conventions minières et des arbitrages extractifs, d'où la question de la transparence.

2. La transparence envahit aujourd'hui tous les domaines du droit. On en parle en droit constitutionnel et administratif<sup>1</sup>. On l'évoque en droit privé avec la transparence des prix et des relations commerciales<sup>2</sup>. On se demande même si elle peut être considérée comme un droit fondamental invocable devant les juridictions internes et européennes<sup>3</sup>.
3. Quoiqu'elle soit à la mode, la transparence est difficile à définir. Elle désigne, selon une définition simpliste, le droit de savoir et l'accès public à l'information. Elle pourrait aussi englober, en sus de l'accès à l'information, plusieurs autres éléments comme la participation du public au processus décisionnel, la lutte contre la corruption et la prévention des conflits d'intérêts<sup>4</sup>. L'ambiguïté de la notion de transparence est une situation assez paradoxale au point que certains auteurs n'ont pas hésité à souligner que l'inexistence d'une définition claire de la transparence confère à la transparence une certaine opacité<sup>5</sup>!
4. Les appels à la transparence en matière extractive concernent, d'une part, les contrats extractifs conclus avec les investisseurs (I), et d'autre part, les arbitrages extractifs (II).
  - I. La transparence des contrats extractifs
  5. Avant d'indiquer la source de l'obligation de publier les contrats extractifs (B), il faut déterminer les raisons de la transparence (A).
    - A. Les raisons de la transparence
    6. L'une de ces raisons est la lutte contre la corruption. En effet, comme il a été affirmé : « Les ressources naturelles fournissent, en effet souvent, un terreau favorable à la corruption »<sup>6</sup>.
    7. La publication est aussi la manifestation de la bonne gouvernance du secteur extractif. Jeremy Bentham, à qui on doit l'expression droit international<sup>7</sup>, indiquait depuis longtemps que « *Secrecy, being an instrument of conspiracy, ought never to be the system of a regular government* »<sup>8</sup>.
    8. La publication des contrats extractifs permet, en outre, de vérifier la régularité de l'investissement ainsi que ses conditions fiscales, environnementales et sociales.
    9. La transparence se justifie surtout par la nécessité de connaître l'impact de l'investissement extractif sur la communauté locale.
    10. Les communautés locales, les populations, les riverains qui côtoient les investissements réclament de plus en plus des droits d'information. Les projets d'investissements, en particulier ceux réalisés en

1 On peut ainsi évoquer à cet égard, les lois françaises du 11 octobre 2015 relative à la transparence de la vie publique, créant la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, ainsi que les lois organique et ordinaire du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie publique, qui complètent les missions de la HATVP. Voir L. Himbe et C. Krolik, « Introduction », in C. Krolik, C. Moumouni (dir.), *La transparence des industries extractives*, Presses de l'Université du Québec, 2021, p. 1 s.

2 F. Riem, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, Editions l'Harmattan, 2002.

3 V. Barbé, O. Levannier-Gouël, S. Maucclair, *La transparence, un droit fondamental?*, Editions L'Épilogue, 2020.

4 Voir sur cette question, J.-F. Kerléo, « La transparence de la vie publique en droit », *Sens-Dessous* 2017/2 (N° 20), p. 15 s.; J.-F. Kerléo, *La Transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Mare et Martin, coll. Bibl., janvier 2016. Pour une approche américaine, v.: D. E. Pozen, « Transparency's Ideological Drift », *The Yale Law Journal* 2018, p. 100 s.. Sur la transparence en droit international de façon générale, Voir A. Bianchi, et A. Peters (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013.

5 B. Frydman, « La transparence, un concept opaque », *Journal des tribunaux* 2007, p. 300, cité par A. Ngwanza, « La transparence dans l'arbitrage en matière extractive », in C. Krolik, C. Moumouni (dir.), *La transparence des industries extractives*, Presses de l'Université du Québec 2021, p. 314.

6 M. Ben Letaief, « Propos introductifs Transparence et lutte contre la corruption dans les contrats relatifs aux ressources naturelles: quelle articulation? », in S. Bostanji, M. Ben Letaief (dir.), *La transparence et la lutte contre la corruption dans les contrats relatifs aux ressources naturelles: quelle articulation?* Actes de la journée d'études du 31 octobre 2019 dans le cadre du PRF sur la Lutte contre la corruption, Latrach Edition, 2021 p. 6.

7 F. Ramel, *Philosophie des relations internationales*, Presses de Sciences Po, 2e édition 2011, p. 308.

8 J. Bentham, « On publicity », In J. Bowering (ed.), *Work of J. Bentham*, 1843, vol 2, p. 310.

matière extractive, peuvent mettre en cause leurs conditions de vie, voire leur existence.

11. Pour cette raison, la publication des contrats ne peut que promouvoir l'investissement socialement responsable et « une véritable gestion participative au profit des populations autochtones ou riveraines »<sup>9</sup>. Comme il a été affirmé par un auteur, « le développement contemporain des activités pétrolières et gazières impose l'obtention d'un permis social d'exploiter. De ce fait, l'acceptabilité sociale est devenue la jauge de la qualité de l'industrie extractive, donnant ainsi aux tiers (riverains, peuples autochtones) un droit de regard qui excède le simple contrôle des intérêts publics »<sup>10</sup>. Ce permis social ou cette licence sociale d'opérer suppose l'information des populations locales de tout investissement décidé et la non objection de la communauté à sa réalisation<sup>11</sup>. L'intérêt communautaire ne correspondant pas à l'intérêt public ou général, l'investisseur ne doit pas se contenter seulement du permis étatique accordé selon les considérations de l'intérêt public. Il doit aussi avoir un permis social fondé sur les considérations et les intérêts communautaires.

#### B. La source de l'obligation de publier les contrats extractifs

12. Selon une étude élaborée par un groupe de travail réunissant les gouvernements du Mexique et de l'Indonésie, le *World Resources Institute* et le *Natural Resource Governance Institute*, plus de 25 pays publient les contrats extractifs<sup>12</sup>.
13. L'obligation de publier ces contrats peut avoir plusieurs sources. Dans certains pays, la publication des contrats extractifs est prévue dans la constitution (par ex. le Niger, les Philippines, la République centrafricaine, la Guinée). Dans d'autres pays, la publication est imposée par la loi (par ex. la République du Congo, le Liberia, la Tanzanie). D'autres pays enfin prévoient la publication des contrats extractifs dans un texte émanant du pouvoir exécutif. C'est le cas en République Démocratique du Congo où la publication de ces contrats est prévue dans un décret.
14. Cependant, la publication des contrats pourrait intervenir sans fondement normatif. A défaut de clauses de confidentialité dans les contrats extractifs, rien n'empêche les pouvoirs publics de les rendre publics. Cette publication pourrait intervenir, par ailleurs, à l'initiative des entreprises. Il a été ainsi signalé qu'un certain nombre d'entreprises telles que Rio Tinto, Tullow Oil et Kosmos Energy ont pris fait et cause pour la transparence des contrats afin d'instaurer un climat de confiance et d'obtenir « les licences sociales d'exploitation »<sup>13</sup>.
15. Si les pays en voie de développement favorisent la publication des contrats particuliers conclus avec les investisseurs, les pays développés suivent une autre approche. Dans ces pays, il n'y a pas de publication systématique de tous les contrats extractifs. Cependant, la

9 J.-C. Ngnintedem, « La transparence dans les nouvelles législations minières des pays de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale: Entre idéologie et rhétorique », in C. Krolik, Charles Moumoui, (dir.), *La transparence des industries extractives*, préc., p. 39.

10 A. Ngwanza, « La transparence dans l'arbitrage en matière extractive », préc., pp. 314-315.

11 Voir sur cette question, J. Belinga, E. Marque, « The "Social License to Operate" in the OHADA Zone The Imperative of Further Substantiating an Emerging and Elusive Concept in a Post-COVID-19 Pandemic World », in G. Wood, J. Górski, G. Mete (eds), *The Palgrave Handbook of Social License to Operate and Energy Transitions*, Springer, 2022 (accessible en ligne); M.-M. Barnes, « The 'Social License to Operate': An Emerging Concept in the Practice of International Investment Tribunals », *Journal of International Dispute Settlement* 2019, p. 328 et *Social Licence to Operate (SLO) in the Extractive and Energy Sectors*, OGEL 1 (2020).

12 *Divulguer les contrats dans le secteur des ressources naturelles*, Document d'information, groupe de travail: les gouvernements du Mexique et de l'Indonésie, le *World Resources Institute* et le *Natural Resource Governance Institute*, Février 2016 [https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/ogp\\_divulguer-les-contrats.pdf](https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/ogp_divulguer-les-contrats.pdf), p. 2.

13 Document précité, pp. 2-3.

législation énonce, avec détail et transparence, les conditions et le régime de l'investissement dans le secteur des ressources naturelles. La législation régleme la grande majorité, sinon la totalité, des aspects extractifs. En conséquence le rôle du contrat se réduit à un instrument d'exécution se contentant d'indiquer le nom de l'investisseur et la localisation géographique de l'investissement. Les contrats d'investissement conclus en matière extractive sont ainsi standardisés. Ils se contentent de reprendre le régime général défini dans les textes de loi. Cette approche est suivie dans des pays comme le Royaume-Uni, les États-Unis et la Norvège<sup>14</sup>.

16. Si cette approche garantit la transparence et l'homogénéité des pratiques contractuelles en matière d'exploitation des ressources naturelles, elle réduit la marge de manœuvre des pouvoirs publics dans la négociation des contrats en cette matière. Elle pourrait manquer de souplesse, de flexibilité et d'adaptabilité. En particulier, elle réduit les éléments négociables et la liberté des cocontractants à concevoir un contrat prenant en considération leurs besoins spécifiques. L'approche décrite, cependant, pourrait être utilisée par des Etats n'ayant pas une expérience en matière de négociation des contrats extractifs, qui éprouvent des difficultés pour obtenir des concessions lors de la négociation de ces contrats.
17. De plus, le droit souple, le droit mou, flou, doux recommande aux Etats et aux entreprises de publier les contrats extractifs.
18. C'est le cas du Code de bonnes pratiques en matière de transparence des finances publiques du Fonds monétaire international. C'est le cas aussi des Principes directeurs pour des contrats extractifs durables élaborés dans le cadre de l'OCDE<sup>15</sup>; même si la publication des contrats n'est pas visée comme principe directeur, le préambule de ces principes prévoit:

Reconnaissant les bénéfices de la transparence et de la communication d'informations dans le secteur extractif, les parties doivent anticiper, durant le processus de négociation, la divulgation publique des contrats qu'elles signeront, conformément aux bonnes pratiques internationales, en tenant dûment compte à la fois de la protection des informations confidentielles ou commercialement sensibles, et de l'intérêt public à la transparence. Le fait d'accepter de publier les contrats ajoute au processus de négociation une dimension importante de redevabilité a posteriori. Cela signifie que les parties prenantes négocieront et rédigeront vraisemblablement les termes de leurs contrats de manière à garantir qu'elles puissent résister à un examen public et commercial<sup>16</sup>.

14 Document précité, pp. 2-3.

15 Ces Principes directeurs ont été présentés et endossés lors de la Douzième réunion plénière du *Dialogue sur les politiques de développement axé sur les ressources naturelles*, les 20 et 21 juin 2019, [https://www.oecd.org/fr/publications/principes-directeurs-pour-des-contrats-extractifs-durables\\_a8b62058-fr.html](https://www.oecd.org/fr/publications/principes-directeurs-pour-des-contrats-extractifs-durables_a8b62058-fr.html).

16 Principes précités.

19. Par ailleurs, adoptées le 1er janvier 2012, les normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale que le Société

Financière Internationale exige de ses clients dans les projets qu'elle finance vont plus loin que la simple information en invitant les négociateurs des contrats extractifs à prévoir des mécanismes procéduraux permettant aux communautés locales de faire valoir leurs droits. En particulier, ces normes prévoient que « la divulgation des informations pertinentes sur le projet aide les Communautés affectées et les autres parties prenantes à comprendre les risques, les impacts et les opportunités résultant du projet ». Elles invitent toute partie responsable de l'exécution et de l'exploitation du projet à donner « aux Communautés affectées accès à des informations pertinentes sur: (i) l'objet, la nature et l'échelle du projet; (ii) la durée des activités proposées dans le cadre du projet; (iii) les risques et les impacts auxquels pourraient être exposées lesdites Communautés et les mesures d'atténuation correspondantes; (iv) le processus envisagé pour la participation des parties prenantes; et (v) le mécanisme de règlement des griefs »<sup>17</sup>. Cette référence à un mécanisme de règlement des griefs accessible à la communauté affectée par le projet d'investissement permet à cette communauté de faire valoir ses droits, voire de contrôler la véracité de l'information communiquée et de sanctionner l'investisseur qui n'agit pas conformément à ses déclarations.

20. La publication des contrats extractifs est réclamée aussi par la société civile et plusieurs ONG. *L'Initiative pour la transparence dans les industries extractives* (ITIE) encourage la divulgation publique des « contrats et des licences qui énoncent les conditions liées à l'exploitation du pétrole, du gaz et des minerais ». *L'Initiative pour la transparence des industries extractives* (ITIE), association à but non lucratif de droit norvégien<sup>18</sup>, est une initiative multipartite internationale à laquelle participent des représentants des gouvernements et de leurs entités, des entreprises et des institutions financières engagées dans les secteurs de l'énergie et de l'industrie extractive, des groupes de la société civile locale, des organisations non gouvernementales internationales, des groupes d'action et coalitions internationaux.
21. L'objectif de l'Association est de faire des Principes et des Exigences de l'ITIE la norme reconnue au niveau international en matière de transparence dans le secteur du pétrole, du gaz et des mines. L'ITIE reconnaît qu'une transparence renforcée des revenus issus de ressources naturelles contribue à réduire la corruption, et que les revenus provenant des industries extractives peuvent transformer des économies, réduire la pauvreté et améliorer le niveau de vie de la population des pays riches en ressources naturelles. La Norme promue par l'ITIE impose aux pays de divulguer tous les nouveaux contrats signés et nouvelles licences octroyées à partir du 1er janvier 2021. Plus de 50 pays se sont engagés à renforcer la transparence et la redevabilité de la gestion de leur secteur extractif en mettant en œuvre cette norme<sup>19</sup>.
22. Certains pays soumettent les contrats extractifs à une approbation parlementaire. Cette procédure présente des avantages. Elle encou-

17 <https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doc/mgrt/ifcperformancestandardsfrench.pdf>, §29.

18 <https://eiti.org/fr/documents/statuts-de-lassociation-itie>.

19 <https://eiti.org/fr/pays>.

rage le débat et responsabilise le gouvernement dans la négociation de ces contrats. Mais elle porte le risque de politiser le débat sur ces contrats et d'engendrer des abus notamment lorsque les parlementaires ne disposent pas des connaissances techniques pour évaluer ces contrats, ce qui peut retarder la réalisation des investissements dans ce secteur. L'expérience a en outre montré que cette procédure n'est pas accompagnée de la publication des contrats en question. Bien plus, cette approbation intervient généralement après la fin négociation du contrat et se résume à voter par oui ou par non sur le contrat soumis. Enfin, le fait que le contrat soit ratifié par une loi pourrait être invoqué par les entreprises pour soutenir la régularité des contrats conclus en violation des lois en vigueur. L'approbation législative pourrait constituer en quelque sorte une loi de couverture ou de validation qui permettrait aux investisseurs de soutenir que ces contrats validés par une loi l'emportent sur les autres lois antérieures contraires<sup>20</sup>.

## II. La transparence des arbitrages extractifs

23. La question de la transparence s'est posée aussi bien dans le cadre de l'arbitrage d'investissement fondé sur les traités et les lois d'investissement (A) que dans le contexte de l'arbitrage traditionnel fondé sur des clauses d'arbitrage contractuel (B).

### A. L'arbitrage d'investissement

24. La confidentialité qui caractérise l'arbitrage est de plus en plus critiquée dans le contentieux sur les investissements. Les tribunaux statuant sur le fondement des traités d'investissement ont été qualifiés de « véritables gouvernements de l'ombre »<sup>21</sup>. On a affirmé que les arbitres étaient appelés à se prononcer sur des politiques mises en œuvre par les Etats, et à condamner éventuellement des initiatives gouvernementales loin du contrôle de l'opinion publique. On a invoqué que l'arbitrage transnational avait changé de visage et que les litiges soumis aux arbitres n'étaient plus des litiges purement contractuels mais souvent des litiges impliquant le pouvoir normatif des gouvernements élus démocratiquement. Enfin, les litiges d'investissement impliquent souvent l'argent des contribuables, pour payer les indemnités ainsi que les frais de l'arbitrage.
25. Pour répondre à ces critiques, plusieurs traités d'investissement prévoient désormais des dispositions sur la transparence<sup>22</sup>. La CNUDCI a adopté un règlement sur la transparence dans l'arbitrage investisseur-Etat. Ce règlement, qui est entré en vigueur le 1er Avril 2014, comprend un ensemble de règles de procédure qui pourraient être appliquées à des arbitrages fondés sur un traité d'investissement en vertu d'un accord entre les États parties à ce traité ou d'un accord entre les parties au litige. Ces dispositions détaillées concernent la publication d'informations relatives à des affaires, la publication de documents, la possibilité de présenter au tribunal des observations

20 Natural Resource Governance Institute, Parliamentary, *Guide for Approval of Natural Resource Contracts in Tunisia*, May 2016, spec. p. 7 s., <https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/tunisia-parlguidecontract.pdf>.

21 Anthony de Palma, « Powerful little secret: Obscure tribunals settle disputes, but go too far, critics say », *New York Times*, 11 mars 2001, section 3, p. 13; extraits traduits dans *Courrier International*: « Quand les entreprises imposent leur loi aux Etats », 19 avril 2001, no 546.

22 Voir par exemple, l'article 10.21 de l'Accord de libre-échange entre la République dominicaine, l'Amérique centrale et les États-Unis d'Amérique (ALEAC-RD).

écrites émanant de tiers ainsi que les observations présentées par une partie au traité non partie au litige, les audiences et les exceptions à la transparence. Le règlement établit aussi un Registre sur la transparence. Hébergé et géré par le secrétariat de la CNUDCI au nom du Secrétaire général des Nations Unies, ce registre mets à la disposition du public les informations et les documents relatifs à ces affaires d'arbitrage<sup>23</sup>.

26. Par ailleurs, dans la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, entrée en vigueur le 18 octobre 2017, les États parties conviennent d'appliquer, sous certaines conditions, le Règlement de la CNUDCI sur la transparence à tous les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités d'investissement conclus avant le 1er avril 2014 et après l'entrée en vigueur de cette convention.

23 Transparency Registry (a repository for the publication of information and documents in treaty-based investor-State arbitration), <https://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.aspx>.

24 A. Ngwanza, « La transparence dans l'arbitrage en matière extractive », préc., p. 319.

25 Decision on Application and Submission by Quechuan Indian Nation, in *Glamis Gold Ltd. (Claimant) v. The United States of America* (Respondent), An Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) in accordance with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), and administered by the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), 16 septembre 2005.

26 On a relevé que certains amici sont mieux armés que les États et qu'ils peuvent, en conséquence, fournir au tribunal une assistance technique et juridique pour la compréhension des éléments de fait et de droit du litige, v. sur les avantages de l'admission des amici dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement: A. Newcombe, A. Lemaire, « Should Amici Curiae Participate in Investment Treaty Arbitrations? », 5 *Vindobona J. Int'l L. & Arb.* 22 (2001), spéc., pp. 30-32.

27 Dans son intervention devant le 2000 Geneva global arbitration forum, Thomas Wälde a affirmé « *The problem in investment arbitration is that it is a private company against the government; it is not an inter-governmental discussion. If you allow an arbitration tribunal to let an NGO which could be something like Greenpeace or the U.S. Steel Producers Association- to enter the process, first you are causing the private company considerable additional costs because they to read all these papers and they have to pay much more for counsel. Second, they have to deal with new arguments and superior public opinion mobilization capability using public litigation in essence as a PR-event which may damage their case* », T. Wälde, « Current issues in investment disputes », *The Journal of World Investment & Trade* 2001, pp. 223-229.

27. Il est important de souligner que ces deux instruments de la CNUDCI ne se contentent pas de prévoir la publication des actes de procédures et les sentences arbitrales mais accordent à des tiers et des États non parties le droit d'être « amis » du tribunal arbitral et d'être autorisés à soumettre des mémoires d'*amici curiae*.

28. Ce statut peut être utilisé par les riverains, les principales personnes exposées aux risques sociétaux, sanitaires et environnementaux découlant de l'exploitation des hydrocarbures et des mines. Ceux-ci sont dorénavant intégrés dans la communauté extractive et ont ainsi acquis le statut de parties prenantes de l'industrie extractive<sup>24</sup>. C'est ce que s'est produit dans l'affaire *Glamis c./ États Unis* soumise à l'arbitrage en vertu du chapitre 11 de l'ALENA. Dans cette affaire, le mémoire d'*amicus curiae* émanait d'une tribu indienne, la Quechan Nation. Celle-ci, dont les lieux sacrés se trouvaient au même endroit que l'une des mines du projet d'investissement, a soutenu la révocation d'une licence minière accordée par les États-Unis<sup>25</sup>.

29. L'ouverture de l'arbitrage État-investisseur à « la société civile », aux communautés et aux tiers présente certes de nombreux avantages. Elle promet la transparence des procédures. Elle permet au tribunal arbitral de connaître les différents aspects du litige. Elle paraît conforme à la nature de l'arbitrage: seul le tribunal arbitral est habilité à apprécier tous les intérêts en jeu en raison du contrôle limité exercé par les juridictions nationales sur les sentences arbitrales. En conséquence, si le tribunal arbitral n'admet pas les mémoires des *amici curiae*, il est très difficile pour ceux-ci de faire entendre leurs voix devant les juridictions étatiques lorsque ces dernières exercent leur contrôle sur les sentences arbitrales. Elle peut enfin remédier au manque des moyens techniques et légaux qui désavantage certains des États en développement et certains petits investisseurs<sup>26</sup>. Cependant, elle est porteuse d'un risque. En particulier, elle génère des frais supplémentaires pour les parties, plus particulièrement les petits investisseurs<sup>27</sup>. Il est à craindre que l'exercice de ce droit ne

suscite des procès médiatiques, des « *show trials* », et que l'*amicus curiae* soit le moyen par lequel sont orchestrées des campagnes de publicité et de propagande, comme le montre la pratique de cette institution devant les juridictions américaines internes<sup>28</sup>.

### B. L'arbitrage traditionnel

30. Plusieurs contrats extractifs contiennent des clauses d'arbitrage. Or l'arbitrage est souvent présenté comme une procédure confidentielle de règlement des différends, ce qui peut heurter l'exigence de transparence réclamée en matière d'investissement relatif aux ressources naturelles.
31. Il est vrai que plusieurs droits nationaux d'arbitrage et plusieurs règlements arbitraux ont formellement abandonnée l'exigence de confidentialité de la procédure d'arbitrage. Ainsi, depuis 2012, le Règlement d'arbitrage de la CCI ne mentionne plus la confidentialité de la procédure arbitrale. L'article 22.3 se contente de prévoir que : « À la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut rendre des ordonnances concernant la confidentialité de la procédure ou de toute autre question relative à l'arbitrage et prendre toute mesure pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles ».
32. Toutefois, même si la confidentialité est relativisée, il n'en demeure pas moins que certains systèmes d'arbitrage se réfèrent toujours à la confidentialité de la procédure arbitrale. C'est le cas du règlement d'arbitrage de la *London Court of International Arbitration* qui prévoit dans l'article 30 une règle très détaillée sur la confidentialité de l'arbitrage<sup>29</sup>. Cette exigence de confidentialité rencontrée dans certains instruments relatifs à l'arbitrage peut s'opposer à la transparence des contrats extractifs. Le problème se pose lorsqu'il y a, dans un pays déterminé, une règle imposant une publication des contrats d'investissement relatifs à l'exploitation des ressources naturelles ; or dans le contrat qui doit d'être publié, il y a une clause d'arbitrage se référant à un système d'arbitrage confidentiel. Comment résoudre cette opposition ou cette confrontation entre la norme étatique imposant la publication des contrats et le règlement d'arbitrage qui renferme une obligation de confidentialité des procédures arbitrales relatives à ces contrats ? En particulier, la question qui se pose est de savoir si l'obligation de publication du contrat implique aussi la publication et la divulgation de la procédure arbitrale le concernant. L'arbitrage relatif à un contrat dont la publication est exigée doit-il être public ?
33. Une réponse favorisant la transparence des arbitrages extractifs pourrait reposer sur le fait que l'arbitrage porte sur l'interprétation et l'application des contrats, questions liées au contrat. L'arbitrage porte sur les suites du contrat. Or, il est très difficile de dissocier la publication du contrat de la publication de l'arbitrage relatif à ce contrat. En interprétant et en expliquant le régime de l'exécution du

28 L. Maina, «The role of arbitration in the globalization of energy markets », *CEPMLP On Line Journal* [www.dundee.ac.uk](http://www.dundee.ac.uk) [article qui n'est plus disponible]

29 Cet article prévoit : « 30.1 *The parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in the arbitration, together with all materials in the arbitration created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain, save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right, or to enforce or challenge an award in legal proceedings before a state court or other legal authority. The parties shall seek the same undertaking of confidentiality from all those that it involves in the arbitration, including but not limited to any authorised representative, witness of fact, expert or service provider.*

30.2 *Article 30.1 of the LCIA Rules shall also apply, with necessary changes, to the Arbitral Tribunal, any tribunal secretary and any expert to the Arbitral Tribunal. Notwithstanding any other provision of the LCIA Rules, the deliberations of the Arbitral Tribunal shall remain confidential to its members and if appropriate any tribunal secretary, save as required by any applicable law and to the extent that disclosure of an arbitrator's refusal to participate in the arbitration is required of the other members of the Arbitral Tribunal under Articles 10, 12, 26.6 and 27.5.*

30.3 *The LCIA does not publish any award or any part of an award without the prior written consent of all parties and the Arbitral Tribunal ».*

contrat, l'arbitre clarifie et explique le contenu d'un contrat qui doit être publié. En l'absence de transparence du contentieux arbitral, la publication du contrat devient insuffisante, voire incompatible avec la réalité. Par ailleurs, la confidentialité dans l'arbitrage n'est pas absolue mais cède lorsque la loi ou le juge en décide ainsi.

34. La question est nouvelle et certains auteurs affirment que la disposition qui impose la publication des contrats peut être considérée comme une loi de police, en particulier lorsqu'elle est d'origine constitutionnelle, s'imposant aux arbitres et aux institutions d'arbitrage<sup>30</sup>.
35. Cependant, on peut rétorquer que la loi de police porte sur la publication du contrat et pas sur la publicité de l'arbitrage. Les lois de police sont d'interprétation stricte et on ne peut pas étendre le domaine d'application d'une loi de police relative à la publicité du contrat extractif à l'arbitrage relatif à ce contrat. Il est aussi possible de soutenir qu'en choisissant un système d'arbitrage confidentiel dans le contrat extractif, l'Etat a bien dissocié entre le contrat extractif et l'interprétation de ce contrat par le tribunal arbitral. La renonciation de l'Etat à la publicité pourrait être invoquée en particulier lorsque le contrat a été ratifié par le Parlement. Un Etat qui est conscient de l'exigence de publicité des contrats dans son ordre juridique et qui a accepté un arbitrage confidentiel, ne pourrait pas invoquer cette exigence pour rendre publics les arbitrages confidentiels.
36. D'un point de vue procédural, si le conflit entre les normes étatiques prévoyant la publicité des contrats extractifs et les normes arbitrales de confidentialité se pose devant un tribunal arbitral, on peut se demander si la communauté pourrait saisir le tribunal arbitral pour le trancher. On peut également se demander si, saisi par une partie ou même par une communauté, le tribunal arbitral devrait résoudre ce conflit nécessairement dans une décision publique.
37. On voit donc que le débat que soulève la transparence des investissements dans le secteur extractif n'est pas épuisé mais se renouvelle. Le statut des communautés locales et des riverains évolue. Ces derniers ne contentent plus d'un droit à l'information. Ils réclament des droits procéduraux : amis du tribunal, tiers intervenant... : il n'est pas exclu qu'ils réclament le statut de partie ou même prennent l'initiative de lancer des arbitrages communautaires. Toutefois, la protection des intérêts communautaires présuppose non seulement l'existence de techniques procédurales d'accès appropriées, mais aussi et surtout l'existence d'un droit substantiel, « un droit communautaire local », national ou international, protégeant les intérêts communautaires. La protection des intérêts de communauté n'est pas seulement tributaire de l'existence d'un mécanisme procédural ouvert mais aussi et surtout de tout un régime normatif substantiel, à élaborer ou à développer.

30 A. Ngwanza, « L'arbitrage en matière extractive ». in A. Ngwanza, G. Lhuillier (dir.), *Le contentieux extractif*, ICC 2015, p. 234.

Marie Nioche

Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre, CEDIN

Le développement du devoir de vigilance des entreprises multinationales met en évidence le rôle fondamental que le contrat et les clauses contractuelles sont appelés à jouer comme outil de promotion, par ces entreprises, des droits de l'homme et de la protection environnementale dans leurs chaînes de valeur globale, en ce compris des droits des communautés locales. Parce qu'il est le juge privilégié du contrat international, l'arbitre ne peut se tenir à l'écart de ces évolutions : les contentieux qu'il sera amené à juger, portant sur l'interprétation et le respect des clauses contractuelles de vigilance, devraient le conduire à intégrer les intérêts des communautés locales dans ses raisonnements. Cette évolution ne pourra se faire qu'au prix de certaines adaptations de la procédure et de la sentence arbitrales.

Mots-clefs    Arbitrage    Devoir de vigilance    Contrats internationaux    Communautés locales

1 D'une part, en raison de la personnalité juridique distincte de l'entité à travers laquelle le dommage s'était produit (filiale, fournisseur ou sous-traitant). Et, d'autre part, parce que ces atteintes étaient souvent commises dans des pays en développement ayant peu réglementé l'activité des multinationales sur leur territoire, afin de rester attractifs et d'attirer les investisseurs étrangers. Voir notamment : C. Bright, *L'accès à la justice civile en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales*, thèse dactyl., European University Institute, Florence, 2013, p. 32-33; O. De Schutter, « Le contrôle du respect des droits de l'homme par les sociétés transnationales : le rôle de l'État d'origine », in M.-A. Moreau, H. Muir-Watt et P. Rodière (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail : du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Dalloz, 2010, p. 107, spéc. p. 117.

2 Sur cette évolution, voir notamment : M. Nioche, « Responsabilité sociétale des entreprises et compétence civile extraterritoriale », in A. Miron et B. Taxil (dir.), SFDI, Colloque d'Angers, *Extraterritorialités et droit international*, Pedone, 2020, pp. 233-261; M. Nioche, « Le contentieux international privé fondé sur le devoir de vigilance : nouvel outil de régulation environnementale ? », in A.-S. Epstein et M. Nioche (dir.), *Le droit économique, levier de la transition écologique ?*, Bruylant, 2022, p. 277-308.

3 Pour un panorama de cette jurisprudence, voir notamment : M. Nioche, « Responsabilité sociétale des entreprises et compétence civile extraterritoriale », *op. cit.* ; sur la jurisprudence anglaise, voir également : J. Camy, *La diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux : étude de droit français et de droit anglais (devoir de vigilance et duty of care)*, thèse dactyl., Univ. Paris Nanterre, 2022.

*Multinational companies' due diligence duties highlight the fundamental role that contracts and contractual clauses are called upon to play as a tool for these companies to promote human rights and environmental protection, including the rights of local communities, in their global value chains. As the privileged judge of international contracts, arbitrators cannot ignore these developments: the disputes they will deal with, concerning the interpretation and respect of contractual due diligence clauses, should lead them to integrate the interests of local communities into their reasoning. This can only be achieved if certain adaptations are made to arbitration procedures and awards.*

1. L'essor des obligations de vigilance bouleverse le contexte juridique dans lequel les entreprises transnationales déploient leurs activités, en particulier dans les pays en développement. Les multinationales étaient, jusqu'à encore récemment, peu – ou pas – sanctionnées lorsqu'elles portaient atteinte, à travers une filiale, à un fournisseur ou un sous-traitant, à l'environnement ou aux droits fondamentaux des communautés locales. Et, bien souvent, les dommages subis n'étaient pas réparés<sup>1</sup>. Une évolution majeure est toutefois en cours. Le devoir de vigilance des entreprises, qui relevait du droit souple et de l'autorégulation, a fait son entrée dans le droit dur<sup>2</sup>. Dans les pays de *common law* et aux Pays-Bas, avec la jurisprudence sur le *duty of care*<sup>3</sup>; en France, avec la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>4</sup>; en Norvège, avec la loi adoptée le 10 juin 2021<sup>5</sup>; et en Allemagne, avec

4 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JO, n° 0074, 28 mars 2017. Voir notamment : B. Parance, « La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Gaz. Pal.* 2017, n° 15, p. 16 ; A. Danis-Fatôme et G. Viney, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, p. 1610.

5 Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold "åpenhetsloven", (Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions "Transparency Act"), 10 juin 2021. La loi norvégienne sur le devoir de vigilance est entrée en vigueur le 1er juillet 2022.

6 Loi allemande sur le devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement, *Lieferkettensorg faltspflichtengesetz (LkSG)*, adoptée le 11 juin 2021, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2023.

7 Directive (UE) 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, *JOUE*, 5 juillet 2024.

8 Article 37.1.

9 À partir du 26 juillet 2027, soit 3 ans après l'entrée en vigueur de la directive, y seront soumises les entreprises européennes (ou sociétés mères européennes d'un groupe) de plus de 5 000 salariés réalisant un chiffre d'affaires mondial de plus de 1 500 millions d'euros (Article 37.1 a) et les entreprises non européennes (ou sociétés mères d'un groupe) dépassant les 1 500 millions d'euros de chiffre d'affaires dans l'Union européenne (Article 37.1 c). À partir du 26 juillet 2028, soit 4 ans après l'entrée en vigueur de la directive, y seront soumises les entreprises européennes (ou sociétés mères européennes d'un groupe) de plus de 3 000 salariés réalisant un chiffre d'affaires mondial de plus de 900 millions d'euros (Article 37.1 b) et les entreprises non européennes (ou sociétés mères d'un groupe) dépassant les 900 millions de chiffre d'affaires dans l'Union européenne (Article 37.1 d). Enfin, à partir du 26 juillet 2029, soit 5 ans après l'entrée en vigueur de la directive, y seront soumises toutes les autres entreprises relevant de son champ d'application selon l'article 2 (cf. article 37.1 e). La directive s'appliquera ainsi : (i) premièrement aux entreprises européennes ou sociétés mères européennes d'un groupe employant plus de 1 000 salariés et ayant réalisé un chiffre d'affaires annuel mondial de plus de 450 millions (cf. article 2.1 a et b). (ii) Deuxièmement, elle s'appliquera aux entreprises non européennes, ou sociétés mères d'un groupe, ayant réalisé dans l'Union européenne un chiffre d'affaires annuel mondial de plus de 450 millions (cf. article 2.2 a et b). (iii) Enfin, troisièmement, seront également soumises, qu'elles soient européennes ou non, les entreprises ou sociétés mères d'un groupe ayant conclu des accords de franchise

la loi du 11 juin 2021<sup>6</sup>. Le devoir de vigilance poursuit aujourd'hui son irrésistible ascension en entrant dans le droit dur de l'Union européenne. Celle-ci a adopté, le 13 juin 2024, la très attendue directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité<sup>7</sup> (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, dite « directive CS3D »). Publiée au journal officiel de l'Union européenne le 5 juillet 2024, elle est entrée en vigueur le 25 juillet 2024. Elle devra être transposée par les États membres au plus tard deux ans après cette date<sup>8</sup> et s'imposera aux entreprises entrant dans son champ d'application de façon progressive à partir du 26 juillet 2027, soit trois ans après son entrée en vigueur<sup>9</sup>. On se dirige donc vers la généralisation, dans tous les États membres, d'un devoir de vigilance contraignant. Les entreprises transnationales ne pourront plus être indifférentes aux externalités négatives de leur chaîne d'activités et aux dommages qu'elles causent aux communautés locales dans les pays en développement.

2. Les entreprises soumises devront intégrer le devoir de vigilance dans leurs politiques et leurs systèmes de gestion des risques<sup>10</sup>. Elles devront identifier, évaluer et hiérarchiser les atteintes, potentielles ou avérées, aux droits humains ou à l'environnement des populations locales, résultant de leurs activités, mais aussi de celles de leurs filiales et de leurs partenaires commerciaux<sup>11</sup>. Elles devront prendre des mesures appropriées pour prévenir ces atteintes, les atténuer ou y mettre un terme<sup>12</sup> et réparer les atteintes avérées<sup>13</sup>. Elles devront consulter les parties prenantes<sup>14</sup> ; prévoir un mécanisme de notification et une procédure de traitement des plaintes<sup>15</sup> ; évaluer l'efficacité des mesures prises<sup>16</sup> ; et en rendre compte annuellement<sup>17</sup>. Enfin, les entreprises soumises au devoir de vigilance européen devront adopter et mettre en œuvre un plan de transition pour l'atténuation du changement climatique, visant à garantir que leur modèle et leur stratégie économiques sont compatibles avec la transition vers une économie durable et avec la limitation du réchauffement planétaire à 1,5 °C<sup>18</sup>. Si les entreprises soumises ne respectent pas leurs obligations de vigilance, elles pourront être sanctionnées par une autorité administrative<sup>19</sup> et, en cas de dommage, voir leur responsabilité engagée<sup>20</sup>.
3. Cette mutation très importante, qui va dans le sens d'une meilleure protection, à terme, des communautés locales, aura-t-elle une influence sur les arbitres du commerce international ? Plus précisément, est-ce qu'elle conduira à une plus grande prise en considération des premières par les seconds ? Une réflexion rapide pourrait conduire à penser que non. *A priori*, ce sont les pouvoirs publics (autorité administrative et juge judiciaire) qui ont vocation à contrôler le respect par les entreprises de leur devoir de vigilance et à assurer l'effectivité des mesures adoptées, par le biais de sanctions administratives et d'actions en réparation. Un tribunal arbitral n'a pas le pouvoir d'ordonner une amende administrative. Et il n'est pas compétent pour statuer sur une action en réparation intentée par les

communautés locales victimes, ou par des ONG. En effet, sauf cas exceptionnel, ni les unes ni les autres ne sont liées par une convention d'arbitrage à l'entreprise ayant manqué à son devoir de vigilance. Une telle action en réparation sera donc portée devant un juge. À première vue, on peut donc penser que les arbitres n'auront aucun rôle à jouer pour assurer l'effectivité du devoir de vigilance des entreprises à l'égard des communautés locales.

4. Un examen plus attentif de la directive européenne sur le devoir de vigilance laisse toutefois penser que cette dernière a vocation à avoir une influence non négligeable sur l'arbitrage commercial international. On devrait en effet assister, avec l'entrée en vigueur et la mise en application progressive de la directive<sup>21</sup>, à un développement de grande ampleur des clauses contractuelles de vigilance vis-à-vis des populations locales (I). Or, en tranchant les litiges nés des contrats contenant de telles clauses, les tribunaux arbitraux seront amenés, de plus en plus souvent, à prendre en compte les communautés locales dans leurs sentences (II).

#### I. Vers un développement de grande ampleur des clauses contractuelles de vigilance vis-à-vis des populations locales

5. La directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité entraîne deux changements majeurs, qui vont se combiner pour engendrer – on peut en tout cas le supposer – une multiplication des clauses contractuelles de vigilance vis-à-vis des communautés locales. En effet, d'une part, la directive opère un élargissement très important du champ de la vigilance (A). D'autre part, elle privilégie le contrat comme instrument central de la vigilance (B).

#### A. Un élargissement du domaine de la vigilance

6. La nouvelle directive européenne entraîne un élargissement très important du domaine de la vigilance, notamment à l'égard des communautés locales et ce, pour quatre raisons, qui vont se cumuler.
7. Premièrement, la directive fait entrer le devoir de vigilance dans le droit dur de l'ensemble des États membres, alors que, jusqu'à présent, il n'avait fait son entrée que dans le droit dur de quelques rares États membres, à savoir, pour l'essentiel, les Pays-Bas, la France, l'Allemagne et la Norvège.
8. Deuxièmement, sont soumises au devoir de vigilance européen, si elles dépassent certains seuils, non seulement les entreprises européennes<sup>22</sup>, mais aussi les entreprises non-européennes<sup>23</sup>. La directive a en effet pour objectif de garantir un niveau minimum de vigilance dans les États membres en matière de droits humains et d'environnement, mais aussi des conditions de concurrence équitables sur le marché européen<sup>24</sup>. Cela signifie que les entreprises non-européennes actives sur le marché européen<sup>25</sup> vont être contraintes par la législa-

ou de licence dans l'Union européenne si elles ont réalisé un chiffre d'affaires annuel mondial supérieur à 80 millions d'euros (dans l'Union européenne pour les entreprises non européennes), dont au moins 22,5 millions d'euros ont été générés par des redevances (cf. articles 2.1 c et 2.2 c).

10 Article 7.

11 Articles 8 et 9.

12 Articles 10 et 11.

13 Article 12.

14 Article 13.

15 Article 14.

16 Article 15.

17 Article 16.

18 Conformément à l'accord de Paris et à l'objectif de neutralité climatique tel qu'il est établi dans le règlement (UE) 2021/1119, cf. Directive CS3D, article 22.

19 Article 27.

20 Article 29. Il convient toutefois de souligner que, selon l'article 29, seule une violation des obligations de vigilance découlant des articles 10 et 11 peut engager la responsabilité civile de l'entreprise si cette violation a causé un dommage, autrement dit, seule une violation de ses obligations de prévenir, atténuer, ou mettre un terme aux incidences négatives de ses activités, ou de celles de ses filiales ou de ses partenaires commerciaux. En ce qui concerne les autres obligations de vigilance, leur non-respect pourra entraîner une sanction, conformément à l'article 27, mais pas la responsabilité civile de l'entreprise.

21 Voir *supra*, note 9.

22 Article 2.1.

23 Articles 2.2.

24 Voir en particulier M. Ho-Dac, « Level playing field en matière de devoir de vigilance des entreprises : entre harmonisation des droits et coordination des ordres juridiques », *RTDEur.* 2023, p. 633.

25 C'est-à-dire remplissant les conditions de l'article 2.2.

tion européenne à être vigilantes vis-à-vis des communautés locales dans les pays en développement dans lesquels elles opèrent. Il y a là la consécration d'une double extraterritorialité, qui est remarquable.

9. Troisièmement, même si l'application de la directive sera progressive<sup>26</sup> et que son domaine d'application *ratione personae* est significativement plus étroit que dans le texte initialement proposé<sup>27</sup>, ce domaine reste bien plus large que dans la loi française de 2017<sup>28</sup>. À terme, c'est-à-dire cinq ans après son entrée en vigueur, la directive s'appliquera en effet, d'une part aux entreprises européennes (ou sociétés mères européennes d'un groupe) sous la double condition qu'elles emploient plus de 1000 salariés et qu'elles réalisent un chiffre d'affaires annuel de plus de 450 millions<sup>29</sup> et, d'autre part, aux entreprises non-européennes (ou sociétés mères d'un groupe) qui réalisent, dans l'Union Européenne, un chiffre d'affaires annuel d'au moins 450 millions<sup>30</sup>. Seront également soumises, qu'elles soient européennes ou non, les entreprises ou sociétés mères d'un groupe ayant conclu des accords de franchise ou de licence dans l'Union européenne si elles ont réalisé un chiffre d'affaires annuel mondial supérieur à 80 millions d'euros (dans l'Union européenne pour les entreprises non européennes), dont au moins 22,5 millions d'euros ont été générés par des redevances<sup>31</sup>.
10. Enfin, quatrièmement, le périmètre de la vigilance est, lui-aussi, très large. Les entreprises devront prévenir, atténuer et mettre un terme à toute atteinte aux droits humains ou à l'environnement, causée par leurs activités, mais aussi par celles de leurs filiales, ou de leurs partenaires commerciaux (directs ou indirects) liés à leur chaîne d'activités et ce, tant en amont qu'en aval<sup>32</sup>.
11. Pour l'ensemble de ces raisons, la future directive a vocation à étendre très largement le champ de la vigilance à l'égard des communautés locales. Par ailleurs, afin de répercuter les obligations de vigilance de l'entreprise à toute sa chaîne d'activités, un outil est privilégié : le contrat.

#### B. Le contrat, instrument central de la vigilance

12. La directive sur le devoir de vigilance ne cherche pas à déterminer si les entreprises soumises ont un pouvoir effectif d'influence, non seulement sur leurs filiales, mais aussi sur leurs partenaires commerciaux, directs ou indirects. Elle leur impose de mettre en place ce pouvoir d'influence. Or, pour cela le contrat va être un outil incontournable. Dans le passé, les entreprises ont progressivement réussi à imposer à toute leur chaîne de valeur – notamment via des garanties contractuelles – le respect de normes exigeantes en ce qui concerne la qualité du produit<sup>33</sup>. Elles devraient aujourd'hui, via la même technique, réussir à imposer à tous les partenaires commerciaux liés à leur chaîne d'activités le respect des droits humains et de l'environnement des communautés locales<sup>34</sup>.

26 Voir *supra*, note 9.

27 Le texte proposé par la Commission (Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, Bruxelles, 23 février 2022, COM (2022) 71 final) prévoyait que la future directive s'appliquerait, dès 2 ans après son entrée en vigueur : d'une part aux entreprises européennes sous la double condition qu'elles emploient plus de 500 salariés et qu'elles réalisent un chiffre d'affaires annuel de plus de 150 millions ; et d'autre part, aux entreprises non-européennes qui réalisent, dans l'UE, un chiffre d'affaires annuel d'au moins 150 millions. Par ailleurs, la Commission prévoyait un élargissement 2 ans plus tard, c'est-à-dire 4 ans après l'entrée en vigueur de la directive qui devait concerner des entreprises à la fois européennes (de plus de 250 salariés) et non européennes si elles réalisaient plus de 40 millions de chiffre d'affaires annuels (dans l'UE, s'il s'agissait d'entreprises étrangères) et si au moins la moitié de ce chiffre d'affaires provenait de secteurs à risque.

28 En application de la loi française de 2017 sur le devoir de vigilance, seules sont soumises les sociétés qui emploient, à la clôture de deux exercices successifs, plus de 5 000 salariés dans leurs filiales françaises, ou plus de 10 000 salariés, en incluant leurs filiales étrangères, cf. Article L. 225-102-4-1 du Code de commerce.

29 Article 2.1 a et b.

30 Article 2.2 a et b.

31 Articles 2.1 c et 2.2 c.

32 Article 3.1 (g).

33 O. Charpateau, « Déployer le devoir de vigilance dans l'entreprise », in S. Schiller (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, Paris, 2019, p. 117-124.

34 Comme le relève O. Charpateau (*ibid.*) : « La méthode n'est pas tellement différente ».

13. La directive prévoit ainsi que les entreprises soumises au devoir de vigilance européen devront, si nécessaire, obtenir de leurs partenaires directs des garanties contractuelles les obligeant à respecter et à faire respecter le code de conduite et, le cas échéant, le plan – de prévention ou de mesures correctives – adopté<sup>35</sup>. Ces clauses contractuelles devront ensuite être répercutées à toute la chaîne d'activités de l'entreprise<sup>36</sup>, par le biais d'une « cascade contractuelle »<sup>37</sup>. Il est prévu que la Commission publiera des modèles de clauses<sup>38</sup>. L'entreprise pourra aussi chercher à conclure un contrat avec un partenaire commercial indirect afin de garantir le respect du code de conduite et, le cas échéant, du plan adopté<sup>39</sup>. Dans tous les cas, les garanties contractuelles devront être accompagnées de mesures pour vérifier leur application<sup>40</sup>.

14. La directive sur le devoir de vigilance entend donc exploiter le contrat – bien plus que la loi française de 2017 – afin de réguler le comportement de toute la chaîne d'activités des entreprises soumises. Ce levier contractuel devrait permettre de répercuter le devoir de vigilance sur un nombre immense d'entreprises de toutes tailles, localisées sur toute la planète. Ce mécanisme de « cascade contractuelle » est particulièrement utile pour garantir un minimum de protection aux communautés locales dans les États dans lesquels elles sont peu protégées par le droit local<sup>41</sup>. Comme le souligne Sandrine Clavel, « en contrôlant leur chaîne de valeur, les multinationales sont finalement aujourd'hui capables d'assurer une véritable extraterritorialité du droit, à un niveau d'efficacité supérieur à celui de bien des États »<sup>42</sup>. La société dominante ne sera plus la seule débitrice d'obligations de vigilance à l'égard des populations locales. Tous les acteurs constituant la chaîne d'activités, y compris les fournisseurs et sous-traitants locaux, en seront également contractuellement débiteurs. Or, en tranchant les litiges nés des contrats contenant ces clauses de vigilance, qui ont vocation à se multiplier, les tribunaux arbitraux seront amenés, de plus en plus souvent, à prendre en considération les communautés locales.

## II. Vers une prise en compte croissante des communautés locales dans les sentences arbitrales

15. À travers ces clauses contractuelles, les arbitres ont vocation à jouer un rôle pour assurer l'effectivité du devoir de vigilance des entreprises à l'égard des communautés locales (A). Reste à savoir s'il est légitime qu'ils endossent cette fonction et s'ils sont bien armés pour l'assumer (B).

### A. Le rôle des arbitres dans l'effectivité de la vigilance à l'égard des communautés locales

16. La directive sur le devoir de vigilance consacre un double mécanisme, d'une part, de *public enforcement*, inspiré du droit allemand (avec un contrôle par une autorité indépendante<sup>43</sup> et des sanctions

35 Articles 10.2 (b) (prévention) et 11.3 (c) (mesures correctives).

36 *Ibidem*.

37 L'expression, très imagée, de « cascade contractuelle » pour désigner ce mécanisme de répercussion des clauses contractuelles de vigilance à toute la chaîne d'activités, a été supprimée du texte définitif. Elle figurait dans le texte proposé par la Commission aux articles 7.2 b et 8.3 c.

38 Article 18.

39 Articles 10.4 (prévention) et 11.5 (mesures correctives).

40 Il pourra, pour cela, être fait recours à un tiers indépendant. Il est aussi prévu que lorsque des garanties contractuelles sont obtenues d'une PME ou qu'un contrat est conclu avec celle-ci, d'une part, les conditions doivent être équitables, raisonnables et non discriminatoires et, d'autre part, si des mesures sont prises pour s'assurer du respect par la PME de ses obligations contractuelles de vigilance, c'est en principe l'entreprise directement soumise au devoir de vigilance qui supportera le coût de la vérification par un expert indépendant, cf. articles 10.5 (prévention) et 11.6 (mesures correctives).

41 Le levier contractuel rend ainsi possible une « extension encore plus large de l'effet horizontal des droits de l'Homme », cf. L. Hennebel et G. Lewkowicz, « La contractualisation des droits de l'homme : de la théorie à la pratique du pluralisme juridique », in G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, Paris, 2009, p. 225.

42 S. Clavel, « Le renouvellement des modèles de régulation : l'implication des acteurs privés dans la régulation environnementale », in A.S. Epstein et M. Nioche (dir.), *Le droit économique, levier de la transition écologique ?*, Bruylant, Bruxelles, 2022, p. 247-250.

43 L'article 24 prévoit que les États membres devront instituer une – ou plusieurs – autorités de contrôle indépendantes, dont les pouvoirs sont définis à l'article 25.

administratives<sup>44</sup>) et, d'autre part, de *private enforcement*, inspiré du droit français (puisque une action judiciaire en réparation est prévue<sup>45</sup>). Toutefois, l'aspect *private enforcement* de la directive ne se cantonnera pas aux actions en réparation intentées devant un juge. Ce *private enforcement* prendra également la forme de contentieux inter-entreprises de nature contractuelle, lesquels auront pour objet l'interprétation et le respect des clauses de vigilance. Or, les contrats contenant ces clauses seront, pour la plupart, des contrats internationaux contenant aussi une clause compromissoire. Une partie importante de ce contentieux va donc inévitablement être tranchée par des tribunaux arbitraux. Ces derniers ont ainsi vocation, à court ou moyen terme, et de plus en plus souvent, à faire application de ces clauses contractuelles de vigilance vis-à-vis des communautés locales et donc, à prendre en considération les intérêts de celles-ci, même si elles ne sont pas parties à l'arbitrage.

17. Deux situations de fait pourront en particulier se présenter. En premier lieu, une entreprise locale pourrait se voir reprocher, par son partenaire direct, le non-respect de ses obligations contractuelles de vigilance, parce qu'elle aurait par exemple pollué les terres des communautés locales, ou déplacé de force des populations. En second lieu, les clauses contractuelles de vigilance pourraient être invoquées comme moyen de défense. Une entreprise locale tenterait ainsi de convaincre un tribunal arbitral que si elle n'a pas – ou pas parfaitement – exécuté le contrat, c'est parce que, au regard des circonstances, si elle l'avait exécuté à la lettre, cela l'aurait conduite à violer ses obligations contractuelles de vigilance à l'égard des populations locales. Dans ces deux hypothèses, qui pourront connaître en pratique de nombreuses variantes, le tribunal arbitral sera conduit à s'interroger sur le respect des droits fondamentaux et de l'environnement des communautés locales, bien qu'elles ne soient pas parties au litige dont il est saisi. Il le fera en application des clauses du contrat. Si le tribunal arbitral décidait de ne pas faire application de ces clauses contractuelles de vigilance à l'égard des populations locales, alors que le litige porte – en tout ou en partie – sur leur interprétation ou leur bonne exécution, il ne respecterait pas sa mission et sa sentence pourrait être annulée à ce titre.
18. On peut aussi se demander si, dans d'autres situations de fait, le tribunal arbitral ne pourrait pas aussi prendre en compte les intérêts des communautés locales, même dans l'hypothèse où le contrat ne comporterait aucune clause de vigilance à leur égard. Le tribunal arbitral pourrait alors se fonder, soit sur une loi de police locale, imposant de respecter les droits fondamentaux et l'environnement des populations locales; soit sur l'ordre public, en considérant que les droits fondamentaux des communautés locales et leur droit à un environnement sain en font partie ce qui, nous semble-t-il, pourrait être admis sans trop de difficultés<sup>46</sup>, quel que soit l'ordre public pris comme référence<sup>47</sup>.

44 Article 27.

45 Article 29.

46 Voir notamment la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU du 28 juillet 2022 (A/76/L.75) déclarant que l'accès à un environnement propre, sain et durable est un droit humain universel.

47 L'ordre public de référence pouvant être celui du siège de l'arbitrage, ou celui du ou des États, dans lesquels la sentence a vocation à être exécutée, ou encore, pour les arbitres adhérant à cette notion, un ordre public véritablement transnational. Pour une analyse critique de ce concept, voir notamment : J. Kleinheisterkamp, "The Myth of Transnational Public Policy in International Arbitration", *The American Journal of Comparative Law*, Volume 71, Issue 1, Spring 2023, Pages 98–141, <https://doi.org/10.1093/ajcl/avad021>. Sur la question plus générale de l'identification de l'ordre public de référence pour l'arbitre du commerce international, voir notamment : N. Gaucher-Mbodji, *L'office de l'arbitre international à l'épreuve de l'ordre public*, th. dactyl., Université d'Aix-Marseille, 2024.

19. Ce qui est certain en tout cas c'est que, au moins par le biais des clauses contractuelles de vigilance qui ont commencé – et vont continuer – à se multiplier, les arbitres ont vocation à jouer un rôle, peut-être secondaire mais non négligeable, dans l'effectivité du devoir de vigilance européen, parallèlement au rôle principal qui sera joué par les autorités administratives et par le juge. Reste à déterminer s'il est légitime et opportun que les arbitres assument une telle fonction.

B. Les arbitres sont-ils légitimes et bien armés pour jouer ce rôle ?

20. Tout d'abord, nous ne voyons pas pourquoi les arbitres ne seraient pas légitimes à jouer un rôle dans l'effectivité de la vigilance à l'égard des communautés locales. D'une part, l'arbitre est parfaitement dans son rôle lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'assurer le respect des clauses du contrat. Cela reste vrai lorsque les clauses en question sont des clauses de vigilance à l'égard des populations locales. D'autre part, il paraît légitime que l'arbitre puisse également imposer le respect des droits fondamentaux et de l'environnement des communautés locales, en se fondant soit sur une loi de police locale, soit sur l'ordre public<sup>48</sup>.

21. La seconde partie de la question est plus délicate. Les tribunaux arbitraux sont-ils bien armés pour jouer ce rôle dans l'effectivité du devoir de vigilance à l'égard des populations locales ? Nous distinguerons ici la phase analytique de l'acte de juger – l'une des parties a-t-elle manqué à ses obligations contractuelles de vigilance ? – et le prononcé d'éventuelles sanctions et/ou réparations. En ce qui concerne le premier point, il s'agit de nous demander si un tribunal arbitral est un for adéquat pour statuer de façon éclairée sur l'existence, l'interprétation et la portée d'obligations contractuelles de vigilance à l'égard des communautés locales et pour déterminer dans quelle mesure elles ont – ou non – été respectées. Une procédure arbitrale paraît parfaitement adaptée pour répondre à ces questions. Peut-être même davantage qu'une procédure judiciaire. Un tribunal arbitral disposera en effet de beaucoup plus de temps et de moyens qu'un tribunal judiciaire pour analyser en détail les mesures prises, leur adéquation par rapport aux risques identifiés et, de façon plus générale, leur conformité aux obligations de vigilance pesant sur l'entreprise.

22. En revanche, il est moins certain qu'un tribunal arbitral soit le mieux armé pour ordonner les sanctions et/ou les réparations qui paraissent les plus adaptées pour rendre effectives des obligations de vigilance. L'inexécution d'une obligation contractuelle de vigilance à l'égard des communautés locales ne peut en effet pas être sanctionnée comme n'importe quelle obligation contractuelle. L'inexécution – ou l'imparfaite exécution – de ce type de clauses nuit avant tout à ceux qu'elles étaient censées protéger, à savoir les communautés locales. La sanction doit donc être dirigée vers la protection de leurs intérêts.

48 Voir *supra*, ainsi que les notes 46 et 47.

23. À ce stade, on voit poindre un premier obstacle, d'ordre psychologique. Les arbitres, qui tiennent leur pouvoir juridictionnel de la convention des parties, pourront être réticents à prononcer une sentence qui protège les intérêts de tiers à l'arbitrage (les communautés locales). Il est donc possible que, dans un premier temps, les arbitres, qui sont plutôt conservateurs et pragmatiques (ils veulent être renommés), ne se sentent pas très à l'aise dans ce nouveau rôle de régulateur<sup>49</sup>, que la multiplication des clauses contractuelles de vigilance va, de fait, les contraindre à assumer, au moins de façon marginale.
24. À cela s'ajoutent d'autres obstacles, plus juridiques. On soulignera tout d'abord que la sanction qui paraît la plus adéquate, en cas de non-respect d'une obligation contractuelle de vigilance, est l'exécution forcée en nature, sous réserve que celle-ci soit encore possible. Le tribunal arbitral devra enjoindre à l'entreprise défaillante de mettre en œuvre, de façon effective, ses obligations de vigilance. Or, les tribunaux arbitraux ne sont pas les mieux armés pour prononcer efficacement des injonctions de faire. La question est donc de savoir s'ils prononceront ce type d'injonctions à l'encontre de l'entreprise défaillante, et avec quels moyens de pression pour l'inciter à exécuter ses obligations de vigilance à l'égard des communautés locales. Enfin, si l'exécution en nature des obligations contractuelles de vigilance n'est plus possible, une réparation du préjudice résultant de cette inexécution devrait être envisagée. La réparation doit cependant bénéficier aux victimes de l'inexécution, à savoir les populations locales. Or, la difficulté est que ces dernières sont des tiers à la procédure arbitrale. Toutefois, les arbitres du commerce international sauront peut-être faire preuve d'audace et d'inventivité, comme l'a fait le tribunal arbitral en matière d'arbitrage d'investissement dans la sentence CIRDI *Spentex Netherlands, B.V. v. Republic of Uzbekistan*<sup>50</sup>, présentée par Isabelle Michou. Dans cette affaire, le demandeur (l'investisseur) s'était livré à des actes de corruption pour obtenir le marché. Le tribunal arbitral a donc rejeté ses demandes, mais il a aussi sanctionné l'État défendeur, en l'incitant à payer une somme substantielle à un fonds consacré à la lutte contre la corruption. À défaut de quoi, il ordonnerait le versement de cette somme au demandeur, au titre de remboursement de ses frais de procédure. Les arbitres du commerce international pourraient s'inspirer de cette sentence. Ils pourraient ainsi condamner une entreprise, qui aurait manqué à ses obligations contractuelles de vigilance à l'égard des communautés locales, à verser une somme d'argent à un fonds bénéficiant à ces dernières.
25. En conclusion, dans un contexte international en pleine mutation, dans lequel les acteurs privés – et les contentieux privés – jouent un rôle de plus en plus central dans la régulation de l'activité des multinationales, en particulier dans les pays en développement<sup>51</sup>, les arbitres du commerce international ont, eux-aussi, vocation à jouer un rôle. Ils devront, de plus en plus, prendre en considération les intérêts des communautés locales, notamment à travers les contentieux

49 Comme l'a relevé Jean-Baptiste Racine, « [Arbitrage et communautés locales. Propos conclusifs](#) », dans ce dossier. Voir également: L. Dossios et J.-B. Racine, « L'arbitre, juge des parties et/ou régulateur? », *Revue internationale de droit économique*, 2019/1, t. XXXIII, p. 105-122. <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2019-1-page-105.htm>

50 *Spentex Netherlands, B.V. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/13/26; sur laquelle v.: I. Michou, « [La prise en compte des intérêts des communautés locales. Réflexions à partir de la sentence Spentex Netherlands B.V. c/ République d'Ouzbékistan CIRDI n° ARB/13/26](#) », dans ce dossier.

51 Voir notamment: S. Clavel, *op. cit.*; M. Nioche, « Le contentieux international privé fondé sur le devoir de vigilance: nouvel outil de régulation environnementale? », *op. cit.*



inter-entreprises qui porteront sur l'interprétation et le respect des clauses contractuelles de vigilance, lesquelles ont vocation à se multiplier dans un avenir proche. Peut-être les arbitres seront-ils, dans un premier temps, réticents à exercer ce rôle. Ils devront toutefois savoir s'adapter – et faire évoluer la façon dont ils se représentent leur office. À défaut, ils s'exposeront au risque de voir l'arbitrage commercial international moins bien accepté par la société civile.

Isabelle Michou

Avocat associée, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan

La sentence CIRDI rendue dans l'affaire Spentex offre un exemple inédit de la prise en compte des intérêts d'ordre général d'une partie tierce à l'arbitrage. Tout en rejetant les demandes respectives des parties pour sanctionner le comportement tant de l'investisseur que de l'Etat au regard d'allégations de corruption, le tribunal arbitral a exercé son pouvoir discrétionnaire en matière d'allocation des frais d'arbitrage et invité l'Etat à verser une somme d'argent à une organisation des Nations Unies de lutte contre la corruption dans le délai de 90 jours, à défaut de quoi l'Etat a été condamné à rembourser une partie des frais que l'investisseur a engagés. Il est permis de penser que l'exercice novateur de ce pouvoir pourrait être utile dans une affaire où les intérêts d'une communauté locale sont en jeu.

Mots-clefs

Allocation des frais d'arbitrage

Communauté locale

Intérêt général

Exercice en faveur d'une partie tierce à l'arbitrage

Arbitrage

Pouvoir discrétionnaire de l'arbitre

Frais d'arbitrage

*The ICSID award in the Spentex case (ICSID No. ARB/13/26) is a groundbreaking example of how the general interests of a third party can be taken into account in arbitration. In addition to dismissing the parties' claims (and counterclaims) to sanction the conduct of both the investor and the State in the underlying facts, regarding allegations of corruption, the arbitral tribunal exercised its discretionary power to award legal costs in order to require the State to pay a sum of money to a United Nations anti-corruption organization within 90 days from the date of the award. Failure of which was to result in the State being ordered by the arbitral tribunal to reimburse part of the legal costs incurred by the investor in the arbitration. Arguably, the innovative exercise of this power could be useful in a case where the interests of a local community are at stake.*

1. La prise en compte des intérêts des communautés locales en arbitrage international est un sujet de plus en plus pressant en particulier dans le domaine de l'industrie extractive, mais les praticiens de l'arbitrage ne lui accordent pas encore une véritable place. C'est cependant une question essentielle susceptible de renforcer la légitimité de l'arbitrage d'investissement, comme cela a été proposé par l'arbitre Philippe Sands dans deux affaires CIRDI récentes<sup>1</sup>.
2. Un tribunal arbitral peut prendre en compte les intérêts d'un tiers en arbitrage international de différentes manières.

<sup>1</sup> Voir les deux opinions dissidentes de Philippe Sands dans les affaires CIRDI, *Bear Creek Mining Corporation c/ République du Pérou* (CIRDI n°ARB/14/21), 12 septembre 2017 (para. 36) et *Odyssey Marine Exploration, Inc. (USA) c/ Mexique* (CIRDI n°UNCT/20/1), ordonnance de procédure n° 6, 20 décembre 2021.

Il peut autoriser en cours d'instance le représentant d'une communauté locale, sous certaines conditions, à déposer un mémoire *amicus curiae*. Il s'agit là de la manière la plus classique de prendre en compte les intérêts d'un tiers. *L'amicus curiae* a vocation à apporter « un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties »<sup>2</sup>.

Le tribunal peut également prendre en compte les intérêts d'un tiers au travers du témoignage d'un représentant d'une communauté locale soumis par une partie à l'instance au soutien de la position de cette dernière. Il reviendra alors au tribunal le soin d'évaluer la valeur probatoire et la pertinence de ce témoignage au regard du litige spécifique qui lui est soumis. Cela a été fait avec succès dans une affaire judiciaire en Australie, *Munkara c/ Santos NA Barossa Pty Ltd*<sup>3</sup>, où un investisseur avait produit le témoignage-clé de plusieurs représentants du peuple aborigène des Iles Tiwi pour démontrer la viabilité d'un projet de pipeline gazier dans la mer de Timor. Cette approche pourrait parfaitement être reproduite en arbitrage international.

On pourrait même envisager que le tribunal arbitral demande lui-même l'audition de représentants de la communauté locale concernée, dans l'exercice de son pouvoir général d'instruction de l'affaire « s'il le juge nécessaire à tout moment de l'instance »<sup>4</sup>.

Enfin, le tribunal pourrait faire un usage novateur de son pouvoir discrétionnaire en matière d'allocation des frais d'arbitrage et inviter l'une ou l'autre des parties ou les deux à verser une somme d'argent au tiers concerné, représentant les intérêts d'une communauté locale.

2 Voir par exemple, article 67(2) du règlement d'arbitrage CIRDI qui définit les conditions dans lesquelles les écritures d'une partie non contestante peuvent être autorisées. Et v. : P. Jacob, « [Des amis trop discrets. La participation des communautés locales à l'arbitrage d'investissement](#) », dans ce dossier.

3 *Munkara c/ Santos NA Barossa Pty Ltd* (n°3 [2024] FCA 9), jugement rendu le 15 janvier 2024 par Mme Charlesworth, juge du tribunal fédéral australien, autorisant la société Santos à poursuivre son projet « Barossa » tendant à l'exploitation d'un pipeline gazier de 262 kilomètres de long dans la mer de Timor, à environ 7 kilomètres au large des îles Tiwi. Des activistes écologistes s'y étaient farouchement opposés, prétendant défendre la culture des *First Nations*. Cependant, la société Santos avait été en mesure de produire les témoignages-clé de 11 personnes représentant le peuple aborigène des Iles Tiwi expliquant à quel point ce projet était important pour leur communauté en termes de développement économique et culturel.

4 Voir par exemple, le pouvoir du tribunal arbitral en application de l'article 36(3) du règlement d'arbitrage CIRDI.

5 *Spentex Netherlands B.V. c/ République d'Ouzbékistan*, CIRDI n°ARB/13/26, sentence, 27 décembre 2016. La sentence est inédite en ce sens qu'elle n'a pas été publiée dans son intégralité.

3. Cette dernière approche a été mise en œuvre par un tribunal arbitral dans une affaire CIRDI *Spentex Netherlands B.V. c/ République d'Ouzbékistan*<sup>5</sup>. La sentence a été rendue le 27 décembre 2016 par un tribunal présidé par M. A. Reinisch accompagné des coarbitres, M. S. Alexandrov et Mme B. Stern. L'investisseur avait formé des demandes d'indemnisation pour expropriation et violation du traitement juste et équitable, sur le fondement du traité d'investissement bilatéral entre l'Ouzbékistan et les Pays-Bas de 1996. Le tribunal a refusé de connaître de ses demandes après avoir constaté que la société Spentex avait, selon lui, acquis son investissement par des faits de corruption. La majorité du tribunal a estimé que les demandes étaient irrecevables, tandis que le troisième arbitre a considéré que le tribunal était incompétent.
4. Après avoir rappelé qu'il avait un pouvoir discrétionnaire en matière d'allocation des frais en vertu de l'article 61(2) de la Convention CIRDI, le tribunal a précisé qu'il existait plusieurs méthodes possibles pour répartir les frais d'arbitrage : il pouvait ordonner à chaque partie de supporter ses propres frais ou encore, selon une pratique de plus en plus courante en arbitrage d'investissement, ordonner à la partie qui a perdu de prendre à sa charge tout ou partie des frais encourus par l'autre partie en application d'une règle dite *costs follow the event*, ou encore user de son pouvoir discrétionnaire pour tenir compte en

particulier du comportement des parties non seulement au cours de l'instance mais également au fond dans le déroulement des faits ayant donné lieu au litige.

5. Dans l'affaire *Spentex*, le tribunal a décidé d'adopter la troisième méthode et a rendu sa décision en matière de répartition des frais d'arbitrage en tenant compte non seulement de la conduite des parties mais également des enjeux d'ordre public résultant des faits de corruption constatés. Le tribunal a ainsi relevé que, même si l'Etat l'avait emporté dans cette affaire (puisque toutes les demandes de l'investisseur avaient été rejetées), il lui était néanmoins difficile de dire que l'Etat était le « gagnant » puisqu'il était lui-même, du moins certains de ses fonctionnaires, impliqué dans les faits de corruption constatés. Le tribunal a considéré que, dans ces conditions, il ne serait pas approprié de condamner l'investisseur à rembourser à l'Etat tout ou partie des frais encourus par ce dernier. Le tribunal a cependant également considéré que la première approche, qui aurait consisté à ordonner que chaque partie supporte ses propres frais, n'était pas non plus appropriée quand bien même cette approche avait été retenue dans des circonstances similaires par d'autres tribunaux dans les affaires *Metal-Tech* ou *World Duty Free*<sup>6</sup>.
6. Soucieux de sanctionner l'Etat tout autant que l'investisseur, le tribunal a usé de son pouvoir discrétionnaire pour inviter l'Etat à payer une somme de 8 millions de dollars américains à un organisme tiers à l'arbitrage, le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), et a laissé à l'Etat le choix de financer l'une des deux initiatives de lutte contre la corruption de cet organisme. Le tribunal a fixé un délai de 90 jours à compter de la date de notification de la sentence pour que l'Etat effectue ce paiement. A défaut de paiement, la majorité du tribunal a condamné l'Etat à rembourser une partie des frais de l'investisseur pour un montant plus élevé.

Le tribunal a précisé que, s'il n'avait pas le pouvoir d'ordonner à l'Etat de payer cette somme d'argent à un tiers, il lui était en revanche possible d'encourager (« incentivize ») l'Etat à répondre favorablement à son invitation.

Dans son dispositif, le tribunal a ainsi décidé ce qui suit :

#### XII. Decision

993. For the reason stated in this Award, the Tribunal decides as follows:

- (a) Because the investment was procured by corruption and thus is contrary to core values of the international public order, all claims and counterclaims are dismissed;
- (b) Respondent is urged to pay US\$ 8 million to the “Global Anti-Corruption Initiative” (GAIN), or its successor project “Anti-corruption for Peaceful and Inclusive societies” (ACPIS) administered by the United Nations Development Programme within 90 days from the date of dispatch of this Award to the Parties;

<sup>6</sup> *Metal-Tech Ltd. c/ République d'Ouzbékistan*, CIRDI n°ARB/10/3, sentence, 4 octobre 2013; *World Duty Free Company Limited c/ République du Kenya*, CIRDI n°ARB/00/7, sentence, 4 octobre 2006.

(c) As long as Respondent makes the payment provided for in part (b) of this decision, the Parties will cover their own costs and fees and shall bear in equal shares the cost and fees of the proceedings;

(d) If Respondent fails to make the payment provided for in part (b) of this decision within the specified time, Respondent is ordered to pay all of the cost and fees of the proceeding, and to reimburse three-quarters of the Claimant's legal fees and costs, by majority.

7. Un des trois arbitres a critiqué la dernière partie de la décision, prise à la majorité, tendant à condamner l'Etat à payer à l'investisseur une somme encore plus élevée dans l'hypothèse où l'Etat ne répondrait pas favorablement à l'invitation du tribunal. Selon cet arbitre, un tel dispositif ne laissait en réalité guère de choix à l'Etat puisque l'invitation s'apparentait à une condamnation à payer un tiers, que le tribunal n'avait pas le pouvoir d'ordonner. Surtout, selon cet arbitre, ce qui posait problème, c'est que ce dispositif était de nature à rompre l'égalité entre les parties en défaveur de l'Etat. En effet, si les demandes du demandeur avaient été rejetées, la demande reconventionnelle de l'Etat avait elle aussi été rejetée par le tribunal. L'arbitre a ainsi considéré que si l'Etat était en plus condamné à payer à l'investisseur une grande partie de ses frais en cas de non-paiement au tiers désigné, cela reviendrait à donner à l'investisseur un « free-wide », y compris par voie de corruption, sans avoir à en supporter les frais.

8. Indépendamment de cette critique, c'est l'exercice novateur du tribunal arbitral de son pouvoir discrétionnaire en matière de frais, à l'unanimité, qui retiendra notre attention ici.

En effet, les communautés locales sont souvent prises entre les intérêts économiques et sociaux de l'investisseur, d'un côté, et les intérêts politiques voire politiques de l'Etat, de l'autre.

Ne pourrait-on pas alors imaginer qu'un tribunal puisse exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de répartition des frais pour inviter l'une des parties, ou les deux, à verser une somme d'argent tendant à soutenir financièrement, directement ou indirectement par le biais d'une ONG ou autre organisme, les intérêts d'une communauté locale dans le cadre d'un projet de l'industrie extractive ?

Une telle possibilité permettrait de prendre en compte les intérêts des communautés locales de manière efficace et sans doute incitative pour l'avenir.

Sandrine Clavel

Professeure à l'université Paris Saclay, UVSQ, DANTE

Les communautés locales sont le plus souvent étrangères aux contrats conclus par les opérateurs économiques pour la réalisation de leurs projets, alors même que l'exécution de ces contrats peut avoir d'importantes incidences sur leur cadre de vie. Cet article examine dans quelle mesure la stipulation pour autrui (pays de droit civil) ou la doctrine du *third party beneficiary* (pays de common law) peuvent être mobilisées pour faire naître de ces contrats, au profit de ces communautés, des droits opposables en justice sur le fondement du contrat. Lorsqu'ils sont reconnus, ces droits peuvent être aussi bien substantiels que processuels : la question de l'application d'une convention d'arbitrage, stipulée dans le contrat, aux actions menées par les communautés locales sur le fondement de ce contrat doit donc se poser. Cet article souligne que l'étendue des effets de la convention d'arbitrage à l'égard des communautés locales, tiers bénéficiaires d'un contrat, devrait varier selon que les droits exercés résultent ou non de la stipulation opérée en leur faveur.

Mots-clefs

Contrat

Arbitrage

Tiers

Stipulation pour autrui

Third Party Beneficiary

*Local communities are usually not parties to contracts concluded by economic operators for the implementation of their projects, even though the execution of these contracts can have a major impact on their living environment. This article examines the extent to which stipulation pour autrui (civil law countries) or the doctrine of the third party beneficiary (common law countries) can be used to give rise to rights in these contracts, for the benefit of these communities, enforceable in court on the basis of the contract. When these rights are recognised, they can be both substantive and procedural: the question of the application of an arbitration agreement, included in the contract, to actions brought by local communities on the basis of this contract must therefore be raised. This article recalls that the effects of an arbitration agreement with regard to local communities, third-party beneficiaries of a contract, should vary according to whether or not the rights exercised result from the stipulation made in their favor.*

1. Lorsqu'une communauté locale n'a pas contracté directement avec un opérateur économique (« l'entreprise ») réalisant un projet impactant son cadre de vie, mais se présente comme tiers à un contrat conclu par cette entreprise avec une entité publique ou privée aux fins de réaliser ce projet (« le contrat de base »), la question se pose de savoir si un tel contrat, dès lors qu'il inclut une clause d'arbitrage,

peut constituer le fondement juridique d'un arbitrage entre la communauté et l'entreprise. La situation est courante, pour ne pas dire banale: un Etat conclut un contrat de concession minière avec une entreprise sur une zone délimitée, où vivent différentes populations. L'exploitation minière génère des nuisances subies par ces communautés locales, lesquelles prétendent exercer une action juridictionnelle, pour faire cesser les nuisances et/ou obtenir une indemnisation. L'éventuelle convention d'arbitrage incluse dans le contrat de concession peut-elle, voire doit-elle, jouer dans les relations entre l'entreprise minière et les membres de la communauté locale ?

2. Une double objection de principe s'oppose d'emblée à cette idée, tenant à l'effet relatif du contrat et au nécessaire consentement à l'arbitrage. On négligera, naturellement, la situation dans laquelle la communauté locale et l'entreprise conviendraient, après la naissance du litige, de recourir à l'arbitrage (compromis)<sup>1</sup> puisqu'alors un contrat existe entre les protagonistes et le consentement à l'arbitrage n'est pas discutable.
3. Le principe de l'effet relatif des contrats, s'il constitue un obstacle de principe à l'application du contrat aux tiers, n'est cependant pas absolu; il connaît, en droit français comme en droit comparé, des atténuations, voire des dérogations. Celles-ci sont particulièrement nombreuses dans le cas de la convention d'arbitrage, dont les effets sont assez volontiers étendus à des personnes qui n'y sont pas formellement parties. Les mécanismes juridiques mobilisés pour procéder à cette expansion – ce terme neutre est volontairement adopté, nombre d'auteurs soulignant, à juste titre, la distinction devant être opérée entre *transmission* et *extension* de la convention d'arbitrage – du domaine d'application de la convention d'arbitrage sont multiples<sup>2</sup>: transmission, incorporation par référence, consentement implicite, représentation, groupes de sociétés et/ou levée du voile social, ou enfin stipulation pour autrui et doctrine du *third party beneficiary*. Ce sont ces derniers dispositifs, relevant (comme d'autres) du régime des obligations, que l'on entend ici appréhender.
4. En droit français, différents mécanismes permettent de conclure un contrat créant des droits et/ou des obligations au profit/à la charge de personnes qui n'y sont pas formellement parties; on pense en particulier à la promesse pour autrui, à la promesse de porte-fort et à la stipulation pour autrui. Les conditions de ces différentes figures varient, notamment quant à l'exigence ou non d'une acceptation par le tiers bénéficiaire. On peut dire, en simplifiant un peu les choses, que l'acceptation du bénéficiaire est nécessaire dès lors que des charges particulières – des obligations ou devoirs – lui sont imposées (promesse pour autrui, promesse de porte fort). La véritable *stipulation pour autrui* renvoie quant à elle à la situation dans laquelle les parties à un contrat font naître un *droit* au profit d'un tiers bénéficiaire, sans charges associées: l'acceptation de ce tiers bénéficiaire ne conditionne dès lors pas la naissance de son droit. Nous verrons

1 V. M. de Fontmichel, « [Les mécanismes permettant à un tiers d'intervenir dans ou de participer à la procédure arbitrale](#) », spéc. n°18 s.

2 V. dans ce dossier: M. de Fontmichel, préc., n°9 et s.; et aussi: A. Goldsmith, « Erga Omnes Commercial Arbitration? A Comparative Discussion of Extension Based Upon "Alternative Estoppel" », *Cahiers de l'arbitrage*, 01 janv. 2011 n°1, p. 59; J. M. Hosking, "The Third Party Non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent", 4 *Pepp. Disp. Resol.* L.J. 469 (2004); E. Loquin, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gazette du Palais*, 06 juin 2002 n°157, p. 7; P. Mayer, « les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1998, 359; J.-F. Poudret, « L'extension de la clause d'arbitrage, approches françaises et suisses », *J.D.I.* 1985, 893; A. Zelko, « Two's Company, Three's a Crowd: An Exploration of Non-Signatory Parties' Ability to Bring an Action Under Arbitration and its Impact on International Commercial Arbitration », *Arbitration Law Review*, 2024, 119-134.

cependant qu'une stipulation pour autrui peut parfois être assortie d'obligations à la charge du tiers bénéficiaire.

5. Dans les droits de *common law*, la doctrine du *Third Party Beneficiary* joue un rôle comparable : « *the Third Party Beneficiary Principle is recognized where a contract is made for the benefit of a third party and allows such third party a right to enforce the contract by filing suit* »<sup>3</sup>. La version moderne de cette doctrine doit beaucoup à Lord Justice Denning, qui dans plusieurs décisions rendues dans les années 50<sup>4</sup> a remis en cause le dogme de la relativité (*privity*) du contrat, soutenant qu'un contractant qui a pris un engagement délibéré à l'égard d'un tiers devrait tenir cet engagement, et que le tiers devrait être autorisé à agir pour obtenir l'exécution de cet engagement, dès lors qu'il en est le bénéficiaire et qu'il y a intérêt. Au Royaume-Uni, la doctrine est aujourd'hui formalisée dans le *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*. Aux États-Unis, elle est conceptualisée notamment par le *Second Restatement of Contracts* (1981), aux sections 302 à 315<sup>5</sup>. Là encore, différentes formes existent, emportant des conséquences variables quant aux droits du tiers bénéficiaire, en particulier quant à son droit d'agir en justice pour obtenir l'exécution du contrat en sa faveur (sur la distinction entre *intended beneficiary* et *incidental beneficiary*, v. *infra* n°16).
6. Stipulation pour autrui et doctrine du *third party beneficiary* ont beaucoup en commun : il s'agit, dans tous les cas, pour les parties à un contrat de stipuler des droits en faveur d'un tiers ; ces droits existent indépendamment de leur acceptation par ce tiers, ce qui permet une certaine souplesse dans l'exigence de détermination du bénéficiaire ; l'acceptation par le tiers, lorsqu'elle est donnée, tend surtout à fixer ces droits, qui deviennent irrévocables alors qu'ils ne le sont pas avant acceptation ; enfin, le tiers ne reçoit en principe que des droits, et non des obligations, puisqu'il ne formule pas de consentement. L'idée de les rapprocher résulte de ce que la doctrine anglo-américaine propose de mobiliser la doctrine du *third party beneficiary* pour protéger certaines populations locales<sup>6</sup>, en profitant de sa souplesse qui permet de déduire l'intention de stipuler en faveur des tiers bénéficiaires non seulement de dispositions expresses ou implicites, mais aussi des « *surrounding circumstances* ». Il est intéressant de confronter ces analyses à la stipulation pour autrui de droit français, qui pourrait offrir les mêmes opportunités.
7. Avant d'analyser plus précisément si et comment les mécanismes de la stipulation pour autrui ou du *third party beneficiary* pourraient ouvrir aux communautés locales un accès à l'arbitrage dans les contentieux qui les opposent aux promoteurs d'une opération économique née d'un contrat, il importe de faire ressortir leur singularité par rapport aux autres modalités permettant d'appliquer la convention d'arbitrage aux « non-parties ». Ce qui les distingue des hypothèses de transmission ou d'extension de la convention d'arbitrage – à notre sens ils ne relèvent à proprement parler ni de l'un, ni de l'autre –, c'est le fait que le bénéficiaire (que l'on peut hésiter dès

3 J. Gathii, "Incorporating The Third Party Beneficiary Principle In Natural Resource Contracts", *Loyola University Chicago School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper* No. 2015-005, spec. p.4.

4 *Smith and Snipes Hall Farm Ltd v River Douglas Catchment Board* [1949] 2 KB 500 ; *Drive Yourself Hire Co (London) Ltd v Strutt*, [1954] 1 Q.B. 250.

5 Sur lequel, v. not. : D. M. Summers, "Third Party Beneficiaries and the Restatement (Second) of Contracts", *Cornell Law Review*, 1982, vol. 67, Issue 4, p. 880.

6 V. en part. J. Gathii, art. préc. ; v. aussi, pour élargir à des réflexions déconnectées de la doctrine du *third party beneficiary* et plus fondée sur le contrat : K. Parella, « Protecting Third Parties in Contracts », *American Business Law Journal*, 2021, Vol. 58, Issue 2, p. 327.

lors à qualifier de « tiers »<sup>7</sup>) est inscrit dans le projet contractuel dès l'origine, ce qui permet de singulariser les effets du contrat qui sont susceptibles de le concerner. Il ne s'agit pas de lui transmettre des droits appartenant à d'autres, en le substituant à l'un des cocontractants d'origine, comme ce serait le cas dans une subrogation : dès lors, ses droits substantiels comme processuels n'ont pas à être, et ne sont généralement pas, calqués sur ceux des parties au contrat dont il bénéficie. Il ne s'agit pas non plus de l'intégrer au contrat d'origine en l'ajoutant aux parties l'ayant négocié et conclu, comme on le ferait pour une société mère à laquelle on étendrait le contrat liant sa filiale : dès lors, les termes du contrat de base n'ont pas vocation à s'appliquer à lui, sauf lorsqu'ils le concernent précisément. En intégrant le bénéficiaire dans le projet contractuel dès l'origine, les mécanismes considérés permettent d'individualiser les droits, et le cas échéant les devoirs, que génère pour lui le contrat. Cette individualisation résulte le plus souvent de dispositions expresses, stipulant et promettant définissant des droits dévolus par le contrat à un ou des tiers ; mais une question intéressante, sur laquelle nous allons nous pencher, est de savoir si elle peut également implicitement résulter du contrat de base.

8. Deux questions successives doivent être examinées pour déterminer si la stipulation pour autrui permet de faire jouer une convention d'arbitrage dans les contentieux impliquant des communautés locales. Il importe de se demander, dans un premier temps, si les communautés locales peuvent être reconnues comme des « tiers bénéficiaires » de contrats auxquels elles ne sont pas parties, lorsque ceux-ci s'exécutent dans la sphère territoriale qu'elles occupent (I). Dans l'affirmative, il faut dans un second temps décider si la clause d'arbitrage insérée dans un contrat de base dont une communauté locale est reconnue « tiers bénéficiaire » est opposable par, ou à, cette communauté (II).

#### I. Les communautés locales, tiers bénéficiaires de contrats économiques exécutés dans leur sphère territoriale

9. On ne peut simplement affirmer que les communautés locales sont des tiers bénéficiaires des contrats économiques mis en œuvre dans la sphère territoriale où elles sont localisées pour la simple raison que ces contrats ne comportent pas toujours, et sans doute même pas souvent, de stipulations expresses en leur faveur. Il faut donc distinguer la situation, relativement simple mais aussi relativement rare, dans laquelle le contrat de base comporte une stipulation expresse en faveur des communautés locales (A) de celle où le contrat de base n'envisage rien à leur égard (B).

#### A. Contrats comportant des stipulations expresses en faveur des communautés locales

10. *A priori* tout contrat, quelle que soit sa nature, peut dès lors qu'il le prévoit expressément faire naître des *droits* au profit des communau-

<sup>7</sup> On ne reviendra pas ici sur les subtiles constructions doctrinales distinguant parties et tiers. Sur lesquelles v., pour aller plus loin : J. Ghestin, « La distinction des parties et des tiers au contrat », *JCP* 1992. I. 3628 ; J.-L. Aubert, « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.* 1993. 263 ; C. Guelfucci-Thibierge, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.* 1994. 275.

tés locales. En revanche, un contrat de droit privé ne pourra en principe faire naître d'*obligations* à la charge des communautés locales que sous réserve de leur acceptation. C'est en ce sens qu'est fixé le droit civil français<sup>8</sup>. Il n'en va pas forcément de même d'un contrat de droit public ou à tout le moins impliquant l'Etat, puisque celui-ci peut s'engager pour le compte de tout ou partie de sa population et imposer à cette population le respect de cet engagement. Mais on peut alors discuter de la source de l'obligation liant la communauté, source qui n'est que très indirectement contractuelle.

11. Il faut s'arrêter un instant sur le type de stipulations que ces contrats peuvent inclure au profit des communautés locales. Le plus souvent, les stipulations considérées devraient être de nature *substantielle* : les parties peuvent ainsi convenir que l'une d'entre elles – en principe une entreprise privée, mais pas nécessairement – sera tenue de verser certaines sommes aux populations locales, de contribuer à leur développement économique, de prendre des mesures de protection de leur environnement, ou encore d'embaucher des travailleurs issus de leurs rangs. Il s'agit alors d'une forme d'*accord de partage de bénéfices*<sup>9</sup> lequel, au lieu d'être conclu directement avec la communauté locale à titre d'accessoire d'un acte juridique principal mettant en place un projet économique (un autre contrat ou un acte juridique unilatéral tel un permis d'exploitation), se trouve stipulé pour autrui – la communauté locale – directement dans le contrat principal réalisant le projet.
12. Ce parallèle avec les accords de partage de bénéfices conduit à penser que les stipulations faites au profit des communautés locales pourraient également être de nature *processuelle*. Même si elles n'ont à ce jour été que peu analysées<sup>10</sup>, des clauses de règlement des différends sont en effet souvent présentes dans les accords de partage de bénéfices ; on pourrait donc parfaitement imaginer qu'un contrat de base intègre une convention d'arbitrage spécifiquement formulée au bénéfice de la ou des communautés locales susceptibles d'être affectées par le projet, dans le cadre d'une stipulation pour autrui.
13. Une distinction pourrait alors devoir être opérée, on y reviendra (v. II-B), selon que le contrat de base comporte à la fois des stipulations substantielles et processuelles pour autrui, ou uniquement des dispositions processuelles, telle qu'une convention d'arbitrage, pour autrui.

8 Cass. Civ. 1re, 21 nov. 1978, Bull. civ. I, n°356; 8 déc. 1987, Bull. civ. I, n°43, RTD civ. 1988. 532, obs. J. Mestre, D. 1989. 233, obs. J.-L. Aubert.

9 S. Clavel, « Les accords de partage de bénéfices : Les entreprises extractives face aux communautés locales », 2023. [hal-04309497](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-04309497); et v. spécialement les dispositions conventionnelles usuellement intégrées dans ces accords, n°18 et s.

10 S. Clavel, art. préc., n°44.

#### B. Contrats ne comportant pas de stipulations expresses en faveur des communautés locales

14. La plupart des contrats d'exploitation, on l'a dit, ne devraient guère comporter de stipulations expresses en faveur des communautés locales. Est-il néanmoins possible de considérer que ces contrats font naître des droits au profit de ces communautés, invocables par elles ?

15. Cette position a été soutenue sur le fondement du *third party beneficiary principle* par la doctrine américaine, notamment par James Gathii<sup>11</sup>, à propos des contrats relatifs à l'exploitation des ressources naturelles conclus par un Etat avec une entreprise privée. En substance, Gathii fait valoir que les populations locales étant les tiers bénéficiaires directs (« *intended third party beneficiary* ») des contrats d'exploitation des ressources naturelles, ils tirent des droits de ces contrats et doivent pouvoir les exercer en justice.
16. La doctrine du *third party beneficiary* joue, dans les droits de *common law*, lorsque le tiers peut établir que le contrat a été conclu par les parties à son bénéfice, en tout ou en partie. Il est alors « *intended beneficiary* », ou bénéficiaire direct, ce qui lui donne le droit d'agir sur le fondement du contrat pour revendiquer les droits qu'il en tire. Lorsque le contrat fait naître des droits pour le tiers bénéficiaire sans que les parties l'aient voulu, par exemple lorsque l'exécution du contrat lui cause un préjudice, le bénéficiaire est alors « *incidental* » et il ne peut agir sur le fondement du contrat, ce qui ne signifie évidemment pas qu'il ne peut pas agir. Simplement, son action aura un autre fondement, usuellement délictuel. On imagine bien, et on y reviendra, que cette distinction a une incidence lorsqu'il est question de faire jouer une convention d'arbitrage stipulée dans le contrat de base.
17. Pour que la doctrine du *third party beneficiary* soit activée, il faut qu'il y ait eu une « intention » des parties au contrat de créer des droits au profit du tiers bénéficiaire. Cette intention peut être expresse ou implicite. Elle peut aussi résulter des circonstances qui entourent la conclusion du contrat considéré. Le §302 du *Second Restatement* américain retient en ce sens que le tiers bénéficiaire est « *intended* » dès lors que « *the circumstances indicate that the promisee intends to give the beneficiary the benefit of the promised performance* », et certains juges américains n'ont apparemment pas hésité à pousser assez loin la reconnaissance de *third party beneficiaries*<sup>12</sup>.
18. Dès lors, Gathii soutient qu'il y aurait une avancée opportune à considérer que les populations locales sont nécessairement *third party beneficiaries* des contrats d'exploitation de ressources naturelles conclus, avec des entreprises privées, par les gouvernements des Etats où elles résident. Cette solution se justifierait selon lui par quatre arguments. Le premier et principal, de nature privatiste, tiendrait à ce qu'il y aurait bien une « intention » des parties de stipuler en faveur des tiers – condition exigée par la doctrine du *third party beneficiary* –, car les contrats d'exploitation des ressources naturelles conclus par les Etats visent toujours à produire des bénéfices publics : l'intention est de bénéficier au public. Cet argument principal serait conforté par trois autres, tirés : 1) du droit international public : le développement des ressources devrait bénéficier à tous les citoyens ; 2) des logiques et exigences de responsabilité sociale et environnementale : de telles stipulations seraient conformes à des

11 J. Gathii, "Incorporating The Third Party Beneficiary Principle In Natural Resource Contracts", *préc.*

12 J. Gathii, art. préc., p. 14.

impératifs de justice et de moralité; 3) de l'ordre public: le droit au bénéfice des ressources naturelles pour les populations locales serait aujourd'hui de plus en plus traité comme un droit fondamental.

19. Ces réflexions sont fécondes, et elles conduisent à établir un parallèle avec la stipulation pour autrui du droit français. Celle-ci peut également être tacite, ce qui s'entend généralement d'une stipulation implicite, mais pourrait parfois conduire à admettre une stipulation « présumée », notamment en fonction de la nature du contrat<sup>13</sup>. Mais même si elle est potentiellement malléable<sup>14</sup>, la stipulation pour autre ne semble toutefois guère avoir été mobilisée à ce jour dans le contexte qui nous intéresse. On comprend qu'elle pourrait constituer un outil utile et pertinent pour protéger les communautés locales. Cependant, le raisonnement – qu'on le fonde sur la doctrine du *third party beneficiary* ou de la stipulation pour autrui –, soulève différentes observations, voire réserves.
20. Tout d'abord, il s'agit d'une analyse très circonscrite puisqu'elle vise les seuls contrats d'exploitation de ressources naturelles conclus par l'Etat. Cette objection n'est pas dirimante. Tout d'abord, c'est déjà beaucoup, quand on sait que ces contrats sont une source majeure d'externalités pour les communautés locales. Ensuite, il n'est pas exclu qu'une telle analyse puisse être transposée à d'autres contrats que les seuls contrats d'exploitation de ressources naturelles conclus entre Etats et entreprises. Il nous semble que les obligations des entreprises qui se développent actuellement dans le cadre du devoir de vigilance offrent des perspectives d'extension des mécanismes de stipulation contractuelle de droits au profit des tiers.
21. Ensuite, et cette objection est plus sérieuse, déduire de certains contrats des stipulations tacites en faveur des tiers, en raison de la nature de ces contrats, implique d'identifier d'une part la teneur de ces stipulations – quels sont les droits substantiels consentis aux tiers? –, et les bénéficiaires de ces stipulations – à quelle échelle la « communauté » bénéficiaire doit-elle être définie? –. La résolution de ces difficultés dépasse le cadre de cette étude, mais elles ne peuvent être ignorées. Il faut toutefois préciser que ce que semble suggérer Gathii, après avoir mis en évidence que les communautés locales sont des tiers bénéficiaires « naturels », c'est la nécessité d'inclure des stipulations expresses en leur faveur dans les contrats. Pour l'auteur, la reconnaissance d'un statut juridique de tiers bénéficiaires aux communautés locales serait une incitation puissante faite aux entreprises de s'emparer de l'outil contractuel pour sécuriser leurs relations avec ces tiers bénéficiaires<sup>15</sup>. A défaut, elles s'exposeraient à ce que la détermination des droits des communautés locales, nés du contrat, soit soumise au seul pouvoir des juges.
22. A ce titre, les entreprises pourraient notamment stipuler dans leurs contrats des conventions d'arbitrage ouvrant des droits aux tiers. C'est à ces clauses qu'il faut à présent plus précisément s'intéresser.

13 V. Balestriero, *La stipulation pour autrui tacite*, thèse Nancy, 1994.

14 Pour une réflexion en ce sens en matière d'assurances: V. Nicolas, « La stipulation pour autrui, caméléon au service de l'assurance vie ou trublion du droit civil? », *Bull. juridique des assurances* 2023, Dossier n°6.

15 Art. préc., p. 34-35.

## II. L'application de la convention d'arbitrage aux communautés locales, « tiers bénéficiaires » du contrat économique qui la contient

23. Il ne suffit pas d'établir que les communautés locales sont tiers bénéficiaires d'un contrat économique pour en déduire, lorsque ce contrat contient une convention d'arbitrage, que cette convention leur est nécessairement applicable. Il existe en effet dans la littérature juridique un débat relatif à la portée de la stipulation pour autrui ou de la doctrine du *third party beneficiary* en matière d'arbitrage<sup>16</sup> : le tiers bénéficiaire tire-t-il également, du contrat comportant la stipulation pour autrui, des droits (ou le cas échéant des obligations) *processuels* qui justifieraient que la convention d'arbitrage incluse dans ce contrat lui soit appliquée ? En outre, si même l'application de la convention d'arbitrage au tiers bénéficiaire devait être admise, il reste à établir quelles sont les conséquences de cette application. La convention d'arbitrage est-elle seulement opposable par la communauté locale, ou aussi à la communauté locale ? Le principe d'application de la convention d'arbitrage au tiers bénéficiaire, s'il était consacré de façon certaine (A), devrait ainsi voir sa portée précisée par une définition des effets de la convention d'arbitrage sur le tiers bénéficiaire (B).

### A. L'application de la convention d'arbitrage au tiers bénéficiaire

24. La stipulation pour autrui, pour commencer par elle, crée trois types de rapports : entre le tiers bénéficiaire et d'une part le promettant, d'autre part le stipulant ; mais aussi entre le promettant et le stipulant. Bien souvent en effet et ce sera toujours le cas dans l'hypothèse qui nous occupe d'un contrat de base conclu entre deux opérateurs économiques mais incluant une stipulation au profit des communautés locales, des obligations principales naissent entre le stipulant et le promettant, obligations principales dans la dépendance desquelles est formulée, expressément ou implicitement, la stipulation pour autrui.
25. Si le contrat de base intègre une convention d'arbitrage, la question est alors celle de la portée de cette convention, formellement conclue entre le stipulant et le promettant : a-t-elle vocation à régir uniquement le rapport de droit qui les unit, ou à être étendue au rapport de droit que leur contrat de base fait naître avec le tiers bénéficiaire<sup>17</sup> ?

16 V. not.: C. Larroumet, « Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage », *Rev. arb.* 2005, p. 903 ; A. Meier and A. L. Setz, "Arbitration Clauses in Third Party Beneficiary Contracts – Who May and Who Must Arbitrate?", *ASA Bulletin* 2016, Volume 34 Issue 1, p.62.

17 Le point de savoir s'ils peuvent, en droit, lier le tiers bénéficiaire relève d'un autre débat qui sera examiné *infra*, au B.

26. Lorsque promettant et stipulant ont conclu une convention d'arbitrage sans préciser dans quels rapports de droit elle a vocation à être mise en œuvre, il existera souvent un doute quant à leur volonté de la rendre applicable dans leurs relations avec le tiers bénéficiaire, sauf à ce qu'une volonté dans un sens ou dans un autre ait été clairement exprimée. Il faut donc rechercher la commune intention du promet-

tant et du stipulant. Mais, comme l'observe justement Larroumet<sup>18</sup>, cette recherche de volonté risque fort d'être « divinatoire ». Ce constat le conduit à proposer à titre de position de principe que la clause compromissoire intégrée dans *un contrat conclu pour autrui* s'applique par défaut – c'est-à-dire sauf expression d'une volonté contraire – dans les relations entre les parties au contrat de base et le tiers bénéficiaire. Son raisonnement postule que le tiers bénéficiaire ne peut accepter le contrat conclu pour son compte par le promettant et le stipulant sans accepter en même temps la convention d'arbitrage qu'il intègre: il ne peut pas dépecer le contrat de base. Mais ce raisonnement, valable lorsqu'on envisage les contrats pour autrui en général, n'est pas nécessairement transposable à la stipulation pour autrui. Le tiers bénéficiaire qui se voit attribuer des droits par l'effet de cette stipulation n'a pas besoin de les accepter pour en être titulaire. En outre, toute la question est de savoir – avant même de s'interroger sur la volonté du tiers bénéficiaire dont l'incidence portera en réalité surtout sur les effets de la convention d'arbitrage à son égard (v. *infra* B) – si l'on peut postuler que le promettant et le stipulant ont nécessairement eu la volonté que les rapports qu'ils vont respectivement nouer avec le tiers bénéficiaire soient soumis à l'arbitrage. Or cela est loin d'être évident: les Etats ou les entreprises peuvent voir d'un mauvais œil la perspective que les communautés locales, victimes de leurs agissements, saisissent un tribunal arbitral, qui dans certaines configurations pourrait se montrer moins malléable que certaines juridictions nationales.

27. Des hésitations théoriques subsistent donc, quand il s'agit de décider si une convention d'arbitrage stipulée dans le contrat de base couvre les relations des parties avec le tiers bénéficiaire. Les solutions de droit positif manquent quant à elles de fermeté. Une tendance semble toutefois se dessiner, favorable à l'application, au tiers bénéficiaire, de la convention d'arbitrage conclue dans le contrat de base.
28. En droit français, un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 1985<sup>19</sup> avait jugé que le bénéficiaire de la stipulation pour autrui ne pouvait se prévaloir de la clause compromissoire incluse dans le contrat liant stipulant et promettant. Mais la Première chambre civile a statué en sens diamétralement opposé en 2006<sup>20</sup>, retenant que « la clause d'arbitrage contenue dans le contrat liant le stipulant et le promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui ».
29. En droit suisse<sup>21</sup>, deux arrêts du tribunal fédéral du 19 avril 2011 et du 8 mars 2012<sup>22</sup> semblent aller dans le même sens: ils conditionnent l'opposabilité de la clause au/par le bénéficiaire au point de savoir si le contrat comporte une véritable « *third beneficiary clause* » impliquant le droit pour le tiers bénéficiaire d'agir en justice pour faire valoir ses droits<sup>23</sup>. Si tel est le cas, la clause d'arbitrage est accessoire au droit d'action ainsi reconnu par le contrat, et le tiers peut donc se prévaloir de la clause d'arbitrage comme il peut se la voir

18 Art. préc., spéc. p. 906

19 Cass. Com., 4 juin 1985, n° 84-10.344, Bull. civ., IV, n° 78, *Rep. not.* 1986, p. 788, obs. J.-L. Aubert; *RTD civ.*, 1986.593, obs. J. Mestre; *Rev. arb.*, 1987.139, note J.-L. Goutal.

20 Cass. Civ. 1re, 11 juil. 2006, n°03-11.983, *Bull. civ. I*, n°368, *Rev. arb.* 2006.969, note Ch. Larroumet, *RTD com.* 2006.773, obs. E. Loquin, *D.* 2006. Pan. 3028, obs. Th. Clay.

21 Pour une étude d'ensemble: A. Meier and A. L. Setz, 'Arbitration Clauses in Third Party Beneficiary Contracts – Who May and Who Must Arbitrate?', *ASA Bulletin* 2016, Volume 34 Issue 1) pp.62 - 77

22 Trib. Féd. Suisse, 19 avril 2011, DSC 4A\_44/2011; 8 mars 2012, DSC 4A\_627/2011, sur lesquels voir l'étude citée en note précédente. Ces arrêts sont rendus à propos d'un arbitrage interne mais sont transposables, de l'avis des commentateurs, à l'arbitrage international.

23 « if under the contract the beneficiary is entitled to claim performance of its own rights ».

opposer, sauf, selon la précision apportée par l'arrêt du 8 mars 2012, si la clause d'arbitrage elle-même en dispose autrement. Le tribunal indique toutefois que pourrait être considéré « *the implicit interest to be bound by the arbitration agreement* ». La doctrine majoritaire approuve cette solution, mais des voix contraires se sont exprimées, faisant valoir qu'il ne faudrait pas traiter la convention d'arbitrage comme accessoire au droit d'action, en raison de l'autonomie de la convention d'arbitrage ; il conviendrait plutôt de rechercher si les parties au contrat ont eu l'intention de conférer au tiers bénéficiaire non seulement un droit d'action, mais aussi le droit de se prévaloir de la convention d'arbitrage, ce qui rejoint le raisonnement que nous avons exposé plus haut. Certains prolongent cette analyse en faisant valoir qu'il faudrait présumer cette intention, à moins que la convention d'arbitrage ne dise le contraire... ce qui est tout de même assez proche de la solution adoptée par le tribunal fédéral.

30. En droit anglais, la section 8 du *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* traite spécifiquement le sujet sous le titre « Arbitration provisions », et tranche en faveur de l'applicabilité de la convention d'arbitrage aux actions formées par le tiers bénéficiaire<sup>24</sup> :

(1) Where—

(a) a right under section 1 to enforce a term (“the substantive term”) is subject to a term providing for the submission of disputes to arbitration (“the arbitration agreement”), and

(b) the arbitration agreement is an agreement in writing for the purposes of Part I of the Arbitration Act 1996, the third party shall be treated for the purposes of that Act as a party to the arbitration agreement as regards disputes between himself and the promisor relating to the enforcement of the substantive term by the third party.

(2) Where—

(a) a third party has a right under section 1 to enforce a term providing for one or more descriptions of dispute between the third party and the promisor to be submitted to arbitration (“the arbitration agreement”),

(b) the arbitration agreement is an agreement in writing for the purposes of Part I of the Arbitration Act 1996, and

(c) the third party does not fall to be treated under subsection (1) as a party to the arbitration agreement, the third party shall, if he exercises the right, be treated for the purposes of that Act as a party to the arbitration agreement in relation to the matter with respect to which the right is exercised, and be treated as having been so immediately before the exercise of the right.

<sup>24</sup> La portée de cette applicabilité est discutée *infra*, n°38.

<sup>25</sup> V. sur la position des juridictions d'Illinois : M.R. Carter, “Arbitration clauses in the context of third party beneficiary claims: An issue ripe for corporate consideration and Illinois Supreme Court review”, *Newsletter of the Illinois State Bar Association's Section on Civil Practice & Procedure*, mai 2016, vol. 61, n°8.

31. En droit américain, la jurisprudence des Etats est contrastée<sup>25</sup>, parfois en leur propre sein. En Floride par exemple, il a pu être jugé que : “*Where the contract contains an arbitration clause which is legally enfor-*

*ceable, the general view is that the beneficiary is bound thereby to the same extent that the promisee is bound*<sup>26</sup>; mais aussi, en sens contraire, que le tribunal ne peut pas légalement imposer au tiers bénéficiaire de participer à l'arbitrage si les parties au contrat n'ont pas clairement eu l'intention de lier le bénéficiaire par la clause d'arbitrage<sup>27</sup>.

32. Le sentiment n'en reste pas moins que, au moins dans les Etats disposant d'une solide tradition en matière d'arbitrage, la convention d'arbitrage s'applique aux relations entre les contractants et le tiers bénéficiaire. Les effets de cette convention d'arbitrage à l'égard du tiers bénéficiaire restent toutefois très discutés, notamment le point de savoir si la convention lui est opposable.

#### B. Les effets de la convention d'arbitrage à l'égard des tiers bénéficiaires

33. Si l'on admet qu'une convention d'arbitrage peut, par l'effet d'une stipulation pour autrui expresse ou implicite, être étendue au tiers bénéficiaire, la question reste de déterminer les effets précis de cette convention à l'égard de ce tiers. On rappellera qu'en principe, la stipulation pour autrui fait naître des *droits* au profit du tiers bénéficiaire, sans que son acceptation soit une condition de la naissance de ces droits; si elle peut s'accompagner de charges, c'est en revanche à la condition que ces charges soient acceptées par le tiers bénéficiaire. Or une convention d'arbitrage crée à la fois des droits et des obligations pour les parties qu'elle lie. De là découle l'idée soutenue par certains<sup>28</sup> que la convention d'arbitrage serait opposable *par* le tiers bénéficiaire – son acceptation des charges se manifestant par la saisine du tribunal arbitral, mais pas *au* tiers bénéficiaire. Que faut-il en penser?
34. A notre sens, il n'est possible de bien traiter cette question qu'en distinguant selon un paramètre envisagé plus haut dans notre démonstration (v. n°12), tenant au lien devant être opéré entre les droits substantiels stipulés au profit du tiers bénéficiaire et la convention d'arbitrage incluse au contrat.
35. Lorsque des droits substantiels sont stipulés au profit des tiers bénéficiaires par le contrat de base, en même temps qu'une convention d'arbitrage, cette convention d'arbitrage devrait être non seulement opposable par, mais aussi opposable à, la communauté locale, *chaque fois qu'elle agit sur le fondement des droits qui lui sont contractuellement conférés*.
36. C'est l'opinion qu'avait soutenue Larroumet, dans l'un des rares articles consacrés en France à cette problématique :

<sup>26</sup> *Zac Smith & Co., Inc. v. Moonspinner Condominium Ass'n, Inc.*, 472 So.2d 1324 (Fla. 1st DCA 1985).

<sup>27</sup> *Sovereign Healthcare of Tampa, LLC v. Estate of Yarawsky, et al.*, 150 So.3d 873 (Fla. 2d DCA 2014).

<sup>28</sup> V. les obs. de J.-L. Aubert et J.-L. Goutal sous Com., 4 juin 1985, préc. note 19.

La clause compromissoire doit lier le bénéficiaire de la stipulation pour autrui, ce qui signifie qu'il peut l'invoquer comme elle peut être invoquée contre lui. La raison

en est que, non seulement le droit du bénéficiaire naît en dehors de son acceptation par exception au principe de l'effet relatif des contrats, mais encore et surtout que ce droit n'est que ce que le promettant et le stipulant ont voulu qu'il soit. Ce droit résulte du contrat conclu entre eux et il ne peut être envisagé en dehors de ce contrat. Dès lors, si le promettant et le stipulant ont voulu une clause compromissoire, il ne paraît pas possible de l'écartier en ce qui concerne le tiers bénéficiaire.

37. Pour l'auteur, cette conclusion se justifie, indépendamment de la nature de l'arbitrage, en raison de *la nature de la stipulation pour autrui* : l'étendue des droits du tiers bénéficiaire ne peut être définie que par référence à ce que le stipulant et le promettant ont voulu pour lui ; si ces derniers ont inclus une convention d'arbitrage dans le contrat, alors il faut en déduire qu'ils ont souhaité que cette convention s'applique au tiers bénéficiaire, comme un « accessoire » des droits substantiels institués à son profit. La question du consentement du tiers bénéficiaire à la convention d'arbitrage devient alors secondaire, ce qui conduit Larroumet à considérer que la convention d'arbitrage est opposable non seulement par, mais aussi au, tiers bénéficiaire, et ce qu'il ait ou non consenti. Pour l'auteur, « de même que la nature de l'arbitrage ne permet pas d'écartier les principes gouvernant la transmission d'un droit ou d'une obligation, il ne devrait pas non plus permettre d'écartier ceux qui sont inhérents à la nature de la stipulation pour autrui »<sup>29</sup>.
38. En d'autres termes, le tiers bénéficiaire ne peut profiter des droits substantiels stipulés en sa faveur que selon les conditions auxquelles les contractants les ont soumis<sup>30</sup>. C'est ce qu'énonce la section 8 du *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* : le tiers bénéficiaire est lié par la convention d'arbitrage stipulée par les parties au contrat lorsqu'il met en œuvre les droits qu'il tire de la stipulation faite en sa faveur. Le paragraphe 34 de la *Note explicative* qui accompagne la loi anglaise l'explique très clairement : « *This section is based on a "conditional benefit" approach. It ensures that a third party who wishes to take action to enforce his substantive right is not only able to enforce effectively his right to arbitrate, but is also "bound" to enforce his right by arbitration* ».
39. Cette position, parfaitement raisonnable lorsque l'action vise à exécuter les droits stipulés en faveur du tiers bénéficiaire, ne peut en revanche être tenue lorsqu'un tiers au contrat, serait-il bénéficiaire de certaines dispositions de ce contrat, agit contre les parties au contrat *sur un autre fondement que ces dispositions stipulées en sa faveur*. Imaginons une communauté locale bénéficiant, dans un contrat d'exploitation minière, d'une stipulation formulée à son profit, imposant le recrutement d'une certaine proportion de travailleurs locaux. La convention d'arbitrage pourra être opposée à la communauté locale si celle-ci agit en justice pour faire constater que

29 Art. préc., p. 915.

30 En ce sens : Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2e éd., 2019, n°201, p. 249.

l'entreprise ne respecte pas son engagement de recrutement et obtenir une injonction et/ou une compensation sur ce fondement. Mais si la communauté locale agit contre l'entreprise en faisant valoir que les activités de celle-ci portent atteinte à son droit à vivre dans un environnement sain, la situation est totalement différente car le droit qui constitue le fondement de l'action n'est pas l'objet de la stipulation pour autrui. Deux réflexions s'imposent alors.

40. La première conduit à s'interroger sur la portée de la convention d'arbitrage. On le comprend avec l'exemple qui vient d'être développé, cette portée dépendra de la nature et de l'étendue des droits inclus dans la stipulation pour autrui. Or dès lors que l'on admet que certains contrats peuvent comporter des stipulations *tacites* au profit des communautés locales, la perspective est celle d'une extension potentiellement infinie du champ d'application de la convention d'arbitrage. En outre, il est envisageable que le contrat de base, sans stipuler le moindre droit substantiel au profit de la communauté locale, stipule – cette fois de façon expresse – une convention d'arbitrage visant les actions que cette communauté pourrait tenter. La communauté est-elle alors liée ?
41. Ces interrogations conduisent à une seconde réflexion, liée à la nécessaire protection des communautés locales. L'arbitrage peut être une chance pour elles, en leur offrant une alternative à certaines justices étatiques peu fiables ou mal équipées pour résoudre leurs litiges avec les opérateurs économiques. Il ne doit cependant pas devenir une contrainte. Autant il est légitime de considérer que les communautés locales sont liées par la convention d'arbitrage du contrat de base lorsqu'elles agissent pour faire exécuter les droits expressément stipulés en leur faveur, autant on peut hésiter à raisonner de même lorsqu'elles agissent sur le fondement de leurs droits fondamentaux, quand bien même il faudrait considérer que le respect de ces droits fondamentaux est implicitement stipulé dans le contrat de base. La solution conduisant à considérer que les communautés locales peuvent alors se prévaloir de la convention d'arbitrage, *mais sans que celle-ci leur soit opposable*, apparaît plus raisonnable. Là encore, l'enseignement du droit anglais est particulièrement utile. Le paragraphe 35 de la *Note explicative* accompagnant le *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* analyse la sous-section 2 de la section 8 consacrée aux conventions d'arbitrage en ces termes :

It deals with situations where the third party is given a right to arbitrate under section 1 but the “conditional benefit” approach underpinning subsection (1) is inapplicable. For example, where the contracting parties give the third party a unilateral right to arbitrate or a right to arbitrate a dispute other than one concerning a right conferred on the third party under section (1). To avoid imposing a pure burden on the third party (in a situation where, for example, the contracting parties give the third

party a right to arbitrate a tort claim made by the promisor against the third party) the subsection requires the third party to have chosen to exercise the right<sup>31</sup>.

42. Le droit anglais opère bien une distinction selon les droits substantiels fondant l'action : si ces droits sont ceux stipulés en faveur du tiers bénéficiaire, l'approche « conditionnelle » doit jouer et le tiers bénéficiaire doit être considéré comme lié par la convention d'arbitrage. Dans tous les autres cas, soit parce que l'action n'est pas exercée sur le fondement des droits stipulés, soit parce que la convention d'arbitrage n'est pas attachée à des droits substantiels particuliers, le tiers bénéficiaire peut se prévaloir de la convention d'arbitrage, mais elle ne devrait pas lui être opposable.
43. En définitive, les solutions de droit positif devraient pouvoir s'articuler autour de trois propositions :
- Lorsqu'un contrat conclu pour la réalisation d'une opération économique stipule, expressément ou implicitement, des droits substantiels en faveur d'une communauté locale et inclut une convention d'arbitrage, la convention d'arbitrage devrait pouvoir être *invoquée par la communauté locale* lorsqu'elle agit contre l'une des parties au contrat de base, et ce qu'elle agisse sur le fondement des droits conférés par le contrat ou sur le fondement de droits extracontractuels ;
  - Chaque fois qu'une stipulation en faveur d'une communauté locale peut être identifiée avec suffisamment de certitude dans un contrat conclu pour la réalisation d'une opération économique, la convention d'arbitrage incluse dans ce contrat devrait être *opposable à la communauté* dès lors qu'elle agit pour faire valoir les droits stipulés en sa faveur ;
  - Un contrat conclu pour la réalisation d'une opération économique se bornant à stipuler une convention d'arbitrage applicable aux communautés locales, sans leur conférer de droits substantiels, ne devrait pas être conçu comme empêchant la communauté locale de saisir la justice étatique : il s'agit en effet alors non pas d'une stipulation pour autrui, mais d'un contrat pour autrui, auquel la communauté locale doit donner son consentement. La convention d'arbitrage est donc invocable par elle, mais ne peut lui être opposée.

31 Souligné par nous.

William Brillat-Capello

Avocat, Legal Director, Arbitration Counsel, Pinsent Masons

Le bilan de l'application du règlement de La Haye sur l'arbitrage relatif aux entreprises et aux droits humains s'avère décevant, même si le recul encore limité sur ce texte adopté en 2019 ne permet pas de porter un jugement définitif. L'intention était pourtant louable, puisque le texte vise à traiter de manière appropriée et efficace, par l'arbitrage, les violations des droits humains commises par les entreprises à l'international, partant du constat que les justices étatiques ne sont pas toujours bien placées, bien armées, ou même désireuses, de régler ces contentieux. L'arbitrage peut dès lors constituer un recours juridictionnel utile, à la condition d'offrir une procédure adaptée à ce type très spécifique de contentieux. L'ambition du Règlement de La Haye est précisément de proposer ces adaptations, et nombre de ses préconisations et innovations se révèlent particulièrement intéressantes. Il est donc permis d'espérer que ce dispositif trouvera un jour ses usagers.

#### Mots-clefs

Arbitrage  
Droits humains

Procédure arbitrale  
Entreprises

Communautés locales  
Règlement de La Haye

*Implementation of the Hague Rules on Arbitration for Business and Human Rights has been disappointing, although the limited hindsight on this text adopted in 2019 does not allow us to make a definitive judgement. The intention was laudable, however, since the text aims to deal appropriately and effectively, through arbitration, with human rights violations committed by companies internationally, based on the observation that state justice systems are not always well placed, well armed, or even willing, to settle such disputes. Arbitration can therefore be a useful jurisdictional remedy, provided it offers a procedure adapted to this very specific type of dispute. The ambition of the Hague Rules is precisely to offer such adaptations, and many of their recommendations and innovations are particularly interesting. It is therefore to be hoped that this system will one day find its users.*

1. Merci aux Professeurs Clavel et Jacob\* de m'avoir invité pour évoquer aujourd'hui l'adaptation de la procédure arbitrale à la présence de communautés locale, en reprenant les apports du règlement de La Haye sur l'arbitrage relatif aux entreprises et aux droits humains (le « Règlement de La Haye » ou le « Règlement »).
2. Selon la définition du programme de notre journée d'études, les communautés locales désignent tous « *les groupes humains autochtones*

\*La forme orale de la communication a été conservée.

*ou non, établis dans les zones où opèrent ces opérateurs* ». On note une grande diversité puisque les communautés locales ne se réduisent pas aux communautés autochtones, qu'elles englobent toutefois.

3. La question posée est celle de savoir comment les intérêts de ces communautés peuvent être pris en compte de manière effective dans l'hypothèse où il serait décidé de recourir à l'arbitrage pour régler les différends qui naissent des activités internationales des entreprises.
4. Nous interrogeons donc la possibilité que l'arbitrage puisse être une des voies de recours effectives visées par le Préambule des Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme (« Principes Directeurs »)<sup>1</sup> pour traiter de manière appropriée et efficace les violations des droits humains commises par les entreprises à l'international. L'objectif est d'assurer le respect du troisième pilier du triptyque fixé par ces principes qui est de « protéger, respecter et réparer »<sup>2</sup> dans le but de réguler l'impact des activités économiques des entreprises, et de permettre la réparation effective des préjudices qui en découlent. L'arbitrage est ainsi un outil de gouvernance.
5. Cette réflexion requiert en réalité d'interroger tous les concepts basiques de l'arbitrage, « mode normal » de règlement des différends commerciaux internationaux, pour comprendre quels sont ceux qui prennent une signification différente dans ce contexte. Elle nécessite aussi de s'interroger sur les critères d'évaluation de l'efficacité de la procédure arbitrale, sur ce que le terme « réparer » signifie, et plus encore, sur ce qui constitue une réparation appropriée. Il faut ensuite en tirer les conséquences sur le plan procédural et proposer des solutions pour traiter de ces spécificités.
6. Le premier élément de réponse est moins une question juridique qu'une question de gouvernance économique et de régulation du commerce international. Il s'agit de déterminer si l'arbitrage, mécanisme de résolution des différends par essence privé, peut corriger les externalités négatives générées par les activités internationales des entreprises et ainsi répondre à ce besoin de justice internationale.
7. Le deuxième élément est le plus technique. Il s'agira de présenter de manière critique les adaptations de la procédure arbitrale retenues comme nécessaires par les rédacteurs du Règlement de La Haye pour assurer l'effectivité du règlement des différends, et particulièrement celles intéressant les communautés locales.
8. Le dernier élément de réponse est de l'ordre du constat. Cette intervention est l'occasion d'un premier bilan puisque le Règlement de La Haye, qui a été publié le 12 décembre 2019<sup>3</sup>, est suffisamment ancien pour qu'il soit possible de dresser un premier bilan de son (in)efficacité.

<sup>1</sup> Principes Directeurs, 2011, Préambule, point (c).

<sup>2</sup> Principes Directeurs, 2011, troisième pilier.

<sup>3</sup> C. Kessedjian, « The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration ou comment l'arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l'homme par les entreprises », *JDI* n° 1, Janvier 2021, var. 1; V. U. Glässer, « The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration – A Balancing Act » *German arb. J.* 2020, p. 124; K. Duggal & R. Rangachari, « International Arbitration Promoting Human Rights: The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration (2019) », *Asian Dispute Rev.* 2020, p. 102; W. Brilhat-Capello, « The Hague Rules on business and human rights arbitration: l'arbitrage comme outil de respect des droits humains », *Rev. arb.* 2020, p. 377.

9. Nous répondrons ainsi à trois questions successives, dans le contexte des procédures impliquant des communautés locales :
  - D’abord, pourquoi était-ce utile d’envisager que l’arbitrage pourrait répondre à ce besoin de justice internationale ?
  - Ensuite, comment a-t-on adapté la procédure arbitrale dans ce but ?
  - Et enfin, le premier bilan justifie-t-il de continuer sur ce chemin ?
10. Les réponses apportées ne sont que des pistes de réflexion, puisque le sujet est largement à l’état embryonnaire tant sur le plan de la recherche académique que sur celui de la pratique. Comme nous le verrons, le Règlement n’a pas, à ce jour, connu un grand succès.

I. Pourquoi était-ce utile de prévoir un règlement d’arbitrage spécifique ?

11. Sous l’impulsion d’un groupe de travail constitué autour de membres du réseau *Lawyers for Better Business*, autour notamment de Bruno Simma, ancien juge à la Cour Internationale de Justice, les rédacteurs du Règlement de La Haye ont réfléchi aux objectifs à poursuivre pour offrir une voie efficace de réparation des préjudices qui naissent de l’action internationale des entreprises. La démarche se voulait inclusive, bien que la composition de ce groupe de travail fût très anglo-saxonne, et que peu de juristes civilistes européens, de l’espace francophone africain et d’Asie, aient été impliqués dans ce projet.
12. Ce manque de diversité a été légèrement compensé par l’approche suivie, puisque le groupe de travail a lancé une consultation qui a reçu 220 réponses<sup>4</sup>, aboutissant au projet de règlement, puis au règlement final, dévoilé en décembre 2019 au Palais de la Paix de La Haye.
13. Le premier objectif des rédacteurs du Règlement de La Haye est de répondre au constat partagé de carences des systèmes de résolution des différends traditionnels par la prise en compte des spécificités des différends dont il est question.
14. Il s’agit de combler les lacunes des procédures étatiques contentieuses, puisque dans certaines juridictions il existe un vide juridique procédural, les juridictions étatiques ne souhaitant pas ou n’étant pas en mesure d’agir efficacement pour réparer les préjudices causés par les activités internationales des entreprises.

On pense évidemment aux juridictions d’Etats aux moyens limités, qui ont du mal à financer un système juridique efficace, tant du point de vue de la suffisance des moyens que de la lutte anti-corruption, ou plus simplement susceptibles de biais envers les entreprises multinationales, par ailleurs sources d’investissements conséquents.

On oublie parfois que certaines juridictions d’Etats qui disposent d’un système juridictionnel efficace ont abandonné l’idée de

<sup>4</sup> Aucune réponse des communautés locales n’a été publiée, cela n’est pas étonnant car, contrairement aux ONG par exemple, il ne s’agit pas de parties prenantes pleinement conscientes de l’existence de la démarche.

traiter de la question des activités de leurs entreprises internationales à l'étranger. C'est par exemple le cas des Etats-Unis d'Amérique qui, depuis la décision de la Cour Suprême *Kiobel c. Shell* de 2013<sup>5</sup>, en niant un effet extraterritorial à l'*US Alien Tort Statute*, ont décidé de ne pas contrôler la conformité au droit international des activités des entreprises américaines en dehors des frontières américaines.

15. Il s'agit aussi de combler les lacunes des autres modes de résolution des différends, principalement ceux non-juridictionnels. L'exemple le plus parlant est celui de l'affaire *Casino*<sup>6</sup> qui illustre le fait que la médiation n'est pas – toujours – adaptée aux besoins des parties prenantes.

Dans cette affaire, une coalition internationale d'associations et d'organisations représentatives des peuples autochtones de Colombie et du Brésil, la *Coordination des organisations autochtones d'Amazonie brésilienne, peuples du Mato Grosso*, reproche à Casino de ne pas se conformer à son devoir de vigilance, issu de la Loi Sapin 27. Plus précisément, c'est la vente de viande et de viande congelée produites par des entreprises accusées d'être responsables de la déforestation en Amazonie qui est visée.

Le Tribunal judiciaire de Paris a proposé de recourir à la médiation<sup>8</sup>, mais le collectif d'associations a refusé afin de ne pas priver la résolution du différend d'un débat public<sup>9</sup>, soulignant ainsi les limites de la médiation.

16. Le deuxième objectif des rédacteurs du Règlement est d'assurer une résolution plus harmonieuse des différends qui, faute de procédure spécifique, sont abordés sous le prisme d'une autre matière. C'est le cas des différends ayant trait aux droits des communautés locales qui font l'objet, en arbitrage et contentieux international, d'un traitement relativement aléatoire.

Prenons l'exemple de l'affaire *Glamis Gold c. USA* de 2009, soumise à la compétence d'un tribunal ALENA<sup>10</sup>, et qui concernait des projets d'extraction dans le territoire de la réserve indienne de Fort Yuma, dans le désert de Californie, habitée par le peuple Quechan.

Ce projet d'extraction, soutenu par Glamis Gold, société de droit canadien, a d'abord été interdit par le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique en raison de l'impact environnemental et culturel sur la communauté du peuple Quechan<sup>11</sup>. A la faveur de l'alternance politique à l'échelon fédéral, le projet a ensuite été relancé. Cela a entraîné une réaction de l'échelon fédéré, le gouvernement de Californie ayant décidé d'encadrer la réalisation du projet<sup>12</sup>, ce qui constituait, d'après Glamis Gold, une entrave indue à son investissement et une expropriation indirecte.

Le tribunal NAFTA a accordé à la communauté Quechan le droit d'être entendu par le biais d'un *amicus curiae*, avant de rejeter les demandes de Glamis.

Les limites d'une telle intervention sont nombreuses<sup>13</sup> : elle ne peut prétendre à une indemnisation du préjudice subi, et le simple fait d'intervenir représente un coût significatif. La prise en compte de ses intérêts n'est donc que partielle, et l'efficacité limitée.

5 *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013); H. Muir Watt, "Les enjeux de l'affaire *Kiobel* : le chaînon manquant dans la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises multinationales en droit international public et privé", *Trav. com. fr. DIP*, 2010-2012, Pédone, 2013, p.233 s..

6 "Des ONG accusent Casino de contribuer à la déforestation en Amazonie, une médiation judiciaire proposée", *Le Monde*, 9 juin 2022.

7 Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite "Loi Sapin II".

8 A la suite de la proposition faite lors de l'audience du 9 juin 2022, l'association Sherpa, membre de la coalition ayant assigné le groupe Casino, a publié sur son site internet le communiqué suivant "Déforestation en Amazonie : les associations refusent la proposition de médiation dans l'action en justice contre Casino", <https://www.asso-sherpa.org/affaire-casino-bre-sil-colombie>.

9 "Déforestation en Amazonie : les associations refusent la médiation à Casino", *Décideurs Magazine*, 2 décembre 2022.

10 *Glamis Gold Ltd. c. United States of America*, UNCITRAL Arbitration Rules (1976).

11 Glamis Gold: NAFTA tribunal rejects claims against USA, Reuters, 12 août 2009, Glamis Gold: NAFTA tribunal rejects claims against USA | Practical Law (thomsonreuters.com)

12 Voir [https://indianlaw.org/Quechan\\_Glamis\\_NAFTA\\_Tribunal](https://indianlaw.org/Quechan_Glamis_NAFTA_Tribunal)

13 v. : P. Jacob, «Des amis trop discrets. La participation des communautés locales à l'arbitrage d'investissement», dans ce dossier.

17. Une autre affaire oppose la communauté autochtone de Sawhoyamaxa au Paraguay, et a été soumise à la juridiction de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (la « Cour inter américaine ») en 2006<sup>14</sup>. La communauté Sawhoyamaxa demandait que soient reconnus ses droits sur des terres qu'elle considère comme des terres tribales ancestrales, concernées par un projet d'investissement porté par des investisseurs allemands. En réponse, le Paraguay invoquait le Traité Bilatéral d'Investissement (« TBI ») conclu entre le Paraguay et l'Allemagne, et la protection des investissements des citoyens allemands sur son territoire.

La Cour interaméricaine a logiquement décidé qu'il fallait opérer une conciliation entre les droits de propriété classique des investisseurs allemands au Paraguay, garantis notamment par le TBI, et le droit invoqué par la communauté Sawhoyamaxa à la tranquillité de ses territoires ancestraux. Elle a jugé que le Paraguay n'avait pas opéré la moindre conciliation alors que le TBI prévoyait que l'interdiction d'exproprier était assortie d'exceptions pour des questions d'intérêt public, et a donc donné tort au Paraguay.

S'est ensuite posée la question de la réparation du préjudice subi par la communauté Sawhoyamaxa, et des modalités de cette réparation. La Cour interaméricaine a ordonné la restitution des terres sous 3 ans et une indemnisation monétaire, remise entre les mains des chefs tribaux. Elle a également ordonné la création d'un fond de restructuration des terres, doté d'un million de dollars américains et un certain nombre d'autres réparations non-financières.

Si les intérêts de la communauté étaient plus efficacement représentés que dans l'affaire Glamis, recourir à un tribunal international est grandement aléatoire puisque l'efficacité du mécanisme dépend de la bonne volonté de l'Etat et de l'existence d'un tel tribunal. Le mécanisme ne traite pas plus spécifiquement de la question de la réalité du mandat des chefs tribaux pour représenter la communauté, évoquée ce matin par le Professeur de Fontmichel.

18. Un autre exemple à mentionner est celui de l'affaire *Tethyan Copper Company c. Pakistan* de 2019, soumise à la compétence d'un tribunal CIRDI<sup>15</sup>. Il s'agissait d'une société australienne, intervenue par sa filiale pour l'exploration des collines Chagai dans la province du Baloutchistan, au Pakistan, où ont été découverts des gisements d'or et de cuivre<sup>16</sup>.

Après cette découverte, la société s'est toutefois vu refuser la licence d'exploitation, et a donc saisi le CIRDI<sup>17</sup>, en recherchant la responsabilité internationale du Pakistan. Ce dernier a justifié son refus par la volonté de l'Etat d'éviter des conflits avec les communautés locales.

Le tribunal CIRDI a refusé la défense du Pakistan. La question ici est certainement de savoir dans quelle mesure il s'agissait d'un prétexte pour s'opposer à l'investisseur ou bien s'il s'agissait de la défense légitime de l'intérêt d'une communauté locale. Une telle évaluation ne peut relever que d'une approche casuistique, dans laquelle la communauté locale ou autochtone n'est pas entendue comme par-

14 I/A Court H.R., *Sawhoyamaxa Indigenous Community c. Paraguay*. Merits, Reparations and Costs. Judgment of March 29, 2006. Series C No. 146.

15 *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, IC-SID Case No. ARB/12/1, Sentence Finale, 12 juillet 2019.

16 *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, IC-SID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability, 10 novembre 2017, Section IV.

17 *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, IC-SID Case No. ARB/12/1, Sentence Finale, 12 juillet 2019.

tie, puisque c'est la responsabilité de l'Etat qui est recherchée par l'investisseur. La défense des intérêts des communautés est ainsi secondaire.

19. Tous ces exemples démontrent le besoin d'une procédure adaptée. Le pari des auteurs du Règlement de La Haye est que la flexibilité de la procédure arbitrale devrait permettre ces adaptations et donc, dans certaines situations, combler ces lacunes.
20. Toutefois, et c'est le troisième objectif des rédacteurs du Règlement de la Haye, cela implique que la procédure arbitrale soit attractive aux yeux des entreprises.  
L'idée est de permettre, outre la conclusion d'un accord *ad hoc* une fois le litige cristallisé, le développement d'offres d'arbitrage intégrées aux politiques de Responsabilité Sociale des Entreprises, assurant l'effectivité des normes qu'elles produisent en tant qu'ordre juridique autonome.
21. Le raisonnement est d'autant plus fondé pour notre sujet que les entreprises apportent une attention particulière à la question des droits des communautés locales. Je traiterai ici de quelques exemples.
22. TotalEnergies a ainsi par exemple mis en place un code de conduite qui encadre les actions de l'entreprise et de ses partenaires, dont l'un des objectifs est d'identifier les risques affectant les communautés locales. A cette fin, l'entreprise a mis en place un réseau de médiateurs et des procédures de gestions des plaintes, par exemple dans le cadre de ses projets en Ouganda et en Tanzanie<sup>18</sup>.
23. C'est également le cas d'EDF, dont la politique de vigilance inclut l'anticipation des risques affectant les communautés locales, dès le stade de l'étude d'impact préalable au projet<sup>19</sup>.
24. D'autres entreprises, comme Orano, ont mis en place des conseils de coopération locaux pour certains projets, comme c'est le cas de celui de la mine de Cominak au Niger<sup>20</sup>.
25. Enfin, d'autres entreprises communiquent sur leurs actions pour préserver les droits des communautés locales, à la suite d'un contentieux, comme c'est le cas de Glencore au sujet des eaux usées du projet de mine de cuivre d'Antapaccay, au Pérou, qui a donné lieu à un contentieux en Australie<sup>21</sup>.

## II. Comment adapter la procédure arbitrale ?

26. La question de l'adaptation de la procédure arbitrale aux spécificités des différends est une discussion sans fin, puisqu'il est, par nature, possible d'adapter la procédure à chaque situation spécifique. L'objectif des rédacteurs était donc de proposer un règlement qui soit flexible, efficace et transparent.

<sup>18</sup> *Sustainability Climate 2023 Progress Report*, Total Energies, pp. 39-40.

<sup>19</sup> Plan de vigilance EDF 2023, p. 24.

<sup>20</sup> Rapport RSE Orano 2018, pp. 4, 28 et Voir aussi communiqué de presse sur la mine de Cominak <https://www.orano.group/reamenagement-cominak/en>.

<sup>21</sup> *Glencore Sustainability Report 2022*, page 32.

27. Dans le contexte particulier des différends impliquant les communautés locales, un autre maître mot important est celui de l'adaptation culturelle.
28. Le Règlement de La Haye est pensé comme un point d'équilibre. Il faut, cependant, commencer par reprendre la notion d'équilibre. Il ne s'agit pas d'un point fixe duquel on ne peut se départir en bougeant, au risque de tomber. Il s'agit plutôt d'un point mouvant, qu'il convient de suivre par un mouvement continu afin de respecter les équilibres complexes entre les forces, et ne pas tomber.
29. C'est dans cette optique qu'il faut envisager, successivement, les étapes de la procédure. Ma présentation se limitera à quelques points représentatifs de ces équilibres, dans le contexte de procédures pouvant impliquer des communautés locales.
30. Le premier point concerne les procédures multipartites qui, si elles existent en arbitrage commercial international classique, peuvent être d'une toute autre échelle lorsque les communautés locales sont impliquées.

La question de la représentation des communautés est ici posée, ainsi que celle de l'adéquation de l'outil juridique du mandat pour assurer cette représentation. Il suffit de penser à l'affaire du Rana Plaza<sup>22</sup>, qui a beaucoup été invoquée par les rédacteurs du Règlement pour expliquer leur démarche. Les communautés locales peuvent être plurielles, et composées de différents membres.

31. Le Règlement prévoit en la matière une grande flexibilité afin de pousser les parties et le tribunal à adopter des règles spécifiques, propres à chaque situation rencontrée. Un principe toutefois est retenu, à l'article 47, qui prévoit que les demandes présentant des problématiques significativement similaires doivent être traitées conjointement<sup>23</sup>. Cela peut concerner les signataires de la convention d'arbitrage ou des « tiers bénéficiaires »<sup>24</sup>, notion qui n'est pas définie par le Règlement, mais qui pourrait viser les communautés locales dans l'hypothèse d'un accord d'exploration ou d'exploitation minier, par exemple, qu'elles soient, ou non, signataires de la convention.
32. De manière plus théorique, on peut se poser la question de savoir si une communauté locale, mentionnée dans une étude d'impact d'un projet, pourrait demander à rejoindre la procédure arbitrale. Il nous semble que pour assurer l'efficacité du mécanisme, cela devrait être le cas. Du point de vue juridique, cela pourrait prendre la forme d'un principe d'extension des effets de la clause compromissoire, acceptée par l'entreprise, à toutes les parties touchées par le projet. Comme cela a été remarqué, cela implique une certaine flexibilité quant à l'acceptation de la clause d'arbitrage par le biais d'une offre unilatérale d'arbitrer. L'entreprise qui sait que ses activités ont ou auront des conséquences sur une communauté locale dès le stade

22 Le 24 avril 2013 s'effondrait l'immeuble Rana Plaza à Savar, situé à l'ouest de Dacca au Bangladesh. L'effondrement du bâtiment, dont les 4 derniers étages avaient été construits sans permis, causa la mort de 1135 personnes et suscita une vive émotion dans l'opinion publique. Lesdits étages étaient occupés par des marques de l'industrie vestimentaire (notamment Primark et Mango).

23 Règlement de La Haye, Article 47.

24 Règlement de La Haye, Article 19.

de l'étude d'impact ou en cours d'exécution, doit pouvoir accepter, par principe, le recours à l'arbitrage pour toutes les entités répondant à un certain nombre de caractéristiques générales préalablement définies. L'équilibre sera toutefois difficile à trouver car se pose ici, bien sûr, la question de l'attractivité du recours à l'arbitrage pour une entreprise dans ces conditions, car la prévisibilité est rendue difficile.

33. Le second point d'équilibre concerne la constitution du tribunal arbitral. Si aucun des articles du Règlement ne prévoit de disposition novatrice, il faut noter toutefois une attention particulière à la qualité et aux compétences des membres du tribunal qui doivent être « *des personnalités de la plus haute considération morale* »<sup>25</sup>, en plus de respecter les conditions d'indépendance et d'impartialité<sup>26</sup>. Cette référence est directement inspirée de la Cour Internationale de Justice. En outre, le président doit respecter deux critères supplémentaires : (i) ne pas être un citoyen de la nationalité d'une des parties<sup>27</sup> et (ii) bénéficier d'une expérience dans le domaine de la résolution internationale des différends et dans le domaine concerné (par exemple les droits humains, le droit international de l'environnement ou l'industrie concernée par le différend)<sup>28</sup>. Si une communauté locale est impliquée, il faudra donc trouver une personne compétente dans ce domaine-là aussi.
34. Si cette dernière exigence est compréhensible, puisqu'il s'agit de donner confiance à tous les acteurs y compris ceux qui sont le moins habitués aux procédures arbitrales, l'intérêt des autres critères est sujet à question puisque les rédacteurs ont semblé considérer que les juges internationaux n'étaient pas, contrairement aux arbitres, sujets à critiques, ce qui est contestable. Par ailleurs, cela ne résout pas le problème éventuel de la double casquette, puisqu'on peut imaginer qu'un juge de la Cour interaméricaine par exemple, puisse être critiqué pour avoir été nommé par un Etat, comme la très grande majorité des juges internationaux.
35. Ces exigences réunies réduiront nécessairement le nombre d'arbitres disponibles, et donc l'efficacité du Règlement. Cette définition stricte est également critiquable car elle prête le flanc à la critique selon laquelle les rédacteurs du Règlement ont voulu limiter drastiquement la liste d'arbitres potentiels pour s'assurer de futures nominations.
36. Le troisième point d'équilibre concerne l'égalité des armes, et la question centrale pour le sujet qui nous intéresse de l'impécuniosité, qui est à la mode en arbitrage commercial. Il s'agit d'un point fondamental puisqu'il est rappelé au point 31 des Principes Directeurs que toutes les parties prenantes doivent bénéficier d'un accès libre à la justice<sup>29</sup>. S'agissant des communautés locales, il est certain que la question de l'aménagement de l'accès à la connaissance même des droits fondamentaux, et des coûts y afférents, se posera.

25 Règlement de La Haye, Article 11 b).

26 Règlement de La Haye, Article 11 b).

27 Règlement de La Haye, Article 11 d).

28 Règlement de La Haye, Article 11 c).

29 Principes Directeurs, 2011, point 31 « Afin que leur efficacité soit assurée, les mécanismes de réclamation non judiciaires, relevant ou non de l'État, devraient être : [...] b) Accessibles : ils sont communiqués à tous les groupes d'acteurs auxquels ils sont destinés et fournissent une assistance suffisante à ceux qui se voient opposer des obstacles particuliers pour y accéder ».

37. Pour les communautés autochtones, l'enjeu est de garantir l'accès effectif culturellement adéquat et efficace au tribunal, ce qui implique d'aménager notamment la langue de la procédure (et la prise en charge des frais de traduction) et un financement adéquat pour une procédure adéquate, notamment dans la question de l'administration de la preuve. La crainte est de voir une partie plus forte noyer la partie aux moyens plus limités dans une demande de production de documents interminable, par exemple. La question de la gestion des coûts est, de manière générale, très importante et nécessite une certaine adaptation car elle est très symptomatique du déséquilibre entre les parties.
38. Ces questions se sont déjà posées en pratique dans l'affaire *Glamis Gold*. En effet, un historien du peuple Quechan était intervenu pour attester du caractère tribal et ancestral des terres, et de la continuité de la réalité des pratiques funéraires et culturelles associées à ces terres<sup>30</sup>. Par ailleurs, la phase de production de documents avait été particulièrement difficile, avec de multiples oppositions<sup>31</sup>.
39. Le Règlement prévoit que ces questions sont dans les mains du tribunal qui, dans son pouvoir de conduire la procédure, peut en faciliter l'efficacité<sup>32</sup>. Cela vise à responsabiliser le tribunal à ce sujet, en lui permettant de décider du rejet précoce des demandes infondées<sup>33</sup>, de renoncer à l'organisation d'audiences<sup>34</sup>, ou encore d'accepter qu'un témoignage soit livré uniquement à l'oral<sup>35</sup>, que le volume des écritures et des pièces soit limités<sup>36</sup> et que les communications dématérialisées soient favorisées<sup>37</sup>. Il revient également au tribunal de protéger l'identité d'un témoin afin d'éviter les mesures de représailles<sup>38</sup>, y compris au stade de l'audience, notamment dans l'hypothèse d'un lanceur d'alerte.
40. Enfin, le tribunal est encouragé à décider de l'allocation des coûts selon un barème, en modérant les honoraires des avocats et des arbitres, mais aussi des prestataires.
41. Un quatrième point d'équilibre important est celui de la gestion de la transparence et de la confidentialité de la procédure, la résolution des différends étant considérés comme un sujet d'intérêt public, comme le rappelle l'affaire *Casino*.
42. Le principe du Règlement est simple : la confidentialité est limitée à des éléments légitimes, par exemple ce qui pourrait relever de la défense des intérêts des communautés locales. Une nouvelle fois, l'affaire *Glamis* donne un exemple de cette situation puisque la sentence est caviardée pour protéger la confidentialité des informations liées aux terres tribales ancestrales de la communauté<sup>39</sup>. Pour le reste, les audiences peuvent être filmées et les mémoires publics<sup>40</sup>. Quelques éléments de modération sont prévus, puisqu'il est possible de décaler dans le temps la publication, comme exception<sup>41</sup>.

30 *Glamis Gold Ltd. c. United States of America*, UNCITRAL Arbitration Rules (1976), para. 111.

31 *Glamis Gold Ltd. c. United States of America*, UNCITRAL Arbitration Rules (1976), Decision on Objections to document production, 20 juillet 2005.

32 *Règlement de La Haye*, Article 32.

33 *Règlement de La Haye*, Article 26.

34 *Règlement de La Haye*, Article 18.

35 *Règlement de La Haye*, Article 33.

36 *Règlement de La Haye*, Article 32(2).

37 *Règlement de La Haye*, Article 32.

38 *Règlement de La Haye*, Article 33(3).

39 *Glamis Gold Ltd. c. United States of America*, UNCITRAL Arbitration Rules (1976).

40 *Règlement de La Haye*, Articles 40(1) et 41.

41 *Règlement de La Haye*, Article 42(5).

La question de la confidentialité des accords transactionnels mérite d'être posée. Si l'objectif d'éviter des procédures parfois longues et coûteuses est louable, en matière de droits humains, leur confidentialité n'est pas toujours comprise. Par ailleurs, le fait même de transiger empêche la publication d'un raisonnement tranchant les questions relatives à la responsabilité. Dans cette situation aucune norme n'est reconnue comme étant violée. Ainsi, dans l'affaire *Wiwa*<sup>42</sup>, les entreprises concernées « ont versé de très fortes sommes d'argent aux plaignants sans admettre une quelconque responsabilité dans les violations commises par l'armée nigériane en lien avec un projet d'exploration d'hydrocarbures de ces entreprises. L'accord a même été utilisé par les entreprises pour renforcer leur image de compagnies soucieuses de la responsabilité sociale »<sup>43</sup>.

Or, la réparation effective passe aussi par la reconnaissance de la violation de la norme, par laquelle la société a conscience des dommages que les communautés locales ont subis. La possibilité de comprendre ce qui a été considéré comme une réparation effective, tant pour les réparations financières que pour les mesures d'autre nature, est donc empêchée.

43. Plus innovantes sont les dispositions du Règlement relatives à la nature de l'intervention du Tribunal, puisqu'on ne peut résoudre des différends relatifs à des atteintes aux droits humains comme on tranche un différend commercial. Ainsi, la loi applicable peut ne pas être, en tout ou partie, une loi nationale. Les tribunaux devraient pouvoir prendre en compte les engagements des entreprises au titre de leur politique RSE, sous réserve du droit applicable<sup>44</sup>.
44. Par ailleurs, le tribunal est invité à prononcer les mesures les plus efficaces pour la résolution du différend, qui ne sont pas forcément de nature financière puisque de telles mesures ne sont pas de nature à purger l'intégralité du contentieux. On pense facilement à des questions de pollution de sites naturels, qui ne peuvent être intégralement réparées par un paiement indemnitaire.

Prenons une nouvelle fois l'exemple de l'affaire *Glamis Gold*, à l'occasion de laquelle des mesures de mitigation ont été envisagées, comme le financement d'un musée et la création d'un documentaire<sup>45</sup>. Nous pouvons penser à d'autres exemples plus structurels, comme une condamnation à faciliter la scolarisation des enfants de la communauté, ou encore l'accompagnement à l'intégration.

La problématique ici est d'assurer l'exécution d'une telle sentence. Dans ce but, le Règlement précise que les parties entendent donner à leur arbitrage un caractère commercial et international<sup>46</sup>, pour forcer l'application de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958. Il conviendra de s'assurer, siège par siège, que la question est disponible et que les parties peuvent ainsi en convenir, d'autant plus que les différends impliquant des communautés locales pourraient donner lieu à des mesures très particulières, dont le caractère commercial n'est pas forcément évident.

42 *Wiwa et al. c. Royal Dutch Petroleum Co. et al.* (No 96-cv-08386, Cour de district pour le district sud de New York).

43 H. Cantu Rivera, « *L'affaire Kiobel ou les défis de la responsabilité des entreprises en matière de droit de l'Homme* », Centre de recherche sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire (CRDH), Université Panthéon-Assas Paris II.

44 *Règlement de La Haye*, Article 46.

45 *Glamis Gold Ltd. c. United States of America*, UNCITRAL Arbitration Rules (1976), Award, 8 juin 2009, para. 103.

46 *Règlement de La Haye*, Article 1(2).

### III. Faut-il encore croire au succès de ce Règlement de La Haye ?

45. L'avantage de parler en dernier est de pouvoir ouvrir la discussion. Il est vrai que nous n'avons pas beaucoup de recul, et que les affaires principales sont restées confidentielles, comme les accords transactionnels dans l'affaire menée sur le fondement de l'accord conclu à la suite du drame du Rana Plaza<sup>47</sup>.

Il faut toutefois prendre un risque et je le fais volontiers. Le bilan est, à ce stade, un constat d'échec de ce Règlement qui n'a pas rencontré son public. La démarche inclusive est un échec, il s'agit d'un règlement destiné surtout au monde anglo-saxon, et dont les acteurs potentiels se comptent, en réalité, en nombre limité.

Cela est regrettable car l'idée de permettre un brassage des cultures juridiques sur des sujets aussi transnationaux est utile, surtout qu'il s'agit également de permettre une discussion entre deux mondes qui sont très méfiants l'un envers l'autre, celui des droits fondamentaux et celui de l'arbitrage.

Dans ce contexte, offrir un outil aux entreprises transnationales, bien que cela ne soit pas la panacée, était un objectif global louable. Ni cet objectif, ni celui de conférer à l'arbitrage un rôle spécifique de gouvernance globale par le biais de ce Règlement, ne sont atteints à ce jour.

2 juin 2023

<sup>47</sup> Voir le communiqué de Presse de la CPA [2435 \(pcacases.com\)](https://www.pcacases.com)

Jean-Baptiste Racine

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas (Paris II)

Les liens entre arbitrage et communautés locales sont une thématique émergente du droit de l'arbitrage. Dès lors qu'une opération affecte le sort de communautés locales, des litiges sont susceptibles d'émerger pour être potentiellement soumis à l'arbitrage. Des questions nouvelles se posent alors. Les communautés locales peuvent-elles se prévaloir d'une convention d'arbitrage et si oui à quel titre ? Quelles sont les spécificités du litige et quelles sont les mesures susceptibles d'être ordonnées par les arbitres ? En creux, les rapports entre arbitrage et communautés locales renvoient à la nécessité de penser un arbitrage plus inclusif, l'arbitre se faisant, peu à peu, régulateur.

Mots-clefs

Arbitrage  
Droits Humains  
Convention d'arbitrage

Communautés locales  
Environnement  
Procédure d'arbitrage

Peuples autochtones  
Accès à la justice  
Dispute boards  
Arbitre régulateur

*The links between arbitration and local communities are an emerging theme in arbitration law. When an operation affects the fate of local communities, disputes are likely to arise and potentially be submitted to arbitration. This raises new questions. Can local communities invoke an arbitration agreement, and if so, on what basis? What are the specificities of the dispute and what measures can arbitrators order? Implicitly, the relationship between arbitration and local communities points to the need to consider a more inclusive arbitration process, with the arbitrator gradually becoming a regulator.*

1. Traiter du thème de l'arbitrage et des communautés locales est profondément original et novateur. Le séminaire tenu à l'Université Paris-Saclay à l'initiative de Sandrine Clavel et de Patrick Jacob a permis de s'intéresser à cette thématique émergente du droit de l'arbitrage et pour l'heure largement inexplorée. Pourtant, la rencontre entre arbitrage et communautés locales est inéluctable : l'arbitrage est désormais la juridiction la plus utilisée dans le domaine international et les communautés locales sont concernées par des opérations de grande envergure dans le secteur, par exemple, de la construction ou de l'industrie extractive. Que l'on prenne quelques exemples : construction d'un barrage, d'une autoroute ou d'un aéroport, forage de pétrole, exploitation d'une mine (de charbon, de nickel, de bauxite, etc.) ou d'une forêt, ou bien encore création d'une usine. Dans tous ces exemples, la formalisation juridique de l'opération permet le plus souvent de recourir à l'arbitrage en cas de contentieux, dès lors qu'elle est internationale. Dans tous ces exemples, des communautés

locales sont susceptibles d'être affectées (elles sont dans l'état de victimes potentielles d'effets indésirables de l'opération engagée).

2. À ce stade, deux questions liminaires se posent. Tout d'abord, celle de la définition des communautés locales. Le parti pris a été, avec raison, de définir largement la notion même de communautés locales, pour ne pas la limiter aux seules populations autochtones. Les communautés locales sont les personnes, faites de chair et d'os, habitant un lieu donné où une opération économique se déroule ou est projetée. L'on voit alors immédiatement que l'enjeu sous-jacent concerne l'impact social d'une opération économique, les liens entre l'économique et le social et entre l'économique et l'environnement. Il y a un monde physique qui renvoie au réel et qui impose l'évidence de son existence. Ensuite, la question est celle des droits susceptibles d'être invoqués par les communautés locales. Ces droits sont multiples et dépendent largement du pays dans lequel l'opération se réalise. Mais, à première vue, les droits les plus évidemment sollicités sont les droits humains (essentiellement les droits économiques et sociaux, mais également certains droits civils et politiques) et le droit de l'environnement (qui confère aussi des droits subjectifs aux êtres humains habitant un territoire). Ajoutons, pour les populations autochtones, des droits spécifiques découlant notamment de la convention de l'OIT n°169 de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (ratifiée par 24 États, la France ne figurant pas au nombre des États parties) et la Déclaration de l'ONU de 2007 sur les droits des peuples autochtones (qui est un texte de droit souple<sup>1</sup>). En particulier, au titre de ces droits, les populations autochtones ont le droit spécifique d'accéder à la justice<sup>2</sup>.
3. Que vient faire l'arbitrage dans ce contexte? La question est de savoir si les communautés locales peuvent participer, de près ou de loin, à un litige soumis à l'arbitrage et concernant l'opération dont ils ressentent ou sont susceptibles de ressentir les répercussions dans leur vie quotidienne. À première vue, il y aurait un monde entre l'arbitrage international et les communautés locales. Alors que l'arbitrage international est déterritorialisé, les communautés locales, elles, sont ancrées dans un territoire<sup>3</sup>. Toutefois, la substance du litige porté à l'arbitrage impose de tenir compte de l'ancrage territorial et des répercussions concrètes sur la vie des personnes affectées par l'opération litigieuse. L'arbitrage international, s'il est déterritorialisé dans sa pratique, s'intéresse au réel et à ses conséquences juridiques.
4. Cette problématique doit être reliée à la connexion de plus en plus forte de l'arbitrage avec les droits humains et l'environnement. Longtemps, l'arbitrage a été utilisé (et étudié) comme la justice des affaires internationales portant sur des différends entre entreprises et concernant des contrats de droit privé. C'est le champ de l'arbitrage commercial international, selon l'expression convenue. Toutefois, de plus en plus, à mesure que le champ de l'arbitrabilité s'étendait et que l'arbitrage était utilisé presque en toutes matières,

1 M. Barelli, "The Role of Soft Law in the International Legal System: the case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", *International & Comparative Law Quarterly*, 2009, p. 957.

2 Cf. article 40 de la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones: « Les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs. Toute décision en la matière prendra dûment en considération les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés et les normes internationales relatives aux droits de l'homme ».

3 S. Clavel et P. Jacob, « [Introduction](#) », dans ce dossier.

4 FRANCARBI, *Arbitrage et intérêts publics*, Bruylant, 2019.

5 J. Levine, "The interaction of international investment arbitration and the rights of indigenous peoples", in F. Baetens (ed.), *Investment law within international law. Integrationist perspectives*, Cambridge Univ. Press, 2013, p. 106; M. Krepchev, "The Problem of Accommodating Indigenous Land Rights in International Investment Law", *J. of Int'l disp. Sett.* 2015, p. 42; V. Vadi, "The Protection of Indigenous Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration", in A. Di Blase & V. Vadi (ed.), *The Inherent Rights of Indigenous People in International Law*, Roma Tre Press, 2020, p. 203; I. Kwan-Parsons, "Investor-State Arbitration and Indigenous Rights", *Asia-Pacific Journal on human rights and the law*, 2023, p. 75. V. aussi: V. Vadi, *Cultural Heritage in International Law and Arbitration*, Cambridge Univ. Press, 2014, p. 204 et s.

6 N.M. Perrone, "The 'Invisible' Local Communities: Foreign Investors Obligations, Inclusiveness, and the International Investment Regime", *AJIL Unbound*, 2019, p. 16.

7 Ce qui pose, en amont, la question de savoir qui agit. S'agit-il de chacun des individus pris isolément ou bien de représentants? On se rappellera, en droit français, qu'un clan kanak s'est vu reconnaître la qualité à agir (CA Nouméa, 22 août 2011, 2 arrêts, 10/531 et 10/532: « le clan seul titulaire de droits fonciers, est seul à même d'en décider l'affectation; qu'eu égard à l'importance sociale et symbolique que revêt la terre dans cette société, le clan détenteur des droits fonciers constitue la structure essentielle de la société kanak; que le clan est le pilier autour duquel se déroule la vie sociale; que c'est par une formule riche de sens que l'Accord de Nouméa résume cette réalité multiple, héritée du passé, mais toujours vivace de nos jours: « L'identité kanak était fondée sur un lien particulier à la terre. Chaque individu, chaque clan se définissait par un rapport spécifique avec une vallée, une colline, la mer, une embouchure de rivière, et gardait la mémoire de l'accueil d'autres familles » (Accord de Nouméa, 5 mai 1998, préambule) »).

8 P. Wieland, "Why the *Amicus Curiae* Institution is Ill-suited to address Indigenous Peoples' Rights before Investor-State Arbitration Tribunals: Glamis Gold and the Right of Intervention", *Trade L. & Dev.* 2011, p. 334; P. Jacob, « [Des amis trop discrets. La participation des communautés locales à l'arbitrage d'investissement](#) », dans ce dossier.

9 W. Ben Hamida, « [La transparence des contrats et des arbitrages extractifs](#) », dans ce dossier.

l'arbitrage est entré au contact d'intérêts publics. C'est l'évidence en matière d'arbitrage d'investissement où l'État défendeur se présente souvent comme garant de l'intérêt public. C'est aussi le cas dans le domaine de l'arbitrage commercial, toutes les fois où le contrat donnant lieu à litige ne concerne pas uniquement les intérêts privés des parties, mais a un impact social (c'est particulièrement vrai en matière environnementale). L'arbitrage ne peut ainsi être insensible à l'intérêt public<sup>4</sup>, souvent matérialisé par des normes, principes ou règles d'ordre public.

5. Le cas de l'arbitrage d'investissement est intéressant en ce que, bien souvent, le contentieux concerne un projet ou une opération affectant les communautés locales (comme dans le domaine de l'industrie extractive). Dans cette optique, les auteurs se sont surtout intéressés à la prise en compte des droits et intérêts des populations autochtones dans l'arbitrage d'investissement<sup>5</sup>. Il est fréquent que, après l'opposition des populations concernées, un projet, ayant fait au préalable l'objet d'une autorisation administrative, doive être abandonné, l'autorisation étant retirée. Dans ce contexte, le litige oppose l'investisseur privé à l'État au titre d'un traité de protection des investissements. Les communautés locales sont alors des acteurs invisibles<sup>6</sup>, car elles n'ont pas voix au chapitre. Elles ne sont pas parties au litige. Elles sont reléguées au rang de fait, un fait parmi les autres, que le tribunal arbitral est appelé à prendre en compte. À cela s'ajoute que l'État représente de multiples intérêts. Il est certes censé incarner l'intérêt général. Mais, au-delà, il doit arbitrer entre plusieurs intérêts contradictoires. Il n'est pas nécessairement du côté des communautés locales. Il peut vouloir privilégier l'attractivité économique, le développement économique, la logique de croissance. La politique d'accueil de l'investissement étranger peut prévaloir sur tout autre intérêt. D'autant plus que l'État n'est pas nécessairement une démocratie et peut ainsi être insensible à la voix des populations.
6. Dans tous les cas, la problématique dépasse le seul cas de l'arbitrage d'investissement. C'est tout l'arbitrage, en tant qu'institution, qui est sollicité. À ce titre, deux questions se posent: celle des communautés locales confrontées à la convention d'arbitrage (I) et celle des mêmes communautés confrontées à la procédure d'arbitrage (II).

#### I. Les communautés locales et la convention d'arbitrage

7. La première question est de savoir si les communautés locales peuvent avoir accès à la justice arbitrale<sup>7</sup>. Il faut pour ce faire qu'une convention d'arbitrage le leur permette. Certes, il est possible de faire intervenir les communautés locales autrement qu'en qualité de parties. Leurs intérêts peuvent être portés par des *amici curiae*, pratique désormais installée dans l'arbitrage d'investissement, bien que faisant l'objet de critique pour son manque d'effectivité<sup>8</sup>. Cette question ramène au débat plus large de la transparence<sup>9</sup>. Elles peuvent également être appelées en qualité de témoins, pour éclairer le tribunal

arbitral sur les aspects factuels d'un litige. Mais la véritable question est celle de la possibilité pour les communautés locales d'être parties à un arbitrage, de manière à participer à la procédure et à formuler des prétentions. Plusieurs cas de figure se présentent alors selon qu'un contrat a été conclu ou non avec les communautés locales.

8. Premièrement, le plus souvent, aucun contrat n'est conclu avec les communautés locales. Il est certes toujours possible de passer par la voie du compromis, une fois le litige né, pour soumettre celui-ci à l'arbitrage. L'hypothèse est cependant difficile à mettre en œuvre, même si elle reste réalisable. La question principale, en réalité, est de savoir si les communautés locales peuvent venir se greffer sur une clause d'arbitrage existante pour porter une action devant un tribunal arbitral.
9. Il est possible d'imaginer l'application de la règle de l'extension de la clause d'arbitrage aux tiers s'étant impliqués dans la formation, l'exécution ou la résiliation du contrat contenant la clause<sup>10</sup>. Il faut pour cela que les communautés locales, en tant que tiers à la clause d'arbitrage, se soient directement impliquées, par leur attitude ou leur comportement, dans le contrat lui-même (toutefois, la solution vient principalement du droit français, et postule que l'arbitrage ait, en pratique, pour siège la France). En toute hypothèse, une piste peut être trouvée en faveur de l'extension toutes les fois où les communautés locales ont été consultées dans la préparation de l'opération (au titre de processus de consultation ou d'information ou d'études d'impact). Dans cette hypothèse, il serait envisageable de se fonder sur leur implication dans la formation du contrat en vue de leur étendre la convention d'arbitrage. Il est des cas également où les communautés locales sont associées dans l'exécution même du contrat (à l'occasion de processus de suivi), ce qui pourrait aussi justifier l'extension de la clause d'arbitrage<sup>11</sup>.
10. L'autre possibilité est de se fonder sur une stipulation pour autrui<sup>12</sup>. Il est admis en France que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui peut invoquer (ou se voir opposer) une clause d'arbitrage<sup>13</sup>. Encore faut-il analyser la position des communautés locales comme bénéficiaires d'une stipulation pour autrui au titre d'un contrat auquel elles sont tierces (et qui contient une clause d'arbitrage). La question est en débat et tout dépend, au fond, de la rédaction du contrat lui-même (qui peut selon les formulations retenues, plus ou moins larges, être interprété comme contenant une stipulation pour autrui, du moins à titre implicite)<sup>14</sup>. Il faut en outre que la loi applicable admette l'invocabilité de la clause d'arbitrage au titre de la stipulation pour autrui, ce qui est le cas du droit français, mais pas de tous les droits, tant s'en faut.
11. Du côté de l'entreprise privée qui mène l'opération (par exemple dans le secteur extractif), il serait en toute hypothèse envisageable qu'elle formule une offre unilatérale d'arbitrage. L'arbitrage ne serait pas

10 M. de Fontmichel, « [Les mécanismes permettant à un tiers d'intervenir dans ou de participer à la procédure arbitrale](#) », dans ce dossier.

11 A. Ngwanza, « Pratiques contractuelles de l'industrie extractive et participation des riverains aux arbitrages internationaux », *AJ contrat*, 2020, p. 135 (l'auteur prenant l'exemple de l'oléoduc pétrolier entre le Tchad et le Cameroun).

12 S. Clavel, « [Ouvrir l'arbitrage aux communautés locales par le droit privé: Repenser la stipulation pour autrui à la lumière du Third Party Beneficiary Principle](#) », dans ce dossier.

13 Civ. 1re, 11 juil. 2006, *JCP* 2006, II, 10183, note C. Legros; *Rev. arb.* 2006, p. 969, note Ch. Larroumet; *RTD. com.* 2006, p. 773, obs. E. Loquin.

14 K. Mitkidis, "Enforcement of sustainability contractual clauses in supply chains by third parties", in V. Ulfbeck, A. Andhov & K. Mitkidis (ed.), *Law and responsible supply chain management. Contract and tort interplay and overlap*, Routledge, 2019, p. 65.

fondé sur une clause d'arbitrage en bonne et due forme, mais sur une offre d'arbitrage émanant de l'entreprise, offre acceptée par les communautés locales au moment de l'introduction des demandes (ce qui matérialise une forme de consentement dissocié, comme dans l'arbitrage d'investissement fondé sur des traités). Cette offre pourrait se loger, selon le droit français, dans les statuts d'une société à mission ou bien dans la clause d'arbitrage contenue dans le contrat conclu par l'entreprise en vue de la conduite de l'activité (ex. un contrat minier)<sup>15</sup>. On peut aussi penser à l'insertion d'une offre d'arbitrer dans le code de conduite de l'entreprise. Encore faut-il que l'entreprise menant l'opération veuille émettre une offre d'arbitrage. C'est une démarche engageante, car, ce faisant, elle offre aux communautés locales un for efficace en vue d'élever des prétentions à son encontre. De plus, il serait nécessaire de préciser l'offre pour ne pas permettre à n'importe qui dans le monde de s'en prévaloir. Il conviendrait ainsi de délimiter la catégorie de personnes visées (les communautés locales avec un degré de précision suffisant, leurs représentants, ou toute autre formule idoine). La pratique ne montre, pour l'heure, pas d'exemple de telles offres unilatérales d'arbitrage, mais elle pourrait évoluer dans le futur, à mesure que les engagements pris à l'égard des communautés locales deviendraient plus contraignants. Si les entreprises n'offrent pas spontanément le recours à l'arbitrage, l'autre possibilité serait de les obliger à le faire. Il a été soutenu que les États délivrant des autorisations administratives d'exploiter des ressources naturelles peuvent conditionner l'autorisation au recours à l'arbitrage en cas de conflit avec les populations autochtones<sup>16</sup>. C'est en effet une piste à explorer en vue de donner un accès à la justice arbitrale aux communautés locales.

15 M. de Fontmichel, « Les mécanismes permettant à un tiers d'intervenir dans ou de participer à la procédure arbitrale », *op. cit.*

16 G.K. Foster, "Foreign Investment and Indigenous Peoples: Options for Promoting Equilibrium Between Economic Development and Indigenous Rights", *Michigan Journal of International Law*, 2012, p. 627, spéc., p. 676.

17 L. Cotula & N. Perrone, "Investors' International Law and its Asymmetries: The Case of Local Communities", in J. Ho & M. Sattorova (ed.), *Investors' International Law*, Hart, 2021, p. 71, spéc., p. 87.

18 V., pour des propositions, E. T. Laryea, "Making Investment Arbitration Work for All: Addressing the Deficits in Access to Remedy for Wronged Host State Citizens Through Investment Arbitration", *Boston College Law Rev.*, 2018, p. 2845; M. Jarret, S. Puig & S. Ratner, "Towards Greater Investor Accountability: Indirect Actions, Direct Actions by States and Direct Actions by Individuals", *J. Int'l. Disp. Settl.*, 2023, p. 259.

19 V., le TBI entre le Maroc et le Nigéria du 3 décembre 2016, non encore entré en vigueur (Article 24 Corporate Social Responsibility: "1) In addition to the obligation to comply with all applicable laws and regulations of the Host State and the obligations in this Agreement, and in accordance with the size, capacities and nature of an investment, and taking into account the development plans and priorities of the Host State and the Sustainable Development Goals of the United Nations, investors and their investments should strive to make the maximum feasible contributions to the sustainable development of the Host State and local community through high levels of socially responsible practices").

12. Dans l'arbitrage d'investissement, il serait même imaginable d'octroyer aux communautés locales (plus particulièrement les populations autochtones) un droit d'intervention dans un litige entre un investisseur et un État, dès lors que leurs intérêts sont en jeu<sup>17</sup>. Les communautés locales n'interviendraient pas en qualité d'*amici curiae*, mais en tant que parties, susceptibles d'élever des prétentions<sup>18</sup>. *A priori*, la chose est possible : les investisseurs privés ne sont pas, en principe, des sujets de droit international ; pourtant, la possibilité d'invoquer le bénéfice d'un traité leur a été reconnue. Il suffirait que le traité ouvre la faculté aux populations locales de faire valoir des droits contre l'investisseur (spécialement si le traité impose des obligations à l'égard des investisseurs relativement aux communautés locales<sup>19</sup>). Il serait même imaginable de permettre la formulation de prétentions à l'égard de l'État lui-même. Cependant, la voie est longue avant d'en arriver là. L'admission des *amici curiae* a été difficile, et celle d'interventions en qualité de parties le serait encore plus (et ce serait ouvrir la boîte de Pandore : si les populations locales sont admises à intervenir, d'autres catégories de personnes pourraient l'être, à ceci s'ajoutant potentiellement des ONGs, porteuses d'intérêts convergents). Il faudrait en outre que les communautés locales puissent formuler des demandes fondées sur des obligations

20 M.M. Mbengue, « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, 2017, p. 295; J.E. Vinuales, "Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments", *ICSID Rev.* 2017, p. 346; L. Boisson de Chazournes, "Changes in the Balance of Rights and Obligations: Towards Investor Responsibility", in T. El Ghadban, Ch.-M. Mazuy et A. Senegacnik (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'État?*, Pedone, 2018, p. 85; N. Bernasconi-Osterwalder, "Inclusion of Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Investment Agreements", *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2021, p. 463. V. aussi, P. Dumbery & G. Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs", *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2011-2012, p. 569; M. Krajevski, "A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application", *Business and Human Rights Journal*, 2020, p. 105; B. Choudhury, "Investor Obligations for Human Rights", *ICSID Rev.*, 2020, p. 82.

21 M. Sattorova, "The Foreign Investor as a Good Citizen: Investor Obligations to do Good", J. Ho & M. Sattorova (ed.), *Investors' International Law*, *op. cit.*, p. 45.

22 S. Clavel, « Les accords de partage de bénéfices: Les entreprises extractives face aux communautés locales », 2023, [hal-04309497](https://doi.org/10.4039/04309497). V. aussi, C. Knotsch, P. Siebenmorgen et B. Bradshaw, « Les « Ententes sur les répercussions et les avantages » et le bien-être des communautés. Des occasions ratées ? », *Recherches amérindiennes au Québec*, 2010, p. 59; L. Knöpfel, « Une perspective anthropologique sur les pratiques de responsabilité des entreprises dans les chaînes de valeur mondiales », *Rev. int. dr. éco.*, 2021, p. 45.

23 Au sujet de l'arbitrage d'investissement, v., M.M. Barnes, "The 'Social License to Operate': An Emerging Concept in the Practice of International Investment Tribunals", *Journal of International Dispute Settlement*, 2019, p. 328; E. Silva Romero et R. Legru, « Quelle place pour la compliance dans l'arbitrage d'investissement ? », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Dalloz-JORC, 2023, p. 281, spéc., p. 287 et s.

24 S. Clavel, « Les accords de partage de bénéfices: Les entreprises extractives face aux communautés locales », *op. cit.*, n° 44.

25 *Principes pour des contrats responsables. Intégrer la gestion des risques pour les droits de l'homme dans les négociations contractuelles entre États et investisseurs. Conseils à l'intention des négociateurs*, Nations Unies, 2015.

26 F.-X. Train, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, LGDJ, 2003.

27 A. Ngwanza, « Pratiques contractuelles de l'industrie extractive et participation des riverains aux arbitrages internationaux », *op. cit.*

des investisseurs, qui, si elles existent désormais, relèvent plus, en droit positif, du domaine de l'exception que du principe<sup>20</sup>. Il faudrait aussi que les États acceptent l'intervention d'une nouvelle partie, alors qu'ils ont généralement la prétention d'incarner à eux seuls l'intérêt général, qui engloberait celui des communautés locales. Les populations locales seraient ainsi comme un « chien dans un jeu de quilles » de l'arbitrage d'investissement. Néanmoins, dès l'instant où l'on cherche des solutions nouvelles, de *lege ferenda*, celle-ci en est une. Une telle réforme irait dans le sens du caractère plus « inclusif » du droit international des investissements et ouvrirait la voie à l'obligation pour l'investisseur de « faire le bien »<sup>21</sup>.

13. Deuxièmement, il se peut qu'un contrat ait été conclu avec les communautés locales elles-mêmes. Se développent en effet des contrats conclus entre une entreprise (issue généralement de l'industrie extractive) et les communautés locales, appelés accords de partage des bénéfices<sup>22</sup> ou accords de développement communautaire. Il s'agit d'une simple pratique contractuelle, destinée à mettre en œuvre juridiquement la licence sociale d'exploiter. En effet, au-delà d'une seule permission « juridique » (*via* une autorisation administrative) émerge la nécessité d'obtenir une permission sociale, c'est-à-dire une adhésion des populations concernées à l'opération menée<sup>23</sup>. Ces contrats contiennent généralement des clauses de règlement des différends, dont certaines sont des clauses d'arbitrage (même si la qualification peut être discutée selon les cas<sup>24</sup>). Sur le fondement de ces clauses, il est ainsi possible pour les communautés locales de formuler des prétentions à l'encontre de l'entreprise au titre du contrat conclu (et corrélativement, l'entreprise peut aussi introduire une action contre les communautés locales dès l'instant où le contrat est synallagmatique). Cette pratique est intéressante en ce qu'elle s'inscrit dans la logique des *Principes pour des contrats responsables* qui incitent à la fois à prévoir un plan d'engagement local communautaire (art. 7) et des mécanismes de réclamation en cas de préjudice envers des tiers (art. 9)<sup>25</sup>.
14. Il est encore possible d'invoquer l'existence d'un groupe de contrats. Selon la jurisprudence française, la clause d'arbitrage peut être étendue au sein d'un groupe de contrats, entre contrats liés<sup>26</sup>. C'est un cas d'extension *ratione materiae*, fondé sur l'indivisibilité ou l'interdépendance entre contrats. Il a ainsi été proposé d'étendre la clause d'arbitrage contenue dans le contrat extractif à l'accord de développement communautaire au motif que ces deux contrats sont liés entre eux<sup>27</sup>. C'est une piste intéressante qui pourrait permettre de pallier la carence éventuelle de l'accord de développement communautaire quant aux modes de règlement des différends (tous les accords ne prévoient pas en effet de clauses en la matière).
15. Toutes ces propositions sont intéressantes et s'insèrent dans une nouvelle dynamique tirée d'une part, du devoir de vigilance et d'autre part, du Règlement de La Haye de décembre 2019.

28 On ajoutera le règlement 2023/1115 du 31 mai 2023 relatif à la mise à disposition sur le marché de l'Union et à l'exportation à partir de l'Union de certains produits de base et produits associés à la déforestation et à la dégradation des forêts qui intéresse, indirectement, le sort des communautés locales, *via* la lutte contre la déforestation (sur lequel, v., P. Thieffry, « Environnement et développement durable – Déforestation importée, devoir de vigilance et vellités extraterritoriales. Observations sur le règlement européen sur la déforestation et la dégradation des forêts », *Energie-Environnement-Infrastructures*, octobre 2023, étude 21).

29 En outre, l'Annexe 1 à la directive mentionne, au titre des droits humains concernés, « Le droit des individus, des groupements et des communautés à la terre et aux ressources et à ne pas être privés de moyens de subsistance, ce qui implique l'interdiction de prendre illégalement possession de terres, de forêts et d'eaux, ou d'en chasser une personne, lors de l'acquisition, du développement ou de l'utilisation, y compris par la déforestation, de terres, de forêts et d'eaux, dont l'utilisation doit garantir les moyens de subsistance d'une personne, interprétée conformément aux articles 1er et 27 du pacte international relatif aux droits civils et politiques et aux articles 1er, 2 et 11 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ».

30 M. Nioche, « [Protéger les communautés locales dans l'arbitrage par le devoir de vigilance](#) », dans ce dossier.

31 Paris, 18 juin 2024, n° RG 21/22519.

32 <https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>. Pour des commentaires, v. U. Glässer & C. Kück, "The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration – A Balancing Act", *German arb. J.* 2020, p. 124; K. Duggal & R. Rangachari, "International Arbitration Promoting Human Rights: The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration (2019)", *Asian Dispute Rev.* 2020, p. 102; W. Brillat-Capello, "The Hague Rules on business and human rights arbitration: l'arbitrage comme outil de respect des droits humains", *Rev. arb.* 2020, p. 377; C. Kessedjian, "The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration ou comment l'arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l'homme par les entreprises", *JDI* 2021, p. 71; F. Seatzu et P. Vargiu, « Les règles de La Haye sur l'arbitrage en matière d'entreprises et de droits de l'homme: un succès ou une utopie? », *J. dr. trans.*, 2023.

33 W. Brillat-Capello, « [Adapter la procédure arbitrale à la présence des communautés locales: les apports du règlement de La Haye sur l'arbitrage relatif aux entreprises et aux droits humains](#) », dans ce dossier.

16. Le devoir de vigilance a fait son entrée en droit français par la loi du 27 mars 2017. Il existe désormais un relais européen avec la directive sur le devoir de vigilance du 13 juin 2024<sup>28</sup>. Le devoir de vigilance impose aux entreprises assujetties, par l'adoption d'un plan, de prendre des mesures préventives aptes à éviter la réalisation d'une atteinte aux droits humains et à l'environnement. Le sort des communautés locales (spécialement des populations autochtones) est concerné dans la mesure où l'activité d'une entreprise est susceptible d'affecter leurs intérêts. Les peuples autochtones sont à cet égard spécialement visés dans le préambule de la directive du 13 juin 2024 (considérants 33 et 65)<sup>29</sup>. S'agissant de l'arbitrage, trois points méritent d'être relevés. Tout d'abord, le devoir de vigilance impose en pratique de contractualiser le respect des droits humains et de l'environnement. Dès lors qu'une clause d'arbitrage est stipulée dans le contrat conclu, l'arbitre devient un juge du devoir de vigilance<sup>30</sup>. Ensuite, à suivre l'idée d'une offre unilatérale d'arbitrage formulée par une entreprise, celle-ci pourrait être logée dans le plan de vigilance lui-même. Pour l'heure, aucun plan de vigilance, à notre connaissance, ne contient une telle offre, mais cela pourrait changer à l'avenir. Enfin, les interactions avec l'arbitrage ont été mises en lumière par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 juin 2024 rendu dans l'affaire EDF<sup>31</sup>. Il s'agissait bien d'une affaire mettant en jeu les droits des peuples autochtones (*via* le projet d'implantation d'un parc d'éoliennes au Mexique sur la terre de la communauté autochtone Zapotèque Union Hidalgo). Pour ce qui nous intéresse, une procédure arbitrale était en cours consécutivement à l'annulation du contrat d'exploitation. La Cour d'appel a refusé de faire droit à la demande de mesure conservatoire (consistant en la suspension du projet) au motif que la mesure sollicitée concernait non les obligations relatives au plan de vigilance, mais le projet lui-même, ce qui relevait du tribunal arbitral saisi. On voit ainsi poindre des règles de coordination entre le juge du devoir de vigilance et les arbitres, chacun ayant des chefs de compétence particuliers.
17. La question est d'autant plus importante qu'il existe désormais un règlement d'arbitrage spécialement conçu pour traiter des litiges en lien avec le respect par les entreprises des droits humains: le Règlement de La Haye du 12 décembre 2019<sup>32</sup>. Ce texte vise à mettre en œuvre le troisième pilier des Principes directeurs de l'ONU de 2011 « Réparer ». Ce règlement est conçu pour adapter les règles de conduite d'une procédure arbitrale à la spécificité de tels litiges. Il permettrait ainsi aux communautés locales d'accéder à la justice arbitrale en bénéficiant de règles spécialement taillées pour appréhender l'originalité des litiges surgissant à la suite d'une atteinte aux droits humains<sup>33</sup>. Dans cette optique, les accords de partage des bénéfices ou les accords de développement communautaire gagneraient à insérer des clauses d'arbitrage renvoyant à ce règlement. Cela impose alors de s'intéresser à la procédure d'arbitrage elle-même.

## II. Les communautés locales et la procédure d'arbitrage

18. Dès lors que les communautés locales pourraient invoquer à leur profit une convention d'arbitrage, encore faudrait-il qu'elles aient intérêt à le faire. Il faut donc se demander si l'arbitrage est un for adapté à leurs réclamations. En réalité, bien souvent, les opérations ayant un impact sur les communautés locales (en particulier dans le secteur extractif) ont lieu dans des pays en développement, dont la justice, pour le dire simplement, ne fonctionne pas de manière satisfaisante. Les communautés locales ont certes la faculté d'introduire une demande indemnitaire contre l'opérateur privé ou bien de contester les autorisations délivrées par l'État. Toutefois, rien ne garantit que l'accès à la justice soit, dans ce contexte, effectif. À cela s'ajoutent les hypothèses de corruption de la justice publique, ce qu'atteste le cas emblématique *Chevron c. Équateur*<sup>34</sup>.
19. Dans le même temps, il est toujours envisageable de porter l'action devant les juridictions du pays d'origine de l'entreprise conduisant l'opération (à la condition que celle-ci ne soit pas portée par une filiale locale). Il y a même des dispositions spécifiques à ce sujet dans les traités bilatéraux de nouvelle génération. De manière intéressante, le TBI entre le Maroc et le Nigéria prévoit que "*Investors shall be subject to civil actions for liability in the judicial process of their home state for the acts or decisions made in relation to the investment where such acts or decisions lead to significant damage, personal injuries or loss of life in the host state*" (art. 20). Cette disposition est remarquable en ce qu'elle vient du texte même du traité et qu'elle ménage un droit d'accès aux juridictions de l'État d'origine de l'investisseur. Cependant, il y a toujours la difficulté pour les communautés locales de devoir plaider loin de chez elles, loin du lieu où un dommage se serait produit, dans une langue qui n'est pas la leur (outre les contestations possibles de la compétence du juge saisi).
20. Dans le même temps, l'arbitrage connaît certaines spécificités, qui sont susceptibles d'obérer le recours à la justice arbitrale des communautés locales. Tout d'abord, à supposer qu'une clause d'arbitrage puisse être étendue aux communautés locales<sup>35</sup>, encore faut-il que celles-ci connaissent son existence et sachent qu'une procédure arbitrale est engagée. Si l'arbitrage est gouverné par le principe de confidentialité, rien ne permet pour elles de connaître l'existence d'un arbitrage et de pouvoir s'y agréger. L'extension d'une clause d'arbitrage postule ainsi, et nécessairement, que la procédure d'arbitrage soit publique, ce qui ramène une fois encore à la transparence du processus. Ensuite, la procédure arbitrale est classiquement coûteuse en ce qu'elle implique, notamment, la rémunération des arbitres. C'est ici ramener le débat sur le terrain de l'accès à la justice, les communautés locales n'ayant pas nécessairement les moyens d'assumer les coûts d'une procédure d'arbitrage. Des solutions existent cependant, notamment aux termes du Règlement de La Haye (cf. articles 51 à 54). Il serait même envisageable que dans les

34 Dans cette affaire, à la suite d'une pollution consécutive à l'exploitation d'hydrocarbures, un jugement équatorien condamna le consortium à l'origine du dommage à indemniser les victimes. Ce jugement ayant été rendu à la suite de pratiques de fraude et de corruption, la situation fut considérée par un tribunal arbitral statuant en vertu du TBI Etats-Unis-Équateur comme constitutive d'un déni de justice (Sentence du 30 août 2018, *Cah. arb.*, 2019, p. 417, note E. Teynier).

35 V., *supra*.

clauses d'arbitrage proposées unilatéralement par les entreprises<sup>36</sup>, celles-ci déclarent accepter la prise en charge des coûts de l'arbitrage (ce qui serait le degré ultime de l'engagement des entreprises en faveur de l'arbitrage!).

21. L'autre problème est celui des mesures susceptibles d'être ordonnées par un tribunal arbitral. Le contentieux concernant les communautés locales sollicite de plein fouet les droits humains et la préservation de l'environnement. Deux questions se posent à cet égard.
22. Premièrement, à supposer des sommes allouées en réparation d'un dommage, il serait possible de les affecter à un but particulier, en l'occurrence l'amélioration du sort des communautés locales. C'est tout à fait possible dans le contexte de l'arbitrage d'investissement. Plutôt que d'allouer une somme à l'État (qui intègre son budget général, sans affectation particulière), un tribunal arbitral peut obliger de dédier la somme à un but particulier (ex. la remise en état d'un site). Il en va de même des sommes dues par l'État. En matière de corruption, dans l'affaire *Spentex Netherlands B.V. c/ République d'Ouzbékistan*, le tribunal arbitral a invité l'État à payer les sommes dues au titre des frais d'arbitrage au PNUD (Programme des Nations Unies pour le développement), cet organisme menant des politiques de lutte contre la corruption<sup>37</sup>. C'est une décision originale et qui ouvre des perspectives intéressantes dans l'affectation spécifique des sommes octroyées (il faut aussi que les conseils des parties s'en emparent pour formuler des demandes en ce sens aux arbitres). Un tribunal arbitral pourrait ainsi prévoir l'affectation d'une somme d'argent à un projet ciblé, au titre de mesures spécifiques.
23. Deuxièmement, l'allocation de dommages et intérêts n'est pas nécessairement une mesure suffisante. Il convient également de procéder par le biais de mesures de remédiation. Il en va ainsi par exemple de la condamnation d'une entreprise à remettre en état un site pollué. Il peut s'agir aussi de mesures positives, à l'instar de la construction d'une école ou la réfection de routes. Un tribunal arbitral a le pouvoir d'ordonner de telles mesures. Toutefois, la difficulté est qu'elles imposent un suivi. Or, les pouvoirs d'un tribunal arbitral s'épuisent dès que la sentence est rendue. Des solutions existent néanmoins, pour le moment de manière prospective. Il serait possible pour les arbitres de nommer un expert, chargé de suivre et de contrôler les mesures de remédiation, une fois que la sentence est rendue<sup>38</sup>. Il serait même envisageable de prévoir, par exemple dans la clause d'arbitrage, la restauration de la compétence des arbitres (et donc la reconstitution du tribunal arbitral) pour trancher les éventuelles difficultés surgissant à l'occasion de l'exécution des mesures de remédiation.
24. L'autre innovation serait de mettre en place des *Dispute Boards* dédiés à la conduite de l'opération elle-même, du début à la fin<sup>39</sup>. On connaît cette institution originale, créée par la pratique, qui permet de trancher au fur et à mesure de leur survenance les litiges dans les

36 V., *supra*.

37 I. Michou, « [La prise en compte des intérêts des communautés locales: Réflexions à partir de la sentence Spentex Netherlands B.V. c/ République d'Ouzbékistan CIRDI n° ARB/13/26](#) », dans ce dossier.

38 J.M. Garcia Represa, "Effectiveness of compliance in environment and human rights-appropriate reparations: corrective actions, affectation of proceeds and rehabilitation over time", in L. Gama Jr, M.I. Sola, P. Thieffry (ed.), *Navigating the New Contents of International Public Policy. Compliance in Environment and Human Rights*, ICC, 2023, p. 230, spéc., p. 249.

39 J.M. Garcia Represa, "Effectiveness of compliance in environment and human rights-appropriate reparations: corrective actions, affectation of proceeds and rehabilitation over time", *op. cit.*, pp. 250-251.

opérations de construction internationales. L'idée serait de mettre en place des *Dispute Boards* pour gérer les difficultés surgissant en cours d'exécution avec les communautés locales (spécifiquement dans le domaine de l'industrie extractive). Il faudrait ainsi réfléchir à la mise en place concrète de telles structures, visant à accompagner l'opération, en tenant compte des intérêts des populations locales.

25. On le voit, le thème bouscule la pratique classique de l'arbitrage. L'irruption des communautés locales (plus généralement d'intérêts tiers) invite à imaginer des solutions novatrices, pour que l'arbitrage soit plus *inclusif*. C'est une manière de tenir compte des communautés locales en tant que véritables parties prenantes. C'est aussi une manière d'insister sur l'évolution du rôle de l'arbitre qui se mue, dans certains domaines, en régulateur<sup>40</sup>. L'arbitre, dans cette perspective, n'est pas seulement chargé de trancher entre de simples intérêts privés. Il est en charge de contentieux qui confrontent l'intérêt privé et l'intérêt public, ce qui l'oblige à sortir des sentiers battus de l'arbitrage classique et à penser et pratiquer des solutions innovantes, correspondant à l'évolution de son rôle.

Giuditta Cordero-Moss  
 Professeure à l'université d'Oslo

Contrairement à l'idée parfois véhiculée, l'arbitrage international n'a pas à craindre pour son autonomie en raison de l'utilisation que pourraient faire les arbitres du droit international privé. Au contraire, le droit international privé est un instrument utile au bon fonctionnement de l'arbitrage car non seulement il favorise la prévisibilité du droit applicable au fond de la décision, mais aussi il donne les moyens pour ne pas excéder les instructions des parties tout en prenant en considération le droit qu'il faut appliquer pour préserver l'ordre public. Cela est tout à la fois dans l'intérêt des parties à un litige spécifique et dans l'intérêt de l'arbitrage en général. Les parties peuvent, grâce au droit international privé, compter sur une décision qui soit valide et exécutoire et qui puisse donc résister au contrôle judiciaire. Et l'arbitrage en général peut, grâce au lien entre l'arbitrage et le droit étatique, conserver un large champ d'application.

Mots-clefs

Arbitrage International  
 Autonomie

Droit International Privé  
 Ordre Public International

Conflits de lois  
 Prévisibilité

*Contrary to popular belief, international arbitration needs not fear for its autonomy as a result of arbitrators' potential use of private international law. On the contrary, private international law is a useful instrument for the smooth running of arbitration, since not only does it promote the predictability of the law applicable to the merits of the decision, but it also provides the means not to exceed the instructions of the parties, while taking into consideration the law that must be applied to preserve public policy. This is both in the interests of the parties to a specific dispute, and in the interests of arbitration in general. Thanks to private international law, the parties can count on a decision that is valid and enforceable, and thus able to withstand judicial review. And arbitration in general can, thanks to the link between arbitration and state law, retain a broad scope of application.*

1 Texte présenté le 28 mars 2023 dans la série de conférences de la salle 102, organisée par l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne et le Centre de recherche en droit international privé et commerce international de l'Université Panthéon-Assas. Le style oral a été conservé. Une version de cet article a déjà été publiée dans: M. Iovane, F.M. Palombino, G. Zarra, L. Marrotti D. Pauciulo, A. Stiano, D. Greco (dir.), *L'arbitrato internazionale nell'interazione tra sistemi normativi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024.

1. Le thème que j'ai choisi d'aborder aujourd'hui porte sur le rôle du droit international privé dans l'arbitrage<sup>1</sup>. C'est un thème qui pourrait sembler provocateur, particulièrement en France où l'on a développé une conception de l'arbitrage qui est incompatible avec l'application du droit international privé.
2. C'est la raison pour laquelle, comme point de départ pour mon analyse, j'ai choisi d'utiliser un écrit de Berthold Goldman qui est basé sur une intervention qu'il a donnée pour le comité français du droit

international privé et qui a été publié dans les *Travaux du comité français du droit international privé* en 1977<sup>2</sup>. Cette intervention s'intitule "Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives". Il ne s'agit bien évidemment pas du premier travail sur ce thème, ni du dernier. Pour mentionner un des travaux les plus récents sur ce même thème, je peux citer en exemple le cours général que George Bermann a donné à l'académie de la Haye en 2017<sup>3</sup>.

3. Pendant les 40 années qui séparent ces deux travaux, on peut également rencontrer de nombreuses œuvres portant sur ce même thème. Pour ne citer que quelques auteurs qui ont écrit sur ce même thème: Pierre Lalive, Renée David, Emmanuel Gaillard, Ole Lando, Luca Radicati di Brozolo, Diego Fernandez Arroyo et plusieurs autres. La majorité de ces auteurs soutiennent l'idée d'une délocalisation de l'arbitrage et l'utilité de l'application de la *lex mercatoria* pour trancher les conflits internationaux. Cependant, quelques voix se sont élevées contre la conception de l'arbitrage comme détaché des systèmes juridiques nationaux, et en faveur de l'utilité du droit international privé dans l'arbitrage international. Je peux citer F.A. Mann comme étant l'un des critiques les plus importants de la théorie de la délocalisation. Néanmoins, Goldman a, à travers ses écrits, posé les bases de la théorie de la délocalisation, et il est donc approprié d'étudier son raisonnement.
4. L'autre raison pour laquelle j'ai décidé de m'appuyer sur l'écrit de Goldman de 1977, c'est que j'ai trouvé intéressant qu'il se soit adressé au comité français du droit international privé. Le comité n'est certes pas le même organisme que la salle 102, mais il partage tout de même plusieurs traits communs avec elle, et j'ai apprécié ce parallèle. Après 46 ans d'influence presque entièrement incontestée sur la théorie de l'arbitrage, il peut être intéressant de reconsidérer son intervention.

#### I. Les arguments contre la pertinence du droit international privé pour l'arbitrage

5. Ce que j'avais pensé faire, c'est mettre en évidence trois des arguments sur lesquels la thèse de Goldman s'appuie.
6. Selon le premier argument, la pratique d'exclure expressément l'application de toute loi étatique n'est pas exceptionnelle dans les contrats internationaux<sup>4</sup>.

Selon le second, le recours à l'arbitrage international est à lui seul considéré comme un instrument d'internationalisation du contrat<sup>5</sup>. D'après Goldman, les tribunaux arbitraux ne sont pas appelés à l'application d'un droit étatique, mais à l'application et au développement de la *lex mercatoria*.

Et selon le troisième argument, la loi étatique est par définition étrangère au for arbitral<sup>6</sup>.

2 B. Goldman, « Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives », *Trav. Com. fr. DIP*, 2e année 1977, 1980 pp. 221-270.

3 G. Bermann, *International Arbitration and Private International Law. General Course on Private International Law*, *Rec. Cours Acad. La Haye* 381 2017, vol. 381, p. 41-484.

4 B. Goldman, *op. cit.*, p. 227.

5 B. Goldman, *op. cit.*, p. 229.

6 B. Goldman, *op. cit.*, p. 232.

7. Goldman s'appuie sur ces trois arguments pour développer la thèse selon laquelle un raisonnement de type conflictuel n'est pas nécessaire dans l'arbitrage. Dans sa vision, l'arbitre applique le droit de manière immédiate, d'autant plus que le droit applicable n'est pas un droit étatique, mais la *lex mercatoria*. Le droit international privé n'aurait donc pas de fonction dans l'arbitrage<sup>7</sup>.

#### A. Compatibilité avec la pratique et les sources ?

8. On peut d'abord noter que certains aspects de ces arguments ne reflètent pas nécessairement l'état des choses actuel.
9. Pour se pencher sur le premier argument, qui souligne l'exclusion par les parties de la loi étatique, je pourrais me référer de manière anecdotique à ma propre expérience en tant que membre de la cour internationale d'arbitrage de la CCI. Comme vous le savez, la CCI est la première institution arbitrale au monde, qui chaque année administre dans le monde entier plusieurs centaines d'affaires. La cour d'arbitrage contrôle la qualité de chaque décision arbitrale qui est rendue dans le cadre du règlement de la CCI. Au cours des 5 années où j'ai participé aux travaux de la cour, parmi les centaines de projets de décisions qu'on a contrôlés, il ne m'est arrivé qu'une seule fois de rencontrer le cas où les parties avaient exclu l'application de la loi étatique. Et de ma propre expérience comme arbitre, dans la centaine d'affaires que j'ai eu à trancher, je n'en ai vu aucun. Certes, les observations anecdotiques n'ont aucune valeur objective, mais cela correspond aux résultats d'un sondage qui a été mené par la *School of International Arbitration of the Queen Mary University of London* en 2010<sup>8</sup>. Le sondage confirme le faible pourcentage de contrats qui choisissent une loi non étatique. Le même constat est fait à travers la littérature, par exemple dans un article que Gilles Cuniberti a publié en 2013<sup>9</sup>, un autre que Ralf Michaels a publié en 2014<sup>10</sup>, et dans un livre sur la force majeure en Asie publié en 2021 par Sippel et Duggal<sup>11</sup>. Cet argument de Goldman semble donc avoir perdu de sa pertinence aujourd'hui.
10. Goldman ajoute une observation pour soutenir l'argument selon lequel le recours à l'arbitrage exclut l'application de la loi étatique. Selon lui, l'application de la *lex mercatoria*, donc de la loi non-étatique, ne dépend pas d'une référence convenue<sup>12</sup>. L'arbitre pourrait appliquer la *lex mercatoria* sans que les parties y aient fait référence. Or, cela ne correspond pas à la situation législative dans tous les pays.
11. Comme exemple, je peux citer l'article 46.3 de la loi anglaise sur l'arbitrage et l'article 28.2 de la loi type CNUDCI. Une grande partie des affaires internationales sont tranchées en Angleterre, et la loi type CNUDCI a été adoptée dans plus de 80 pays. Il s'agit donc de deux sources très importantes dans l'arbitrage international.

7 B. Goldman, *op. cit.*, p. 232.

8 School of International Arbitration of Queen Mary University of London, *2010 International arbitration survey: Choices in international arbitration* (2010).

9 G. Cuniberti, « Three theories of *lex mercatoria* », 2013 *Colum. J. Transnat'l L.* 52, 369.

10 R. Michaels, « Non-State Law in the Hague Principles of Choice of Law in International Commercial Contracts », in K. Purnhagen, P. Rott (eds), *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz*, 2014.

11 H. Sippel, K. Duggal, *Force Majeure and Hardship in the Asia-Pacific Region*, *Juris* 2021, p. xix.

12 B. Goldman, *op. cit.*, p. 230.

Selon ces 2 sources, l'application d'une loi non-étatique dépend de l'accord des parties. Cela n'empêche pas bien sûr le tribunal de proposer l'utilisation de la *lex mercatoria*, mais sans l'accord

des parties, le tribunal doit appliquer une loi étatique. Et comme dans la pratique, comme on vient de le faire remarquer, les parties choisissent rarement une loi non étatique, il s'ensuit que l'application de la *lex mercatoria* n'est pas un attribut nécessaire de l'arbitrage. Encore une fois, un argument de Goldman semble avoir perdu de sa pertinence aujourd'hui.

B. L'internationalisation de l'arbitrage est-elle justifiée aussi bien pour les arbitrages d'investissement que pour les arbitrages commerciaux ?

12. Il faut observer que l'argumentation de Goldman vise particulièrement l'arbitrage d'investissement. Comme on le sait, l'arbitrage d'investissement tranche les litiges entre l'investisseur étranger et l'État-hôte en appliquant le droit international public. Sans qu'il y ait de lien direct avec notre thème, je peux, par souci d'exhaustivité, ajouter qu'il y a un cadre procédural particulier pour l'arbitrage d'investissement, basé sur la Convention CIRDI de 1965. Cependant, presque la moitié des contentieux d'investissements n'a pas lieu dans le cadre de la Convention CIRDI, mais est soumise aux règles procédurales applicables à l'arbitrage commercial<sup>13</sup>. Dans notre contexte, cependant, ce n'est pas tant l'aspect procédural qui compte, mais celui de fond.
13. Or, l'argumentation de Goldman semble être développée principalement pour l'arbitrage d'investissement. Comme je l'ai dit, l'arbitrage d'investissement est basé sur le droit international public, plus précisément, il a pour but de vérifier si l'activité de l'État-hôte, incluant son activité législative, constitue un abus de pouvoir qui violerait la protection des investissements qui est garantie par le droit international public. La légitimité de l'activité de l'État-hôte, incluant son activité législative, doit nécessairement être évaluée sur la base d'un ordre juridique qui n'appartient pas à l'État même. La dimension du droit international public donne l'extériorité nécessaire. Dans ce contexte, on ne peut que partager la thèse selon laquelle la loi de l'État intéressé ne peut pas être la seule source pour trancher le litige.
14. Ce que je remets en question, c'est que le raisonnement qui est applicable à l'arbitrage d'investissement soit applicable à l'arbitrage commercial. Goldman, dans son intervention, apporte des exemples dans l'arbitrage des investissements<sup>14</sup>. Cependant, la thèse de la délocalisation, bien qu'elle soit développée pour l'arbitrage d'investissement<sup>15</sup>, s'est très vite étendue à tout l'arbitrage. Depuis des décennies, l'arbitrage entier, incluant l'arbitrage commercial, est décrit comme un ordre juridique autonome qui n'est pas sujet à une loi étatique spécifique, et dans lequel la *lex mercatoria* s'inscrit comme le droit applicable au fond idéal.
15. Est-ce justifié de faire un parallèle entre les deux formes d'arbitrage ? Si tel était le cas, la délocalisation aurait toute sa place pour l'arbitrage commercial aussi. Cependant, la nécessité d'extériorité

13 G. Cordero-Moss and D. Behn, « Arbitration and the Development of Law », in S. Kröll, A. Bjorklund et F. Ferrari (eds.), *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*, Cambridge University Press 2023, pp. 244-280, § 3.

14 B. Goldman, *op. cit.*, p. 231.

15 Voir la résolution de l'Institut de droit international sur « L'arbitrage entre États, entreprises d'État ou entités étatiques et entreprises étrangères », *Annuaire* 1989, Tome 63 (II), 325.

au droit étatique qui est intrinsèque à l'arbitrage des investissements n'est, à mon humble avis, pas présente dans l'arbitrage commercial. Alors que l'arbitre d'investissement évalue la légitimité de la législation étatique, l'arbitre commercial applique le contrat à une situation factuelle. Or, si l'objet de l'évaluation arbitrale est si différent dans les deux types de contentieux, il n'est pas clair que les paramètres pour l'évaluation doivent être les mêmes. Tandis que la légitimité de la législation ne peut pas être évaluée sur la base de la législation elle-même, une telle dimension extérieure et corrective n'est pas nécessaire pour l'application de la loi au contrat. Bien sûr, le contrat lui-même, qui est l'objet d'un litige commercial, doit être apprécié sur la base de sources extérieures. Or, pour le contrat, l'élément d'extériorité et de correction est donné par le droit applicable. La nécessité d'une correction supplémentaire, extérieure au droit applicable, ne coule pas de source pour les litiges commerciaux, contrairement aux contentieux d'investissement. Le droit applicable n'est pas l'objet du litige ; au contraire, il offre des paramètres extérieurs pour le trancher.

16. Même la manifestation la plus haute de la transnationalisation du droit contractuel, notamment les Principes d'UNIDROIT, confirme qu'il n'y a pas de place pour une fonction corrective des lois étatiques dans les litiges commerciaux. L'article 1.4 des Principes d'UNIDROIT affirme que les Principes mêmes ne peuvent pas déroger aux règles indérogeables du droit applicable. Une fonction corrective du droit étatique est, en d'autres termes, non seulement inutile dans les litiges commerciaux, mais elle n'est de plus pas disponible dans la source la plus reconnue du droit contractuel souple, qui n'a pas la vocation de corriger le droit indérogeable.
17. Quoiqu'il en soit, pendant les 40 années qui ont suivi l'intervention de Goldman, la thèse de la délocalisation a recouvert la totalité de l'arbitrage sans distinguer la nature commerciale ou de protection des investissements. La thèse de la délocalisation affirme que l'arbitrage n'est pas sujet au droit étatique et l'arbitre ne doit pas appliquer au fond un droit étatique. Il s'ensuit que le droit international privé, qui a pour fonction de permettre le choix du droit applicable, ne joue pas de rôle dans l'arbitrage. La théorie de la délocalisation exerce une si grande influence que l'application du droit international privé dans l'arbitrage est considérée comme réactionnaire, étatiste, excessivement formelle, inutilement compliquée et hostile à l'arbitrage.

## II. Les arguments pour la pertinence du droit international privé pour l'arbitrage

18. Peut-on cependant réellement affirmer que le droit international privé est hostile à l'arbitrage ? J'affirmerai que non seulement il est loin d'y être hostile, mais qu'en plus, il est d'une certaine utilité à l'arbitrage, et ce à 2 différents niveaux. D'une part, pour les parties à un litige spécifique, et, d'autre part, pour l'arbitrage en général.

19. En premier lieu, concernant les parties à un litige spécifique, je mettrai en lumière leur intérêt à ce que la sentence arbitrale soit définitive et exécutoire. La sentence doit en plus être prévisible, mais je ne me concentrerai que sur l'aspect définitif et exécutoire, étant évident que le droit international privé contribue à la prévisibilité du droit du fond et donc du résultat. En second lieu, concernant l'arbitrage en général, je mettrai en évidence l'intérêt qui existe à ce que le champ d'application de l'arbitrage (l'arbitrabilité) soit aussi large que possible.

A. L'intérêt des parties à une sentence valide et exécutoire :  
 excès de pouvoir et ordre public

20. Penchons-nous tout d'abord sur le premier intérêt qui porte sur la sentence arbitrale spécifique. Je peux rappeler la Convention de New-York sur l'exécution des sentences arbitrales ainsi que les législations nationales sur l'annulation des sentences arbitrales. Toutes ces sources listent de manière exhaustive les raisons qui empêchent qu'une sentence arbitrale ait des effets. Parmi elles, trois sont pertinentes dans notre raisonnement : excès du pouvoir du tribunal, violation de l'ordre public, et non-arbitrabilité.

21. Concernant l'excès de pouvoir, on ne peut que constater que le pouvoir du tribunal arbitral est fondé sur le consentement des parties. Une sentence qui va au-delà de l'accord des parties excède le pouvoir conféré au tribunal. Or, il se peut qu'un tribunal craigne que l'application du droit choisi par les parties conduise à une décision qui enfreigne l'ordre public (par exemple, la sentence violerait le droit de la concurrence)<sup>16</sup>. Les parties peuvent avoir choisi le droit d'un pays tiers précisément afin d'éviter les règles sur la concurrence. Le tribunal se retrouve face à un dilemme : d'un côté, une sentence qui n'applique pas le droit choisi par les parties est une sentence en excès de pouvoir, et d'un autre côté, une sentence qui n'applique pas le droit de la concurrence peut enfreindre l'ordre public. Les deux sont des raisons suffisantes pour annuler la sentence ou pour en refuser l'exécution.

22. Comment le tribunal arbitral peut concilier ces deux aspects du dilemme apparemment inconciliables ? Quelles possibilités aurait le tribunal arbitral pour appliquer un droit qui n'a pas été choisi par les parties ? Si le choix du droit n'est pas fondé sur le consentement des parties, sur quelle base le tribunal s'appuierait-il pour appliquer le droit de la concurrence sans excéder son pouvoir ?

23. Le tribunal doit respecter la volonté des parties. Or, si on raisonne en termes de droit international privé, le choix fait par les parties n'est que l'exercice d'une règle de conflit. Comme on le sait, les règles de conflits ont une portée déterminée. Le choix des parties ne s'étend pas au droit fiscal, au droit pénal etc. Il ne s'étend pas non plus au droit de la concurrence. Par conséquent, le tribunal ne

<sup>16</sup> Et le droit de la concurrence est d'ordre public : voir l'arrêt de la Cour de Justice Européenne dans l'affaire *Eco Swiss*, C-126/97.

viole pas les instructions données par les parties quand il applique les règles sur la concurrence appartenant à un droit tiers. Le tribunal appliquera le droit choisi par les parties aux questions du droit contractuel et de la responsabilité civile qui tombent dans le domaine de l'autonomie des parties. Pour les autres questions, pour lesquelles l'autonomie des parties n'a pas d'effet, le tribunal appliquera le droit qui est désigné par la règle de conflit pertinente. Ce raisonnement de droit international privé permet au tribunal d'appliquer le droit de la concurrence sans pour autant excéder le pouvoir qui lui a été conféré par les parties. De cette façon, le droit international privé permet d'éviter à la fois la violation de l'ordre public et l'excès du pouvoir.

24. *A contrario*, sans un raisonnement de type conflictuel, le tribunal devrait trouver une nouvelle base sur laquelle s'appuyer pour expliquer l'application d'un droit qui diffère du droit choisi par les parties. En exemple, il a été suggéré que le tribunal ait une obligation éthique de prendre en considération les lois de police<sup>17</sup>. Cette solution ne semble pas donner une base très prévisible. Quels sont les paramètres pour cette obligation éthique, quelles sont les conséquences si cette même obligation éthique n'est pas remplie ?

Ainsi, le droit international privé donne les moyens pour rendre une sentence arbitrale qui, de manière prévisible, peut résister au contrôle judiciaire.

#### B. Le contrôle des tribunaux sur la sentence arbitrale et la portée de l'arbitrabilité

25. A ce propos, il ne faut pas oublier que le contrôle judiciaire n'est pas une nouvelle instance au fond. Le juge qui contrôle la sentence arbitrale doit s'assurer que les principes fondamentaux, tant procéduraux que substantiels, aient été respectés. Il n'est pas dans la compétence du juge d'évaluer si le tribunal arbitral a appliqué la loi correctement, s'il a bien interprété le contrat, etc. Cela signifie que le contrôle judiciaire est assez limité. C'est exclusivement quand la sentence arbitrale enfreint des principes fondamentaux que le juge peut intervenir. La possibilité de constater un excès de pouvoir et, encore plus, une violation de l'ordre public est par conséquent très restreinte. Une violation faible qui n'a pas de conséquences remarquables sur la décision arbitrale n'est pas suffisante pour conclure que les principes fondamentaux ont été enfreints. On ne parle donc que de situations exceptionnelles.

26. Pour cette raison, selon une opinion assez répandue, l'ordre public ne joue pas un rôle significatif dans l'arbitrage commercial. Cependant, à mon avis, l'exceptionnalité de l'application de l'ordre public pour annuler une sentence ou pour refuser son exécution ne donne pas un argument pour ignorer les limites qui en découlent. Contrairement à ce qu'on croit, il arrive que l'ordre public soit invoqué dans le contexte des litiges commerciaux, et il faut donc en tenir compte.

<sup>17</sup> See L. Radicati di Brozolo, "Mandatory Rules and International Arbitration", 23 *AM. REV. INT'L ARB.* 49,49 (2012), p. 65.

27. L'exemple classique est le droit de la concurrence, déjà mentionné. Les parties s'accordent sur la division du marché et le contrat enfreint le droit de la concurrence de l'Union Européenne qui est d'ordre public. Si une partie réclame par arbitrage la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat, l'autre partie peut invoquer la nullité du contrat basée sur le droit de la concurrence. Si la sentence arbitrale applique le contrat malgré son conflit avec le droit de la concurrence, elle peut enfreindre l'ordre public.
28. Si le droit de la concurrence est l'exemple classique, l'exemple en vogue est la corruption. Si le contrat est mis en place par corruption, une décision arbitrale qui le confirme enfreint l'ordre public. Il y a plusieurs arrêts de la Cour d'Appel de Paris<sup>18</sup> et de la Cour de cassation<sup>19</sup> qui ont annulé des sentences arbitrales sur cette base. C'est le résultat d'un développement intéressant du contrôle mené par les cours françaises, qui vaut la peine d'être mentionné ici. Les cours ne peuvent intervenir que quand la violation de l'ordre public est manifeste, effective et concrète. Or, il y a au moins deux façons de mettre en œuvre ces critères : les cours françaises ont développé l'approche minimaliste<sup>20</sup> (qu'ils sont en train d'abandonner quand il s'agit de corruption), et les cours de plusieurs pays européens adoptent une approche maximaliste<sup>21</sup>. Selon la thèse minimaliste, si la décision arbitrale montre que le tribunal a pris en considération la question et a conclu que l'ordre public n'a pas été violée, la cour doit accepter cette évaluation. Selon la thèse maximaliste, la cour peut et doit apprécier, indépendamment de la décision arbitrale, s'il y a violation de l'ordre public.
29. La thèse minimaliste semble perdre de l'autorité dans son pays d'origine, la France, notamment quand il s'agit de corruption ou de criminalité économique, comme je viens de le faire remarquer. La thèse minimaliste, néanmoins, bénéficie encore d'un large soutien dans la communauté arbitrale. Cela s'explique par le fait qu'elle est en accord avec la thèse de la délocalisation, selon laquelle toute interférence du juge étatique dans l'autonomie des parties ainsi que dans son fruit, la sentence arbitrale, doit être réduite au minimum.
30. Cependant, cette thèse minimaliste peut s'avérer nuisible à l'arbitrage. Il y a notamment le risque qu'en contrepartie de cette restriction du contrôle judiciaire, la portée de l'arbitrabilité soit réduite. En fait, la possibilité de trancher les litiges par arbitrage en excluant la compétence des juridictions étatiques est acceptée tant que la juridiction garde la compétence sur les principes fondamentaux, comme la réglementation de la convention de New York et de presque toutes les lois nationales sur l'arbitrage, y compris la loi française, le confirment. Cela est évident dans deux arrêts dans le domaine de la concurrence.
31. Le premier arrêt est de la Cour Suprême Fédérale Américaine, dans l'affaire Mitsubishi de 1985<sup>22</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a abandonné

18 Cour d'appel de Paris, 4 nov. 2014, n°13/10256; Cour d'appel de Paris, 25 nov. 2014, n° 13/1333; Cour d'appel de Paris, 7 avr. 2015, n°14/00480; Cour d'appel de Paris, 14 avr. 2015, n°14/07043; Cour d'appel de Paris, 16 janv. 2018, n°15/21703; Cour d'appel de Paris, 17 nov. 2020, n°18/02568; Cour d'appel de Paris, 27 oct. 2020, n°19/04177; Cour d'appel de Paris, 25 mai 2021, n°18/27648; Cour d'appel de Paris, 5 avr. 2022, n°20/03242.

19 C. cass., 23 mars 2022, n°17-17981; C. cass., 7 sept. 2022, n°20-22.118.

20 Cour d'appel de Paris, 1<sup>e</sup> ch., 18 nov. 2004, *Rev arb.* 2005 751.

21 *Westacre Investments Inc. v. Jugoinport-SDPR Holdings Co. Ltd. and others*, [1999] 3 *All ER* 864, 885 (Angleterre); *Slovak Republic v. Achmea*, Bundesgerichtshof demande d'une procédure préjudicielle, 3 mars 2016 (Allemagne); *Slovak Republic v. Achmea*, Bundesgerichtshof 31 oct. 2018 (Allemagne); KZB 75/21 of 27 September 2022 (Allemagne); *Gerechthof Haag*, 24 mars 2005, NJF 2005/239, TvA 2006/24 (*Marketing Displays International Inc. v. VR Van Raalte Reclame B.V.*) (Pays Bas).

22 *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 628 (1985).

l'approche traditionnelle qui considérait comme non arbitrable les litiges liés aux questions de droit de la concurrence, en expliquant que la cour aurait pu, au moment de l'exécution de la sentence arbitrale, donner un second regard au respect des principes fondamentaux. La possibilité de donner un « second look » lors du contrôle a donc permis d'étendre la portée de l'arbitrage à la matière de la concurrence.

32. Le même lien entre arbitrabilité et contrôle judiciaire est sous-entendu par la Cour de Justice Européenne dans l'affaire *Eco Swiss* de 1999<sup>23</sup>. Le lien étroit entre les deux, arbitrabilité et contrôle judiciaire, transparaît aussi dans certaines des opinions des avocats généraux de la Cour de Justice Européenne. Dans l'affaire CDC<sup>24</sup>, l'avocat général s'était opposé à l'arbitrabilité des questions relatives au droit de la concurrence parce que les limitations au contrôle judiciaire professées par la thèse minimaliste n'assureraient pas que le droit de l'Union Européenne soit mis en œuvre d'une façon uniforme. De même, dans l'affaire *Genentech*, l'avocat général s'était opposé à l'approche minimaliste<sup>25</sup>. Si la Cour ne s'est pas prononcée sur la question dans ces deux affaires, elle s'est cependant exprimée dans une troisième affaire, même s'il ne s'agissait que d'un *obiter dictum*. Dans l'affaire *Achmea*<sup>26</sup>, qui en effet portait sur l'arbitrage d'investissement, et qui peut être critiqué pour plusieurs raisons qui cependant ne sont pas pertinentes dans notre contexte, la cour a confirmé *obiter dictum* que les litiges commerciaux qui relèvent du droit européen peuvent être tranchés par arbitrage commercial, pourvu que la sentence arbitrale soit soumise au contrôle judiciaire maximaliste.
33. Qu'un contrôle judiciaire trop restreint soit une menace pour la portée de l'arbitrage est confirmé aussi par des décisions des cours nationales en Autriche<sup>27</sup>, en Belgique<sup>28</sup>, en Allemagne<sup>29</sup> et en Angleterre<sup>30</sup>, qui ont refusé l'arbitrabilité des litiges portants sur l'agence commerciale (ou la possibilité de choisir le for en un pays tiers) par crainte que le droit européen sur l'agence ne soit mal appliqué.
34. Si le champ d'application de l'arbitrage est lié au contrôle judiciaire et à la possibilité pour les cours de vérifier le respect des principes fondamentaux, l'approche maximaliste est la plus favorable à l'arbitrage. Tant que le contrôle judiciaire n'est pas dépourvu de contenu réel, comme il le serait selon la théorie minimaliste, la portée de l'arbitrabilité n'est pas menacée.
35. Est-ce que le contrôle judiciaire représente une menace pour l'*autonomie* de l'arbitrage ?

23 C-126/97 (*Eco Swiss*).

24 C-352/13 (CDC).

25 C-567/14 (*Genentech*).

26 C-284/16 (*Achmea*).

27 OGH 1 March 2017, 5ob 72/16y, *Ecolex* 520 (2017).

28 C. cass., 16 nov. 2006, PAS. 2006, I, No. 11; Cour de Cassation, 14.1.2010, PAS. 2010, I, No. 12; Cour de Cassation, 3.11.2011, PAS. 2011, I, No. 1.

29 Bundesgerichtshof, 5 sept. 2012, *Neue juristische Wochenschrift* (2012).

30 *Accentuate Ltd v. Asigra Inc* [2009] EWHC 2655 (QB), [2009] 2 *Lloyd's Rep* 599; *Fern Computer Consultancy Ltd v Intergraph Cadworx & Analysis Solutions Inc*, [2014] EWHC 2908 (Ch).

Comme je viens de le dire, la convention de New York et les législations nationales sur l'arbitrage donnent généralement une réglementation très stricte du contrôle que les cours peuvent exercer. Il s'agit d'assurer que la sentence arbitrale ait été rendue en application des principes fondamentaux, et non d'évaluer si la sentence

est correcte : le juge ne peut pas substituer son évaluation à celle du tribunal arbitral. Tant que la cour exerce son contrôle dans le respect des limites posées par le droit de l'arbitrage, l'autonomie de l'arbitrage ne serait donc pas excessivement restreinte. Au contraire, l'arbitrage en tirera le bénéfice que la portée de l'arbitrabilité ne sera pas réduite. Cela signifie que les cours ont la compétence d'évaluer de manière indépendante si la décision arbitrale est compatible avec l'ordre public. Il est, en d'autres termes, important que le tribunal arbitral tienne compte de l'ordre public pour que la sentence soit valide et la portée de l'arbitrabilité soit assurée. L'ordre public est donc la limite au-delà de laquelle l'autonomie des parties et la discrétion de l'arbitre ne peuvent pas aller.

### III. Le droit international privé et l'autonomie de l'arbitrage

36. Après avoir expliqué comment la validité de la sentence arbitrale et sa force exécutoire, ainsi que le domaine de l'arbitrabilité, dépendent du respect à la fois des instructions des parties et de l'ordre public, et après avoir montré comment le droit international privé permet de réconcilier ces deux éléments, il faut vérifier si le droit international privé représente une menace pour l'autonomie de l'arbitrage.
37. On entend souvent dire que le droit international privé restreint la possibilité de l'arbitre d'appliquer les règles les plus adaptées au commerce international. Il est dans cette argumentation sous-entendu que le droit international privé, qui a comme but de choisir un droit national, empêche l'application de règles non étatiques. Il est également sous-entendu que les règles non étatiques sont la seule source appropriée pour trancher un litige commercial international. Or, je voudrais remettre en question ces deux thèses, et ce à plusieurs niveaux.

#### A. La *lex mercatoria* et le droit international privé : *lex specialis* et incorporation

38. Tout d'abord, plusieurs lois sur l'arbitrage ont une règle de conflit qui permet aux parties de choisir des règles non étatiques, par exemple l'article 28.1 de la loi type CNUDCI. Comme il s'agit d'une règle de conflit qui s'applique spécialement à l'arbitrage, elle a le caractère de *lex specialis*. Par conséquent, elle peut déroger à la règle générale du Règlement européen de Rome I – pour mentionner un exemple important de droit international privé qui ne permet que de choisir des lois étatiques. Le droit international privé n'empêche donc pas l'application des règles non étatiques, y compris la *lex mercatoria*.
39. En plus, la règle de conflit générale n'empêche pas les parties d'exercer leur autonomie dans le cadre de la liberté contractuelle. Si les parties, par exemple, veulent régler la division des droits et obligations respectifs relatifs à l'expédition des marchandises, ils peuvent

le faire en écrivant toute la réglementation dans le contrat. Il serait plus efficace de faire référence aux INCOTERMS. Les INCOTERMS sont une source de droit souple, mais Rome I n'interdit pas leur incorporation dans le contrat.

#### B. La *lex mercatoria* ne peut pas être la seule source

40. Certes, Rome I ne permet pas de choisir les INCOTERMS comme le seul droit applicable au contrat, mais cela n'est pas la vocation des INCOTERMS d'être applicable au contrat entier en excluant toutes les autres sources – et cela introduit le troisième volet de mon argumentation. Les INCOTERMS ne règlent que la division entre les parties de certains droits et obligations, et ne règlent pas les questions comme la validité du contrat, l'impossibilité de l'exécution ou sa résiliation. Autrement dit, même s'il était permis de choisir les INCOTERMS comme le seul droit applicable, ceux-ci ne pourraient pas remplacer le droit applicable dans son intégralité.
41. Ce raisonnement s'applique à toutes les sources de droit souple. Même les Principes d'UNIDROIT, que j'ai déjà mentionnés, et qui ont la vocation d'être une source souple pour le droit contractuel dans son intégralité, ne couvrent pas forcément toutes les questions qui peuvent survenir devant le tribunal. Les Principes donnent une réglementation de la matière contractuelle. Or, le tribunal arbitral peut se retrouver à résoudre de façon préalable, ou à tenir compte, de questions dans plusieurs matières. Supposons une demande de réparation du préjudice pour inexécution du contrat : le défendeur invoque que le contrat n'était pas entré en vigueur parce que la résolution du Conseil d'Administration à laquelle le contrat était conditionné n'est pas valide. Les Principes d'UNIDROIT donnent une réglementation de l'inexécution du contrat et de la réparation du préjudice, mais la validité d'une résolution du Conseil d'administration est une question de droit sociétaire et ne tombe pas dans le champ d'application des Principes. Il faut donc appliquer un droit étatique à la question sociétaire. Même un contrat simple comme un contrat d'achat ne peut pas être exclusivement réglé par les Principes, parce que ceux-ci ne règlent pas les aspects de droit réel. Le transfert de propriété ne serait donc pas sujet aux Principes d'UNIDROIT, mais au droit réel applicable. Cela signifie qu'un arbitre ne peut pas se limiter à appliquer les Principes d'UNIDROIT, même s'ils ont été choisis par les parties et que les parties avaient le pouvoir de les choisir. Pour les questions qui ne sont pas réglées par les Principes, il faut appliquer un droit étatique et le droit international privé est par conséquent utile, même quand le droit souple est le droit choisi par les parties.
42. Il s'ensuit que les règles non étatiques peuvent compléter les droits nationaux de la même manière que les parties peuvent le faire en exerçant leur autonomie contractuelle. Le droit international privé ne limite pas cette fonction de spécification. Le droit international

privé interdit plutôt que le droit souple soit la seule source, mais, comme on vient de le voir, le droit souple n'a pas la capacité ou la vocation d'être la seule source applicable.

#### C. La *lex mercatoria* n'est pas exclue par l'application d'un droit national

43. Par ailleurs, les règles non étatiques ne sont pas non plus forcément exclues si les parties n'y ont pas fait référence et qu'un droit national est sélectionné : cela s'explique par le fait que, souvent, le droit étatique lui-même fait référence aux usages commerciaux, et donc la *lex mercatoria* peut être appliqué dans le cadre du droit étatique.
44. Il y a donc sans doute une différence entre la possibilité de choisir le droit souple comme droit applicable, qui est accordée par plusieurs lois sur l'arbitrage, et la limitation du choix à un droit étatique, qui est souvent prévue par le droit international privé. Néanmoins, la différence est moins importante qu'on ne pourrait le penser : c'est parce que, d'un côté, le droit souple ne couvre pas toutes les questions et a besoin d'être intégré par le droit étatique, et, d'un autre côté, le droit étatique a suffisamment de flexibilité pour pouvoir être intégré par le droit souple.

#### Conclusion

45. En conclusion, l'arbitrage n'a pas à craindre pour son autonomie – ni par rapport au contrôle judiciaire, ni par l'utilisation du droit international privé. En plus, le droit international privé est instrumental au bon fonctionnement de l'arbitrage – et cela non seulement parce qu'il favorise la prévisibilité du droit applicable au fond de la décision, mais aussi car il donne les moyens pour ne pas excéder les instructions des parties tout en prenant en considération le droit qu'il faut appliquer pour préserver l'ordre public. Cela est tout à la fois dans l'intérêt des parties à un litige spécifique et dans l'intérêt de l'arbitrage en général. Les parties peuvent, grâce au droit international privé, compter sur une décision qui soit valide et exécutoire et qui puisse donc résister au contrôle judiciaire. Et l'arbitrage en général peut, grâce au lien entre l'arbitrage et le droit étatique, conserver un large champ d'application.

Fabienne Jault-Seseke

Professeure à l'Université de Paris-Saclay, UVSQ, DANTE, IUF

En décidant que l'article 25 du règlement Bruxelles 1 bis permet aux parties établies dans un même État de s'accorder sur la compétence d'une juridiction d'un autre État membre alors que leur relation ne présente pas d'élément d'extranéité, la Cour de justice tranche une controverse ancienne. La solution retenue est loin de faire l'unanimité. Elle est riche de promesses pour l'espace judiciaire européen.

Mots-clefs

Espace judiciaire européen  
 Règlement 1215/2012 Article 25

Clause attributive de juridiction  
 Internationalité

*In ruling that Article 25 of the Brussels 1a Regulation allows parties established in the same State to agree on the jurisdiction of a court of another Member State even though their relationship has no foreign element, the Court of Justice has settled a long-standing controversy. The solution adopted is disputed. It holds great promise for the European judicial area.*

1 CJUE 8 févr. 2024, aff. C-566/22. Sur lequel, v. déjà, L. Larrivière, in *Chronique de Droit judiciaire privé*, *JCP G.* n° 21, 27 mai 2024, doct. 673 ; L. Idot, *Europe* 2024, n° 4, 184 ; F. Jault-Seseke, *Panorama de Droit international privé*, *D.* 2024. 937. *Adde* le symposium sur le blog *eapil.org* (avec les contributions de G. Cuniberti, P. De Miguel Asensio, D. Bureau et H. Muir Watt, S. Gimenez). Depuis la rédaction de cet article, M.-E. Ancel, « Règlement (UE) n° 1215/2012 : délocalisation du contentieux interne et internationalité à courte vue », *RTD eur.* 2024. 181 ; F. Marchadier, « L'internationalité en question. Quel droit, national, européen, international, applicable aux clauses d'élection de for ? », *RTD civ.* 2024. 361 ; D. Sindres, « Nouvelle trouvaille de la Cour de justice : l'internationalisation d'une situation au moyen d'une clause attributive de compétence », *D.* 2024. 1563 ; D. Bureau et H. Muir Watt, « La désignation d'une juridiction étrangère dans un contrat entre parties établies dans un même État membre relève de l'article 25 du règlement Bruxelles I bis », *Rev. crit. DIP* 2024. 348 ; J. Heymann, « Qu'est-ce que l'internationalité d'un litige ? », *D.* 2024. 1914.

2 V. not., H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Lextenso, 7e éd., 2024, n° 149.

3 CJCE, 16 mars 1999, *Castelletti*, C-159/97, EU:C:1999:142. Une première affaire avait été radiée. V. *infra*, la question posée dans l'affaire C-136/16.

4 V. cep. les propositions de l'Avocat général envisageant le potentiel d'internationalisation de la situation (*infra* n° 22).

1. L'arrêt *Inkreal* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne, le 8 février 2024, dans l'affaire C-566/22, s'apparente à un coup de tonnerre<sup>1</sup>. En effet, il conduit à affirmer que les parties peuvent par leur seule volonté, en s'accordant sur la compétence d'une juridiction d'un autre État membre, internationaliser leur relation et échapper à la compétence des juridictions de l'État dans lequel elles sont établies.
2. La controverse est ancienne. Elle remonte à la convention de Bruxelles<sup>2</sup> mais n'avait pas été jusqu'alors tranchée par la Cour de justice qui avait simplement été amenée à dire que les considérations sur les liens entre la juridiction désignée par la clause et le rapport litigieux sont étrangères aux exigences européennes<sup>3</sup>.
3. La question est la suivante : la condition d'internationalité exigée pour l'application de la règle européenne, ici celle de l'article 25 du règlement Bruxelles I bis, peut-elle être considérée comme remplie du seul fait que les deux parties qui résident dans le même État membre ont convenu de la compétence des juridictions d'un autre État membre de l'Union européenne ? Une réponse affirmative équivaut à retenir une conception subjective de l'internationalité.
4. La réponse est nécessairement manichéenne. Il n'y a pas de demi-mesure possible<sup>4</sup>. Le choix entre la réponse négative et la réponse positive n'est pas aisé, ne serait-ce que parce qu'aucun argument ne peut être tiré du libellé de l'article 25. Tant la doctrine que la jurisprudence sont

partagées<sup>5</sup>. En France, la réponse négative l'emporte<sup>6</sup>. On cite souvent un arrêt *Keller* de 2005 en ce sens<sup>7</sup>. La réponse négative est aussi celle qu'a défendue l'Avocat général Jean Richard de la Tour. La Cour de justice se prononce, elle, en faveur d'une réponse positive pour admettre le jeu de l'article 25 du règlement Bruxelles I bis. Deux visions de l'espace judiciaire européen, qui ont chacune leurs mérites, s'affrontent.

5. Dans l'espèce à l'origine de la question préjudicielle, deux personnes établies en Slovaquie ont conclu des contrats de prêt de somme d'argent qui comportent une clause attributive de juridiction au profit des juridictions tchèques. La prêteuse a cédé ses créances à la société Inkreal, également établie en Slovaquie. L'emprunteuse ayant fait défaut, la société Inkreal a saisi la Cour suprême tchèque pour que soit désignée la juridiction tchèque compétente pour condamner l'emprunteuse au paiement des créances dues. Elle se prévaut de l'article 25, § 1, du règlement Bruxelles I bis pour que soit donné effet à la clause attributive de juridiction. Ayant des doutes sur l'applicabilité du règlement Bruxelles I bis, la Cour suprême de République tchèque choisit d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne. En substance, la Cour devait préciser si la condition d'internationalité du litige sous-entendue par le règlement notamment pour l'application de l'article 25 s'entendait nécessairement de façon objective ou bien si une situation internationale pouvait résulter de la seule volonté des parties (internationalité subjective). Différents arguments avaient convaincu l'Avocat général de retenir une conception objective de l'internationalité. Sans les écarter un à un, la Cour se prononce en faveur d'une conception subjective. Après avoir présenté ces positions opposées (1), nous verrons que la solution retenue présente différents mérites (2).

#### I. Internationalité objective versus internationalité subjective

6. Avant de faire le départ entre l'internationalité objective (B) et l'internationalité subjective (C), il convient de revenir sur la condition d'internationalité que sous-entend le règlement Bruxelles I bis (A).

##### A. Le préalable de l'internationalité

7. L'exigence d'internationalité ne figure pas expressément dans le règlement Bruxelles I bis. Elle est évoquée incidemment dans son préambule qui indique que le règlement répond à l'objectif d'une « coopération judiciaire dans les matières civiles et commerciales ayant une incidence transfrontière » et porte sur les « litiges transfrontaliers »<sup>8</sup> et la Cour de justice la mentionne de façon récurrente<sup>9</sup>. L'exigence d'internationalité n'est notamment pas mentionnée à l'article 25 du règlement Bruxelles I bis qui fixe le régime européen de la clause attributive de juridiction en matière civile et commerciale.
8. Le régime de la clause attributive de juridiction dans le système de Bruxelles est caractérisé par sa souplesse et par l'idée de faveur<sup>10</sup>.

5 V. les nombreuses références données par l'Avocat général, conclusions : points 30 et 31. Il est remarquable que le Rapport Jenard relatif à la Convention de Bruxelles (sp. p. 38) rédigé alors que l'espace judiciaire européen était sur les fonts baptismaux se soit prononcé en faveur de l'internationalité subjective.

6 V. en doctrine, not. M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle et S. Fulli-Lemaire, *Droit international privé*, 8e éd., 2023, p. 340, n° 443, et les réf.

7 Cass. civ. 1re, 4 oct. 2005, *Keller*, n°02-12.959, D. 2006. 1495, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2006. 413, note M. Audit ; *RTD com.* 2006. 252, obs. P. Delebecque ; *JDI* 2006, 169, note J.-M. Jacquet. L'arrêt *Keller* était toutefois ambigu en ce qu'il se référait à l'intention des parties. V. en revanche, dépourvus d'équivoque : Cass. civ. 1re, 25 mai 2016, n°15-10.163 ; D. 2017, 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke. V. aussi Cass. civ. 1re, 30 sept. 2020, n°19-15.626, D. 2021, p. 923, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; D. 2021, 1831, obs. E. Farnoux, qui retient une approche restrictive du caractère international de la situation.

8 Considérants 3 et 26.

9 V. not. CJUE, 1er mars 2005, *Owusu*, C281/02, EU:C:2005:120, point 25 : « l'application même des règles de compétence de la convention de Bruxelles [...] requiert l'existence d'un élément d'extranéité ».

10 Pour une présentation générale, V. H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, préc., n° 129 et s. Adde S. Franço, « Les clauses d'élection de for dans le nouveau règlement Bruxelles I bis », in E. Guinchard (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant 2014, p. 107 ; S. Fulli-Lemaire, « La protection de la compétence du juge élu et ses limites », in M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, éd. Panthéon-Assas, 2021, p. 141.

Ainsi le choix des parties en faveur d'une juridiction d'un État membre ne suppose pas qu'il existe un lien entre la juridiction désignée et le litige<sup>11</sup> et il suffit que la clause soit suffisamment précise pour permettre d'identifier les litiges auxquels elle s'applique et le juge compétent<sup>12</sup>. Cette souplesse correspond à l'idée générale de donner pleinement effet à l'autonomie de la volonté des parties. Néanmoins, cette faveur à l'autonomie de la volonté ne justifie pas qu'il soit fait échec aux conditions d'application du règlement Bruxelles 1 bis et notamment à l'exigence d'un élément d'extranéité, qui bien qu'elle ne soit pas expressément formulée, on l'a dit, est consubstantielle de ce règlement. Le règlement permet d'unifier les règles de conflit de juridictions qui s'appliquent aux situations comportant un élément d'extranéité et il n'a pas vocation à se substituer aux règles de compétence internes. La Cour de justice a eu l'occasion de l'indiquer à plusieurs reprises<sup>13</sup>. Cette exigence s'impose également au regard de la base juridique du règlement, l'article 81§1 du TFUE, qui prévoit que « [l']Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires ».

9. Une fois cette exigence d'internationalité rappelée, la difficulté concernant la conception de l'internationalité surgit. Elle survient essentiellement dans le domaine contractuel en raison du rôle cardinal qu'y joue l'autonomie de la volonté<sup>14</sup>. On reprendra les termes de Sandrine Clavel qui, préfigurant la question posée par la Cour suprême tchèque, interpelait le lecteur de la façon suivante : « une situation est-elle internationale, quoique tous ses éléments constitutifs soient localisés dans un seule et même ordre juridique, pour l'unique raison que celui qui la contemple est extérieur à cet ordre juridique »<sup>15</sup> ? Et l'auteure de donner l'exemple du « contrat que, bien que tous ses éléments objectifs soient localisés dans un même pays, les parties auraient internationalisé en y introduisant une clause attributive de juridiction désignant un juge étranger »<sup>16</sup>.

#### B. L'internationalité objective soutenue

10. L'interprétation littérale du règlement Bruxelles I bis n'est d'aucune utilité pour répondre à la question. On ne trouve, on l'a dit, aucun argument pouvant être tiré du libellé des dispositions du Règlement<sup>17</sup>. Il n'est donc pas surprenant que la doctrine et la jurisprudence aient retenu des solutions divergentes, divergences que le juge de renvoi tchèque a bien mis en évidence lors du renvoi préjudiciel. L'avocat général en donne d'ailleurs de nombreux exemples avant de présenter les arguments qui le conduisent à défendre la conception objective de l'internationalité<sup>18</sup>.
11. Le principal argument au soutien de la conception objective tient à la nécessité de préserver la spécificité des situations internes et d'éviter que par leur internationalisation artificielle les parties échappent aux prohibitions du droit interne. La conception objective s'impo-

11 CJCE 17 janv. 1980, *Zelger*, aff. 56/79, au point 4; Arrêt *Castelletti*, préc.

12 En l'espèce, on pouvait avoir un doute – mais la question n'était pas posée à la CJUE : une clause qui nécessite l'intervention d'un premier juge pour désigner le juge spécialement compétent est-elle suffisamment précise ? On peut l'imaginer dès lors que la Cour de justice a dans l'arrêt *Coreck Maritime* du 9 novembre 2000 (aff. C-387/98, sp. point 15) indiqué que l'article 17 (C) « ... n'exige pas que la clause attributive de juridiction soit formulée de telle façon qu'il soit possible d'identifier la juridiction compétente par son seul libellé ». Par comparaison, en droit commun français, la désignation des juridictions d'un État est jugée suffisamment précise dès lors que le droit interne de cet État permet de déterminer le tribunal spécialement compétent (depuis l'arrêt *Compagnie des signaux électriques*, Cass. 1re civ., 17 déc. 1985, *Rev. crit. DIP* 1986. 537, note H. Gaudemet-Tallon; B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de droit international privé*, 2006, n° 72.)

13 V. not. CJUE, 1er mars 2005, *Owusu*, C281/02, EU:C:2005:120, point 25 : « l'application même des règles de compétence de la convention de Bruxelles [...] requiert l'existence d'un élément d'extranéité »

14 Sur les autres domaines, V. P. Nabet (dir.), *L'internationalité du litige*, Actes du colloque organisé à l'Université de Lorraine le 1er décembre 2022, Legitech, à paraître.

15 S. Clavel, *Droit international privé*, Dalloz, Hypercours, 7e éd., 2024, n°3.

16 Ibid.

17 Conclusions, point 22.

18 Conclusions, notes 27 et s.

serait afin de préserver les règles nationales en matière de compétence juridictionnelle et spécialement en matière d'élection de for. En effet, s'il suffit pour les parties à un contrat interne (car exclusivement rattaché à l'ordre juridique français) d'insérer une clause élisant un for étranger pour rendre leur situation internationale et échapper aux prohibitions de l'article 48 du code de procédure civile, on prive celui-ci de toute utilité. Pour l'éviter, il est donc nécessaire de considérer que l'autonomie de la volonté des parties est impuissante à modifier le champ d'application du règlement.

12. Cet argument est en outre à l'origine de certaines règles internationales dont il faudrait, par analogie, s'inspirer. La Convention de La Haye, conclue le 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, joue à cet égard un rôle cardinal. En effet, les interactions entre les textes adoptés à La Haye et ceux adoptés à Bruxelles sont nombreuses et les solutions retenues par les uns sont source d'inspiration pour les autres. Concernant la clause attributive de juridiction, on sait que l'Union européenne a approuvé la Convention de 2005, en insistant sur la nécessaire cohérence de ce texte avec le règlement Bruxelles I<sup>19</sup>. La refonte de ce Règlement opérée par le règlement Bruxelles I bis ne fait naturellement pas disparaître cet impératif de cohérence. Or l'article 1, § 2 de la Convention définit son champ d'application en donnant de l'internationalité la définition suivante: « une situation est internationale sauf si les parties résident dans le même État contractant et si les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État ». La conception subjective de l'internationalité s'y trouve clairement condamnée. Pour les partisans de l'internationalité objective, cette condamnation devrait être purement transposée au règlement Bruxelles I bis resté silencieux sur le sujet afin d'assurer la cohérence entre les deux textes. L'argument est de poids mais il n'a pas convaincu la Cour de justice qui a retenu de l'internationalité une conception subjective.

#### C. L'internationalité subjective retenue

13. La Cour de justice a déjà, à différentes reprises, eu une approche très souple de l'internationalité<sup>20</sup>. Elle ne s'y réfère pas ici. En revanche, elle utilise différentes méthodes d'interprétation pour décider qu'« une convention attributive de juridiction par laquelle les parties à un contrat établies dans un même État membre conviennent de la compétence des juridictions d'un autre État membre pour connaître de litiges nés de ce contrat relève de cette disposition, même si ledit contrat ne comporte aucun autre lien avec cet autre État membre »<sup>21</sup>.
14. Le raisonnement par analogie est utilisé pour mettre en avant les dispositions du règlement du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer<sup>22</sup>. Tout comme le Règlement Bruxelles I bis, le règlement Injonction de payer vise à faciliter la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une

19 Décision 2014/887, cons. 4 et 5.

20 Pour admettre l'application du Règlement Insolvabilité, v. CJUE, 16 janv. 2014, n° C- 328/12, *Schmid c/ Hertel*, D. 2014. 915, note F. Jault-Seseke et D. Robine; *ibid.* 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée; *Rev. crit. DIP* 2014. 670, note D. Bureau. V. aussi CJUE 8 juin 2017, aff. C-54/16, *Vynils Italia*, D. 2017. 2073, note R. Dammann et A. Huchot; *ibid.* 2054, obs. S. Bollée; *JCP* 2017. 947, note L. d'Avout; *Europe* 2017. Comm. 337, L. Idot; *Rev. crit. DIP* 2017. 594, note F. Jault-Seseke.

21 Dispositif de l'arrêt *Inkreal* (point 40). Sur les méthodes d'interprétation utilisées par la Cour de justice, v. K. Lenaerts, J. A. Gutierrez-Fons, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Larcier, 2020.

22 Arrêt *Inkreal*, points 20 et 21.

incidence transfrontière. Il comporte une définition du litige transfrontalier. Il s'agit du litige dans « lequel au moins une des parties à son domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de la juridiction saisie »<sup>25</sup>. A l'aune de cette définition, le litige *Inkreal* correspond bien à un « litige transfrontalier », les parties étant « établies dans un État membre autre que l'État membre de la juridiction qui a été saisie sur la base de la convention attributive de juridiction en cause ». La Cour de justice le constate<sup>24</sup>. L'utilisation dans le cadre du règlement Bruxelles I *bis* de la définition du litige transfrontalier donnée par le Règlement Injonction de payer n'est pas inédite. La Cour y avait déjà recouru en 2021 à propos de l'article 5, § 1<sup>25</sup>. Cette interprétation par analogie conduit à admettre la conception subjective de l'internationalité.

15. L'argument reste toutefois assez faible et peine à convaincre<sup>26</sup>. A aucun moment, le règlement Injonction de payer ne se réfère au rôle de l'autonomie de la volonté, pourtant au cœur de l'affaire *Inkreal*. La définition du litige transfrontière qu'il pose n'a pas été élaborée en ayant présente à l'esprit la condition d'internationalité qu'exige le jeu de l'article 25 du règlement Bruxelles I *bis*. En outre, les finalités du règlement Injonction de payer sont assez éloignées de l'objectif assigné à l'article 25 : les premières concernent la simplification des procédures pour assurer l'effectivité des droits là où le second s'emploie à établir une règle de compétence qui assure le respect des prévisions des parties et par là-même la sécurité juridique. Les bases d'un raisonnement par analogie bien mené semblent donc faire défaut.
  
16. Parallèlement, la Cour met à l'écart l'analogie avec les dispositions de la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for du 30 juin 2005. Elle justifie cette mise à l'écart par la spécificité de la rédaction de la Convention de La Haye du 30 juin 2005 qui était destinée à permettre d'« emporter une large adhésion au niveau international »<sup>27</sup>. En indiquant que le législateur européen, par le silence qu'il a gardé sur la condition d'internationalité, a fait un choix différent, elle sous-entend que ce besoin d'adhésion ne se retrouve pas pour les textes relatifs à la coopération judiciaire dans les matières civiles<sup>28</sup>. Là encore, le raisonnement n'est pas entièrement convaincant d'un point de vue légistique : ce n'est pas parce que la règle est de source européenne, autrement dit qu'elle dispose de la primauté conférée au droit européen, qu'elle ne doit pas chercher à correspondre le mieux à ce à quoi les États membres aspirent. Rien ne permet de dire que les États membres seraient favorables à la solution qui consiste à autoriser les parties, dans une situation interne, à élire un juge étranger. En revanche, il y a dans le raisonnement de la Cour une idée sous-jacente qui est fertile. Plutôt que de retenir un système binaire qui distingue le régime des situations internes de celui des situations internationales, l'existence d'un espace judiciaire européen invite – et c'est déjà le cas sur nombre de questions – à retenir un système tripartite en prévoyant un régime propre aux situations européennes. Nous y reviendrons<sup>29</sup>.

25 Article 5, § 1 du règlement (CE) no 1896/2006.

24 Arrêt *Inkreal*, point 25.

25 CJUE 3 juin 2021, aff. C-280/20, *Daloz actualité*, 29 juin 2021, obs. F. Mélin; *D.* 2021. 1090; *Rev. crit. DIP* 2022. 78, note A. d'Ornano; *JCP* 2021. Actu. 962, obs. C. Nourissat.

26 L. Larrivière, obs. précitées.

27 Arrêt *Inkreal*, point 37.

28 Arrêt *Inkreal*, point 38.

29 *V. infra*, n° 27.

17. Les ressorts de l'interprétation téléologique sont également mobilisés par la Cour de justice. Elle insiste sur les objectifs de l'article 25, à savoir le respect de l'autonomie des parties et le renforcement de l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for, pour conclure sur la finalité du règlement (UE) n° 1215/2012, qui vise à unifier les règles de conflit de juridictions au moyen de règles de compétence qui présentent un haut degré de prévisibilité et poursuit ainsi un objectif de sécurité juridique. Ce dernier exige que le juge national saisi puisse aisément se prononcer sur sa propre compétence, sans être contraint de procéder à un examen de l'affaire au fond<sup>30</sup>. Or la conception subjective de l'internationalité présente l'avantage indéniable de la simplicité. Ce n'est pas le seul de ses mérites.

## II. L'internationalité subjective, une solution raisonnable.

18. La solution *Inkreal* a, dès son adoption, reçu de la part de la doctrine française de virulentes critiques<sup>31</sup>. Les premiers commentaires témoignent d'une farouche hostilité alors que la doctrine étrangère, que nous rejoignons ici, l'a accueillie plutôt favorablement<sup>32</sup>. Elle est source de simplicité, et au-delà de sécurité juridique (A). Elle ne sacrifie pas les règles nationales de façon inconsidérée (B). Elle témoigne de l'existence d'un véritable espace judiciaire européen (C).

### A. La sécurité juridique.

19. L'une des faiblesses de la conception objective de l'internationalité réside dans le flou qui l'entoure. Il n'est pas toujours aisé d'identifier les éléments pertinents qui permettent de déterminer si la situation est objectivement internationale. L'espèce de l'arrêt *Keller* rendu par la Cour de cassation en 2005, et qui concernait aussi une clause attributive de juridiction, le montre bien : un contrat de sous-traitance avait été signé entre une société française et une entreprise allemande, par l'intermédiaire de l'établissement français de celle-ci<sup>33</sup>. Fallait-il tenir compte de l'établissement français et voir dans ce contrat une situation interne ou bien tenir compte de l'extranéité de la personne morale pour qualifier la situation d'internationale ? La difficulté est également très prégnante en matière bancaire et financière<sup>34</sup>. Les opérations de financement s'appuient souvent sur des contrats standard qui comportent une clause attributive de juridiction dont l'efficacité peut dépendre de la question de savoir si la situation est interne ou internationale. La question avait d'ailleurs été posée à la Cour de justice en des termes qu'il est intéressant de synthétiser ici, même si l'affaire a été radiée<sup>35</sup>. Les parties aux contrats de swap étaient établies au Portugal et le juge portugais se demandait si les contrats présentaient des éléments d'extranéité suffisants dès lors qu'au cours de la négociation, plusieurs banques internationales avaient été invitées à présenter des offres, que l'une des parties était détenue en totalité par une banque espagnole, que l'une des parties avait agi en qualité de banque internationale et était qualifiée de partie multi-succursales en mesure d'effectuer et de

30 Arrêt *Inkreal*, point 29.

31 V. G. Cuniberti, D. Bureau et H. Muir Watt, sur le blog *eapil.org*. V. aussi L. Idot, obs. préc., critique sur la mise à l'écart de l'analogie avec la Convention de La Haye de 2005, et depuis la rédaction de cet article, M.-E. Ancel et D. Sindres, préc. note 1. 32 V. not. M. Weller, *conflictolaws.net* 17 févr. 2024; G. van Calster *gavclaw.com* 17 oct. 2023 et 8 févr. 2024; P. de Miguel Asencio, sur le blog *eapil.org*.

33 Cass. civ. I, 4 oct. 2005, préc.

34 V. not. C. Kleiner, « L'élection du for en matière bancaire et financière : entre clauses asymétriques, clauses modèles et quasi-réglementaires », in M. Laazouzi, *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2021, p. 47.

35 Affaire C-136/16 (radiation par une ordonnance du 10 mars 2017, après que le juge de renvoi a retiré sa demande).

recevoir des paiements par l'intermédiaire de ses filiales à Londres et au Luxembourg, que les parties pouvaient transférer leurs droits et obligations à d'autres établissement ou filiales, que la loi choisie était le droit anglais, que les contrats étaient rédigés en anglais en utilisant des concepts anglo-saxons. Même si ces contrats sont conclus entre des parties établies dans le même État et que l'exécution est susceptible de se faire dans ce même État, ils « transpirent » l'internationalité<sup>36</sup> et l'application du règlement Bruxelles I bis est jugée souhaitable pour que les clauses se voient dotées d'un régime unique, le régime européen, lorsqu'elles désignent les juridictions d'un État membre<sup>37</sup>. L'opération de qualification est toutefois délicate et elle est susceptible d'être faite de façon différente selon les États membres, voire à l'intérieur d'un même État puisque la souplesse est suggérée<sup>38</sup>, alors même qu'une interprétation uniforme du règlement s'impose, ne serait-ce que pour éviter la survenance de décisions inconciliables<sup>39</sup>.

20. Le recours à la conception subjective de l'internationalité permet d'éviter cette recherche de l'élément (ou des éléments) d'extranéité pertinent(s). La Cour s'épargne ainsi la tâche de préciser ce qu'il faut entendre par internationalité objective. Il est d'ailleurs intéressant de relever que le juge de renvoi – la cour suprême tchèque – motivait le possible recours à la conception subjective par les besoins de l'interprétation uniforme.
21. Une autre conception de l'internationalité objective déduite du règlement Bruxelles I bis, et non directement des éléments d'extranéité affectant la situation, est envisageable. Elle ne paraît pas offrir davantage de sécurité juridique. On se réfère ici à l'interprétation de l'ancêtre de l'article 25, l'article 17 de la convention de Bruxelles, préconisée par Droz : « pour les besoins de l'article 17, est considéré comme international tout accord d'élection de for désignant le tribunal ou les tribunaux d'un État contractant et qui exclut la compétence normale, au sens de la Convention, d'un tribunal et des tribunaux d'un autre État contractant »<sup>40</sup>. Au lieu de rechercher l'internationalité économique ou juridique de la situation, cette méthode conduit à vérifier si la clause déroge à une règle de compétence harmonisée<sup>41</sup>. Dans l'affaire *Inkreal*, on serait parvenu à la conclusion que la clause ne dérogeait pas au système de compétence mis en place par le règlement puisqu'aucune autre règle de compétence propre au règlement n'était mobilisable pour identifier le juge compétent. Mais cette approche nécessite un examen à 360 degrés des règles de compétence peu compatible avec la volonté de la Cour de justice de privilégier une interprétation du Règlement permettant à la juridiction nationale saisie de statuer rapidement sur sa compétence<sup>42</sup>.
22. Enfin, et toujours au regard de la sécurité juridique, le choix d'une conception objective de l'internationalité se heurte à autre écueil, celui de la date d'appréciation de l'internationalité. Une situation objectivement interne à la date de l'accord d'élection de for peut

36 Pour reprendre l'image utilisée par C. Kleiner, art. préc.

37 En ce sens C. Kleiner, art. préc.

38 V. les conclusions de l'Avocat général dans l'affaire *Inkreal*, point 43 : « l'internationalité pouvant résulter de divers éléments, ils devraient être appréciés par le juge saisi en fonction de chaque cas d'espèce de façon souple ou selon une conception large ».

39 L'argument est d'ailleurs mentionné par la Cour de justice, points 30 et 31.

40 *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Dalloz 1972, n° 191

41 M.-E. Ancel, « L'internationalité à la lumière de la convention d'*electio fori* », in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 21, sp. p. 41.

42 V. not. CJUE 28 janvier 2015, *Kolassa*, C-375/13, EU:C:2015:37, point 61.

être internationale à la date de la saisine du juge. L'inverse est également envisageable<sup>43</sup>. Sur ce point aussi, doctrine et jurisprudence se sont montrées partagées<sup>44</sup>. Les circonstances de l'affaire *Inkreal* permettent de mettre en évidence cette difficulté. En effet, le demandeur qui se prévaut de la clause attributive de juridiction n'est pas celui qui l'a signée mais le cessionnaire de créances nées de contrats comportant ladite clause. En l'espèce, il était établi dans le même État que les parties initiales. Eût-il été établi dans un autre État membre, la situation devenait objectivement internationale à la date de l'introduction de l'instance. L'avocat général, après avoir défendu une conception objective, suggérait de retenir la date de conclusion de la clause pour l'apprécier, afin de limiter le *forum shopping*. Toutefois, il proposait d'admettre l'internationalité de la situation qui, bien qu'interne à la date de conclusion de la clause, portait en elle une perspective d'internationalisation<sup>45</sup>. Cette prudente souplesse semble difficilement conciliable avec la sécurité juridique. En l'espèce, aurait-il fallu que les parties précisent que la créance pouvait être cédée à un tiers établi à l'étranger pour que l'on puisse parler de perspectives d'internationalisation ? *In fine*, la distinction entre ce qui est objectivement international et ce qui ne l'est pas se révèle bien aléatoire, *a fortiori* dans un espace économique où les libertés de circulation peuvent être perçues comme autant d'incitations à s'adresser à des acteurs installés dans d'autres États membres. Au-delà, et la question est connue, ces libertés de circulation interrogent le respect des règles impératives nationales.

#### B. Le respect des politiques impératives

23. L'un des principaux griefs adressés à la conception de l'internationalité subjective tient aux risques d'ineffectivité des politiques nationales qu'elle implique. Elle permettrait de désactiver les dispositions impératives de la loi normalement applicable. Ces risques sont exagérés. Un examen attentif montre que seules les limites procédurales de l'autonomie de la volonté – en France, celles qui résultent de l'article 48 du CPC – se trouvent effacées. L'autonomie de la volonté bien qu'amplifiée par la conception subjective de l'internationalité reste impuissante face à différentes politiques impératives qui se trouvent préservées par le jeu de règles européennes ou de règles nationales.
24. Les règles européennes pertinentes sont diverses. Tout d'abord, la clause attributive de juridiction ne permet pas de faire échec aux différentes règles de compétence exclusives de l'article 24 du règlement Bruxelles I bis. Or, dans certains cas, ces règles ont été formulées pour asseoir la coïncidence des compétences législatives et juridictionnelles et servir un objectif d'ordre public<sup>46</sup>. Ensuite, en matière de protection des parties faibles (assurés, consommateurs et travailleurs), le règlement Bruxelles I bis comporte des dispositions spécifiques qui permettent de ne pas donner effet à la clause attributive de juridiction<sup>47</sup>. L'absence de libre négociation de la

43 V. l'affaire *Kléber* préc. où le degré d'internationalité était plus fort à la date de la conclusion du contrat qu'à la date de l'introduction de l'instance, dès lors que l'ensemble des prestations avaient été réalisées en France.

44 V. les conclusions de l'Avocat général dans l'affaire *Inkreal*, points 46 et 47

45 Conclusions, point 49.

46 Sur les liens entre ordre public et compétence exclusive, v. not. S. Clavel, *op. cit.* n° 339.

47 V. les articles 15, 19 et 23 du Règlement Bruxelles I bis.

clause justifie l'adoption de ces dispositions. Il faudrait sans doute aller plus loin pour permettre d'écarter dans toutes les situations de déséquilibre économique, et pas simplement dans celles où l'on postule l'existence d'une partie faible, les clauses attributives de juridiction qui n'ont pas été librement négociées. En effet dans les hypothèses de déséquilibre économique, l'autonomie de la volonté dont les bienfaits sont à l'origine de la solution retenue par l'arrêt *Inkreal* se révèle dangereuse. Des propositions visant à limiter l'efficacité des clauses attributives de juridiction dans les rapports déséquilibrés B to B ont déjà été faites en doctrine<sup>48</sup>. Le législateur européen qui a posé les premiers jalons d'un droit européen des pratiques commerciales déloyales dans le domaine agro-alimentaire<sup>49</sup> pourrait poursuivre dans cette voie qui permettrait de disqualifier la clause non pas parce que l'internationalité de la situation fait défaut mais parce que la clause s'apparente à une clause abusive. Ce n'est pas l'état du droit positif et il faut rester prudent. L'affaire *Apple Sales International*, connue également sous le nom d'affaire *eBizzuss*, à travers ses nombreux épisodes, le montre bien<sup>50</sup>. L'existence d'un déséquilibre entre les parties ne vicie pas le consentement à la clause. L'affaire illustre un besoin de protection qui n'est pas pris en charge par les règles européennes et qui est tout aussi important dans les litiges objectivement internationaux que dans les litiges internes qu'une clause attributive de juridiction internationaliserait de façon subjective.

48 K. Thorn, *The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law*, Rec. Cours de l'Académie de La Haye, 2023, Volume 433, sp. n° 135.

49 Directive n° 2019/633

50 CJUE, 24 oct. 2018, aff. C-595/17, *Apple Sales International*, *AJ Contrat* 2019. 31, obs. G. Parleani; *RTD civ.* 2019. 289, obs. L. Usunier; *Europe* 2018. Comm. 405, obs. L. Idot; *Procédures* 2018. Comm. 369, obs. C. Nourissat; *Civ. 1re*, 30 janv. 2019, n° 16-25.259, *eBizzuss*, *AJ Contrat* 2019. 193, obs. G. Parleani; *RTD civ.* 2019. 289, obs. L. Usunier; *JCP* 2019. 365, obs. C. Nourissat.

51 Comp. L. Larribère, obs. préc. qui regrette qu'« en se focalisant sur la question de l'applicabilité, on met de côté la question essentielle : celle de la licéité de la clause ».

52 Règlement n° 593/2008, art. 3 § 3 : « lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ».

53 Loi n° 2023-221 et art. L. 441-1 A du code de commerce.

54 Loi n° 2023-1041.

55 Sur ces lois, v. S. Clavel, *Panorama de Droit international privé*, D. 2024. 937. V. aussi M. Behar-Touchais et C. Grimaldi, La loi Descrozaille dite « Egalim 3 » ou la victoire des fournisseurs contre les distributeurs, *JCP E* 2023. 1169; J.-B. Gouache et M. Behar-Touchais, *CCC* 2024, n° 2, Étude 1.

25. La sauvegarde des politiques impératives peut également être assurée par des règles nationales que l'article 25 n'évince que partiellement. Lorsque le litige est international à raison de la clause qui désigne les juridictions d'un autre État membre, l'arrêt *Inkreal* conclut à l'application de l'article 25 du règlement Bruxelles I bis. Mais celui-ci ne postule pas la validité de la clause, qui s'apprécie, quant à la forme, au regard des règles matérielles de l'article 25, et quant au fond, par application du droit de l'État membre dont les juridictions sont élues<sup>51</sup>. Il n'est pas impossible que ce droit parvienne à paralyser la clause qui serait inopportune. Ensuite, et surtout, dans l'hypothèse d'une situation objectivement interne, l'application des règles internes est préservée par l'article 3 § 3 du règlement Rome 1<sup>52</sup>.
26. Sous l'angle de la mise en œuvre des politiques impératives du for, l'arrêt *Inkreal* contraste fortement avec les récentes initiatives législatives françaises qui se sont notamment traduites par l'adoption de la loi Descrozaille du 30 mars 2023<sup>53</sup> et la loi Lemaire du 17 novembre 2023<sup>54</sup> qui visent à assurer l'application impérative des dispositions françaises en matière de négociations commerciales en retenant la compétence exclusive des tribunaux français, y compris dans les situations objectivement internationales<sup>55</sup>. Mais ce contraste ne saurait suffire à condamner la position retenue par la Cour de justice tant le législateur français semble ne pas avoir pris la mesure de ce qu'implique l'Union européenne, même s'il en réserve les règles.

## C. Une solution délibérément européenne

27. En laissant aux acteurs du marché européen la possibilité de choisir leur tribunal même dans des situations internes, l'arrêt *Inkreal* reflète l'idée de fongibilité des systèmes juridictionnels sur laquelle se construit l'espace judiciaire européen et qui fait la part belle tant au principe de confiance mutuelle, qui innerve d'ailleurs le règlement Bruxelles I bis<sup>56</sup>, qu'à l'autonomie de la volonté<sup>57</sup>. En 1990 déjà, Bertrand Ancel remarquait que « le cloisonnement des souverainetés se dissout dans la fongibilité relative des tribunaux (...). Pourquoi, dans ces conditions, ne pas reconnaître aux personnes privées la liberté de s'accorder sur celui qui, parmi ces tribunaux d'égale valeur, connaîtra de leurs litiges futurs et actuels ? »<sup>58</sup>. La fongibilité est, certes, souvent plus supposée que démontrée, faute d'une véritable culture judiciaire commune qui reste à construire. Dans le cas d'espèce, toutefois, on peut imaginer que, en tant qu'héritiers du système tchécoslovaque, les systèmes tchèques et slovaques sont assez proches l'un de l'autre.
28. L'idée de fongibilité conduit à limiter la solution *Inkreal* aux clauses qui désignent une ou des juridictions d'un État membre de l'Union européenne. A cet égard, on peut se demander si elle joue dans le cadre de la Convention de Lugano. Certes son article 23 est la copie de l'article 23 du règlement Bruxelles I, qui lui-même est devenu, avec quelques aménagements étrangers à la question débattue ici, l'article 25 du règlement Bruxelles I bis. Mais il n'est pas impossible que le degré de confiance mutuelle entre les États membres de l'Association européenne de libre-échange soit moindre qu'entre les États membres de l'Union européenne. C'est, en tous les cas, ce qui a pour l'instant justifié le maintien de l'exequatur dans la Convention de Lugano.
29. En définitive, et ce n'est pas nouveau, différents régimes s'appliquent à la clause attributive de juridiction. L'arrêt *Inkreal* n'a qu'une portée limitée en déplaçant de façon marginale la frontière entre deux de ces régimes. Raisonons sur une clause attribuant compétence à une juridiction française. Sa validité s'apprécie selon les règles de l'art. 48 CPC, s'il s'agit d'une situation interne française, selon les règles de l'art. 25 du règlement Bruxelles I bis, s'il s'agit d'une situation internationale (objectivement ou subjectivement). Si l'ensemble du litige se rattache à un État tiers, la courtoisie internationale commanderait de ne pas accepter la prorogation de compétence. Raisonons maintenant sur une clause désignant une juridiction étrangère. S'il s'agit d'une clause désignant la ou les juridictions d'un État membre, l'article 25 joue et si les conditions qu'ils posent sont satisfaites, le juge français devrait lui donner effet et se déclarer incompétent quand bien même l'intégralité du litige serait localisée en France. S'il s'agit d'une clause désignant la ou les juridictions d'un État tiers, en application de la convention de la Haye de 2005 ou de la jurisprudence *Compagnie des signaux électriques*<sup>59</sup>, le juge devra s'assurer de l'internationalité objective du litige.

56 Règlement 1215/2012, cons. 26.

57 V. N Reich, *General principles of EU Civil Law*, Intersentia 2013, p. 17. Du même auteur, "Economic Law, Consumer Interest and EU Integration", in H.-W. Micklitz, N. Reich et P. Rott, *Understanding consumer law*, Intersentia 2009, p. 45, n° 1-36 : "the guarantee of the right to free choice constitutes the core issue of a European economic constitution for liberal authors as it establishes the right to participate in cross-border transactions in accordance with Community law", cité par P. Wautelet, "Autonomie de la volonté et concurrence réglementaire – le cas des relations familiales internationales", in H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon, *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, 2014, p. 131.

58 B. Ancel, « La clause attributive de juridiction selon l'art. 17 de la Convention de Bruxelles », *Riv. di dir. internat. priv. e proc.* 1990, p. 263 à 294, spéc. no 4.

59 Arrêt préc. note 11.

30. On remarquera, pour conclure, que l'arrêt *Inkreal* s'inscrit dans le mouvement de privatisation de la justice qui se traduit notamment par la promotion des modes amiables de règlement des litiges. Paradoxalement, il peut aussi être perçu comme une pierre dans le jardin de la justice arbitrale. En effet, les parties qui ne sont pas satisfaites de leur justice nationale, plutôt que de s'en remettre à une justice privée, pourront s'en remettre à une justice étatique étrangère. En tout état de cause, l'importance de l'arrêt *Inkreal* ne doit pas être surestimée. Rares sont les parties qui, sauf circonstances particulières, consentent à confier la résolution de leur litige interne à un juge étranger. Elles ne sont familières ni avec la procédure qu'il faut suivre, ni avec la « mentalité » de la juridiction élue. Il en ira peut-être différemment demain avec les chambres internationales spécialisées<sup>60</sup> qui sont précisément l'un des marqueurs du développement du marché de la justice<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Encore faudra-t-il s'assurer que les litiges internationalement subjectifs entrent dans les attributions des chambres internationales spécialisées.

<sup>61</sup> Sur ces chambres, v. M. Yip et G. Rühl, *New International Commercial Court: A Comparative Perspective*, Intersentia, 2024.

Fabienne Jault-Seseke  
Professeure à l'université Paris Saclay, UVSQ, DANTE, IUF

Mots-clefs

Espace Judiciaire Européen

Procès équitable

Liberté d'expression

1. La [directive \(UE\) 2024/1069 du 11 avril 2024](#) (JOUE 16 avr.) entend lutter contre la pratique dite « des poursuites-bâillons ». Elle est désormais connue sous la dénomination directive anti-SLAPP (pour *Strategic Lawsuits Against Public Participation*) et vise à sauvegarder la liberté d'expression, essentiellement celle des « chiens de garde de la démocratie » que sont les journalistes, lanceurs et lanceuses d'alerte et organisations de la société civile. Si les poursuites-bâillons qui visent à les réduire au silence en raison du coût qu'elles génèrent pour ceux qui sont attirés en justice ont acquis une certaine visibilité, les remèdes à leur apporter restent complexes à identifier : la protection de la liberté d'expression en cours de procédure, c'est-à-dire *a posteriori*, ne suffit pas.
2. La directive (UE) 2024/1069 permet à l'Union européenne d'emboîter le pas à certains États étrangers. L'exemple californien est peut-être le plus connu. Le § 425.16 du code de procédure civile californien, adopté dès 1992, permet de demander la radiation des procédures-bâillons dans un délai court.
3. Le nouveau mécanisme européen, que les États membres doivent transposer d'ici le 7 mai 2026, sera rapidement présenté ici en analysant son champ d'application puis son *modus operandi*.
4. Le champ d'application est notamment défini à travers les personnes qu'elle entend protéger et qui sont toute personne physique ou morale, professionnelle ou non, qui participe au débat public ou qui assiste celle qui participe au débat public (cons. 18). Au premier rang de ces personnes, on trouve les journalistes vus comme des « sentinelles » sur les questions d'intérêt public (cons. 10). L'article 4 contient plusieurs définitions dont celles du débat public et des questions d'intérêt public. Ces définitions larges font écho à la notion de débat d'intérêt général protégée par la Cour européenne des droits de l'homme. L'article 4 définit aussi les procédures concernées : il s'agit des « procédures judiciaires qui ne sont pas engagées en vue de faire véritablement valoir ou d'exercer un droit, mais qui ont pour principale finalité d'empêcher, de restreindre ou de pénaliser le débat public, fréquemment en exploitant un déséquilibre de pouvoir entre les parties, et qui tendent à faire aboutir des demandes en justice infondées ». Différents indices sont proposés pour identifier cette finalité, tels le caractère disproportionné de la demande en justice, l'ouverture de procédures multiples par le requérant, l'existence de menaces de la part du requérant avant ou pendant la procédure, l'utilisation de manœuvres dilatoires, ainsi

que le *forum shopping* abusif. Ces précisions qui donnent à voir un champ d'application large sont trompeuses. En effet, la directive ne couvre directement que les questions de nature civile ou commerciale ayant une incidence transfrontière et faisant l'objet d'une procédure civile (art. 2). Les procédures purement internes mais aussi les procédures transfrontières de nature pénale ou administrative lui échappent. Même si l'on sait que la notion de matière civile et commerciale est, au sein de l'espace judiciaire européen, entendue largement et pourrait peut-être couvrir les procédures fondées sur la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (alors même que cette loi est réitérativement qualifiée en droit interne de loi pénale), ces exclusions sont regrettables. C'est toutefois surtout l'exigence du caractère transfrontière de la procédure qui se révèle réductrice. Il était particulièrement nécessaire que les procédures transfrontières soient couvertes en raison de la vulnérabilité toute particulière du défendeur attiré dans un pays étranger. A cet égard, la directive est décevante car elle ne contient aucune disposition limitant l'option de compétence offerte au demandeur en matière de diffamation (option très large qui découle de l'interprétation de l'article 7, §2 du règlement Bruxelles bis). Au-delà, rien ne justifie, si ce n'est le fondement de la directive (TFUE, art 81 relatif à la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière) et il était difficile de passer outre, que la lutte contre les procédures-bâillons se limite aux cas transfrontières. L'approche du Conseil de l'Europe est d'ailleurs différente: dans une recommandation du 5 avril 2024 (CM.Rec(2024)2)), le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a demandé aux quarante-six États membres d'élaborer des stratégies globales et efficaces pour lutter contre l'utilisation des poursuites stratégiques contre la participation publique. Aucune limitation aux procédures transfrontières n'y est de mise. Deux pistes permettent de modérer la critique. La première est entre les mains des États membres. La directive est une directive d'harmonisation minimale (art. 3). Il est clairement indiqué que les États membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables aux personnes participant au débat public. Ainsi les États membres pourraient parfaitement étendre le dispositif transposant la directive 2024/1069 aux procédures purement internes. La seconde est relative à l'interprétation de la notion de questions ayant une incidence transfrontière. La directive en donne une définition négative qui finalement pourrait se révéler assez large. Le caractère transfrontière fait défaut "si les deux parties sont domiciliées dans le même État membre que la juridiction saisie et que tous les autres éléments pertinents relatifs à la situation concernée sont localisés uniquement dans cet État membre » (art. 5). Si le débat d'intérêt public est un débat qui n'est pas purement national (et les débats qui ne débordent pas un peu des frontières nationales sont de plus en plus rares), on pourrait faire valoir que tous les éléments pertinents ne sont pas localisés dans un seul et même État. L'argument peut être soulevé. Il n'est pas certain qu'il fasse mouche.

5. La directive prévoit des mécanismes, qui sont complémentaires, pour lutter contre les procédures-bâillons, à savoir le rejet rapide de la demande et des mesures correctrices. Ces mécanismes sont susceptibles d'être mis en œuvre d'office par le juge (ce point relève de l'autonomie procédurale des États membres). S'y ajoute le droit d'exiger du demandeur une caution « pour les frais de procédure estimés, qui peuvent comprendre les frais de représentation en justice engagés par le défendeur ainsi que, si le droit national le prévoit, les dommages et intérêts » (art. 10).
6. Concernant le « rejet rapide des demandes en justice manifestement infondées », il doit faire l'objet d'une procédure accélérée au cours de laquelle la charge de la preuve du bien-fondé de la demande initiale pèse sur le demandeur (art. 7 à 12).
7. Quant aux « mesures correctrices en réponse aux procédures judiciaires abusives altérant le débat public », elles doivent permettre le remboursement au défendeur de « tous les types de frais de procédure qui peuvent être alloués au titre du droit national, y compris l'intégralité des frais de représentation en justice engagés par le défendeur, à moins que ces frais ne soient excessifs » (art. 14). Le versement de dommages-intérêts et la publication de la décision de justice sont également envisagés, mais cela reste dans le cadre de la marge d'appréciation des États (art. 15).
8. Finalement, la directive envisage une « protection contre les décisions rendues dans un pays tiers », en prévoyant le refus de reconnaissance et d'exécution de la décision manifestement infondée ou abusive (art. 16; à comparer avec l'arrêt rendu dans l'affaire *Real Madrid/Le Monde*, CJUE 4 oct. 2024, C-633/22, alors que la décision à reconnaître émanait d'un État membre) mais aussi l'octroi de dommages et intérêts dans le cadre d'une procédure que la victime d'une poursuite-bâillon doit pouvoir intenter devant les juridictions de son domicile (art. 17). On a ici la consécration claire d'un nouveau *forum actoris* en matière de responsabilité civile. Ce nouveau chef de compétence européen est tout à fait remarquable dans la mesure où il permet d'attirer devant un for européen un défendeur (l'auteur de la poursuite-bâillon) potentiellement domicilié dans un État tiers, alors qu'en principe les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale ne jouent qu'à l'égard des défendeurs domiciliés dans l'UE. La victime des procédures-bâillons rejoint ici les parties faibles que sont le consommateur et le travailleur et qui peuvent elles aussi bénéficier d'un for européen à l'encontre de défendeurs domiciliés hors Union (art 18 et 21 du règlement Bruxelles I bis).

Sandrine Clavel  
Professeure à l'université Paris-Saclay, UVSQ, DANTE

Mots-clefs

Arbitrage International

Compétence

Chambre Commerciale Internationale

1. L'article 25 de la loi n° 2024-537 du 13 juin 2024 visant à accroître le financement des entreprises et l'attractivité de la France introduit à la section 5 du chapitre Ier du titre Ier du livre III du code de l'organisation judiciaire un article L. 311-16-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 311-16-1. - La cour d'appel de Paris, qui comprend une chambre commerciale internationale, connaît :

« 1° Des recours en annulation des sentences rendues en matière d'arbitrage international, dans les cas et les conditions prévus par le code de procédure civile ;

« 2° Des recours contre une décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence rendue en matière d'arbitrage international, dans les cas et les conditions prévus par le même code ».

2. Avec l'ambition d'accroître encore l'attractivité du droit français de l'arbitrage international (*sur le sujet, dans cette revue: v. J. Jourdan-Marques, [Lancement d'un groupe de travail sur l'arbitrage](#)*), cette disposition – dont les travaux parlementaires révèlent qu'elle a fait consensus à l'Assemblée nationale comme au Sénat – renforce la spécialisation en matière d'arbitrage international, confirmant le rôle central dévolu à cet égard à la Chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris (CCIP-CA), en même temps qu'elle apporte une simplification bienvenue à la compétence judiciaire dans le champ de l'arbitrage international.
3. On rappellera que jusqu'alors, la compétence de la Cour d'appel de Paris pour connaître des recours contre les sentences arbitrales était juridiquement assez limitée. Elle était certes seule compétente pour connaître de tous les recours formés contre les décisions statuant sur la reconnaissance ou l'exequatur des sentences rendues à l'étranger, puisque l'article 1516, al. 1er du CPC soumet en première instance ce contentieux à la compétence exclusive du tribunal judiciaire de Paris. En revanche, les recours en annulation formés contre des sentences rendues en France (art. 1519, al. 1er, CPC), et les appels contre les décisions d'exequatur rendues en première instance relativement à des sentences rendues en France (art. 1516, al 1er, CPC), se trouvaient dispersés au profit des juridictions dans le ressort duquel se trouvait localisé le siège du tribunal arbitral. Cette dispersion théorique du contentieux ne se retrouvait toutefois pas dans les faits. Au bénéfice d'une fréquente localisation du siège des arbitrages internationaux à Paris, la Cour d'appel de Paris connaissait déjà, *de facto*, de l'essentiel du contentieux relatif à l'arbitrage international: le rapport

de M. Alexandre Holroyd pour l'Assemblée nationale (*Rapport sur la proposition de loi, après engagement de la procédure accélérée, de M. Alexandre Holroyd et plusieurs de ses collègues visant à accroître le financement des entreprises et l'attractivité de la France (2321), n° 2428, déposé le mercredi 3 avril 2024*) précise que « sur les 487 affaires d'arbitrage international traitées par les cours d'appel de 2019 à 2022, 404 l'ont été par celle de Paris ».

4. C'est donc la dimension politique et symbolique de la disposition qui doit retenir l'attention : le droit français de l'arbitrage international gagne en lisibilité, tout en assurant aux usagers de l'arbitrage international l'accès à un juge rompu aux subtilités de ce contentieux. Mais il y a plus. Tout d'abord, le nouvel article L. 311-16-1 du code de l'organisation judiciaire confie cette compétence exclusive à « la cour d'appel de Paris, qui comprend une chambre commerciale internationale ». Cette chambre, qui a célébré récemment ses cinq ans d'activités par un [colloque anniversaire](#), a été instituée par la signature de [deux Protocoles](#) ; elle trouve ainsi une consécration législative, ce dont on peut se réjouir. La formule peut toutefois surprendre : il n'est pas d'usage que le législateur se mêle de la répartition des contentieux entre les chambres d'une juridiction. La distribution des affaires relève de l'administration judiciaire et donc principalement des prérogatives du président de la juridiction (E. Jeuland, *Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire*, *Revue française d'administration publique* n°125, 2008, pp. 33-42). De fait, le texte ne confie pas directement le contentieux arbitral international à la CCIP-CA, mais bien à la Cour d'appel de Paris « qui comprend une chambre commerciale internationale » : façon de dire que cette chambre a naturellement vocation à recevoir ce contentieux, mais sans l'imposer. La prudence est d'autant mieux venue que la concentration du contentieux au profit de la Cour d'appel de Paris ne joue pas en matière d'arbitrage interne ; or on sait la porosité pouvant exister parfois entre arbitrage interne et international (P. Mayer, « *Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ?* », *Rev. arb.* 2005, p. 365 ; Th. Clay, « *Pour un renouvellement du critère de l'internationalité de l'arbitrage* », *Mélanges en l'honneur du professeur Loïc Cadet*, *Lexisnexis*, 2023, p. 317 s.). Faudrait-il que la CCIP-CA, malgré son tropisme « international », connaisse aussi à titre exclusif des recours en matière d'arbitrage interne ? C'est une question qui pourrait se poser à court terme.
  
5. La disposition nouvelle soulève également une autre question, particulièrement épineuse, quant à son incidence sur le dualisme juridictionnel. Le Tribunal des conflits a imposé une répartition de compétences entre juridictions judiciaires et administratives en matière d'arbitrage international ([T.C., 17/05/2010, INSERM, C3754](#) ; [T.C., 24/04/2017, SMAC, C4075](#)), souvent contestée par les spécialistes de la discipline. Certains auteurs déduisent de la nouvelle compétence exclusive conférée à la Cour d'appel de Paris en matière d'arbitrage international une remise en cause législative du dualisme juridiction-

nel (J. Jourdan-Marques, « Le législateur torpille les jurisprudences INSERM et SMAC », *D.* 2024. 1296; du même auteur: « Chronique d'arbitrage: la Cour de cassation fait (encore) de l'arbitrage sans le savoir », *Dalloz Actualité*, 10 octobre 2024; C. Nourissat, « De la compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris pour connaître des recours contre les sentences arbitrales internationales », *JCP 2024. Doctr.* 1075). L'interprétation est toutefois contestée (P. Coleman, *L'unification du contentieux de l'arbitrage international en matière administrative en faveur de la Cour d'appel de Paris?*, *Dr. adm.*, n° 8-9, alerte 96) et loin d'être assurée. Une clarification prochaine serait bienvenue : une ultime saisine du Tribunal des conflits pourrait s'avérer opportune, dans ce nouveau contexte législatif.

Jérémy Jourdan-Marques  
Professeur à l'Université Lumière Lyon 2

Mots-clefs

Arbitrage

Réforme

Groupe de travail

Modernisation

1. Le 12 novembre 2024, le garde des Sceaux, ministre de la Justice, Monsieur Didier Migaud, a mis en place un groupe de travail pour moderniser le droit français de l'arbitrage. La mission, qui sera menée avec le concours de la direction des affaires civiles et du sceau, est pilotée par Monsieur François Ancel, conseiller à la Cour de cassation et Monsieur le Professeur Thomas Clay. Cette prestigieuse co-présidence est accompagnée de quinze membres, magistrats, praticiens et universitaires. La feuille de route du groupe de travail est aussi claire qu'ambitieuse : il s'agit d'« évaluer les besoins d'évolutions et les modalités de révision envisageables du droit français de l'arbitrage, qui participe au rayonnement et à l'attractivité du droit français ». Le rapport synthétisant les constats, réflexions et propositions du groupe est attendu au cours du mois de mars 2025. D'ici là, on peut s'aventurer à identifier les enjeux qui ont incités à la création de cette mission et esquisser quelques pistes, étant précisé que le propos du soussigné, membre du groupe, ne reflète aucunement l'état des discussions, mais constitue exclusivement le point de vue de l'auteur.
  
2. D'emblée, la question de l'opportunité d'un tel groupe se pose. Le droit français de l'arbitrage échappe à la frénésie normative qui touche bien des branches du droit. Après les deux décrets du 14 mai 1980 et du 12 mai 1981, l'arbitrage a fait l'objet d'une seule réforme d'ampleur. C'était le décret du 13 janvier 2011, à propos duquel l'un des co-présidents du groupe de travail affirmait encore il y a peu qu'il « ne connaît à ce jour, ni faille, ni défaut » (*Th. Clay, Code de l'arbitrage commenté, 2e éd., LexisNexis, avec M. de Fontmichel, 2021, p. 3, spéc. n° 9*). Cette longévité contribue à la consolidation, à la cohérence et à la diffusion d'un droit soutenu par une jurisprudence visionnaire. La création de la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris, qui a vu son existence et sa compétence consolidées par la loi du 13 juin 2024, contribue à assurer l'homogénéité et la qualité des décisions, en particulier à l'occasion des recours contre les sentences. Forte de ces atouts, la France continue à figurer dans le peloton de tête des places désignées comme siège pour les procédures arbitrales, en dépit d'une jurisprudence européenne qui ne la tire pas vers le haut. Dans ces conditions, toute évolution des textes présente le risque de bouleverser les équilibres. Les mots de Montesquieu, d'après qui il ne faut légiférer que d'une main tremblante, sonnent comme un avertissement pour les membres du groupe. La tâche est d'autant plus ardue que l'autre co-président du groupe de travail soulignait, de son côté, l'Everest d'une réforme, pour cause du risque politique qu'elle implique et avec le risque de

devoir se limiter à un volet réglementaire : « Réformer le droit de l'arbitrage et en particulier celui de l'arbitrage international, par voie réglementaire, suppose donc d'admettre de cantonner celle-ci à une réforme de la procédure et d'amputer celle-ci de certains principes acquis en jurisprudence, considérés pourtant comme étant ceux qui ont permis au droit français de l'arbitrage d'acquérir sa reconnaissance internationale » (F. Ancel, « *L'arbitrage en France, dix ans après la réforme : Rapport introductif* », *Rev. arb.* 2022. 3, spéc. p. 8).

3. Pour autant, le droit français souffre d'un double mal : d'une part, il est confronté à certains défauts, qui sont identifiés depuis longtemps ; d'autre part, il se heurte à une concurrence accrue, notamment de la part des places asiatiques. Ainsi, en conclusion du colloque organisé par le Comité Français de l'Arbitrage pour les dix ans du décret, Yves Derains soulignait que « la place des différents centres d'arbitrage est en train d'être remise en cause au plan international. Paris fait toujours partie des sièges d'arbitrage favorisés dans le monde, mais la compétition est de plus en plus rude [...]. Le brutal déclassement de Paris en trois ans s'explique sans doute en partie par une redistribution des rôles dans le commerce international, où l'Asie prend une part croissante [...]. Mais on doit aussi se demander si, en évoluant, le droit français de l'arbitrage n'a pas perdu de sa lisibilité et donc de son efficacité » (Y. Derains, « *Propos conclusifs* », *Rev. arb.* 2022. 293, n° 32). Voilà donc le double chantier auquel les membres du groupe de travail doivent s'atteler. Premièrement, corriger les scories de l'actuel droit positif et, deuxièmement, redonner un souffle au droit français de l'arbitrage.
  
4. La correction des imperfections est un chantier qu'il ne faut pas négliger. C'est notamment le cas de la confidentialité de l'arbitrage en matière internationale, dont personne ne sait véritablement si elle est un principe ou non. C'est aussi le problème de nombreuses exigences du droit de l'arbitrage interne, qui se révèlent aujourd'hui obsolètes, au point de devoir – comme pour la date sur la sentence – être neutralisées par la jurisprudence. C'est encore l'ignorance totale du caractère électronique de l'arbitrage, en particulier des sentences, qui révèle le manque de modernité de notre réglementation. C'est enfin la question de l'arbitrabilité et des articles 2059 et 2060 du Code civil, qui sont, par une formidable inversion de la hiérarchie des sources, *contra iurisprudentiam*. Les impératifs sont donc nombreux. Chemin faisant, les membres du groupe de travail auront sans doute d'importants choix à faire : faut-il maintenir la *summa divisio* entre arbitrage interne et arbitrage international (sur cette discussion : Th. Clay, « *Pour un renouvellement du critère de l'internationalité de l'arbitrage* », in *Mélanges Loïc Cadiet*, LexisNexis, 2023, p. 317) ? Est-il possible de consolider le contrôle de la sentence autour du seul juge judiciaire et, le cas échéant, à quelles conditions ? Comment prendre en compte les spécificités de la partie faible, qu'elle soit *conjuncturellement* faible ou *structurellement* faible ?

5. Pour autant, les membres du groupe de travail ne peuvent se limiter à une réflexion purement technique et désincarnée. L'arbitrage a fait l'objet d'importantes remises en cause ces dernières années. Certains choix, notamment celui du contrôle minimaliste des sentences en matière d'ordre public international, apparaissent, *a posteriori*, peu judicieux. C'est que l'arbitrage ne peut se limiter à être un mode de résolution des différends centré sur des valeurs économiques. Le juge français a déjà amorcé le virage, avec une incitation forte à tenir compte des enjeux de conformité et à lutter contre les pratiques qui gangrènent le commerce international. De son côté, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme invite désormais, indirectement, les arbitres à prendre en considération les droits humains (CEDH, 11 juill. 2023, n° 10934/21, *Dalloz actualité*, 11 sept. 2023, obs. J. Jourdan-Marques; *ibid.*, 18 sept. 2023, obs. J.-P. Marguénaud; D. 2023. 1684, et les obs., note J. Mattiussi; *ibid.* 2278, obs. T. Clay; *AJ fam.* 2023. 421, obs. A. Dionisi-Peyrusse; *Rev. arb.* 2023. 848, obs. J.-M. Marmayou; *Gaz. Pal.* 31 oct. 2023, p. 16, obs. L. Larribère; *Paris Baby Arbitration* 2023, n° 64, p. 10, obs. L. Nicot). L'avenir nous dira probablement s'il faut aussi intégrer les enjeux environnementaux. Des évolutions dans ces directions paraissent inéluctables si le droit de l'arbitrage entend consolider sa respectabilité aux yeux de tous les acteurs.
  
6. Ces préoccupations ne sont d'ailleurs pas si éloignées de celles susceptibles de renforcer la place de Paris dans la compétition internationale. D'abord, car si l'attractivité est un objectif à poursuivre, ce n'est pas au prix d'une transformation en « paradis arbitral ». D'autre part, car la mise en place d'outils permettant de lutter contre certains écueils de l'arbitrage est susceptible de contribuer à l'essor du droit français. C'est par exemple le cas de la lutte contre le déni de justice. Alors que la fabuleuse jurisprudence NIOC (*Civ. 1re*, 1er févr. 2005, n° 01-13.742, *Israël c/ Sté National Iranian Oil Company*, D. 2005. 2727, note S. Hotte; *ibid.* 3050, obs. T. Clay; *Rev. crit. DIP* 2006. 140, note T. Clay; *RTD com.* 2005. 266, obs. E. Loquin; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, p. 3, obs. S. Lazareff; *Gaz. Pal.* 2005, n° 147, p. 37, note F.-X. Train) en a fait un chef de compétence au profit du juge d'appui français, les prérogatives de ce dernier au soutien de la procédure restent limitées et décevantes. Aujourd'hui, le juge anglais voit dans la fixation du siège à Paris un risque (fantasmé) de déni de justice (*Cour suprême*, 18 septembre 2024, *UniCredit Bank c/ RusChemAlliance*, [2024] UKSC 30), au point d'en tirer une légitimité pour intervenir dans une procédure arbitrale à laquelle il est totalement étranger. Cet épisode impose de réévaluer le rôle du juge d'appui. C'est encore la préoccupation d'une bonne administration de la justice, qui n'est pas étrangère à l'arbitrage et doit inciter à mieux gérer l'éclatement du contentieux, afin de répondre aux préoccupations des litigants sur les coûts et les délais de la procédure. Les pistes de réflexion sont ainsi particulièrement nombreuses. Il appartiendra aux membres du groupe de travail de s'en saisir et de faire des propositions audacieuses, avec l'espoir que les pouvoirs réglementaires et législatifs soient prêts à les suivre dans cette voie.

