



# LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO

Revue de l'Association des Juristes de Sciences Po • SEMESTRIELLE • N° 14 • JANVIER 2018

*Quel  
avenir  
pour la  
coopération  
transatlantique ?*



## *Le mot des rédactrices en chef*

---

Paris le 1<sup>er</sup> février 2018,

Chères lectrices, chers lecteurs,

**L**a *Revue des Juristes de Sciences Po*, depuis sa création en 2009, s'est donnée pour mission d'approfondir et d'analyser les enjeux juridiques des tensions qui traversent la société contemporaine. Dans ce nouveau numéro, la *Revue des Juristes de Sciences Po* vous invite à réfléchir aux évolutions de la coopération transatlantique et ses multiples facettes.

Qu'est-ce que le transatlantisme ? Qu'il s'agisse de traités, d'alliances ou de la 'simple' coopération juridique internationale, cette notion varie selon celui qui l'emploie, mais surtout en fonction du lecteur. C'est pourquoi *La Revue des Juristes de Sciences Po* a choisi dans ce numéro 14 de présenter des auteurs originaires de chacun des bords de l'Atlantique, et ce afin de mieux confronter leurs points de vue.

Nous avons conscience des implications politiques de ce thème. Au sein de l'Union Européenne et autour d'elle, la résistance face à une coopération internationale toujours plus grande est bien en place. Aux Etats-Unis, l'élection de Donald Trump a rendu évidente la défiance d'une partie de la population après l'internationalisme des années Obama. Sous la pression populaire, des chefs d'Etat organisent le retrait, plus ou moins structuré, d'alliances pourtant installées. Du Brexit à l'ALENA, du CETA à l'OMC, la coopération internationale semble bien instable en ce qu'elle implique les Etats, et pourtant toujours plus importante pour les autorités de régulation, en particulier face aux crises financières des dernières années.

Parmi les questions posées par ce numéro, un fil conducteur apparaîtra sûrement au lecteur assidu : les différents auteurs de ce numéro se sont chacun interrogés sur la place du droit, dans toutes ses dimensions, comme facteur de stabilité ou de changement dans cette relation privilégiée que constituent les liens transatlantiques. Les articles réunis dans ce numéro abordent les aspects divers de cette relation qui apparaît dans tous les champs disciplinaires, et influe sur les finances et les investissements à l'échelle mondiale, mais aussi sur la diffusion de modèles et de cultures juridiques, la protection de l'environnement ou encore les normes internationales. Ainsi le lecteur est invité à s'interroger : les liens juridiques, politiques et sociétaux établis entre les côtes de l'océan Atlantique sauront-ils résister aux vents et courants qui les mettent à mal ?

Le mot des rédactrices en chef

Il serait dommage de ne pas souligner les innovations de ce numéro. Premier numéro bilingue et multiculturel de la *Revue des Juristes de Sciences Po*, cette expérience sera amenée à être renouvelée en vue de poursuivre un objectif d'ouverture à divers systèmes juridiques. La *Revue des Juristes de Sciences Po* se consacre également cette année à divers projets, tels que le développement du blog, support d'entretiens, de revues d'actualités et de compte-rendus de conférences. Un partenariat avec le programme d'initiation à la recherche (PIR) et le développement de liens avec l'Ecole doctorale de l'Ecole de Droit de Sciences Po sont en outre à l'étude, avec à la clé une plus grande ouverture de la Revue à des publications internes par le soutien aux recherches des étudiants de l'Ecole de Droit.

La Revue, dans chacun de ses numéros, interroge des thèmes de société au prisme du droit. C'est dans cet objectif que le Volume 15, prochain numéro de la *Revue des Juristes de Sciences Po* portera sur **le Droit au prisme du Genre**. Nous invitons les lecteurs intéressés par ce sujet et ses enjeux à faire montre de créativité, tant le sujet est vaste.

En vous souhaitant une excellente lecture,

**AGATHE DE MARCILLAC & CLAIRE OUALID**  
*Rédactrices en chef*

## ***L'équipe 2017-2018 de la Revue***

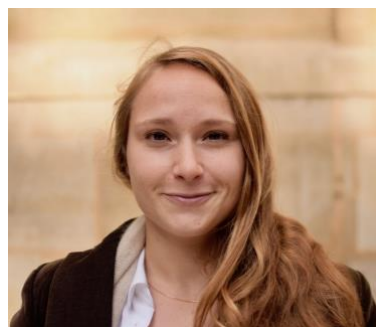
---

### ***Les Rédactrices en chef***



**Agathe de Marcillac**

*M2 Global Business Law and  
Governance*



**Claire Oualid**

*M2 Droit Public Economique*

***Le Comité de rédaction***



**Jules Andreau**

*M1 Droit Economique*



**Quentin Dachy**

*M2 Entreprises, Marchés,  
Régulation*



**Pauline Delmas**

*M2 Contentieux  
Economique et Arbitrage*



**Linus Hoffmann**

*M1 Droit Economique*



**Laura Maurer**

*M1 Droit Economique*



**Matthieu Misik**

*M1 Droit Economique*



**Hugo Pascal**

*Césure*



**Barbora Slaba**

*M2 Droit Public  
Economique*



**Louis Tasset de  
Landscheer**

*M1 Droit Economique*



**Bastien Tirel**

*M2 Global Governance  
Studies*

**PROFESSEUR REGIS BISMUTH**

*Editorial*

---



***PROFESSEUR REGIS BISMUTH***

*Régis Bismuth est Professeur à l'Ecole de Droit de Sciences Po. Ses activités de recherche et d'enseignement portent principalement sur le droit international public, le droit de l'intégration économique (OMC, investissements internationaux, régulation monétaire et financière) et le contentieux international. Il est l'auteur de plusieurs publications en français et en anglais sur des sujets tels que les fonds souverains, la dette souveraine, l'extraterritorialité, les standards internationaux, les immunités, les organisations internationales, les sanctions économiques, la responsabilité des entreprises multinationales, l'arbitrage international, la liberté d'expression et le droit animalier. Il est également Directeur des Études de la Branche française de l'International Law Association (ILA).*

C'est un euphémisme de dire que la coopération transatlantique traverse une période tourmentée tant les tensions, incompréhensions et conflits entre les blocs européen et américain se sont multipliés au cours des dernières années et intensifiés ces derniers mois. Il faut dire que l'élection de Donald Trump a, à elle seule, conduit à deux décisions qui affectent les termes de cette relation. Il s'agit évidemment du choix de la nouvelle administration de se retirer unilatéralement du mécanisme de l'Accord de Paris qui constitue la pierre angulaire de la gouvernance climatique globale. Il s'agit également de la rupture par la même administration des négociations sur projet de partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) initié entre les



États-Unis et l'UE, et ce, alors que ces types d'accords s'imposent comme le nouveau mode de libéralisation et de régulation des échanges économiques internationaux.

Se limiter à ces deux événements conduit toutefois à éclipser une multitude de questions et débats qui animent plusieurs acteurs de part et d'autre de l'Atlantique. Ce sont ces questions et débats que proposent d'explorer les multiples et riches contributions publiées dans ce numéro de la *Revue des Juristes de Sciences Po*.

S'agissant des accords des nouveaux libre-échange, l'abandon du TTIP ne doit pas occulter la conclusion du CETA, accord de partenariat d'envergure conclu entre l'UE et le Canada, pays souvent négligé lorsqu'il s'agit d'évoquer les relations transatlantiques (*v. la contribution de Nelson Wiseman*). Les parties ont dû faire face dans le cadre des négociations à une opposition croissante de la société civile, les conduisant à faire évoluer certaines dispositions de l'accord, notamment en ce qui concerne la protection des investissements étrangers et les mécanismes d'arbitrage s'y adossant (*v. la contribution d'Andrea Bjorklund et Jonathan Brosseau sur le nouveau système juridictionnel de règlement des différends relatifs aux investissements proposés par l'UE ; et celle de Elizabeth Wu et al.*). Ce qui a été perçu par certains comme des progrès substantiels n'a toutefois pas apaisé le mouvement de contestation visant des dispositifs susceptibles d'affecter la liberté réglementaire des États (*v. la contribution de Jacques Sapir*).

Pour ce qui concerne le retrait des États-Unis de l'accord de Paris, il ne faut pas également en déduire que cette décision sonne le glas de toute coopération transatlantique en matière climatique. En l'absence de relais à l'échelon fédéral, cette coopération reste effective en faisant intervenir d'autres types d'acteurs tels que les gouvernements locaux et la société civile (*v. la contribution d'Arnault Barichella*). Il s'agit ici d'un bel exemple de *multilevel governance* dans le domaine d'un droit de l'environnement qui est toujours dans l'attente d'un véritable socle conventionnel multilatéral (*v. l'article de Yann Aguila présentant le projet de Pacte mondial pour l'environnement*).

Certains domaines témoignent de tensions persistantes dans le dialogue transatlantique. Plusieurs affaires récentes ont mis en perspective les prétentions extraterritoriales du droit américain, par exemple dans les domaines de la lutte contre la corruption ou des mesures d'embargo, conduisant certaines entreprises européennes à devoir s'acquitter de substantielles pénalités financières. Certains de ces précédents ont convaincu les États européens de s'inspirer des modèles en vigueur aux États-Unis afin de pouvoir mieux les neutraliser. Il en est ainsi des récentes réformes en France des dispositifs de lutte contre la corruption, lesquels traduisent une forme d'acculturation juridique de nos pratiques pénales (*v. l'article*

*de Kami Haeri et Valérie Munoz-Pons ainsi que la contribution de Pierre Servan-Schreiber).*

Si les européens se plaignent de l'extraterritorialité du droit américain, les États-Unis n'en sont pas en reste lorsqu'il s'agit d'évoquer le droit européen de la protection des données personnelles, autre sujet de tension de part et d'autre de l'Atlantique (*v. l'article de Céline Castets-Renard*) qui se place d'ailleurs au cœur des problématiques liées au commerce numérique (*v. l'article de Marion Creach et la réponse de Petros Mavroidis*). Nul doute d'ailleurs que l'affaire *USA v. Microsoft* actuellement pendante devant la Cour suprême américaine constituera un autre point culminant de ces débats relatifs à la protection des données personnelles.

Envisagée dans un sens large, la coopération transatlantique n'est ainsi pas un processus pacifié. Elle se manifeste par des jeux d'influence où il est aussi question de faire triompher ou de diffuser certaines valeurs ou conceptions du droit (*dont les différences sont parfois exagérées comme le souligne Jean d'Aspremont*) et de sa pratique (*pratique du droit permettant d'ailleurs de surmonter une harmonisation limitée tel que le montre Felicia Henderson dans le domaine du droit des sociétés*).

Ce dialogue transatlantique constitue dans tous les cas un terrain particulièrement fertile d'exploration et d'analyse critique. Les contributions qui suivent en sont la plus parfaite illustration. Nous vous en souhaitons une bonne lecture.

**REGIS BISMUTH**

Professeur à l'Ecole de Droit de Sciences Po  
Directeur scientifique du Numéro

## ***Sommaire***

---

<b>Le mot des rédactrices en chef</b>	<b>2</b>
<b>L'équipe 2017-2018 de la Revue</b>	<b>2</b>
<i>Les Rédactrices en chef</i>	2
<i>Le Comité de rédaction</i>	3
<b>Editorial</b>	<b>4</b>
PROFESSEUR REGIS BISMUTH	
<b>QUEL AVENIR POUR LA COOPERATION TRANSATLANTIQUE ?</b>	<b>9</b>
<b>TRANSATLANTIC DIALOGUE AT A CROSSROAD?</b>	
<b>Canada's Ever-Changing Transatlantic Relationships</b>	<b>10</b>
NELSON WISEMAN	
<b>L'arbitrage et le règlement judiciaire des différends internationaux :     Perspectives théoriques et application au Système juridictionnel des     investissements de l'UE</b>	<b>16</b>
ANDREA BJORKLUND	
JONATHAN BROUSSEAU	
<b>The Most Favored Nation clause in Investment Arbitration: a case-study in     favor of State cooperation</b>	<b>49</b>
ELISABETH WU ET AL.	
<b>Normes internationales et droit national : approche contractualiste,     souveraineté et la démocratie</b>	<b>57</b>
JACQUES SAPIR	
<b>Multi-actor, multi-level governance for the transatlantic climate and energy     dialogue</b>	<b>71</b>
ARNAULT BARICHELLA	
<b>Le projet de Pacte mondial pour l'environnement : un nouvel outil pour la     gouvernance mondiale de l'environnement</b>	<b>86</b>
YANN AGUILA	
<b>La riposte du législateur français face à l'extraterritorialité des lois     américaines anti-corruption</b>	<b>91</b>
KAMI HAERI	
VALERIE MUNOZ-PONS	
<b>Collaboration et coopération dans le droit « global »</b>	<b>103</b>
PIERRE SERVAN-SCHREIBER	
<b>Privacy Shield: toward a strong Personal Data Protection between the US and     the EU?</b>	<b>109</b>
CELINE CASTETS-RENARD	

<b>Regulating Transatlantic Digital Trade Cooperative Endeavors, Remaining Tensions, Political Hurdles</b>	<b>123</b>
MARION CREACH	
<b>Regulating Transatlantic Digital Trade: What, Why, Where and How?</b>	<b>136</b>
PETROS C. MAVROIDIS	
<b>International Lawyers and Legal Forms: Transatlantic Denials</b>	<b>141</b>
JEAN D'ASPREMONT	
<b>Mixed Messages: How Much Should Corporate Law Require Boards to Listen to Shareholders?</b>	<b>150</b>
FELICIA A. HENDERSON	
<b>A propos de la Revue des Juristes de Sciences Po</b>	<b>158</b>
<b>A propos de l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP)</b>	<b>159</b>

---

## DOSSIER THEMATIQUE

*Quel avenir pour la coopération  
transatlantique ?*

—

*Transatlantic Dialogue at a  
Crossroad?*

---

**NELSON WISEMAN**

## *Canada's Ever-Changing Transatlantic Relationships*

---



***NELSON WISEMAN***

*Nelson Wiseman is the Director of the Canadian Studies Program and Professor in the Department of Political Science at the University of Toronto. His books include *In Search of Canadian Political Culture* and *The Public Intellectual in Canada*. He has appeared as an invited witness at the Canadian Senate's Legal and Constitutional Affairs Committee, the House of Commons Procedure and House Affairs Committee, and he authored an invited brief on Canada's fixed election date laws for the United Kingdom's House of Lords. He has served as a consultant to the Canadian, Manitoba, and Ontario governments.*

Europe's child between the seventeenth and nineteenth centuries, Canada became a brother of the United States in the twentieth century, its orientation shifting steadily from East to West, globally and domestically. Politics, economy, defence, and demographic factors such as national origins, ethnicity, religion, and language continue to tie Canada to Europe, but the bonds have weakened. Now provisionally in force, the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) is designed to reinvigorate transatlantic economic ties. However, the more intimate Canadian-American relationship will persist and Canada's developing transpacific connections will grow. History and geography have so dictated.

After initial French settlement, British conquest of New France and the colonization of Canada's western interior followed. To France, Canada was of little consequence; "You know that these two nations are at war about a few acres of snow somewhere

around Canada,” wrote Voltaire during the Seven Years War, “and that they are spending on this beautiful war more than all of Canada is worth.”<sup>1</sup> Quebec became politically, economically, and spiritually isolated from France. French Canada’s leading political class, the Catholic clergy, viewed anti-clerical, materialist, revolutionary France as infidel,<sup>2</sup> and Britain’s *Quebec Act* of 1774 permitted public office holders to practice the Roman Catholic faith, which was not permitted in Britain itself.

The creation of the United States in the 1770s led British North Americans loyal to the British crown to retreat north to the backwoods of Canada. The War of 1812 with the United States reinforced the British identity of English Canadians but Britain’s repeal of its Corn Laws in 1846, discarding mercantilism for freer trade, determined that Canada’s transatlantic economic relationship would become more distant and that trade ties between Canada and the United States would grow.

West of Quebec, as waves of British immigrants arrived, the population of what is now southern Ontario exploded from 77,000 to 952,000 between 1811 and 1851. The British came to outnumber the French in the united Province of Canada, created in 1840.<sup>3</sup> Despite English Canada’s growth, French Canadians, because of their high birth rate, accounted for one third of the population from the time of Canada’s appearance as a modern state in 1867 until well into the 1930s: *la revanche des berceaux*. Canada’s absorption of British colonies on both the Atlantic and Pacific coasts and continued large-scale British immigration was followed by immigration from central and Eastern Europe and the United States. In 1913, one of every eighteen people in Canada had arrived that very year. Many farmed in the western provinces but many settled and laboured in Canada’s industrializing economic heartland: Ontario and Quebec.

As part of the British Empire, Canada had been at war in 1914. Of over 600,000 Canadians serving in the war effort, nearly a quarter million died or were wounded. Their sacrifice became an important psychological factor in the development of a more distinctly separate sense of Canadian national identity. Between the 1920s and 1930s, the country became wholly autonomous constitutionally, with the *Statute of Westminster* (1931) establishing Canada’s legislative independence. Canada was no longer subordinate to the United Kingdom in any respect although Britain’s Judicial Committee of the Privy Council remained the final court of appeal for Canadian constitutional issues until 1949.

Like the Americans, many Canadians saw their country as detached from Europe’s travails; Canada’s delegate to the League of Nation likened his country to “a fire-proof

---

<sup>1</sup> Voltaire, *Candide: Or, All for the Best. A New Translation from the French*. Introduction by Walter Jerrold (London: G. Redway, 1898), pp. 125-26.

<sup>2</sup> Ramsay Cook, *The Maple Leaf Forever* (Toronto: Macmillan, 1971), p. 121.

<sup>3</sup> Frederick H. Armstrong, *Handbook of Upper Canadian Chronology* (Toronto: Dundurn, 1985), p. 275.

house, far from inflammable materials. A vast ocean separates us from Europe.”<sup>4</sup> Between the First and Second World Wars, Canada's leaders saw themselves as linchpins between the British and the Americans, interpreting one's relation to the other in a metaphorical North Atlantic Triangle.<sup>5</sup> In 1943, for example, Quebec City served as a middle ground, hosting Roosevelt and Churchill where they began planning for the invasion of France.

Canada's military reflected the westward shift. In the First World War, Canada was represented in the British Imperial war cabinet; during the Second World War, Canada established a Joint Board of Defence with the United States. Canada with European and American partners created NATO but it also entered a Defence Production Sharing Agreement with the United States in 1956 and forged NORAD (North American Air Defense Command) with the Americans in 1957, not long after Canada had refused to rally to the British-French side in the Suez crisis.

Canada long ago ceased to serve as a coordinating element between the United States and Britain; they developed their own “special relationship.”<sup>6</sup> Nevertheless, Canadian sensibilities continued to be influenced by Britain and the United States as reflected in Canada's political culture, which is not as collectivist as the political culture of Europe and not as individualist as that of the United States. Canada's social democratic party, the NDP, is weaker than Europe's social democratic parties but the United States has none, and social democrats have governed in seven of the ten Canadian provinces.

The *Canadian Citizenship Act* of 1946 separated Canadian citizenship from British nationality. In 1977, Canada eliminated special treatment for British nationals such as the right to vote immediately in Canadian elections, and Canadians lost their status as British subjects.<sup>7</sup> Since the Quiet Revolution of the 1960s, when Quebec shed its heavy Catholic cloak and Charles de Gaulle uttered “Vive le Québec libre” from the balcony at Montreal's City Hall, the province has become more like France in its cultural disposition. It has embraced *laïcité*, the core French constitutional concept asserting a secular identity. In contrast, Ottawa celebrates and promotes multiculturalism, introducing the world's first multiculturalism policy in 1971. Ottawa accommodates religious particularisms like the niqab and the Sikh turban; the current Ministers of Defence and Economic Development and the leader of the NDP are turbaned Sikhs.

---

<sup>4</sup> Raoul Dandurand, quoted in Joseph T. Jockel and Joel J. Sokolsy, “Dandurand Revisited: Rethinking Canada's Defence Policy in an Unstable World,” *International Journal*, vol.48 no.2 (Spring 1993), p. 380.

<sup>5</sup> John Bartlet Brebner, *North Atlantic Triangle: The Interplay of Canada, the United States and Great Britain* (New Haven: Yale University Press, 1945).

<sup>6</sup> “History of the U.S.-UK Special Relationship,” U.S. Embassy & Consulates in the United Kingdom, <https://uk.usembassy.gov/our-relationship/policy-history/>

<sup>7</sup> *Canadian Citizenship Act (Loi sur la citoyenneté canadienne)*, S.C. 1946, c. 15, and Margaret Young, “Canadian Citizenship Act and Current Issues,” Library of Parliament, Ottawa (1998).



The 1920s represented a hinge point in Canada's economic shift from Britain to the United States. Until then British portfolio investment, that is investment detached from management, accounted for much of the financing of the economy. In contrast, American investors preferred to establish Canadian subsidiaries of American companies in order to avoid Canadian tariffs. In the 1920s the value of US investment surpassed the value of British investment. Foreign, overwhelmingly American, ownership of the Canadian economy peaked in 1971, representing about 60 per cent of the manufacturing sector and 37 per cent of the country's corporate non-financial assets. Concerns arose that Canada had silently surrendered its economic sovereignty as well as tethering its foreign and defence policies to those of the United States, becoming a partner to a behemoth.<sup>8</sup>

To counter such concerns, Canada's foreign minister in 1972 proposed a "third option," reducing the economic and cultural influence of the United States on Canada by diversifying Canada's relations, notably with Europe and Japan.<sup>9</sup> Canada signed a Framework Agreement on Economic Co-operation in 1976 with the European Economic Community, the first formal agreement of its kind between the EEC and an industrialized third country, but trade diversification did not follow. Rather, even closer economic ties with the United States were established in 1988 with a Canada-United States Free Trade Agreement, which the North American Free Trade Agreement (NAFTA) expanded to include Mexico in 1994.

Canada and the United States developed the largest trade relationship in the world with Canada becoming the largest energy supplier to the United States. Trade accounts for roughly one-third of Canada's gross domestic product and about 70 per cent of that trade is with the United States. In 2002, the peak year in the trade relationship, 84 per cent of Canadian exports went to the United States while only five per cent went to the European Union, mostly to Britain.<sup>10</sup>

The discovery of massive conventional oil reserves in Alberta in 1947 began to shift Canada's economic centre of gravity from east to west. Booming petroleum exploration and development occurred across Western Canada, allowing the country to become self-sufficient and a major oil exporter. Alberta has the world's largest reservoir of crude bitumen and the largest mine (by area) in the world. Vancouver, in the neighbouring coastal province of British Columbia, serves as an *entrepôt* to Asia.

In foreign relations and defence Canada and the EU share liberal values, and Canada has contributed to Europe's stability. Between the Second World War and 1993,

---

<sup>8</sup> Kari Levitt, *Silent Surrender: The Multinational Corporation in Canada* (Toronto: Macmillan, 1970), and John W. Warnock, *Partner to Behemoth: The Military Policy of a Satellite Canada* (Toronto: New Press, 1970).

<sup>9</sup> Mitchell Sharp, "Canada-US Relations: Options for the Future," *International Perspectives*, (Ottawa: Department of External Affairs, Autumn 1972), pp. 20-23.

<sup>10</sup> Statistics Canada, "Canada's exports over time: Resources and manufactured goods," <http://www.statcan.gc.ca/pub/11-630-x/11-630-x2017005-eng.htm>

Canada had troops stationed in Germany. Since then Canada's military presence has been more modest and more dispersed. Canadian military personnel served in southeastern Europe in the 1990s and 2000s after the former Yugoslavia split apart, as part of a Multinational Joint Commission that includes Canada, Ukraine, the United Kingdom and the United States. Canada has also extended to 2019 its military training mission in support of Ukraine. Under a NATO umbrella, Canada is currently leading a multinational battle group in Latvia.

Ottawa liberalized immigration policy in 1967 and gave people from all over the world equal opportunity for admission to Canada; prospective immigrants are no longer identified by their ethnic origins but by their education, occupational, and language skills. This has opened the door for many professional and skilled Asians as well as others, and the change soon became evident. In 1970, six of the top 10 countries from which Canada attracted immigrants were European; the United States and the West Indies were two others. By 2010, only two of the top ten immigrant source countries were European; the top three were the Philippines, India, and China. Immigrants and second-generation individuals combined represented 38 per cent of the population in 2011.

In contrast to Europe where Chinese people make up less than one per cent of the population, Chinese and South Asians make up about ten per cent of Canada's population. The number of Asian Canadians is growing and the face of Canada is rapidly changing as Canada receives many Asian immigrants. The government projects that at least 56 per cent of Canada's immigrant population will be Asian-born and somewhere between 15.4 and 17.8 per cent European-born in 2036.<sup>11</sup>

Canadian prime minister Mackenzie King once observed that "If some countries have too much history, we have too much geography."<sup>12</sup> In the distant past, New France and its Acadie colony served as transatlantic gateways to what became Canada. Today, British Columbia serves as Canada's gateway to Asia and, to many, the future. Vancouver is nearer to Tokyo than to Paris or London. With some hesitation on Canada's part because of different views of democracy, human rights, and the role of the state, exploratory talks on a proposed free trade agreement with China began in 2017. Although Canada's cultural bonds with Europe are more deeply rooted, a free trade agreement with China would equal and likely exceed in trade value what CETA offers.

CETA will expand merchandise trade and give Canadian and EU companies equal access to bidding for multi-trillion dollar government procurement contracts. Canada and the EU view trade agreements through a different lens than that of the American Trump administration, which is preoccupied with balanced trade; Canada and the EU

---

<sup>11</sup> Statistics Canada, "Study: A look at immigration, ethnocultural diversity and languages in Canada up to 2036, 2011 to 2036, <http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/170125/dq170125b-eng.htm>

<sup>12</sup> House of Commons, *Debates*, June 18, 1936.

consider trade imbalances as not nearly so important as economic growth. For Canada, NAFTA's importance will continue to eclipse that of CETA; in 2016, two-thirds of Canada's exports went to the United States and the United States accounted for two-thirds of Canada's world-wide imports.<sup>13</sup>

In the twenty first century, a transpacific orientation will increasingly complement Canada's American and European bonds. It will be hastened by increased trade, investment, and immigration. The United States has pulled out of the Trans-Pacific Partnership agreement but the remaining eleven countries, including Canada, have agreed to it in principle. Canada already has a free trade agreement with South Korea and has carried on free trade negotiations with India since 2010. Canadian politicians and officials have always embarked on more trade missions to the United States than anywhere else and they will continue to do so. CETA will not change that. For some time now Canadian trade officials have also ventured more to Asia than to Europe.

---

<sup>13</sup> Indeed, "imports from the United States represented 65.8% of Canada's imports from the world in 2016, down from 66.3% in 2015. Meanwhile, the share of Canada's exports to the United States edged down from 75.7% in 2015 to 75.2% in 2016" in Statistics Canada, "Canadian international merchandise trade: Annual review, 2016," <http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/170504/dq170504c-eng.htm>

**ANDREA BJORKLUND ET JONATHAN BROUSSEAU**

*L'arbitrage et le règlement judiciaire des différends internationaux : Perspectives théoriques et application au Système juridictionnel des investissements de l'UE*

---



**ANDREA BJORKLUND**

*La professeure Bjorklund est la titulaire inaugurale de la Chaire L. Yves Fortier en arbitrage international et droit du commerce international à la Faculté de droit de l'Université McGill. Elle est une experte reconnue en matière d'arbitrage et de litiges internationaux, de commerce international et d'investissements internationaux. En septembre 2014, elle a été nommée chercheure en résidence par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. En octobre 2017, elle a été nommée chercheuse Norton Rose en arbitrage et droit commercial pour un mandat de trois ans. Avant sa carrière universitaire, Andrea Bjorklund a travaillé au sein de l'équipe d'arbitrage de l'ALENA du U.S. Department of State's Office of the Legal Adviser, et pour la commissaire Thelma Askey à la U.S. International Trade Commission. Elle détient un baccalauréat en histoire et en français (U. Nebraska '86), une maîtrise en études françaises (New York U. '88), et un JD (Yale '94).*



**JONATHAN BROSSEAU**

*Jonathan Brosseau est un diplômé du programme B.C.L./LL.B. avec spécialisation (Hons.) de l'Université McGill ainsi que du programme LL.M. (Prix Volterra Fietta) de l'Université de Cambridge. Il a été stagiaire juridique dans le Groupe d'arbitrage international de Shearman & Sterling Londres et au Bureau du droit commercial d'Affaires mondiales Canada. Il a développé une pratique en arbitrage international en tant qu'assistant de recherche pour le professeur Andrea Bjorklund, le professeur Fabien Gélinas et le juge Frédéric Bachand.*

*L'évènement de juger fait partie de la justice au même titre que le droit : il en est la fondation. [...] Le premier geste de la justice n'est ni intellectuel ni moral, mais architectural et symbolique : délimiter un espace sensible [...], dégager un temps pour cela, arrêter une règle du jeu, convenir d'un objectif et instituer des acteurs. Le procès est l'enracinement premier du droit dans la vie, il est l'expérience esthétique de la justice, ce moment essentiel où le juste n'est pas encore séparé du vivant et où le texte du droit est encore plus proche de la poésie que de la compilation juridique.<sup>1</sup>*

– Antoine Garapon

En octobre 2015, l'Union européenne [UE] a lancé sa stratégie de libre-échange *Trade for All* qui spécifiait que la Commission européenne [Commission] inclurait dorénavant dans ses nouveaux accords commerciaux un système judiciaire d'investissement public composé d'un Tribunal de première instance et d'un Tribunal d'appel qui opèrerait à la manière des tribunaux traditionnels.<sup>2</sup> La Commission s'est également engagée à établir éventuellement avec ses partenaires une cour

---

<sup>1</sup> Antoine Garapon, *Bien juger : Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 19.

<sup>2</sup> Parlement européen, *Trade for All: Towards a More Responsible Trade and Investment Policy*, Brussels, Union européenne, 2015, p. 21 [Parlement européen, *Trade for All*].

permanente multilatérale d'investissement.<sup>3</sup> Entre temps, un système juridictionnel des investissements [SJI] a été intégré à la fois dans l'*Accord économique et commercial global* [AECG]<sup>4</sup> entre l'UE et le Canada et dans l'*Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Vietnam* [ALE UE-Vietnam].<sup>5</sup>

Malgré ces développements, la mise en application du SJI demeure incertaine pour plusieurs raisons politiques et juridiques. La Belgique a notamment demandé en septembre 2017 à la Cour de Justice de l'Union européenne [CJUE] de se prononcer sur la compatibilité du SJI dans l'AECG avec le droit de l'UE, incluant à savoir s'il respecte le droit à un pouvoir judiciaire indépendant et impartial.<sup>6</sup> Cette requête, et plus largement les propositions dans plusieurs accords en négociation concernant le SJI,<sup>7</sup> soulèvent des questions fondamentales : est-ce que le SJI relève de l'arbitrage

---

<sup>3</sup> *Ibid*, pp. 21–22. La Commission des Nations unies pour le droit commercial international (« CNUDCI ») envisage aussi la création d'une cour permanente multilatérale d'investissement, bien que cette réforme potentielle ne fasse pas l'unanimité parmi les diverses délégations des États: Luke Eric Peterson, « UNCITRAL Meetings on ISDS Reform Get Off to Bumpy Start, as Delegations Can't Come to Consensus on Who Should Chair Sensitive Process » (9 décembre 2017), *Investment Arbitration Reporter*: [<http://www.iareporter.com/articles/uncitral-meetings-on-isds-reform-gets-off-to-bumpy-start-as-delegations-cant-come-to-consensus-on-who-should-chair-sensitive-process-entailing-a-rare-vote/>].

<sup>4</sup> *Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, Canada et Union européenne, 30 octobre 2016 [AECG ou CETA]: [[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc\\_154329.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf)]. Le 21 septembre 2017, l'application provisoire de l'AECG a débuté, à l'exception du SJI : « La version réformée du SJI représente un aspect nouveau dans les accords commerciaux, qui fait toujours l'objet d'un débat public dans de nombreux États membres. Par conséquent, le choix des États membres, soutenus par la Commission, consiste à exclure le SJI du champ d'application du CETA, ce qui signifie qu'il ne sera mis en œuvre qu'une fois que tous les États membres auront achevé leurs procédures nationales de ratification. Durant cette période, et comme prévu dans l'accord, la Commission collaborera avec le Canada afin d'exposer plus en détail certains paramètres du nouveau système, à l'instar de la procédure de nomination des juges, l'accès des PME au nouveau système et le mécanisme de recours ». Voir Commission européenne, « Le CETA, un accord commercial qui fixe une nouvelle norme pour le commerce mondial » (15 février 2017), *Communiqué* : [[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-17-271\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-271_fr.htm)].

<sup>5</sup> *Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Vietnam*, Vietnam et Union européenne, janvier 2016 [ALE UE-Vietnam]: [<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1449>]. Un accord similaire sera vraisemblablement inclus dans l'ALE entre l'UE et Singapour, mais aucun texte n'est actuellement disponible.

<sup>6</sup> Douglas Thomson, « ECJ to Rule on CETA Investment Court » (6 septembre 2017), *Global Arbitration Review*: [<http://globalarbitrationreview.com/article/1147140/ecj-to-rule-on-ceta-investment-court>]. Voir aussi Paschalis Paschalidis, « Arbitral Tribunals and Preliminary References to the EU Court of Justice » (2017) 33:4 *Arbitration International* 663; Jürgen Basedow, « EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice » (2015) 32:4 *Journal of International Arbitration* 367; Maciej Szpunar, « Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU » dans Franco Ferrari, dir., *The Impact of EU Law On International Commercial Arbitration*, Huntington, New York, JurisNet, 2017.

<sup>7</sup> Fait notable, le ministre mexicain de l'Économie, Ildefonso Guajardo, a noté dans le cadre de négociations de l'ALENA que le pays envisageait de créer un organe permanent pour résoudre les différends entre investisseurs et États: Cosmo Sanderson, « Mexico Proposes Permanent Dispute Resolution Body for NAFTA » (30 novembre 2017), *Global Arbitration Review*: [[http://globalarbitrationreview.com/article/1151247/mexico-proposes-permanent-dispute-resolution-body-for-nafta?utm\\_source=Law%20Business%20Research&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=8944140\\_GAR%20Headlines%2030%2F11%2F2017&dm\\_i=1KSF,5BPCC,NQEXH3,KK4AS,1](http://globalarbitrationreview.com/article/1151247/mexico-proposes-permanent-dispute-resolution-body-for-nafta?utm_source=Law%20Business%20Research&utm_medium=email&utm_campaign=8944140_GAR%20Headlines%2030%2F11%2F2017&dm_i=1KSF,5BPCC,NQEXH3,KK4AS,1)].

ou du règlement judiciaire en droit international ? Est-il un tribunal arbitral ou alors une cour internationale ?

On pourrait mettre en doute l'importance de la nomenclature en cause.<sup>8</sup> Après tout, tel que l'a écrit le poète anglais Shakespeare, « Qu'y a-t-il dans un nom ? Ce que nous appelons une rose embaumerait autant sous un autre nom ». <sup>9</sup> Pourtant, cette nomenclature a une importance primordiale aux fins de la reconnaissance et de l'exécution des sentences du SJI. Ces sentences sont présagées être exécutoires en vertu de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* [Convention de New York]<sup>10</sup> et de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* [Convention CIRDI].<sup>11</sup> La forme et la désignation de cette méthode de règlement de différends soulèvent toutefois des questions quant à la compatibilité du SJI avec ces traités internationaux.<sup>12</sup>

D'autre part, cette nomenclature est apparemment de grande valeur pour le principal acteur en cause, la Commission, qui fait elle-même référence au SJI comme étant une « cour » et cherche à exploiter la légitimité qui accompagne cette désignation.<sup>13</sup> Ce fait est significatif puisque, ainsi que l'a noté Jean de La Fontaine, un auteur qui occupe une place similaire à celle de Shakespeare mais dans la littérature française, d'un juge « [c]'est la robe qu'on salue ». <sup>14</sup> En effet, le règlement des différends entre les investisseurs et les États [RDIE ou arbitrage d'investissement] n'a pas la force institutionnelle du pouvoir d'État ainsi que son propre système d'exécution ; il

---

<sup>8</sup> Céline Lévesque, « The European Commission Proposal for an Investment Court System: Out with the Old, In with the New? » dans Armand de Mestral, dir., *Second Thoughts: Investor-State Arbitration between Developed Democracies*, Waterloo, Centre for International Governance Innovation, 2017, p. 60.

<sup>9</sup> William Shakespeare, *Roméo et Juliette*, 1597, Acte 2, Scène 2 (« Scène du Balcon »).

<sup>10</sup> Nations Unies, *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 21 UST 2517, 330 UNTS 38 [Convention de New York].

<sup>11</sup> *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 8 mars 1965, 575 UNTS 159, 4 ILM 532 [Convention CIRDI].

<sup>12</sup> Il est à noter que cet article se concentre sur des enjeux de théories juridiques et politiques plutôt que sur la reconnaissance et l'exécution des sentences du SJI. À ce sujet, voir par ex. : August Reinisch, « Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? – The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration » (2016) 19:4 *Journal of International Economic Law* 761 [Reinisch, *EU Proposal*]; *contra* Jansen Calamita, « EU model for ISDS incompatible with ICSID Convention, argues leading academic » (8 mars 2017), *Global Arbitration Review*: [<http://globalarbitrationreview.com/article/1129866/eu-model-for-isds-incompatible-with-icsid-convention-argues-leading-academic>].

<sup>13</sup> Voir *infra*, s. I.B. Pour des raisons politiques, la Commission a tenu à présenter la SJI comme un règlement judiciaire afin de répondre aux critiques publiques du RDIE traditionnel en tant que système supplantant l'autorité des cours nationales. Voir Catherine Kessedjian et Lukas Vanhonnaeker, « Les différends entre investisseurs et États hôtes par un tribunal arbitral permanent. L'exemple du CETA » (2017) 2017:4 *Revue trimestrielle de droit européen* 633, p. 636 (« La sémantique est importante et le vocabulaire choisi par les négociateurs nécessairement fluctuant compte tenu de la charge politique négative que revêt la référence à l'arbitrage »).

<sup>14</sup> Jean de La Fontaine, *L'Âne portant des reliques*, 1668, Livre V, Fable 14,

dépend donc largement de sa perception de légitimité.<sup>15</sup> Plus important encore, comment instituer une réforme de l'arbitrage d'investissement sans réellement comprendre les caractéristiques distinctives de l'arbitrage et celles du règlement judiciaire en droit interne et en droit international ?

En fin de compte, la désignation utilisée par la Commission ne reflète pas entièrement la réalité. En se fondant sur des arguments de théorie juridique et politique, il est possible de soutenir que le SJI présente un hybride entre l'arbitrage consensuel et les cours nationales et internationales. En élaborant et précisant davantage cette affirmation, il devrait être considéré comme une forme davantage institutionnalisée d'arbitrage d'investissement. Le SJI est basé sur le consentement des parties, il adopte l'idée d'avoir un représentant sur le banc (bien que plus éloigné des parties au différend) et il est constitué de manière à rendre justice principalement pour les parties en cause plutôt que pour assurer le développement cohérent du droit dans l'arbitrage d'investissement plus largement. Il est vrai qu'il s'écarte de l'arbitrage international *ad hoc* et des procédures simples dont beaucoup reposent entre les mains des parties au différend, mais il n'abandonne toutefois pas complètement certaines caractéristiques distinctives de l'arbitrage international.

Pour soutenir ces revendications, cet article s'articule en trois parties. Premièrement, les innovations clés du SJI, telles que proposées dans les accords et projets d'accords rendus publics, et l'intention déclarée de l'UE seront mises de l'avant. Deuxièmement, les concepts d'arbitrage et de règlement judiciaire seront définis selon une perspective théorique.<sup>16</sup> Pour pallier au silence des sources formelles du droit international à ce sujet, ces définitions s'articuleront à partir de la doctrine et de la pratique des cours et tribunaux internationaux. D'un point de vue conceptuel, trois caractéristiques principales différencient les tribunaux d'arbitrage des cours internationales : le consentement au règlement du différend, la sélection des décideurs et la nature « individuelle » ou « systémique » de la méthode de règlement des différends. Troisièmement, il sera évalué si le SJI constitue réellement une cour internationale et, brièvement, s'il répond aux critiques du RDIE traditionnel. En appliquant au SJI ces caractéristiques distinctives, il appert que cette méthode de règlement des différends s'inscrit dans la lignée des réformes successives d'institutionnalisation et de judiciarisation de l'arbitrage international qui ont eu lieu

---

<sup>15</sup> Joshua Karton, *The Culture of International Arbitration and The Evolution of Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 116.

<sup>16</sup> Il est question dans la présente seulement d'arbitrage international et non pas d'arbitrage national légalement obligatoire. Gérard Cornu définit ce dernier comme « l'arbitrage auquel la loi, par exception, impose de recourir pour la solution d'un litige ». L'exemple d'arbitrage forcé le plus connu en France est celui de la Commission arbitrale des journalistes instituée par la *Loi du 29 mars 1935* et l'article 761-65 du *Code du travail* pour déterminer les indemnités de licenciement. Or, il n'est pas traité de ces cas d'arbitrage forcé, car ils constituent de simples emprunts de régime réalisés par le législateur et appliqués à des juridictions d'exception : voir Gérard Cornu, éd., *Vocabulaire juridique*, V° Arbitrage – forcé ou obligatoire, p. 66.



au courant des dernières décennies. Le SJI répond efficacement à certaines préoccupations, mais risque toutefois d'en créer de nouvelles.

### **I. LES INNOVATIONS CLES DU SJI : UN NOUVEAU RÔLE ? OU UNE NOUVELLE ROBE ?**

Des innovations clés ont été introduites dans la proposition de l'UE visant à créer un Tribunal de première instance [Tribunal] et un Tribunal d'appel. Celles-ci concernent principalement le rôle de décideurs qui est traditionnellement dévolu aux arbitres dans l'arbitrage d'investissement.<sup>17</sup> (A) En premier lieu sera examinée la proposition de l'UE pour mettre sur pied un système à deux niveaux, mieux connu sous son appellation anglaise de « *two-tier system* ». (B) En deuxième lieu, l'intention déclarée de l'UE sera présentée.

#### **A. Un système à deux niveaux : le Tribunal de première instance et le Tribunal d'appel**

Les innovations du SJI varient sensiblement dans les trois propositions d'accord différentes de l'UE. Dans la présente, elles seront traitées comme s'il s'agissait d'une seule, à l'exception des divergences qui seront soulignées lorsque significatives. Cette entreprise comporte cependant quelques difficultés. La proposition du *Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement [T-TIP]*, encore unilatérale, représente d'une certaine manière la forme la plus « pure » de la pensée de l'UE ; à un certain moment prise pour morte, la perspective récente de rouvrir les négociations commerciales concernant cet accord pourrait possiblement lui donner un second souffle.<sup>18</sup> La proposition dans l'*AECG* est la plus près d'être finale étant donné qu'elle est le résultat des négociations entre les deux parties et a subi une révision juridique (« *legal scrubbing* »), mais elle n'est pas entrée en vigueur provisoirement comme le reste de l'*AECG*. Une « cour » d'investissement similaire, mais non identique, a été formellement incluse dans l'*ALE UE-Vietnam*.<sup>19</sup> Cette proposition, qui pourrait entrer en vigueur le plus tôt, est en cours de révision juridique et la contribution du Vietnam ne devrait pas modifier considérablement le projet actuel. Malgré ces

---

<sup>17</sup> Même si l'arbitre international est, comme l'ont éloquentement évoqué deux éminents avocats, une « legal creature with a predominantly judicial function » (Stephan Wilske et Martin Raible, « The Arbitrator as Guardian of International Public Policy? Should Arbitrators go Beyond Solving Legal Issues? » dans Catherine A. Rogers et Roger P. Alford, dir., *The Future of Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 272), son opinion ne représente — en théorie — rien de plus que celle d'un individu appelé à résoudre un différend juridique spécifique (Tony Cole, *The Structure of Investment Arbitration*, New York, Routledge, 2013, p. 147).

<sup>18</sup> L'UE a publié sur son site Web des projets de chapitres du *T-TIP* sur le commerce des services, l'investissement et le commerce électronique, qui comprenaient une proposition visant à créer un Tribunal et un Tribunal d'appel : voir Union européenne, *Transatlantic Trade and Investment Partnership (Proposal)*, novembre 2015 [T-TIP Proposal]: [[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf)]. Il a été présenté pour discussion avec les États-Unis et rendu public le 12 novembre 2015. Voir aussi David Francis, « Wilbur Ross Just Breathed Life into the Free Trade Deal with Europe » (31 mai 2017), *Foreign Policy*: [<http://foreignpolicy.com/2017/05/31/wilbur-ross-just-breathed-life-into-the-free-trade-deal-with-europe/>].

<sup>19</sup> *ALE UE-Vietnam*, *supra* note 6.

divergences, les innovations du SJI peuvent être divisées en trois aspects aux fins de la présente discussion. Elles concernent : le Tribunal, le Tribunal d'appel et les deux instances.

D'abord, la proposition de l'UE instaure de nouveaux aspects concernant la structure et la composition du Tribunal de première instance. Elle conçoit un Tribunal composé de 15 membres : cinq d'entre eux proviendront de l'UE ; cinq autres seront citoyens de l'autre partie de l'accord ; et les cinq membres restants seront de la nationalité d'un État tiers.<sup>20</sup> Il est pertinent de noter que les termes « cour » et « juges » qui figuraient dans la proposition du *T-TIP* ont disparu dans les descriptions de l'*AECG* et de l'*ALE UE-Vietnam*. Ils ont été remplacés par les expressions moins sensibles et plus neutres de « règlement des différends relatifs aux investissements », de « tribunal » et de « membres du Tribunal ».<sup>21</sup> Le texte de l'*AECG* ne fait pas référence à l'arbitrage, sauf dans le cas où la décision rendue par le Tribunal est appelée « sentence arbitrale ».<sup>22</sup>

La proposition indique aussi que les membres du Tribunal auront droit à des honoraires payés d'avance (le montant proposé est de 2 000 € par mois)<sup>23</sup> et devront être disponibles en tout temps avec un court préavis.<sup>24</sup> S'ils devaient être nommés dans un panel, ils seraient alors payés aux taux du CIRDI.

La proposition s'écarte également du processus traditionnel de nomination des décideurs dans le RDIE.<sup>25</sup> Les membres devront être au service du Tribunal pour une période de 6 ans, période renouvelable une fois seulement.<sup>26</sup> Les membres seront sélectionnés par l'UE et l'État parti correspondant au traité, vraisemblablement selon les procédures nationales. L'intervention des investisseurs ne serait possible, si tant est qu'elle existe, qu'au travers du processus initial de nomination. Dans tous les cas, il y aura une sélection au hasard des membres de chaque catégorie (ressortissant de l'UE, de l'État parti correspondant au traité, et d'un pays tiers) pour juger un cas particulier.<sup>27</sup>

---

<sup>20</sup> *T-TIP Proposal*, supra note 19, s. 3, art. 9, para. 2.

<sup>21</sup> *AECG*, supra note 5, s. F et arts. 8.27-28.

<sup>22</sup> *Ibid*, art. 8.39.

<sup>23</sup> *T-TIP Proposal*, supra note 19, s. 3, art. 9, para. 12.

<sup>24</sup> *Ibid*, s. 3, art. 9, para. 11.

<sup>25</sup> Sur les arbitres nommés par les parties, voir généralement Jan Paulsson, « Appointing Arbitrators – Moral Hazard in International Dispute Resolution » (2010) 25:2 ICSID Review 339; Hans Smit, « The Pernicious Institution of the Party-Appointed Arbitrator » (14 décembre 2010), 33 *Columbia FDI Perspectives*; Andreas F. Lowenfeld, « The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies: Some Reflections » (1995) 30:1 *Texas International Law Journal* 59.

<sup>26</sup> *T-TIP Proposal*, supra note 19, s. 3, art. 9, para. 5 : « *The terms of seven of the fifteen persons appointed immediately after the entry into force of the Agreement, to be determined by lot, shall extend to nine years. Vacancies shall be filled as they arise. A person appointed to replace a person whose term of office has not expired shall hold office for the remainder of the predecessor's term* ».

<sup>27</sup> *Ibid*, s. 3, art. 9, para. 7.

Pour répondre aux préoccupations soulevées à l'égard de l'indépendance et de l'impartialité des décideurs, la proposition indique que les membres ne pourront pas agir comme avocats et comme experts une fois sélectionnés pour faire partie de la liste de candidats. Cette contrainte pourrait même s'appliquer avant leur nomination, car le texte de la proposition suggère que les membres devront se distancier de conflits d'intérêts possibles s'ils veulent être considérés admissibles pour la liste des membres du Tribunal.<sup>28</sup> Il n'est pas clair si les membres pourront accepter concurremment des nominations pour siéger comme arbitres dans le RDIE traditionnel.<sup>29</sup> Le président du Tribunal, tiré au hasard parmi les membres sélectionnés,<sup>30</sup> sera chargé d'évaluer les conflits d'intérêts, alors que c'est le Président de la Cour internationale de justice [CIJ] qui remplira cette tâche selon l'AECG.<sup>31</sup>

Le Tribunal d'appel est aussi le sujet d'innovations clés proposées par l'UE. La proposition du *T-TIP* stipule que le Tribunal d'appel sera formé de six membres : deux de l'UE, deux de l'autre l'État parti au traité et deux d'États tiers,<sup>32</sup> alors que la proposition de l'AECG prévoit que les membres seront choisis ultérieurement par le Comité mixte et que trois de ces membres seront sélectionnés au hasard pour instruire chaque appel. Ils auront aussi droit à des honoraires payés d'avance de 7 000 € par mois.<sup>33</sup> Les membres devront être disponibles sur un court préavis,<sup>34</sup> mais la possibilité d'être employé à temps plein demeure une éventualité, en fonction de la charge de travail des cas.<sup>35</sup> Ils seront sélectionnés pour une période initiale de 6 ans renouvelable une seule fois.

La proposition, finalement, soumet les décideurs à un code de conduite annexé au traité,<sup>36</sup> ainsi qu'à des obligations éthiques contenues à même le traité. Le Tribunal et

---

<sup>28</sup> *Ibid*, s. 3, art. 11, para. 1.

<sup>29</sup> Cette activité n'est pas explicitement interdite, mais les membres sont tenus de ne pas participer à l'examen d'un différend qui mettraient en doute leur indépendance et leur impartialité (« *They shall not participate in the consideration of any disputes that would create a direct or indirect conflict of interest* » : *ibid*). Bien que les arbitres nient avec véhémence que leur jugement soit influencé par ces considérations, ils ont en apparence des raisons financières de plaire aux avocats qui les ont nommés dans le RDIE traditionnel. Par exemple, il serait tout à fait possible que l'avocat d'une procédure devant le SJI nomme, dans une procédure contemporaine ou ultérieure dans le RDIE traditionnel, un de ses mêmes membres comme arbitre. Cette situation pourrait potentiellement soulever des enjeux éthiques.

<sup>30</sup> *Ibid*, s. 3, art. 9, para. 8, et art. 10, para. 6.

<sup>31</sup> *Ibid*, s. 3, art. 11, para. 2-3; *AECG*, *supra* note 5, art. 8.30

<sup>32</sup> *Ibid*, s. 3, art. 10, para. 2.

<sup>33</sup> *Ibid*, s. 3, art. 10, para. 12.

<sup>34</sup> *Ibid*, s. 3, art. 10, para. 11.

<sup>35</sup> *Ibid*, s. 3, art. 10, para. 14: « *Upon a decision by the [...] Committee, the retainer fee and the fees for days worked may be permanently transformed into a regular salary. In such an event, the Members of the Appeal Tribunal shall serve on a full-time basis and the [...] Committee shall fix their remuneration and related organisational matters. In that event, the Members shall not be permitted to engage in any occupation, whether gainful or not, unless exemption is exceptionally granted by the President of the Appeal Tribunal* ».

<sup>36</sup> *Ibid*, Annexe II (« Code of Conduct for Members of the Tribunal, the Appeal Tribunal and Mediators »). Dans l'AECG, le Comité des services et de l'investissement adoptera ultérieurement un code de conduite pour les membres du Tribunal : *AECG*, *supra* note 5, art. 8.44.2.

le Tribunal d'appel seront supervisés par un secrétariat<sup>37</sup> qui sera soit le CIRDI<sup>38</sup> ou la Cour permanente d'arbitration [CPA].<sup>39</sup> L'*AECG* a sélectionné le CIRDI, tandis que le *T-TIP* et l'*ALE UE-Vietnam* se réfèrent aux deux et suggèrent que le choix final se fera plus tard. D'ailleurs, les règles de procédure choisies sont celles appliquées par l'une ou l'autre des institutions arbitrales visées ou les règles d'arbitrage *ad hoc* proposées par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international [CNUDCI].

## B. L'intention déclarée de l'Union européenne

Dans un contexte politique européen marqué par une montée du nationalisme et suite aux ferventes critiques publiques adressées dans le contexte du *T-TIP*,<sup>40</sup> la négociation d'accords de libre-échange [ALEs] s'est complexifiée pour l'UE. En 2015, le Parlement européen a adopté une résolution visant à éclairer la Commission sur sa conception du tribunal à concevoir dans le cadre de ses négociations du *T-TIP*. Ces recommandations avaient pour but de promouvoir la création

*[of] a new system for resolving disputes between investors and states which is subject to democratic principles and scrutiny, where potential cases are treated in a transparent manner by publicly appointed, independent professional judges in public hearings and which includes an appellate mechanism, where consistency of judicial decisions is ensured, the jurisdiction of courts of the EU and of the Member States is respected, and where private interests cannot undermine public policy objectives.*<sup>41</sup>

Le Parlement européen invitait ainsi la Commission à transformer l'ancien système de RDIE en un nouveau modèle s'apparentant à une cour publique.<sup>42</sup> Dans le cahier des charges des négociateurs figurait l'exigence de créer un système de résolution des différends « efficace, juste et transparent ». <sup>43</sup> La Commission présente aussi dans plusieurs rapports les qualités qu'elle souhaite attribuer au SJI : permanence,

---

<sup>37</sup> *Ibid*, s. 3, art. 9, paras. 13, 16, et art. 10, paras. 13, 15.

<sup>38</sup> *Convention CIRDI*, *supra* note 12.

<sup>39</sup> Le CPA a été instauré par la *Convention de La Haye de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux*, 18 octobre 1907, 1 *Bevans* 577, 2 *AJIL Supp.* 43 (1908).

<sup>40</sup> Voir par ex. Cas Mudde, « Europe's Populist Surge » (17 octobre 2016), *Foreign Affairs*: [<https://www.foreignaffairs.com/articles/europe/2016-10-17/europe-s-populist-surge>].

<sup>41</sup> Parlement européen, *Resolution of 8 July 2015 containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, Brussels, Union européenne, 2015: [[www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2015-0252&format=XML&language=EN](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2015-0252&format=XML&language=EN)].

<sup>42</sup> Parlement européen, *Trade for All*, *supra* note 3, p. 21.

<sup>43</sup> Parlement européen, *Les dispositions concernant les investissements dans l'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (AECG)*, Brussels, Union européenne, février 2016, p. 4: [[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc\\_151960.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_151960.pdf)].

indépendance, prédictibilité, cohérence, efficacité, rentabilité et transparence.<sup>44</sup> Elle décrit, de plus, les intentions transversales la surplombant, incluant le respect de l'État de droit, la défense de la coopération et gouvernance mondiale et la simplification du droit international.<sup>45</sup>

Suite aux changements apportés à sa politique concernant l'arbitrage d'investissement, plusieurs des communications de l'UE se sont, sans surprise, concentrées sur le SJI. Notamment, la Commissaire européenne au commerce, Cecilia Malström, inscrivait ce système parmi les grandes avancées démocratiques de l'AECG. Pour elle, sa ressemblance aux cours internationales permettrait aux citoyens de pouvoir croire en sa capacité à rendre des jugements justes et objectifs et, en cela, le SJI répondait aux objectifs que les États membres et le Parlement européen s'étaient fixés.<sup>46</sup> La Commissaire a même avancé que l'UE s'est engagé à montrer la voie « à l'échelle mondiale ».<sup>47</sup> Dans la même veine, David Martin, porte-parole des Socialistes & Démocrates sur les questions commerciales, ajoutait aussi que le SJI représente « une première étape dans le renouvellement et la modernisation des mécanismes de protection de l'investissement dans les accords commerciaux entre États démocratiques ».<sup>48</sup>

Qu'en est-il en réalité ? Est-ce que l'intention déclarée de l'UE reflète la pratique du droit international ? Est-ce que le SJI est vraiment une « cour » ? Pour répondre à ces questions, il faut préalablement exposer les perspectives théoriques de l'arbitrage et du règlement judiciaire en droit international.

## **II. L'ARBITRAGE ET LE REGLEMENT JUDICIAIRE EN DROIT INTERNATIONAL : PERSPECTIVES THEORIQUES**

L'arbitrage et le règlement judiciaire sont-ils des méthodes similaires de règlement de différends internationaux ? Sur cette question *a priori* simple, les opinions divergent. V.V. Veeder note, en discutant de la proposition du *T-TIP*, que l'arbitrage consensuel et le règlement judiciaire sont « *two very different creatures* ».<sup>49</sup> Il met également en doute la possibilité de combiner de manière réussie à l'intérieur d'une même instance

---

<sup>44</sup> Commission Européenne, *Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution*, Brussels, Union européenne, 13 septembre 2017 : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017SC0302&from=EN].

<sup>45</sup> *Ibid*, ss. 3.1, 6.2.

<sup>46</sup> Commission Européenne, *AECG : l'Union européenne et le Canada s'entendent sur une nouvelle approche en matière d'investissements dans l'accord commercial*, Brussels, Union européenne, 29 février 2016: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1469&serie=1087&langId=fr].

<sup>47</sup> Commission européenne, « *Proposing an Investment Court System* » (16 septembre 2015), *Communiqué* : [https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/proposing-investment-court-system\_en].

<sup>48</sup> Robin Alves, « CETA : L'accord EU – Canada dans une impasse politique ? » (31 mai 2016), *Taurillon* : [https://www.taurillon.org/ceta-l-accord-ue-canada-dans-une-impasse-politique].

<sup>49</sup> V.V. Veeder, « What Matters – About Arbitration » (2016) 82:2 *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 153, p. 160 [traduction des auteurs].

juridique certains éléments essentiels de l'arbitrage et du règlement judiciaire.<sup>50</sup> À l'inverse, David Caron avance qu'une cour internationale et un arbitrage interétatique *ad hoc* « *can be said to involve the same process* ». <sup>51</sup> Qu'en est-il au juste ? (A) Pour élucider cette question, les sources formelles et le portrait sociologique de l'arbitrage et du règlement judiciaire seront mis de l'avant. (B) Puis, les trois caractéristiques distinguant ces deux types d'instances juridiques seront présentées.

#### A. Les sources formelles et le portrait sociologique de l'arbitrage et du règlement judiciaire

La distinction entre l'arbitrage et le règlement judiciaire de différends internationaux a été établie par bon nombre de traités et de constitutions d'organisations internationales.<sup>52</sup> Notamment, l'Article 33 de la *Charte des Nations Unies* traite des méthodes pacifiques de règlement de différends internationaux et distingue l'arbitrage du règlement judiciaire.<sup>53</sup> Cependant, aucun de ces documents internationaux ne définit ces termes.<sup>54</sup> La *Convention de Vienne sur le droit des traités* [*Convention de Vienne*] confirme tout de même que, de par sa seule présence, il faut interpréter cette distinction de manière à donner effet à ces termes.<sup>55</sup>

Certes, les sources formelles du droit international ne font allusion que de manière approximative aux éléments essentiels de l'arbitrage et du règlement judiciaire.<sup>56</sup> D'un côté, la *Convention de New York* décrit ce qu'est une « sentence arbitrale » et présente indirectement les exigences minimales quant au processus d'arbitrage en abordant la reconnaissance et l'exécution des sentences.<sup>57</sup> La *Convention de New York* ne fournit toutefois pas une véritable définition de l'arbitrage international.

De l'autre côté, les sources du droit international concernant le règlement judiciaire sont davantage concernées par la définition de tribunaux en *droit interne*, bien qu'encore là, il n'y ait que peu d'informations auxquelles se raccrocher. Plusieurs

---

<sup>50</sup> *Ibid* (« *There is some idea that investment arbitration, with an existing registry, can somehow be morphed with an international investment court, so as to produce the best of all possible worlds. This would, I suggest, be a grave mistake [...]. Arbitration in the form of ISDS can co-exist separately with an international investment court, just as it does with state courts and other tribunals* »).

<sup>51</sup> David D. Caron, « The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution » (1990) 84:1 *The American Journal of International Law* 104, p. 109.

<sup>52</sup> Philippe Couvreur, *The International Court of Justice and the Effectiveness of International Law*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2016, p. 18.

<sup>53</sup> *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 no. 7, art. 33, para. 1.

<sup>54</sup> Tel que l'ont justement noté d'éminents praticiens, il n'y a pas de définition universellement adoptée de l'arbitrage : Gabrielle Kaufmann-Kohler et Antonio Rigozzi, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, 3<sup>e</sup> éd, Oxford, Oxford University Press, 2015, para. 1, 16.

<sup>55</sup> Nations Unies, *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 3 mai 1969, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, arts. 31–32 [*Convention de Vienne*]. Voir aussi Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, 2016, arts. 4–5.

<sup>56</sup> Voir Caron, *supra* note 53, p. 111 (« *[I]nternational law leaves the structuring and conduct of the [interstate] arbitration entirely in the control of the parties* »).

<sup>57</sup> *Convention de New York*, *supra* note 11, art. I, para. 2, et art. V.

accords internationaux font référence aux « cours » et à leurs composantes en s'appuyant sur le postulat qu'il s'agit de concepts évidents. Par exemple, l'Article 14 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques [PIDCP]* stipule que « [t]ous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice », ce qui revient à dire, en termes génériques, que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi ».<sup>58</sup> Le PIDCP n'offre pourtant pas de détail au sujet de ce que sont les « tribunaux et les cours de justice ».

Dans ce contexte, la tâche de définir l'arbitrage et le règlement judiciaire revient aux cours internes et internationales ainsi qu'aux universitaires. Cela est souvent le cas en droit international public où les parties contractantes, ne pouvant elles-mêmes s'entendre, conviennent du moins de laisser certaines ambiguïtés dans leurs accords internationaux.<sup>59</sup> Le portrait sociologique, ainsi, est plus éclairant. Résumant la position de plusieurs cours et auteurs, Gary Born définit l'arbitrage international comme « un processus par lequel les parties soumettent consciemment un différend à un décideur non gouvernemental, choisi par ou pour elles, pour rendre un règlement contraignant de ce différend conformément à un processus juridique offrant aux parties la possibilité d'être entendues ».<sup>60</sup> Selon le *Black's Law Dictionary*, une cour internationale, quant à elle, est « une instance avec autorité jurisprudentielle créée par un traité ou par une organisation internationale qui entend et pose un jugement selon le droit international ».<sup>61</sup>

D'une conception « substantialise »<sup>62</sup> de la justice, l'arbitrage et le règlement judiciaire sont donc d'une identification quasi parfaite. Arbitres et juges exercent une

---

<sup>58</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, art. 14 [PIDCP].

<sup>59</sup> Lon L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication » (1978) 92:2 *Harvard Law Review* 353, p. 373 (« *International treaties are often filled with purposeful ambiguities; some issues are simply too touchy to be resolved by agreement. When a dispute later develops around such issues, the agreement offers no guidance. To demand of a court that it simply resolve such issues "fairly" is to ask the court to decide something about which the parties themselves could not agree and for the determination of which no standard exists* »).

<sup>60</sup> Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, p. 50 (traduction des auteurs): « *arbitration is – and only is – a process by which parties consensually submit a dispute to a non-governmental decision-maker, chosen by or for them, to render a binding resolution of that dispute in accordance with adjudicatory procedures affording the parties an opportunity to be heard* ».

<sup>61</sup> Bryan A. Garner, dir., *Black's Law Dictionary*, St Paul, Minnesota, Thomson Reuters, 2014, p. 433 (traduction des auteurs).

<sup>62</sup> Voir Gérard Chabot, *Un tribunal arbitral conventionnel ne constitue pas une juridiction au sens de l'article 234 CE*, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n°24, 15 juin 2015 (décrivant une acceptation « substantielle » de la justice).

même fonction, celle de trancher les différends.<sup>63</sup> La doctrine note plusieurs éléments essentiels partagés par l'arbitrage consensuel et les cours internationales :

*i) a body composed of independent and impartial members, ii) is called to take a decision binding upon the parties to the dispute, iii) after an adversarial procedure during which the parties benefit from an equality of rights, and, iv) [...] the decision—usually an award in the case of arbitration, a judgment when given by a permanent body—will generally be based on exclusively legal consideration but might be founded on pure equity (ex aequo et bono) if the parties so agree.*<sup>64</sup>

Dans le cas à la fois des tribunaux d'arbitrage et des tribunaux judiciaires, c'est précisément la nature contraignante des décisions qui implique et requiert l'indépendance des décideurs, une procédure équitable et l'application de la « *rule of law* ». <sup>65</sup> Bien évidemment, la question à savoir si cette décision sera éventuellement appliquée ou respectée est un enjeu distinct en droit international. <sup>66</sup> Cependant, les décisions prises sont, dans les deux cas, contraignantes pour les parties impliquées. <sup>67</sup> L'avocat général Wathelet, par ailleurs, est d'avis que le SJI corresponde aux facteurs établis dans la jurisprudence européenne pour constituer une « cour ou un tribunal » au sens de l'Article 267 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*.<sup>68</sup>

De manière générale, plusieurs raisons font en sorte qu'il est difficile d'établir une distinction claire entre les tribunaux d'arbitrage et les cours internationales. <sup>69</sup> En analysant les nombreuses méthodes pour régler des différends de droit international, le juge James Crawford explique que la principale cause de ce chevauchement est historique :

---

<sup>63</sup> Le professeur François Terré commentait son intervention devant la Chambre du Commerce et de l'Industrie : « juges ou arbitres, ils disent tous qu'ils rendent la justice. S'ils la rendent, c'est qu'ils l'ont prise. A qui et pourquoi ? » : *Justice étatique et justice arbitrale*, Discours devant la Chambre du Commerce et de l'Industrie : [[http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2016/08/Manifestation-1997-Justice\\_arbitrale\\_et-\\_justice\\_etatique\\_par\\_Francois\\_Terre.pdf](http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2016/08/Manifestation-1997-Justice_arbitrale_et-_justice_etatique_par_Francois_Terre.pdf)].

<sup>64</sup> Alain Pellet, « Judicial Settlement of International Disputes » dans Rüdiger Wolfrum, dir., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, para. 25.

<sup>65</sup> Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potestà, *Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism?: Analysis and Roadmap*, Genève, Center for International Dispute Settlement, 2016, para. 86.

<sup>66</sup> Voir Alexandra Huneeus, « Compliance with Judgments and Decisions » dans Cesare Romanò, Karen J. Alter et Yuval Shany, dir., *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 437.

<sup>67</sup> Nations Unis, *Statut de la Cour Internationale de Justice*, 18 avril 1946, art. 59 [*Statut CIJ*]; *Convention CIRDI*, *supra* note 12, arts. 53–54.

<sup>68</sup> Cour de Justice de l'Union Européenne, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, Demande de décision préjudicielle formée par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne), n°C-284/16, 19 septembre 2017 (Conclusion de l'Avocat général Wathelet), para. 89: [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62016CC0284>].

<sup>69</sup> Christian Tomuschat, « Article 33 » dans Bruno Simma et al., *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3<sup>e</sup> éd, I, Oxford, Oxford University Press, 2012, para. 31.



*the permanent institutions developed historically from arbitral experience. It is now common to see the development of integrated systems of dispute resolution which include international "courts" of relatively formal jurisdiction and process, whilst reserving certain sui generis questions for arbitral tribunals convened under the procedures of the same system, for example, in the procedures of UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) and the WTO. But independent systems exist as expressed through the actions of many ad hoc arbitral tribunals, mixed commissions and semi-permanent specialized tribunals. The international character of the tribunal derives from organization and jurisdiction.<sup>70</sup>*

Puisque ces cours internationales se sont développées à partir de formes institutionnalisées d'arbitrages, les deux processus partagent certains éléments communs, tels que la capacité des parties prenant part aux procédures à influencer la composition du banc et l'établissement de ces procédures conformément à un instrument de droit international.<sup>71</sup> Certains auteurs avancent ainsi que la nomenclature binaire est dépassée avec l'apparition d'un « régime mixte »,<sup>72</sup> et d'autres que l'arbitrage interétatique dans la période post-1945 ne peut au mieux être défini que comme un *locus* d'activités plutôt que comme une catégorie précise d'activité.<sup>73</sup>

En dépit de l'absence de distinction nette, il n'en reste pas moins que l'arbitrage et le règlement judiciaire possèdent des caractéristiques qui les distinguent l'un de l'autre. Entre autres, la Cour de Justice des Communautés européennes [CJCE] a, dans plusieurs décisions, refusé d'attribuer à un tribunal arbitral le caractère de « juridiction ». Dans son arrêt du 17 septembre 1997, la CJCE a posé les principaux critères de distinction entre une juridiction et un tribunal arbitral : « l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction ».<sup>74</sup> Est-ce une

---

<sup>70</sup> James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>e</sup> éd, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 720 (notes de bas de page omises).

<sup>71</sup> Cesare Romanò, Karen J. Alter et Shany Shany, « Mapping International Adjudicative Bodies, the Issues, and Players » dans Cesare Romanò, Karen J. Alter et Yuval Shany, dir., *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 3–5. Voir aussi Couvreur, *supra* note 54, p. 18 (« *Notwithstanding the general considerations and objectives pursued by establishing a permanent judicial institution, the judicial settlement of international disputes involves several rules and procedures drawn from arbitral practice* »).

<sup>72</sup> Stephen J. Toope, *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration Between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius, 1990, p. 385.

<sup>73</sup> Christine Gray et Benedict Kingsbury, « Developments in Dispute Settlement: Inter-State Arbitration Since 1945 » (1993) 63:1 *British Yearbook of International Law* 97, p. 98.

<sup>74</sup> Cour de Justice de l'Union Européenne, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, n°C-54/96, 17 septembre 1997, para. 23: [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ0054>] (« Pour apprécier si l'organisme de renvoi possède le caractère d'une juridiction au sens de l'article 177 du traité, question qui relève uniquement du droit communautaire, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature

bonne grille d'analyse ? Quelles sont les caractéristiques distinguant l'arbitrage et le règlement judiciaire en droit international ?

## B. Trois caractéristiques distinguant l'arbitrage et le règlement judiciaire

Trois caractéristiques principales différencient les tribunaux d'arbitrage des cours internationales en droit public international : le consentement au règlement du différend, la sélection des décideurs et la nature du système. Conceptuellement, la solution retenue par une méthode de règlement de différend à la première caractéristique — la notion de consentement — est susceptible d'influencer la seconde, soit la manière dont les décideurs seront choisis. Il en va de même pour la seconde caractéristique envers la troisième, c'est-à-dire que le mode de nomination des décideurs va vraisemblablement déteindre sur la nature « individuelle » ou « systémique » de la méthode de règlement. Cela dit, ces trois caractéristiques sont interreliées et adressent toutes à divers degrés la dichotomie « privée » c. « publique » associée au règlement des différends internationaux. La confusion régnant à ce sujet dans la doctrine et dans les décisions des cours et tribunaux internationaux provient en grande partie du défaut de reconnaître le rôle à la fois d'*objet* et de *sujet* des États en droit international ainsi que celui de tiers bénéficiaires qu'occupent les investisseurs étrangers en arbitrage d'investissement.<sup>75</sup>

La première caractéristique est celle de la compétence de l'instance et, son corollaire, du consentement préalable des parties au règlement contraignant du différend. Cette caractéristique prend une forme spécifique non pas selon le forum ou le droit applicable en cause, mais bien en vue des acteurs impliqués et du système juridique dans lequel ils évoluent. En droit interne, la justice étatique est imposée aux personnes morales ou physiques [personnes ou individus] en dépit de leur volonté.<sup>76</sup> Lorsque ces mêmes personnes décident de se soumettre à un arbitrage international, elles le font de leur propre chef en s'accordant, le plus souvent, sur l'identité des décideurs et sur les règles de procédure applicables.<sup>77</sup> En ce sens, le recours à

---

contradictoire de la procédure, l'application, par l'organe, des règles de droit, ainsi que son indépendance ») (citation omise).

<sup>75</sup> Les ALEs, à l'instar d'autres accords internationaux, représentent un moyen par lequel les États mettent en valeur leur souveraineté ; ils sont le résultat de la négociation de droits et obligations juridiques *entre* les États *pour* les investisseurs étrangers: voir Tarcisio Gazzini, « States and Foreign Investment: A Law of the Treaties Perspective » dans Shaheez Lalani et Rodrigo Polanco Lazo, dir., *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015. Voir aussi Kessedjian et Vanhonnaeker, *supra* note 14 (« La caractéristique la plus importante [de l'arbitrage d'investissement], mais également la plus critiquée, est l'élévation de l'investisseur – un acteur privé – au même niveau que l'État – un acteur public »).

<sup>76</sup> Romanò, Alter et Shany, *supra* note 73, pp. 5–6.

<sup>77</sup> Franz Schwarz, « Limits of Party Autonomy in International Commercial Arbitration » dans Christina Knahr et al., dir., *Investment and Commercial Arbitration: Similarities and Divergences*, 3<sup>e</sup> éd, coll. International Commerce and Arbitration, Utrecht, The Netherlands, Eleven International, 2010, p. 47 (expliquant comment une plus grande autonomie des parties dans l'élaboration de la procédure est considérée comme une caractéristique de l'arbitrage par rapport au règlement judiciaire).

l'arbitrage est « volontaire, consensuel et non obligatoire » ; il se traduit par une soumission à la compétence du tribunal arbitral ainsi qu'à sa méthode de sélection ou de composition.<sup>78</sup> Le consentement est donc, tel que le rapporte Gary Born, un aspect « élémentaire » de l'arbitrage international pour ces personnes.<sup>79</sup>

En droit international public, le consentement des personnes est aussi déterminant en pratique. Les États ont notamment choisi dans le RDIE traditionnel d'étendre aux investisseurs étrangers une offre unilatérale de recours à l'arbitrage dans les ALEs, que ceux-ci acceptent au moyen du mécanisme bien connu d'« *arbitration without privity* », <sup>80</sup> contribuant ainsi à faire de la notion de consentement davantage une spécificité de l'arbitrage. Mais cette caractéristique est aussi marquée par de rares exceptions. Lorsqu'ils signent un accord international affectant un tiers bénéficiaire, tel qu'un ALE, les États n'ont pas besoin de leur consentement, car les individus en droit international « *do not have treaty rights vested in them* ». <sup>81</sup> L'exercice de la protection diplomatique est une prérogative de l'État. Celui-ci n'est pas tenu d'adopter la cause de l'un de ses ressortissants, mais il peut le faire à son gré. Tel que l'a reconnu la CIJ dans l'affaire *Barcelona Traction*, « [s]i les personnes physiques ou morales pour le compte de qui [l'État] agit estiment que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles demeurent sans recours en droit international ». <sup>82</sup> À titre d'exemple, le Tribunal irano-américain de réclamations [TIAR] impliquait un élément de contrainte, puisque les demandeurs américains n'avaient pas d'autre choix que de consentir à poursuivre leurs demandes devant le Tribunal s'ils voulaient être compensés et se voyaient interdire, en droit interne, d'intenter ou de poursuivre des actions devant les tribunaux américains. <sup>83</sup>

---

<sup>78</sup> Kaufmann-Kohler et Potestà, *supra* note 67, para. 93.

<sup>79</sup> Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 219 [Born, *Commercial Arbitration*].

<sup>80</sup> Jan Paulsson, « Arbitration Without Privity » (1995) 10:2 ICSID Review 232.

<sup>81</sup> C. M. Chinkin, *Third Parties in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1993, pp. 121–22. La seule exception serait lorsque ces droits sont devenus des normes fondamentales du droit national, ou des règles de *jus cogens* (*ibid*). Ils peuvent toutefois leur octroyer un droit asymétrique, en ce que l'investisseur étranger peut initier une réclamation et pas l'inverse : Jean E. Kalicki, « Counterclaims by States in Investment Arbitration » (14 janvier 2013), *Investment Treaty News*: [<http://www.iisd.org/itn/2013/01/14/counterclaims-by-states-in-investment-arbitration-2/>]; *contra* Andrea K. Bjorklund, « The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law » (2013) 17:2 Lewis & Clark Law Review 461.

<sup>82</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited [Belgique c. Espagne]*, Deuxième phase, Arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, para. 78. Cependant, une personne physique ou morale réticente pourrait vraisemblablement, lorsque l'atteinte à son État est indirecte, lui mettre des bâtons dans les roues, en pratique, en ne respectant pas l'une des conditions essentielles de la protection diplomatique, telle que la règle d'épuisement des recours internes. Cette situation apparaît toutefois peu probable, car ces personnes auront généralement avantage à recevoir le support juridique et logistique de leur État respectif.

<sup>83</sup> Voir *Algiers Accords*, Government Declaration, 19 janvier 1981, General Principle B, art. 11: [[http://www.parstimes.com/history/algiers\\_accords.pdf](http://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf)]; Reagan Executive Order No. 12294, 24 février 1981 (mettant en œuvre les dispositions des Accords d'Alger aux États-Unis, en ordonnant que les réclamations pendantes des Américains contre l'Iran devant les tribunaux américains soient

Pour ce qui est des États, leur consentement est toujours requis en droit international avant qu'ils se soumettent à la compétence d'une instance juridique, mais il varie selon un spectre en termes d'engagement et de contraignabilité. D'abord, l'arbitrage interétatique *ad hoc* et les cours internationales diffèrent généralement quant au contrôle des parties sur le processus et les règles de procédure.<sup>84</sup> En outre, la conception westphalienne de l'État en droit international public requiert son consentement.<sup>85</sup> Il est tout de même possible d'établir un certain spectre avec, à un extrême, le consentement *ex post* à statuer sur un cas particulier (typique à l'arbitrage) et, à l'autre extrême, l'approbation explicite *ex ante* de la compétence obligatoire d'une instance (typique du règlement judiciaire).<sup>86</sup> C'est le cas, par exemple, d'un arbitrage commercial international *ad hoc*, en comparaison avec l'acceptation de la juridiction obligatoire la CIJ.<sup>87</sup>

Ce spectre n'est pas seulement théorique ; il a également des incidences concrètes. Par exemple, dans le cas d'un accord plurilatéral, où un nombre restreint d'États ont un intérêt particulier dans l'objet de l'accord,<sup>88</sup> la possibilité d'une réserve est plus limitée. Ce principe est codifié en droit international par l'Article 20, paragraphe 2 de la *Convention de Vienne* : « Lorsqu'il ressort du nombre restreint des États ayant participé à la négociation, ainsi que de l'objet et du but d'un traité, que l'application du traité dans son intégralité entre toutes les parties est une condition essentielle du consentement de chacune d'elles à être liée par le traité, une réserve doit être acceptée par toutes les parties ».<sup>89</sup>

En résumé, le consentement joue un rôle de premier plan dans l'arbitrage international. Cette caractéristique est centrale pour les personnes malgré quelques exceptions, dont celui du TIAR. Même si pour les États la notion de consentement n'est pas unique à l'arbitrage, il est possible d'établir un spectre sur lequel les conventions spéciales et autres accords pour statuer sur un cas particulier distinguent cette méthode de règlement.

---

suspendues et déferées au TIAR); *Dames & Moore v. Regan*, Cour suprême des États-Unis, 2 juillet 1981, 453 U.S. 654 (1981) (confirmant l'autorité du Président d'émettre cet ordre).

<sup>84</sup> Caron, *supra* note 53, p. 109.

<sup>85</sup> David Caron note que « [i]f consent is the focus, an international court and an *ad hoc* interstate arbitration can be said to involve the same process »: *ibid.*

<sup>86</sup> Romanò, Alter et Shany, *supra* note 73, pp. 5–6; Nations Unies, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale (2010)*, 17 juillet 1998, art. 12, para. 1 [*Statut CPI*] (« Un État qui devient Partie au Statut accepte par là même la compétence de la Cour à l'égard des crimes visés à l'article 5 »).

<sup>87</sup> Reinisch, *EU Proposal*, *supra* note 13, p. 766 (« Sometimes, additionally the 'compulsory' jurisdiction of courts is contrasted with the 'voluntary' acceptance of arbitration, though the ICJ with its requirement of a separate acceptance of the Court's jurisdiction demonstrates quite ably that this distinction is probably more valid in domestic legal systems ») (notes de bas de pages omises).

<sup>88</sup> Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 112.

<sup>89</sup> *Convention de Vienne*, *supra* note 57, art. 20, para. 2.

Si la précédente caractéristique concernait l'autorité et la compétence de l'instance juridique, cette deuxième caractéristique différenciant les tribunaux d'arbitrage des cours internationales porte plutôt sur la légitimité des décideurs de cette instance aux yeux des parties au différend et, plus largement, aux yeux du public. Elle relève, plus précisément, de la sélection et de la rémunération des arbitres et des juges en droit international. Pour que les tiers neutres rendant des décisions contraignantes soient perçus comme légitimes, ils doivent rendre des comptes — d'une manière qui ne compromette pas leur indépendance ni leur impartialité — aux personnes qui seront éventuellement affectées par ces décisions de près ou de loin.<sup>90</sup> Cet objectif est atteint de manière différente dans l'arbitrage consensuel et dans les cours internationales.

En droit interne, le magistrat, payé par l'État, est un « juge public »<sup>91</sup> qui s'impose aux parties d'un différend, celles-ci n'intervenant pas dans sa sélection. L'État (dit, le souverain) tire sa légitimité du mandat de la population et transfère sa prérogative d'établir la justice à ses représentants, les magistrats.<sup>92</sup> Leur légitimité provient du fait que l'État les a choisis au nom du peuple et afin de rendre la justice pour lui.<sup>93</sup> Aux États-Unis, par exemple, certains juges sont élus.<sup>94</sup> Les juges français, eux, sont recrutés suite à un concours spécifique et entrent en fonction après avoir été nommés par le Président de la République.<sup>95</sup> Au Canada, seuls les avocats inscrits au barreau depuis au moins 10 ans peuvent prétendre à être choisis par le gouvernement et nommés par le gouverneur à une cour fédérale.<sup>96</sup>

La situation est similaire, mais plus nuancée, en droit international public général. Dans plusieurs cours internationales, la sélection des juges est complètement indépendante de la volonté des parties au différend. À la Cour pénale internationale [CPI], par exemple, une assemblée des États partis élit les juges.<sup>97</sup> À la CIJ, l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies élisent les juges parmi les listes de candidats proposées par les groupes nationaux d'États, bien que

---

<sup>90</sup> Guy Canivet, Mads Tønnesson Andenæs et Duncan Fairgrieve, dir., *Independence, Accountability, and the Judiciary*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006 (notant, dans leur étude comparative en droit interne, que la relation entre les pouvoirs de nomination et la responsabilité judiciaire est largement reconnue).

<sup>91</sup> Romanò, Alter et Shany, *supra* note 73, p. 5.

<sup>92</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan. With selected variants from the Latin edition of 1668*, Indianapolis, Hackett, 1994, ch. XXVI.

<sup>93</sup> Robert J. Pushaw, « The Inherent Powers of Federal Courts and the Structural Constitution » (2001) 86:3 *Iowa Law Review* 735, pp. 810–814.

<sup>94</sup> En fait, la plupart des juges américains sont nommés, mais certains États américains continuent d'élire leurs juges ; voir par ex. *Texas Election Code*. Acts 1985, 69th Leg., ch. 211, eff. 1 janvier 1986, s. 32: [<http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/SDocs/ELECTIONCODE.pdf>].

<sup>95</sup> *Constitution Française*, 4 octobre 1958, arts. 13 et 65. Voir aussi Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : [<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000339259#LEGISCTA000006118274>].

<sup>96</sup> *Loi sur les juges*, L.R.C., 1985, ch. J-1.

<sup>97</sup> *Statut CPI*, *supra* note 89, art. 36.

l'État parti à une affaire a tout de même la possibilité de nommer un juge *ad hoc*.<sup>98</sup> Les États sont toutefois généralement plus réticents à consentir à une cour internationale sans avoir leur mot à dire, au moins de manière oblique, sur la sélection des décideurs lorsque leur responsabilité internationale peut directement être mise en cause. À titre d'illustration, à la Cour européenne des droits de l'homme [CEDH], les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe à partir d'une liste de trois candidats proposés par l'État parti dont le juge doit être élu.<sup>99</sup> Ainsi, pour les États, la légitimité des parties tierces qui tranchent des différends internationaux provient toujours de leur rôle dans cette sélection,<sup>100</sup> mais leur engagement est généralement plus limité ou indirect dans les cours internationales.<sup>101</sup> D'ailleurs, plusieurs centaines de millions de dollars sont investis chaque année dans ces cours par les États, qu'ils participent ou non aux affaires pendantes devant celles-ci.<sup>102</sup>

Par comparaison, dans un arbitrage international entre des parties de même nature (par exemple, des personnes dans un arbitrage commercial international ou des États dans un arbitrage interétatique), la légitimité de l'arbitre provient de sa sélection par ces parties et s'inscrit ainsi dans le cadre d'une justice « privée ».<sup>103</sup> L'arbitre n'est ainsi ni un membre de l'appareil judiciaire de l'État,<sup>104</sup> ni un membre du gouvernement,<sup>105</sup> ni même une quelconque autre émanation de l'État,<sup>106</sup> bien que, concrètement, les arbitres soient souvent d'anciens hauts gradés du gouvernement à la retraite.<sup>107</sup> L'arbitre est rémunéré par les parties au différend.<sup>108</sup> Les modalités de

---

<sup>98</sup> *Statut CIJ, supra*, note 69, arts. 4–10.

<sup>99</sup> *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, ETS 5, art. 22.

<sup>100</sup> Voir Chiara Giorgetti, « Who Decides in International Investment Arbitration? » (2013) 35:2 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 431, p. 463 (expliquant que « *nominations of judges in international courts are not simple, apolitical processes* »). Sur les négociations concernant l'attribution des voix pour les élections, voir Ofer Eldar, « Vote-Trading in International Institutions » (2008) 19:1 *European Journal of International Law* 3; Ruth Mackenzie et al., *Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 122–128.

<sup>101</sup> Romanò, Alter et Shany, *supra* note 73, p. 5 (« *The adjudicators are selected, elected, or nominated through a mechanism that does not depend on the will of the litigating parties* »).

<sup>102</sup> Cesare Romano, « The Price of International Justice » (2005) 4:2 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 281, p. 281. Par exemple, le budget de l'OMC et de la CPI, porté par les États membres de ces institutions, est assez important et ne cesse d'augmenter (Zuleta Eduardo, « The Challenges of Creating a Standing International Investment Court » [2014] 11:1 *Transnational Dispute Management*).

<sup>103</sup> Romanò, Alter et Shany, *supra* note 73, p. 5 (« *Since the parties select the members of arbitral bodies, the mandate of arbitrators is circumscribed to administering "private justice"* »).

<sup>104</sup> Kaufmann-Kohler et Rigozzi, *supra* note 67, p. 6.

<sup>105</sup> Gary Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 4<sup>e</sup> éd, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013, pp. 1–15.

<sup>106</sup> Charles Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, p. 103.

<sup>107</sup> Voir généralement Sergio Puig, « Social Capital in the Arbitration Market » (2014) 25:2 *European Journal of International Law* 387.

sa sélection offrent une véritable spécificité à l'arbitrage. Sophie Nappert rappelle d'ailleurs que, dans le contexte de la création de la Cour permanente de justice internationale [CPJI], le Comité consultatif de juristes incluait en 1920 la désignation des arbitres comme caractéristique distinctive de l'arbitrage par opposition au règlement judiciaire.<sup>109</sup>

En arbitrage d'investissement, le rôle des parties dans la sélection des décideurs est aussi fondamental dans les faits, même s'il est loin de constituer un « droit » des individus dans l'ordre juridique international. Pour les personnes, la légitimité des décideurs en droit international public dépend de la manière dont elle est abordée et correspond à une combinaison des sources de légitimité en droit interne et en droit international : elle est assurée par le choix que fait son État d'origine, en tant que son représentant en droit international,<sup>110</sup> de lui donner ou non la faculté de nommer un ou plusieurs décideurs. Néanmoins, il serait exagéré d'affirmer, comme certains auteurs se risquent de le faire,<sup>111</sup> qu'il s'agit d'un droit des individus à choisir leurs décideurs en arbitrage d'investissement.<sup>112</sup> Le TIAR, notamment, qui est reconnu comme une forme d'arbitrage international, statuait sur les demandes qui lui étaient indirectement soumises par les États-Unis et l'Iran dans leur exercice du droit de protection diplomatique<sup>113</sup> et ses membres étaient nommés exclusivement par ces deux États.<sup>114</sup>

---

<sup>108</sup> Alec Stone Sweet et Florian Grisel, *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 27 (« *The arbitrator owes [her] obligations foremost to those who pay her: the parties* »).

<sup>109</sup> Sophie Nappert, *Escaping from Freedom? The Dilemma of an Improved ISDS Mechanism*, Londres, The 2015 EFILA Inaugural Lecture, p. 10: [[http://efila.org/wp-content/uploads/2015/11/Annual\\_lecture\\_Sophie\\_Nappert\\_full\\_text.pdf](http://efila.org/wp-content/uploads/2015/11/Annual_lecture_Sophie_Nappert_full_text.pdf)] (« *the nomination of the arbitrators by the parties concerned, the selection by these parties of the principles on which the tribunal should base its findings, and finally its character of voluntary jurisdiction* ») (citation omise).

<sup>110</sup> Chinkin, *supra* note 83, pp. 120–123.

<sup>111</sup> Charles Brower et Charles B. Rosenberg, entre autres, affirment qu'il s'agit d'un élément central à la légitimité de l'arbitrage international : « *The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-Van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded* » (2013) 29:1 *Arbitration International* 7. Voir aussi Alan Scott Rau, « *On Integrity In Private Judging* » (1998) 14:2 *Arbitration International* 115 (notant la « *widely shared conviction that the ability to participate in the selection of arbitrators is critical to fairness* » et que « *to many [...] the right to choose one member of the panel is the "very essence of arbitration"* »).

<sup>112</sup> Karl-Heinz Böckstiegel, « *Commercial and Investment Arbitration: How Different Are They Today? – The Lalive Lecture 2012* » (2012) 28:4 *Arbitration International* 577, p. 582: « *Some have suggested that, in view of such difficulties, all three arbitrators should be appointed by an institution. I do not agree with that proposal. One of the major reasons for the parties to agree on arbitration is that they have an influence to select judges of their own confidence. This cannot be replaced by an institution which cannot have the same detailed knowledge of all relevant circumstances of the particular case at hand at the beginning of the procedure* ».

<sup>113</sup> C. F. Amerasinghe, « *Mixed International Arbitrations: Studies in Arbitration between States and Private Persons*. By Stephen J. Toope. Grotius. Cambridge, 1990 » (1992) 7:1 *ICSID Review* 290, p. 290.

<sup>114</sup> *Algiers Accords*, *supra* note 83, Claims Settlement, art. III, para. 1.

Malgré ce contre-exemple, le rôle des parties dans la sélection des décideurs représente réellement une spécificité de l'arbitrage. Il peut être remarqué, entre autres, dans le RDIE traditionnel où les investisseurs étrangers se sont communément vus octroyer le pouvoir unilatéral de nommer un arbitre dans plus de trois mille ALEs.<sup>115</sup> Tout bien considéré, une caractéristique qui distingue communément l'arbitrage du règlement judiciaire en droit international est la possibilité pour les parties d'avoir un représentant neutre sur l'instance juridique appelée à trancher le différend.

La troisième caractéristique qui différencie l'arbitrage du règlement judiciaire en droit international est la nature individuelle ou systémique de la méthode de règlement de différends. Cette nature repose sur deux aspects connexes. Le premier est institutionnel ; il est question de la temporalité de l'instance et de la sécurité d'occupation des décideurs. Le deuxième aspect est fonctionnel ; il concerne le mandat des décideurs et leur rôle dans l'élaboration du droit.

L'arbitrage international est typiquement *ad hoc*, alors que le règlement judiciaire se déroule invariablement dans des instances juridiques permanentes.<sup>116</sup> En arbitrage, les arbitres sont choisis par les parties au cas par cas après que le différend ne survienne, afin de se prononcer sur un différend particulier ; le tribunal arbitral est démis après avoir rendu une sentence définitive.<sup>117</sup> À l'inverse, le règlement judiciaire préexiste à la question qui doit être tranchée.<sup>118</sup> Les juges bénéficient généralement, en droit interne, de l'inamovibilité à vie<sup>119</sup> ou jusqu'à l'âge de la retraite obligatoire<sup>120</sup>

---

<sup>115</sup> Michael E. Schneider, « President's Message: Forbidding unilateral appointments of arbitrators – A case of vicarious hypochondria? » (2011) 29:2 ASA Bulletin 273 (« *The basic paradigm in arbitration as we know it is for each party to appoint its arbitrator and for the two then to appoint a chairperson. The model has worked seemingly well for decades if not centuries [...]* »); Fabien Gélinas, « The Independence of International Arbitrators and Judges: Tampered with or Well-Tempered? » (2011) 24:1 New York International Law Review 1, p. 28 [Gélinas, *Independence*] (« *The party appointment system has emerged out of long-established and widely shared practices across the whole spectrum of adjudicative configurations* »). Voir aussi David J. Branson, « American Party-Appointed Arbitrators – Not the Three Monkeys » (2004) 30:1 University of Dayton Law Review 1 (expliquant que les arbitres nommés par les parties aux États-Unis remontent au 19<sup>e</sup> siècle).

<sup>116</sup> Reinisch, *EU Proposal*, *supra* note 13, p. 766 (« *Usually, the distinctive element is exactly the permanency [...]: Judges are appointed for a certain period of time and for an undefined number of disputes, whereas arbitrators are appointed by the disputing parties for a specific dispute* »).

<sup>117</sup> Born, *Commercial Arbitration*, *supra* note 81, p. 222 (« *a further distinguishing characteristic of arbitration is that an arbitral tribunal is ordinarily selected, usually by the parties or their contractually-specified delegate, for a specific dispute or category of disputes* »).

<sup>118</sup> Romanò, Alter et Shany, *supra* note 73, p. 5.

<sup>119</sup> C'est le cas des tribunaux fédéraux américains: voir Vicki C. Jackson, « Packages of Judicial Independence: The Selection and Tenure of Article III Judges » (2006) 95:4 Georgetown Law Journal 965, pp. 986–996.

<sup>120</sup> C'est le cas des juges provinciaux, fédéraux et de la Cour suprême du Canada : voir *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3.



et, en droit international, d'un terme déterminé qui varie en durée et en ce qui concerne la possibilité de réélection.<sup>121</sup>

Du point de vue des sources formelles du droit international, la temporalité de l'instance et la sécurité d'occupation ne sont pas nécessairement déterminantes. La *Convention de New York* reconnaît qu'autant les tribunaux d'arbitrage *ad hoc* que les instances permanentes d'arbitrage peuvent rendre des sentences arbitrales exécutoires.<sup>122</sup> Les travaux préparatoires de la *Convention* confirment que même une institution permanente de règlement des différends peut être considérée comme un arbitrage.<sup>123</sup> Toutefois, ces aspects institutionnels affectent considérablement, en pratique, le mandat des décideurs et leur rôle dans l'élaboration du droit.

En arbitrage international, des panels tripartites *ad hoc* entendent le plus souvent les affaires.<sup>124</sup> Les arbitres, des décideurs privés, rendent justice pour les parties.<sup>125</sup> Même s'ils se réfèrent matériellement à d'autres décisions et ont contribué indirectement au développement du droit international,<sup>126</sup> ils n'appliquent pas la « loi du précédent » et leur opinion n'est rien de plus, en théorie, que celle d'individus nommés pour résoudre un différend juridique spécifique.<sup>127</sup> Comme les tribunaux arbitraux sont destinés à trancher uniquement le différend qui leur est soumis et sont dissous à l'issue de la procédure, des affaires similaires peuvent potentiellement trouver des conclusions différentes, voire contradictoires, d'un tribunal arbitral à l'autre.<sup>128</sup> En outre, il n'y a pas de possibilité d'appel pour revoir les décisions en fait

---

<sup>121</sup> Les juges sont nommés pour neuf ans avec possibilité de réélection à la CIJ (*Statut CIJ, supra note 69, art. 13*). Les juges sont également nommés pour neuf ans à la CPI, mais le Statut de la Cour interdit la réélection (*Statut CPI, supra note 89, art. 36, para. 9*). Après de longues délibérations, le consensus qui s'est dégagé était que les juges de la CPI ne devraient pas être rééligibles en raison des particularités de la CPI en tant que tribunal pénal : Medard R. Rwelamira, « Composition and Administration of the Court » dans Roy S.K. Lee, dir., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute-Issues, Negotiations, Results*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 156–157.

<sup>122</sup> *Convention de New York, supra note 11, art. I, para. 2*.

<sup>123</sup> Reinisch, *EU Proposal, supra note 13, p. 767*.

<sup>124</sup> W. Laurence Craig, William W. Park et Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3<sup>e</sup> éd, Dobbs Ferry, New York, Oceana, 2000, para. 12.02.

<sup>125</sup> Wilske et Raible, *supra note 18*.

<sup>126</sup> Stephan W. Schill, « International Arbitrators as System-Builders » (2012) 106 *American Society of International Law Proceedings* 295, p. 296 (« *international arbitrators do not function simply as Montesquieuan bouches de la loi, who passively apply pre-existing legal rules to the facts of the cases. Rather, international arbitrators contribute significantly to making the rules and principles governing international economic transactions both private and public. This suggests that they operate in an increasingly public system of international arbitration that goes much beyond the settlement of individual disputes and that involves important elements of law-making in the transnational legal realm* »).

<sup>127</sup> Cole, *supra note 18, p. 147*.

<sup>128</sup> Par exemple, le tribunal de *Glamis Gold* a conclu que la « jurisprudence » des ALEs a convergé avec le droit international coutumier concernant la règle du traitement juste et équitable, alors que dans *Merrill & Ring*, la sentence pose une approche à deux scénarios concernant cette règle, avec une norme apparaissant dans le contexte des droits de l'homme et l'autre dans le contexte commercial. Voir *Glamis Gold, Ltd v US*, UNCITRAL, Final Award, para. 609 (8 juin 2009); *Merrill & Ring Forestry LP v Canada*, UNCITRAL, ICSID Administrated, Award paras. 201–210 (31 mars 2010).

ou en droit ou alors pour assurer la cohérence de celles-ci à long terme.<sup>129</sup> Les dissidences y servent plus à exprimer le point de vue de l'arbitre nommé par une partie qu'à assurer le développement du droit.<sup>130</sup>

De l'autre côté, l'autorité du juge d'une cour internationale provient d'un mandat public et ses décisions sont, par nature, un bien public.<sup>131</sup> Ils décident plutôt dans l'intérêt général et, bien qu'ils soient chargés de résoudre les affaires devant eux, ils contribuent à l'élaboration cohérente des règles dans un domaine spécifique du droit international, car « *[t]hey sit on the body's bench and decide a series of cases* ». <sup>132</sup> Concrètement, le TIAR, une forme d'arbitrage singulière, <sup>133</sup> a créé une « jurisprudence » qui représente une contribution significative au développement du droit international,<sup>134</sup> particulièrement grâce à son nombre de membres limité.

Le cas de la CIJ illustre mieux encore l'incidence de la permanence d'une instance sur son rôle dans l'application et le développement cohérent du droit international. Selon l'Article 59 du *Statut*, « [l]a décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ». <sup>135</sup> Cette disposition a été interprétée comme reconnaissant seulement que les États tiers ne sont pas liés par la décision rendue dans un litige particulier.<sup>136</sup> La CIJ a elle-même noté que, « [p]our autant que les décisions en question contiennent des conclusions de droit, la Cour en tiendra compte, comme elle le fait habituellement de sa jurisprudence ; autrement dit, quoique ces décisions ne s'imposent pas à la Cour, celle-ci ne s'écartera pas de sa jurisprudence établie, sauf si elle estime avoir pour cela des raisons très particulières ». <sup>137</sup>

---

<sup>129</sup> Voir généralement Karl P. Sauvant, dir., *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

<sup>130</sup> Albert Jan van den Berg, « Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration » dans Mahnouch H. Arsanjani, dir., *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W Michael Reisman*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 821; Alan Redfern, « The 2003 Freshfields Lecture: Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly » (2004) 20:3 *Arbitration International* 223; *contra* Gabrielle Kaufmann-Kohler, « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture » (2007) 23:3 *Arbitration International* 357.

<sup>131</sup> Romano, *supra* note 105, p. 281.

<sup>132</sup> Romano, Alter et Shany, *supra* note 73, p. 5. La définition de « cour internationale » du *Black's Law Dictionary*, précitée, met l'accent sur l'« autorité jurisprudentielle » de cette instance: Garner, *supra* note 63, p. 433.

<sup>133</sup> W. Michael Reisman, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown and Repair*, Durham, Duke University Press, 1992, p. 11 (expliquant que le TIAR « *processes both public and commercial international matters* »).

<sup>134</sup> George H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 43.

<sup>135</sup> *Statut CIJ*, *supra* note 69, art. 59.

<sup>136</sup> H. W. A. Thirlway, *The International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press 2016, p. 133.

<sup>137</sup> *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide [Croatie c. Serbie]*, Exceptions préliminaires, Arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 412, para. 53 [*Croatie c. Serbie*].

D'ailleurs, dans les négociations sur la création de cette nouvelle cour internationale au milieu du 20<sup>e</sup> siècle, on a noté les caractéristiques que cette méthode de règlement judiciaire devait posséder pour permettre la progression de l'ordre juridique international :

*Only such a [permanent] court should succeed in “forming a series of precedents” and possibly develop a body of international law: “The Court of International Justice, being composed of judges, permanently associated with each other in the same work, and [...] retaining their seats from one case to another, can develop a continuous tradition, and assure the harmonious and logical development of International Law.”<sup>138</sup>*

En effet, les juges de la CIJ entendent tous chacune des affaires, ce qui contribue à créer une jurisprudence constante et à assurer l'uniformité du droit. Dans la même veine, bien que les cours internationales ne prévoient pas toujours un mécanisme d'appel, d'autres moyens, tels que les révisions et les dissidences, aident au développement du droit international.<sup>139</sup>

L'arbitrage et le règlement judiciaire, ainsi, sont des méthodes sensiblement différentes de règlement de différends internationaux. Cette conclusion découle de la distinction entre les deux dans les sources formelles du droit international, mais surtout de la pratique de ce droit dans les deux derniers siècles. Émergent de cette pratique trois caractéristiques : celle du consentement, de la sélection des décideurs et de la nature du système. Ces caractéristiques sont maintenant comparées à la situation du SJI.

### **III. LA SJI ET L'INSTITUTIONNALISATION PROGRESSIVE DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT**

Le SJI a déjà fait l'objet de plusieurs analyses et les auteurs se sont référés à cette instance de manières variées. Sophie Nappert fait valoir que le SJI s'éloigne de l'arbitrage international.<sup>140</sup> Céline Lévesque avance que le SJI est simplement un système « *sui generis* ». <sup>141</sup> August Reinisch,<sup>142</sup> tout comme Catherine Kessedjian et

---

<sup>138</sup> Couvreur, *supra* note 54, p. 19.

<sup>139</sup> R. P. Anand, « The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication » (1965) 14:3 *The International and Comparative Law Quarterly* 788, p. 793 (« *Law is not static. It grows, and a dissenting opinion, by acting as a useful commentary on the decision of the Court, aids that development. Apart from the fact that several times by revealing certain facts not covered by the judgment it helps in a better understanding of what the Court intends, it sometimes influences the shaping and sometimes the altering of the course of law* »).

<sup>140</sup> Nappert, *supra* note 112.

<sup>141</sup> Lévesque, *supra* note 9, p. 61 (note de bas de page omise).

<sup>142</sup> August Reinisch, « The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor-State Arbitration to a Permanent Investment Court » dans Armand de Mestral, dir., *Second Thoughts: Investor-State Arbitration between Developed Democracies*, Waterloo, Centre for International Governance Innovation, 2017, p. 351.

Lukas Vanhonnaeker,<sup>143</sup> parlent d'une institution « hybride ». Bien qu'il y ait une part de vérité dans chacune de ces affirmations, la dernière est la plus convaincante. En effet, l'application au SJI de la grille d'analyse développée précédemment révèle que cette instance est issue d'un croisement entre un tribunal arbitral et une cour internationale. (A) En élaborant et précisant davantage cette affirmation, il ressort que le SJI constitue une forme davantage institutionnalisée d'arbitrage d'investissement. (B) De plus, l'UE cherche avec cette proposition à répondre à certaines préoccupations liées au RDIE traditionnel, mais risque, ce faisant, d'en créer de nouvelles.

A. Est-ce que le SJI relève de l'arbitrage ou du règlement judiciaire ?

En appliquant au SJI les caractéristiques du consentement, de la sélection des décideurs et de la nature du système, il apparaît que cette méthode de règlement de différends internationaux s'inscrit dans la lignée des réformes successives d'« institutionnalisation »<sup>144</sup> et de « judiciarisation »<sup>145</sup> de l'arbitrage international qui ont eu lieu au courant des dernières décennies. Autrefois une procédure aux règles et institutions rudimentaires,<sup>146</sup> l'arbitrage international a connu un processus autosuffisant d'évolution institutionnelle marquée par l'introduction progressive, entre autres, d'éléments traditionnellement associés aux cours en droit interne et en droit international.<sup>147</sup> Le SJI représente un pas de plus dans cette direction. Il s'écarte de l'arbitrage international *ad hoc* et des procédures simples dont beaucoup reposent entre les mains des parties au différend, sans toutefois abandonner complètement certaines caractéristiques distinctives de l'arbitrage international.

Premièrement, la notion de consentement, telle qu'elle se révèle dans le SJI, permet de classer cette méthode de règlement davantage dans l'ordre de l'arbitrage plutôt que dans celui du règlement judiciaire.<sup>148</sup> L'accord des parties a lieu de manière très similaire, voire identique, à ce qui est prévu dans le RDIE traditionnel. Pour l'UE et l'État parti correspondant au traité, le consentement (asymétrique) à la présentation d'une réclamation concernant l'investissement est contenu spécifiquement dans l'ALE et aux conditions que celui-ci détermine.<sup>149</sup> Dans la présente, cette acceptation inclut, entre autres, la nomination par les États des décideurs préalablement au

---

<sup>143</sup> Kessedjian et Vanhonnaeker, *supra* note 14, p. 634.

<sup>144</sup> Jan Wouters et Nicolas Hachez, « The Institutionalization of Investment Arbitration and Sustainable Development » dans Marie-Claire Cordonier Segger, Markus W. Gehring et Andrew P. Newcombe, dir., *Sustainable Development in World Investment Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011.

<sup>145</sup> Stone, Sweet et Grisel, *supra* note 111, ch. 1.

<sup>146</sup> Yves Dezalay et Bryant G. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1996, ch. 1.

<sup>147</sup> Stone Sweet et Grisel, *supra* note 111, ch. 1.

<sup>148</sup> Kaufmann-Kohler et Potestà, *supra* note 67, para. 98.

<sup>149</sup> *T-TIP Proposal*, *supra* note 19, s. 3, art. 7.

différend et l'application des règles de procédures communément utilisées en arbitrage international.<sup>150</sup>

En outre, la soumission d'une réclamation au SJI par l'investisseur étranger est volontaire et emploie le mécanisme d'« *arbitration without privity* », c'est-à-dire que l'investisseur accepte librement l'offre de l'État de régler le différend relatif aux protections contenues dans l'ALE en engageant une procédure arbitrale. En d'autres termes, l'investisseur peut choisir de son plein gré entre les juridictions internes de l'État hôte et le forum international que constitue le SJI.<sup>151</sup> Cette instance juridique ne perdrait toutefois pas *nécessairement* son caractère d'arbitrage si le SJI était basé sur une forme différente d'accord,<sup>152</sup> comme le montre, encore une fois, la situation du TIAR. Malgré cette précision, il est significatif, au final, que le recours au SJI repose sur le consentement commun de l'État et l'investisseur.

Deuxièmement, la question de la nature de cette instance juridique dépend en grande partie de l'importance que l'un accorde au choix des décideurs.<sup>153</sup> La sélection de ceux-ci permet d'assimiler le SJI non pas à de l'arbitrage commercial international, mais plutôt à de l'arbitrage interétatique et, de moindre manière, aux cours internationales. Cette institution est très différente des cours nationales, où il n'y a aucun représentant des parties au différend sur le banc.

Tel que mentionné précédemment, il y aura une répartition aléatoire des affaires au Tribunal à des panels tripartites composés de membres de chaque catégorie (ressortissants de l'UE, de l'État parti correspondant au traité et d'un pays tiers).<sup>154</sup> Cette disparition du choix des parties dans la sélection des décideurs (remplacée par la sélection au hasard des membres des trois catégories dans chaque affaire) est l'aspect qui éloigne le plus le SJI du RDIE traditionnel, alors que la répartition des coûts par les parties au différend le rapproche de cette forme d'arbitrage.<sup>155</sup>

Bien que les parties au différend ne jouent aucun rôle dans la nomination des membres du Tribunal dans un différend particulier, l'idée d'avoir un « représentant » sur le banc, comme c'est le cas dans l'arbitrage international — et dans certaines cours internationales — n'est pas abandonnée avec le SJI. Les investisseurs joueront vraisemblablement un rôle négligeable dans la sélection des décideurs préalablement

---

<sup>150</sup> *AECG*, *supra* note 5, art. 8.23.2 ; *ALE UE-Vietnam*, *supra* note 6, art. 7, para. 2.

<sup>151</sup> Kaufmann-Kohler et Potestà, *supra* note 67, para. 88.

<sup>152</sup> *Contra* Reinisch, *EU Proposal*, *supra* note 13, p. 767 (« *even where the parties may not be able to appoint 'their' arbitrators, they must still be able to freely consent to such dispute settlement. Otherwise, it would lose its character as arbitration* »).

<sup>153</sup> Kaufmann-Kohler et Potestà, *supra* note 67, para. 98 (« *for the [SJI] to qualify as arbitration rather than a court-like dispute settlement method, the most important element is that recourse to the [SJI] is based on an agreement, between the State and the investor. That consent encompasses the acceptance of the arbitrator selection method provided in the constitutive instrument* »).

<sup>154</sup> *T-TIP Proposal*, *supra* note 19, s. 3, art. 9, para. 2. Dans le cas de l'*AECG*, le financement effectif du SJI reste encore à décider.

<sup>155</sup> *AECG*, *supra* note 5, art. 8.39.5 ; *ALE UE-Vietnam*, *supra* note 6, art. 27, para. 4.

au différend. Pourtant, les États, eux, ont choisi de nommer de leurs ressortissants en nombre égal au SJI. Ainsi, la structure tripartite, avec un représentant de chaque partie et un président neutre, reflète la pratique de l'arbitrage :

*States are wary of the international legal process, as an external check on their sovereignty, and have traditionally insisted on the unilateral right to appoint at least one arbitrator or judge to international tribunals. This is all the more understandable when one considers the generality and abstraction with which so much of public international law is formulated, the controversies as to their sources and interpretation, and the likely politicization of such disputes.<sup>156</sup>*

Cette situation n'est pas particulièrement surprenante puisque les États sont, encore aujourd'hui, favorables à l'idée d'avoir un représentant sur le banc en droit international public. D'ailleurs, la proposition reproduit étroitement sur ce point la structure du TIAR.

La logique et le bien pensé de cet aspect de la proposition sont sujets à discussion. Choisir ses décideurs représente certes une source importante de légitimité des instances juridiques pour les États en droit international public ;<sup>157</sup> une interprétation de cette caractéristique pourrait faire valoir qu'une forme de représentation culturelle sur le SJI assure la légitimité démocratique de l'institution.<sup>158</sup> Cependant, si l'objectif de la proposition est de dépolitiser les différends relatifs aux ALEs, la sélection de ressortissants n'est pas forcément la meilleure voie à emprunter.<sup>159</sup> La mondialisation, par ailleurs, a atténué les différences entre les traditions juridiques et, parallèlement, la nécessité d'un membre du Tribunal de sa propre culture.<sup>160</sup>

Troisièmement, la nature individuelle ou systémique de la méthode de règlement des différends recoupe en théorie plusieurs éléments caractéristiques du règlement

---

<sup>156</sup> Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, pp. 153–154.

<sup>157</sup> Mackenzie et al., *supra* note 103, p. 165 (« *Geographical representation is one important means by which selective representation courts acquire and retain their legitimacy, therefore states expect that they will have the opportunity to have a judge of their nationality on the bench, and, as we have seen from the interview data on nomination and election, they will often fight to get it* »).

<sup>158</sup> Même si tel est l'objectif, quelque chose cloche : il est peu probable que le représentant de l'UE soit issu de l'État membre qui accueille l'investisseur étranger et dont la mesure est contestée. Cela a moins d'importance si c'est une mesure de l'UE, mais si c'est une mesure de l'UE et des États membres qui est en cause, il n'y aura alors pas obligatoirement de représentant « local » sur le banc.

<sup>159</sup> *Convention CIRDI*, *supra* note 12, arts. 38–39. Voir aussi Sonal Sharma, « *Neutrality v. Nationality* » (8 avril 2014), *Kluwer Arbitration Blog*: [<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/04/08/neutrality-v-nationality/>]. (« *Neutrality is related to the nationality of the arbitrator. In international sphere, the “appearance of neutrality” is considered equally important, meaning an arbitrator is neutral if his nationality is different from that of the parties* »). On avance même que les juges de la même nationalité que les parties à une affaire devraient en être récusés dans le contexte d'une cour multilatérale d'investissement future (Omar E. García-Bolívar, « *Permanent Investment Tribunals: The Momentum is Building Up* » [2014] 11:1 *Transnational Dispute Management*).

<sup>160</sup> Gélinas, *Independence*, *supra* note 118, p. 29.

judiciaire même si, en réalité, la balance de ceux-ci fait en sorte qu'il s'agit plutôt d'arbitrage international. Avant tout, les membres du Tribunal et du Tribunal d'appel sont nommés pour une période de 6 ans, qui est renouvelable une fois seulement.<sup>161</sup> Ces nominations pour des termes confèrent un aspect public au SJI, du moins en apparence. La proposition élimine également la question du « *double hat* », c'est-à-dire qu'elle interdit aux membres d'agir comme avocats et experts en arbitrage d'investissement. La proposition contient aussi un code de conduite pour les membres, bien que dans l'*AECG* ce code sera adopté ultérieurement par le Comité des services et de l'investissement.<sup>162</sup>

En dépit de ces améliorations, aussi à l'aspect public, l'indépendance judiciaire des membres du SJI est un sujet de préoccupation dans les faits. Peut-être ceux-ci seront-ils formellement indépendants, mais ils n'auront pas de garantie d'emploi permanent (pas de salaire, de retraite, etc.). Concrètement, la plupart des membres auront besoin d'un autre emploi ou auront besoin d'être positionnés financièrement pour ne pas avoir besoin d'un revenu régulier. En effet, la proposition prévoit une provision annuelle de 24 000 € pour les membres du Tribunal et de 84 000 € pour les membres du Tribunal d'appel.<sup>163</sup> Bien que cette dernière semble raisonnable, elle représente certainement une réduction de salaire importante pour la plupart des arbitres et avocats actuels.

La SJI contient aussi un mécanisme d'appel interne qui a pour but avoué d'assurer la cohérence des décisions. Le Tribunal d'appel a le pouvoir de réexaminer des décisions suite à des erreurs de droit manifestes ou des erreurs de fait claires, en plus d'examiner les motifs d'annulation figurant actuellement dans la *Convention CIRDI*.<sup>164</sup> Dans les dernières années, une certaine incohérence dans l'interprétation des dispositions de droit matériel dans les ALEs a soulevé des questions de légitimité dans l'arbitrage d'investissement.<sup>165</sup> Il a aussi été souvent suggéré qu'un mécanisme d'appel soit établi de manière similaire à l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale de commerce [OMC].<sup>166</sup>

---

<sup>161</sup> *T-TIP Proposal*, *supra* note 19, s. 3, art. 9, para. 5.

<sup>162</sup> *AECG*, *supra* note 5, art. 8.44.2.

<sup>163</sup> *T-TIP Proposal*, *supra* note 19, s. 3, art. 10, para. 12.

<sup>164</sup> *Ibid*, s. 3, art. 29, para. 1.

<sup>165</sup> Anna Joubin-Bret, « The Growing Diversity and Inconsistency in the IIA System » dans Karl P. Sauvant, dir., *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 137. Voir aussi Susan D. Franck, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions » (2004) 73:4 *Fordham Law Review* 1521; Kaufmann-Kohler, *supra* note 134.

<sup>166</sup> David A. Gantz, « An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges » (2006) 39:1 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 39, p. 57 (écrivant que « *the experience of the WTO offers obvious useful parallels to the investment appellate mechanism concept* »); Jacques Werner, « Limits of Commercial Investor-State Arbitration: The Need for Appellate Review » dans Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni et Ernst-Ulrich Petersmann, dir., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 115-117 (mettant en avant que « *[s]ince the WTO has instituted an Appellate Body,*

En ce qui concerne la cohérence et la prévisibilité des décisions, il est probable que celles-ci seront améliorées en raison du nombre limité de membres du Tribunal et du Tribunal d'appel, chacun siégeant pendant une période relativement longue. Cette conclusion doit cependant être tempérée par plusieurs considérations et questions qui restent sans réponse dans la proposition de l'UE. Il est surprenant, *a priori*, que la proposition n'adresse pas la valeur de précédent des décisions du Tribunal et du Tribunal d'appel. Une pratique s'est développée à la CJI<sup>167</sup> et à l'Organe d'appel de l'OMC<sup>168</sup> de sorte qu'avec le temps les décisions de ces instances ont pris une force de précédent. Au regard de l'approche en arbitrage d'investissement de « codifier » les meilleures pratiques établies en droit international, on aurait pu s'attendre à ce que la proposition adresse la question de la valeur des décisions vu son objectif avoué d'assurer le développement cohérent du droit international relatif aux ALEs.

Ensuite, si le pouvoir du Comité des services et de l'investissement d'outrepasser les décisions du SJI répond de toute évidence aux préoccupations des États de demeurer « maîtres » de leurs ALEs, il s'accorde toutefois plus difficilement avec l'intention déclarée de l'UE de transformer le RDIE traditionnel en incluant dans le SJI des garanties procédurales traditionnellement associées aux cours nationales et internationales.<sup>169</sup> Non seulement ce pouvoir laisse paraître un certain manque de confiance envers les membres du SJI, mais il remet aussi en question la volonté de l'UE de créer une cour réellement indépendante, car c'est le Comité qui aura le dernier mot sur l'interprétation de l'ALE.

Dans la même veine, la proposition semble tenir pour acquis que les membres du SJI, maintenant réunis dans une même instance, vont miraculeusement s'entendre sur de difficiles questions de fait et de droit, ce qui est loin d'être certain. Vu la pratique répandue de dissidences en arbitrage d'investissement, l'inclinaison de certains membres du Tribunal à faire valoir leur point de vue séparément est très probable et

---

*the decisions have greatly gained in respectability and hence acceptability. This is certainly the way to go [in investment arbitration] »); Noemi Gal-Or, « The Concept of Appeal in International Dispute Settlement » (2008) 19:1 European Journal of International Law 43, pp. 60-64 (notant l'influence de l'Organe d'appel de l'OMC sur d'autres arrangements intergouvernementaux, y compris l'arbitrage des investissements); Jorge Alberto Huerta-Goldman, Antoine Romanetti et Franz X. Stirnimann, dir., « From Annulment to Appeal In Investor-State Arbitration: Is the WTO Appeal Mechanism a Model? » dans Jorge Alberto Huerta-Goldman; Antoine Romanetti; Franz X. Stirnimann, dir., *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law & Business, 2013, p. 327 (répondant à la question titulaire généralement positivement).*

<sup>167</sup> *Croatie c. Serbie*, *supra* note 142, para. 53.

<sup>168</sup> Sungjoon Cho, « The Appellate Body Has Reversed the Panel's Departure from the Zeroing Jurisprudence » (6 juin 2008), 12:3 *ASIL Insights*: [<https://www.asil.org/insights/volume/12/issue/3/wto-panel-openly-rejects-appellate-bodys-zeroing-case-law#update>].

<sup>169</sup> Panagiotis A. Kyriakou, « Does the TTIP Investment Court System Promote the Rule of Law Further than the Traditional ISDS Model? » (12 mai 2016), *Cambridge International Law Journal* (blogue): [<http://cilj.co.uk/2016/05/12/ttip-investment-court-system-promote-rule-law-traditional-isds-model/>] (« *the proposal envisages the possibility of binding treaty interpretations offered by the TTIP member-states, even pending a dispute. This brings up unpleasant memories from the Pope & Talbot saga, which tested NAFTA's prospectivity* »).



n'assurerait pas forcément la cohérence cherchée par l'UE. La proposition s'attarde d'ailleurs peu à définir le rôle des dissidences dans le SJI ; l'*ALE UE-Vietnam* reconnaît simplement qu'elles sont permises, mais sans attribution à leur auteur.<sup>170</sup>

Plus importante pour le présent enjeu, la nature éphémère du SJI met en doute la possibilité de créer une « cour » et une « jurisprudence » unifiées. Comment ces membres devraient-ils raisonner ? Comment devraient-ils lier leur autorité à celle des autres institutions de gouvernance nationales et internationales ?<sup>171</sup> Espère-t-on que les décideurs cesseront de « penser comme des avocats » ? Les membres seront-ils capables de développer un éthos institutionnel ? Démontreront-ils une loyauté envers l'*ALE* ? Plusieurs facteurs institutionnels permettent de le questionner : le travail « sur demande » des membres, l'absence de secrétariat ou de greffier permanents<sup>172</sup> et l'absence de bureaux côte à côte comme l'ont souvent les juges. Tous ces éléments signifient que les membres n'auront pas nécessairement de moments où ils siègent ensemble — développant ainsi une camaraderie et collégialité et, parfois, selon les circonstances, des conflits et frustrations — comme les juges des cours nationales et internationales.

Plus largement, la nature bilatérale du traité impose une limite inhérente dans l'élaboration du droit. Dans sa proposition actuelle, il y aura un SJI pour chaque traité. Même si les membres parviennent à assurer la cohérence de la prise de décision au sein de chaque régime, il restera probablement une interprétation différentielle des autres *ALEs* toujours en vigueur dans le RDIE traditionnel. Dans la mesure où ces différences sont rendues publiques, elles seront encore utilisées par les critiques du système pour discréditer l'idée de règlement des différends entre investisseurs et États.<sup>173</sup> Par exemple, plusieurs de ces critiques ne feront probablement pas la distinction entre le régime de l'*ALE UE-Vietnam* et le régime général d'arbitrage d'investissement. Ainsi, le SJI ne résoudrait pas la

---

<sup>170</sup> *ALE UE-Vietnam*, *supra* note 6, art. 22.

<sup>171</sup> Ingo Venzke, « Investor-State Dispute Settlement in TTIP from the Perspective of a Public Law Theory of International Adjudication » (2016) 17:3 *The Journal of World Investment & Trade* 374, p. 396.

<sup>172</sup> *AECG*, *supra* note 5, art. 8.27.16; *ALE UE-Vietnam*, *supra* note 6, art. 12, para. 18.

<sup>173</sup> Marie Talašová et Jaroslav Kudrna, « There's "no alternative" to investment arbitration, says Schreuer » (22 décembre 2017), *Global Arbitration Review*: [[http://globalarbitrationreview.com/article/1151619/theres-no-alternative-to-investment-arbitration-says-schreuer?utm\\_source=Law%20Business%20Research&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=9015054\\_GAR%20Headlines%2022%2F12%2F2017&dm\\_i=1KSF,5D826,NQEXH3,KQWTS,1](http://globalarbitrationreview.com/article/1151619/theres-no-alternative-to-investment-arbitration-says-schreuer?utm_source=Law%20Business%20Research&utm_medium=email&utm_campaign=9015054_GAR%20Headlines%2022%2F12%2F2017&dm_i=1KSF,5D826,NQEXH3,KQWTS,1)] (« *Schreuer said the idea of a permanent court only makes sense if it is multilateral. A multitude of bilateral investment courts would lead to a "hypertrophic international bureaucracy" including hundreds of judges who may never see a case. It would also not address the "fragmentation of practice" that is one of the criticisms of the current ISDS system. A "centralised" judicial institution would create a "take it or leave it" situation. "I suspect quite a few countries would opt for 'leave it'", he added.* »).

« fragmentation »<sup>174</sup> de la pratique qui est l'une des critiques du RDIE traditionnel.<sup>175</sup> Par ailleurs, il n'est même pas clair qu'une cour multilatérale parviendrait à dispenser ces critiques vu le grand nombre d'ALEs et les différences dans la formulation de leurs provisions respectives.

En somme, le SJI demeure de l'arbitrage international. Il est basé sur le consentement des parties, il adopte l'idée d'avoir un représentant sur le banc (bien que plus éloigné des parties au différend) et il est constitué de manière à rendre justice principalement pour les parties en cause plutôt que pour assurer le développement cohérent du droit dans l'arbitrage d'investissement largement. Il est vrai que le SJI introduit aussi certaines nouveautés, principalement suivant le modèle de l'OMC et du TIAR, et a ainsi cristallisé un système auparavant largement *ad hoc* en des institutions permanentes « sur demande ».<sup>176</sup> C'est d'ailleurs pourquoi le SJI représente un pas de plus dans l'institutionnalisation de l'arbitrage d'investissement.

B. Répondre efficacement à certaines préoccupations... mais en créer de nouvelles ?

Est-ce important de savoir si le SJI est une instance de règlement judiciaire ? Pour l'UE, certes, alors qu'elle cherche clairement à exploiter la légitimité de cette désignation. Peut-être qu'au final la Commission ne s'est pas posé la bonne question. Plutôt que de mettre l'accent sur la dichotomie « arbitrage » c. « règlement judiciaire » ou « privé » c. « public », l'enjeu central aurait pu être de trouver le niveau optimal de judiciarisation en arbitrage d'investissement. Dans une contribution importante, Laurence R. Helfer se demande si le droit international relatif aux droits de l'homme est devenu « *overlegalized* », ce qui aurait provoqué une réaction hostile de la part de certains États.<sup>177</sup> Des préoccupations semblables ont été soulevées par les spécialistes du régime commercial international.<sup>178</sup>

Pourtant, même si le SJI est considéré comme un règlement judiciaire, on ignore à quel point cela sera utile étant donné le mécontentement envers les institutions

---

<sup>174</sup> Sur le concept, voir généralement Commission du droit international, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, coll. Report of the Study Group, A/CN.4/L.682, Genève, Nations Unies, 2006.

<sup>175</sup> Pour un survol des différentes positions, voir Stephan W. Schill, « W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law » (2011) 22:3 *European Journal of International Law* 875.

<sup>176</sup> Gus Van Harten, « Is It Time to Redesign or Terminate Investor-State Arbitration? » (11 avril 2017), *Centre for International Governance Innovation*: [<https://www.cigionline.org/articles/it-time-redesign-or-terminate-investor-state-arbitration>] (avançant que la création d'une cour multilatérale « *would proceed with a major expansion of foreign investor protections by institutionalizing them at the multilateral level* »).

<sup>177</sup> Laurence R. Helfer, « Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash against Human Rights Regimes » (2002) 102:7 *Columbia Law Review* 1832.

<sup>178</sup> Voir par ex. Judith Goldstein et Lisa L. Martin, « Legalization, Trade Liberalization, and Domestic Constituents: A Cautionary Note » (2000) 54:3 *International Organization* 603; Joost Pauwelyn, « The Transformation of World Trade » (2005) 104:1 *Michigan Law Review* 1.

internationales — et vis-à-vis l'UE en général<sup>179</sup>. Est-ce que l'UE souhaite vraiment créer l'équivalent d'une CJUE pour l'arbitrage investissement ? Ce n'est certainement pas le cas, surtout si cela veut dire d'élever le droit international au-dessus du droit européen. Reste que l'institutionnalisation proposée par l'UE est surprenante dans un contexte où le mouvement de judiciarisation des dernières décennies s'est récemment essoufflé et où l'on voit plusieurs États en combattre vigoureusement les effets. Tel que l'écrit le Fabien Gélinas, « *[a]djudicative institutionalisation today is just as important as the legislative and executive aspects of institutionalisation which are so carefully avoided in treaty-making* ».<sup>180</sup>

La proposition ambitieuse de l'UE a manifestement été ébauchée dans l'optique de répondre aux inquiétudes exprimées par les États et par les organisations de la société civile par rapport au RDIE traditionnel.<sup>181</sup> Même s'il y a des changements importants et potentiellement bénéfiques dans la proposition, tout dépendamment du point de vue de chacun sur les lacunes de l'arbitrage d'investissement,<sup>182</sup> ces changements ne vont probablement pas assez loin.<sup>183</sup> En d'autres termes, autant les critiques que les partisans de l'arbitrage d'investissement trouveront des éléments qu'ils apprécient et d'autres qu'ils décrient. La proposition maintient le RDIE indépendant des cours nationales (bien que moins indépendant des États). Elle prévoit un groupe de décideurs présélectionnés et des délais plus courts, ce qui devrait contribuer à la capacité des membres du SJI à rendre des décisions dans des délais raisonnables. La proposition prend également en compte et élimine certaines des préoccupations éthiques les plus flagrantes (même si quelques autres pourraient être introduites).

Bien que les efforts de l'UE pour répondre aux préoccupations valables à propos de l'arbitrage d'investissement doivent être applaudis, les préoccupations adressées et celles irrésolues suggèrent moins une philosophie globale à propos de l'arbitrage d'investissement qu'une réponse ciblée sur les points les plus sensibles du processus

---

<sup>179</sup> Selon un sondage commandé par la Commission, soixante pour cent des Européens « ont tendance à ne pas faire confiance » à l'UE »: Standard Eurobarometer, *Public Opinion in the European Union: First Results*, TNS opinion & social, 2013: [[http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/eb/eb79/eb79\\_first\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/eb/eb79/eb79_first_en.pdf)].

<sup>180</sup> Fabien Gélinas, « Investment Tribunals and the Commercial Arbitration Model: Mixed Procedures and Creeping Institutionalization » dans Markus W. Gehring et Marie-Claire Cordonier Segger, dir., *Sustainable Development in World Trade Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, p. 590.

<sup>181</sup> Voir par ex. Pia Eberhardt et Cecilia Olivet, *Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Brussels/Amsterdam, Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012; Natacha Cingotti et al., *Investment Court System Put to the Test*, Amsterdam/Brussels/Berlin/Ottawa, Corporate Europe Observatory, 2016: [<https://www.tni.org/en/publication/investment-court-system-put-to-the-test>].

<sup>182</sup> Kessedjian et Vanhonnaeker, *supra* note 14, pp. 640–655; Ingo Venzke, « Investor-State Dispute Settlement in TTIP from the Perspective of a Public Law Theory of International Adjudication » (2016) 17:3 *The Journal of World Investment & Trade* 374, pp. 387–399.

<sup>183</sup> Van Harten, *supra* note 183; David Schneiderman, « A CETA Investment Court Is Not the Solution » (24 mars 2017), *The Globe and Mail*: [<https://www.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/a-ceta-investment-court-is-not-the-solution/article29034167>].

actuel.<sup>184</sup> De plus, comme c'est le cas avec toute nouvelle méthode créée dans le but de remplacer ce qui est considéré comme défectueux, elle comporte le risque de répondre efficacement à ces préoccupations tout en en créant, du même coup, de nouvelles.

L'UE propose une méthode de résolution des différends qui est unique et, conséquemment, qui n'a pas encore été mise en pratique. Le caractère limité de la proposition devrait permettre l'expérimentation<sup>185</sup> et la poursuite de réformes spécifiques sans modifier radicalement le régime d'investissement tel qu'il existe aujourd'hui.<sup>186</sup> Ce qui demeure incertain encore aujourd'hui, particulièrement avec l'application provisoire partielle de l'*AECG* et avec la requête de la Belgique à la CJUE, est de savoir si ou quand ces dispositions novatrices entreront en vigueur afin que le SJI puisse passer le test de la pratique.

---

<sup>184</sup> Voir généralement Robert W. Schwieder, « TTIP and the Investment Court system: A New (and Improved?) Paradigm for Investor-State Adjudication » (2016) 55:1 *Columbia Journal of Transnational Law* 178, pp. 193–208.

<sup>185</sup> Anthea Roberts, « UNCITRAL and ISDS Reform: Pluralism and the Plurilateral Investment Court » (12 décembre 2017), *EJIL: Talk!* (blogue): <<https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-pluralism-and-the-plurilateral-investment-court/>> (« *Given the diversity of views of ISDS reform, and the likely reality of pluralism for many decades to come, it makes sense for states and institutions like ICSID, the OECD, UNCTAD and UNCITRAL to be looking at identifying and developing a range of incremental and systemic ISDS reform options. Some of these reforms might be best pursued bilaterally and others multilaterally. Some might be more suited to the UNCITRAL process and others less so. States are yet to make those decisions, but framing the options through the lens of pluralism is helpful in identifying the spectrum of reform options and the range of fora that might be involved.* »).

<sup>186</sup> Conférence des Nations unies pour le commerce et le développement, « Reform of the IIA Regime: Four Paths of Action and a Way Forward » (2014) 2014 :3 *IIA Issues Note*, en ligne: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d6\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d6_en.pdf)>.

**ELISABETH WU ET AL.**

*The Most Favored Nation clause in Investment Arbitration: a case-study in favor of State cooperation*

---



***ELISABETH WU ET AL.***

*Elizabeth Wu is a Singaporean disputes attorney specializing in public international law, international investment and commercial arbitration, and international commercial litigation. She practiced as a Senior Associate with Rajah & Tann, one of the largest full-service law firms in Singapore and South-East Asia, and was formerly a Deputy Public Prosecutor and State Counsel with the Attorney-General's Chambers of Singapore. She holds a Bachelor of Laws (Hons) from the National University of Singapore, and an LL.M. in International Economic Law, Business and Policy from Stanford Law School.*



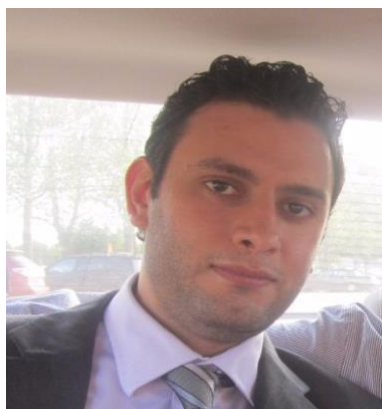
***BYUNGKOOK YOO***

*Byungkook Yoo, Prosecutor of Korean Prosecution Service, and member of the Korean Bar since 2010, specializes in international law and criminal law. He is currently working in the World Bank's Integrity Vice Presidency as a consultant, dealing with international anti-corruption.*



***NOBUHIRO TANAKA***

*Mr. Nobuhiro Tanaka is an associate at one of the largest Japanese law firm, Nishimura & Asahi since 2011. Mr. Tanaka specialized in international litigation, antitrust laws and international trade/investment laws. Mr. Tanaka is currently working at Paul Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison LLP as a visiting lawyer. Mr. Tanaka graduated from the University of Tokyo (LL.B.) in 2007, the University of Tokyo, School of Law (J.D.) in 2009, and Stanford Law School (LL.M) in 2017.*



***PAUL KAYROUZ***

*Paul Kayrouz is a financial services lawyer and FinTech specialist with Clyde & Co. He is a native Arabic speaker and fluent in English and French. Paul is a member of the San Francisco Bar Association and the Beirut Bar Association. He is admitted to practice law at the DIFC Courts and has previously worked in-house at AIG. Paul has a particular interest in the technology sector and has recently completed an LLM at Stanford University Law School with a strong emphasis on FinTech and Artificial Intelligence. He is currently advising on a range of technology related matters and has broad financial and commercial experience. His clients include a range of multinational companies and public-sector organizations, including the UAE Ministry of Finance, the UAE Central Bank and Smart Dubai Government.*



**NIDHI ARORA**

*Nidhi Arora is an India qualified policy lawyer, with practice experience in various Asian jurisdictions. A long-time proponent of bringing about change with policy and rule of law, she recently completed her Masters in Law from Stanford Law School, and is currently based out of New Delhi, India, working on public policy and governance issues.*

International Investment Agreements (“IIAs”) comprise the bedrock of the investor-State dispute settlement (“ISDS”) regime. They are entered into between sovereign States for the purpose of encouraging mutual investments between them. Investors from contracting States are accorded certain substantive standards of protection for their investments. Upon breach of these standards by the State in which the investment is made (“the host State”), an investor may initiate dispute resolution proceedings, typically in the form of arbitration, against the host State to seek redress. Such legal protection is regarded as critical to encouraging investment flows through mitigating investors’ risk,<sup>1</sup> to the benefit of States and investors alike.

However, the exigencies of global diplomacy and realpolitik mean that IIAs are routinely entered into on a bilateral or limited multilateral basis, instead of in the form of a universal globally-applicable treaty. The contours of a particular legal standard of protection may vary from treaty to treaty – depending on its wording and interpretation – and are sometimes ambiguously defined; neither has there been transatlantic, let alone global consensus on a “model” form of legal standards. This is a marked contrast from other instruments such as the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods or the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, both of which have at least been adopted fairly widely.<sup>2</sup>

This may be understandable given the desire for a State to grant to foreign investors standards of protection peculiar to its particular economic and political considerations. However, the unfortunate consequence of States’ lack of cooperation on clear, uniform standards is that ISDS has come under criticism for being a fragmented legal regime. Additionally, each dispute is adjudicated on a one-off basis by the particular arbitral tribunal established to hear it. Thus, substantive legal

---

<sup>1</sup> Eric Posner & Alan Sykes, *Economic Foundations of International Law*, 294 (Belknap Press, 2013).

<sup>2</sup> Through direct ratification and incorporation into domestic law, or by modelling domestic law on legal standards in the instrument.

## *The Most Favored Nation clause in Investment Arbitration: a case-study in favor of State cooperation*

norms have sometimes been subject to contradictory treatment by different arbitral tribunals, leading to the criticism that ISDS jurisprudence can be incoherent and directionless.<sup>3</sup> Consequently, the lack of State agreement on universal norms, as well as the lack of cooperation to establish a global investment Court that could homogenize decision-making, open ISDS to criticism as to its legitimacy.

This lack of State consensus on the scope of legal norms is well-illustrated by recent controversies over the breadth of a particular standard of protection: the “Most Favored Nation” treatment clause (the “MFN clause”). Such a clause was designed to give foreign investors treatment that was not any less favorable from that which was accorded to investors of other States. This language was originally derived from international trade agreements<sup>4</sup> and was subsequently included in IIAs.<sup>5</sup> It was typically envisaged that MFN clauses would incorporate substantive standards of protection from other treaties; no consideration was given as to whether the MFN clause would entitle investors to avail themselves of more favorable *dispute settlement mechanisms* in other treaties that could bypass jurisdictional or admissibility requirements in the bilateral investment treaty (“BIT”) between the investors’ home State and the host State.

The seminal case on this issue is the famous – or infamous – transatlantic case of *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain* (“*Maffezini*”).<sup>6</sup> Under the Argentina-Spain BIT, the Argentinian investor in question was required to exhaust certain local remedies before initiating investment arbitration proceedings against Spain. The MFN clause stated that: “*In all matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favorable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country.*”<sup>7</sup> Interpreting a broadly worded clause even more broadly, the tribunal held that this “treatment” also extended to dispute settlement provisions as they were “*essential to the protections of the rights envisaged under the pertinent treaties*”.<sup>8</sup> Hence, this MFN clause in the

---

<sup>3</sup> Jonathan D. Greenberg & Evan Winet, ‘Resolving Investor-State Disputes Pursuant to the International Investment Treaty Arbitration Regime’, in Joseph Mark S. Munoz, *Handbook on the Geopolitics of Business*, 247 (Edward Elgar, 2013).

<sup>4</sup> MFN clauses appeared for the first time at the end of the 17th century in bilateral treaties, becoming more frequent with time from the beginning of the 19th century, *usually found in bilateral trade treaties, then referred to as the “Treaties of Friendship, Commerce and Navigation”*, John H. Jackson, *The World Trading System – Law and Policy of international Economic Relations* (MIT Press, 2nd ed. 1997).

<sup>5</sup> See for example, Agreement between the Government of Japan and the Government of Malaysia for an Economic Partnership (Kuala Lumpur, 13 December 2005) 2758 U.N.T.S. 55; Comprehensive Economic Partnership Agreement between Japan and The Republic of India (Tokyo, 16 February 2016) 2862 U.N.T.S.

<sup>6</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (Jan. 25, 2000).

<sup>7</sup> The MFN clause is included in Article IV(2) of the Argentina-Spain BIT.

<sup>8</sup> “*Notwithstanding the fact that the basic treaty containing the clause does not refer expressly to dispute settlement as covered by the most favoured nation clause, the Tribunal considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders*”



## *The Most Favored Nation clause in Investment Arbitration: a case-study in favor of State cooperation*

Argentina-Spain BIT allowed the investor to avail itself of a dispute settlement clause in an unrelated BIT - the Chile-Spain BIT - that *did not* require any exhaustion of local remedies.

Unsurprisingly, *Maffezini* met with vociferous objections from some host States. States have argued that such an interpretation would allow foreign investors to cherry-pick dispute resolution provisions from a whole range of IIAs that might be most favorable to them. They are concerned that if an MFN clause can be used to bypass specifically-negotiated dispute settlement provisions, this impinges too far on sovereign rights they never intended to cede. On the other hand, investors and proponents of the *Maffezini* interpretation argue that States must have considered the potentially wide-ranging scope of the MFN clause in negotiating IIAs, and be deemed to have consented to its effects.

The problem, however, is that the very ambiguity of the type of MFN treaty language in certain treaties may equally point to a lack of awareness by States of this potential pitfall – since States would presumably have sought to avoid such ambiguity in the drafting process. By way of example, the IIA between Korea and Kazakhstan contains relatively simple MFN provisions,<sup>9</sup> which are unclear as to whether they include dispute settlement procedures. This is also the case in the IIA between China and Vietnam.<sup>10</sup> States may, therefore, find themselves being subject to dispute resolution procedures imported from other treaties through the operation of an MFN clause, even if they never intended for the clause to be used in this fashion.

This arises from a lack of clear and uniform consensus amongst States as to the scope of the MFN clause, which is exacerbated by ambiguous treaty drafting. This is particularly damaging because of the decentralized nature of investor-State dispute

---

*under treaties of commerce.” See Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, supra note 7 at para. 54.*

<sup>9</sup> Agreement Between The Government Of The Republic Of Korea And The Government Of The Republic Of Kazakhstan For The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments (Almaty, 26 March 1996) 2112 U.N.T.S. 341, *entered into force 26 December 1996*, Article 3 Treatment of Investments:

“(1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of investors of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of its own investors or investors of any third State.

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own investors or investors of any third State.”

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1780>

<sup>10</sup> Agreement Between the Government of the People’s Republic of China and the Government of the Socialist Republic of Vietnam concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, Article 9:

“If the treatment to be accorded by one Contracting State in accordance with its laws and regulations to investments or activities associated with such investments of investors of the other Contracting State is more favourable than the treatment provided for in this Agreement, the more favourable treatment shall be applicable.”

## *The Most Favored Nation clause in Investment Arbitration: a case-study in favor of State cooperation*

settlement, where each tribunal has jurisdiction over a single case, and arbitral rulings are not binding on other tribunals. Hence, in the wake of *Maffezini*, contradictory decisions arose as to the interpretation of MFN clauses, to the consternation of investors and host States alike.

For instance, in *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi (“Kilic”) v. Turkmenistan*,<sup>11</sup> Kilic was not permitted to utilize an MFN clause to bypass a precondition to arbitration.<sup>12</sup> The tribunal<sup>13</sup> reasoned that the MFN clause could not be interpreted so broadly because substantive rights and dispute resolution procedures were covered by different provisions.<sup>14</sup> This suggested that the MFN clause applied only to substantive rights.<sup>15</sup>

In *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan (“Garanti Koza”)*, the MFN clause in the applicable UK-Turkmenistan BIT stated that it applied to a range of other clauses in the treaty, one of which was the dispute settlement clause.<sup>16</sup> On this basis, the tribunal’s majority held that it was seized of jurisdiction, notwithstanding that the consent requirement under the UK-Turkmenistan BIT had not been fulfilled, because of a clause in the Switzerland-Turkmenistan BIT that did not require case-specific consent.<sup>17</sup> Disagreeing with the foregoing reasoning, the dissenting arbitrator opined that the MFN clause could not bypass the consent requirement that the UK-Turkmenistan BIT had incorporated.<sup>18</sup>

This series of arbitral awards show that host States bear the risk of ambiguities in treaty text and that this may be avoided by ensuring that the text accurately reflects State Parties’ intention. For example, in *Ansung Housing Co. Ltd. (“Ansung”) v. People’s Republic of China*, the tribunal declined to accept Ansung’s argument that the MFN clause of the Korea-China BIT<sup>19</sup> allowed it to utilize less strict temporal

---

<sup>11</sup> *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, Award (Jul. 2, 2013).

<sup>12</sup> *Id.*, see p.62; Article VII.2 of the BIT. Turkmenistan contended that an investor’s right to submit a dispute to international arbitration is subject to the condition that the dispute must first be submitted to the national courts of the host state, and that a decision has not been rendered within one year.

<sup>13</sup> The Tribunal here considered two issues before reaching its decision on jurisdiction. First, whether Article VII.2’s requirement for prior recourse to the court of Turkmenistan is a condition of Turkmenistan’s consent to ICSID arbitration and secondly whether the BIT’s Article II.2 MFN provision encompass the BIT’s dispute resolution provision contained in VII.2, so as to permit the claimant to rely on the dispute resolution provision of the Switzerland-Turkmenistan BIT.

<sup>14</sup> *Id.*, see p.65.

<sup>15</sup> *Id.*, see p.65.

<sup>16</sup> *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, (Jul. 3, 2013), para. 42.

<sup>17</sup> *Id.*, para. 79.

<sup>18</sup> *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan.*, Dissenting Opinion of Laurence Boisson de Chazournes, para. 62.

<sup>19</sup> Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the People’s Republic of China on the Promotion and Protection of Investments (Sydney, 7 September 2007) retrieved from <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/54039/Part/I-54039-080000028048f359.pdf>>, entered into force 1st December 2007, Art. 3(3), (“Each Contracting Party shall in its territory accord to investors of the other Contracting Party and to their investments and

## *The Most Favored Nation clause in Investment Arbitration: a case-study in favor of State cooperation*

limitations in other treaties to establish jurisdiction to bring its claim. The tribunal based its reasoning on the plain reading of the MFN clause,<sup>20</sup> noting as well that express reference to international dispute resolution was “conspicuously absent” in the MFN clause.<sup>21</sup>

States must therefore specifically contemplate whether they intend for MFN clauses to include dispute resolution procedures, and to address this in the drafting process. For States that wish to limit the MFN clause to exclude dispute resolution, they should do so explicitly by adding a specific provision in the BIT limiting the applicability of the MFN clause to purely substantive matters. Likewise, States that wish to permit the extension of the MFN clause to dispute resolution should explicitly specify their intentions to do so. Close cooperation between States would be absolutely critical to come to an agreement on the precise contours of the MFN clause.

A good example of multi-State cooperation on clear treaty language would be Article 9.5 of the Trans-Pacific Partnership. This specifically excludes the application of the MFN clause to international dispute resolution procedures or mechanisms by way of a clause<sup>22</sup> that reads “for greater certainty, the treatment referred to in this Article does not encompass international dispute resolution procedures or mechanisms, such as those included in Section B (Investor-State Dispute Settlement)”. The EU and Canada have also adopted a similar provision in their Comprehensive Economic and Trade Agreement (“CETA”),<sup>23</sup> as have Korea, Japan and China in their trilateral investment treaty.<sup>24</sup>

---

*activities associated with such investments by the investor of the other Contracting Party treatment no less favorable than that accorded in like circumstances to the investors and investments and associated activities by the investors of any third State (hereinafter referred to as “most-favoured-nation treatment”) with respect to investments [defined in paragraph 1 as “the expansion, operation, management, maintenance, use, enjoyment, and sale or other disposal of investments] (added by the tribunal) and business activities, including the admission of investments.”)*

<sup>20</sup> *Ansung Housing Co. Ltd. V. People’s Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25, Award (Mar. 9, 2017), para. 138.

<sup>21</sup> *Id.*, para. 139.

<sup>22</sup> Website of the USTR, <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf> (last visited Dec. 1, 2017).

<sup>23</sup> Comprehensive Trade Agreement between the European Union and Canada, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10973-2016-INIT/en/pdf> (last visited Dec. 1, 2017),

“*ARTICLE 8.7 Most-favoured-nation treatment*

*4. For greater certainty, the “treatment” referred to in paragraphs 1 and 2 does not include procedures for the resolution of investment disputes between investors and states provided for in other international investment treaties and other trade agreements. Substantive obligations in other international investment treaties and other trade agreements do not in themselves constitute “treatment”, and thus cannot give rise to a breach of this Article, absent measures adopted or maintained by a Party pursuant to those obligations.”*

<sup>24</sup> Agreement among the Government of Japan, the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Korea for the promotion, facilitation and protection of investment (Beijing, 13 March 2012) retrieved from <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/52807/Part/I-52807-080000028044355a.pdf>>, entered into force 17 May 2014, Art. 4.3, “It is understood that the

*The Most Favored Nation clause in Investment Arbitration: a case-study in favor of State cooperation*

Treaty drafters are therefore advised to bear in mind the foregoing issues at the time of treaty negotiation and drafting. A considered decision must be taken as to the scope of the MFN clause that the State is willing to consent to, and close cooperation is required to achieve consensus amongst contracting States. As for existing treaties with ambiguous MFN clauses, States could attempt to renegotiate this portion of the treaty or work with other signatories of the treaty to issue a joint declaration explaining their understanding of the scope of the MFN clause. By way of example, the Indian government has initiated negotiations with twenty-five countries last year, proposing a joint interpretive statement that, *inter alia*, clarifies the scope of MFN clauses with respect to dispute settlement, in their respective BITs.<sup>25</sup>

The *Maffezini* case and its progeny have served to highlight the dangers of a lack of State consensus on treaty norms, in the light of ambiguous treaty language and a decentralized adjudication system. The only trite - but real - solution is for State parties to make concerted efforts to cooperate on achieving a common understanding of ISDS legal standards. One facet of such cooperation manifests in close cooperation between State parties to IIAs that are being negotiated on a bilateral or multilateral basis. However, it is also hoped that such cooperation will manifest on a more universal level. This could be through the issuance of consensual guiding legal principles or “model” standards for controversial issues such as the MFN clause, by bodies such as the UNCITRAL. It could also be through the setting up of a permanent investment Court system, much like that proposed for the European Union.<sup>26</sup> CETA itself is another good example of transatlantic cooperation.

Ultimately, it is only through State cooperation and consensus that any incoherence or inconsistency in the ISDS regime will be effectively addressed. It is hoped that transatlantic cooperation, or even more ideally, global cooperation, can be marshalled to achieve a more robust and uniform ISDS system.

*This article reflects the authors' personal opinions and not those of the organizations that they are associated with.*

---

*treatment accorded to investors of the third Contracting Party or any non-Contracting Party and to their investments as referred to in paragraph 1 does not include treatment accorded to investors of the third Contracting Party or any non-Contracting Party and to their investments by provisions concerning the settlement of investment disputes between a Contracting Party and investors of the third Contracting Party or between a Contracting Party and investors of any non-Contracting Party that are provided for in other international agreements.”*

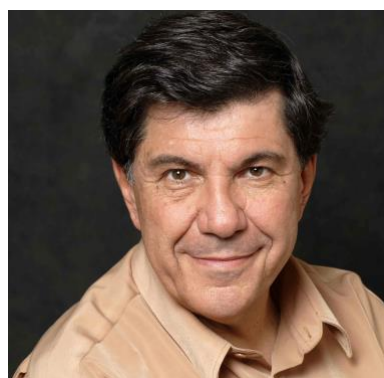
<sup>25</sup> Government of India Ministry of Finance Department of Economic Affairs Investment Division, *Office Memorandum Subject: Issuing Joint Interpretative Statements for Indian Bilateral Investment Treaties, India in Business* (Feb. 8, 2016), [http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Consolidated\\_Interpretive-Statement.pdf](http://indiainbusiness.nic.in/newdesign/upload/Consolidated_Interpretive-Statement.pdf) (last visited Dec. 1, 2017).

<sup>26</sup> “The identification and consideration of concerns as regards investor to state dispute settlement” (20 Nov. 2017), [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/november/tradoc\\_156402.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/november/tradoc_156402.pdf)

**JACQUES SAPIR**

*Normes internationales et droit national : approche contractualiste, souveraineté et la démocratie*

---



**JACQUES SAPIR**

*Jacques Sapir est diplômé de l'institut d'Études Politiques de Paris en 1976. Il a soutenu son Doctorat de 3ème « Organisation du travail en URSS entre 1920 et 1940 » en 1980 à l'EHESS et son Doctorat d'État en économie « Les cycles d'investissements dans l'économie soviétique de 1945 à 1982 » à l'université de Paris-X-Nanterre en 1986. Il a enseigné la macroéconomie à Paris-X Nanterre de 1982 à 1990, et à l'ENSAE de 1989 à 1996, avant d'entrer à l'École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS) en 1990 comme Maître de Conférences et d'y devenir Directeur d'Études en 1996. Il y dirige le Centre d'Études des Modes d'Industrialisation (CEMI-EHESS) depuis 1997. Il a aussi dirigé la formation doctorale Recherche Comparative sur le Développement de 1996 à 2006. Il a enseigné en Russie au Haut Collège d'Économie de 1993 à 2001 et aux États-Unis de 1990 à 2003. Il a participé au programme APORDE impulsé par les autorités de l'Afrique du Sud et le gouvernement français (IFAS) de 2007 à 2014. Il enseigne à l'École d'Économie de Moscou (Université de Moscou MSE-MGU) depuis 2004. Il a travaillé comme expert auprès de la Fondation pour les Études de Défense Nationale de 1987 à 1994, puis auprès du*

*Ministère de la défense de 1991 à 2003. Il a participé au programme de formation des cadres financiers russes organisé par l'ADETEF (Ministère des Finances) de 1992 à 1997. Il participe au comité de rédaction de plusieurs revues scientifiques et il est un contributeur régulier de publications américaines et russes. Il a été élu membre (à titre étranger) de l'Académie des Sciences de Russie en octobre 2016.*

Les échanges internationaux ne concernent pas que des flux de biens et services. Ils conduisent à des modifications du droit et des règles juridiques. Leur développement depuis la fin des années 1980 a profondément changé le cadre et l'exercice des normes juridiques. Ce changement avait commencé en réalité quand les Etats-Unis refusèrent de ratifier la *Charte de la Havane*<sup>1</sup>, respectueuse de la souveraineté des Etats<sup>2</sup>. Cette non-ratification conduisit à ce que les échanges commerciaux soient régis tout d'abord par des conventions bilatérales puis par le GATT et l'OMC. L'absence d'un cadre juridique global laissa le champ libre aux rapports de forces entre les Etats, ce qui bien souvent tourna à l'avantage des Etats-Unis. Dans ce cadre, les travaux de certains économistes servirent de base à l'émergence d'une idéologie des échanges internationaux. Cette dernière eut pour fonction de présenter le commerce international, et donc le libre échange, comme un « bien public »<sup>3</sup>. Pourtant, ces travaux furent contestés<sup>4</sup>, et ce dès le départ<sup>5</sup>. Cette idéologie, et ses conséquences institutionnelles, posent de redoutables problèmes de démocratie<sup>6</sup> par la substitution d'un principe de « scientificité » aux principes du politique. Cela d'autant plus que la preuve n'a pas été

---

<sup>1</sup> Graz J-C., *Aux sources de l'OMC : la Charte de La Havane, 1941-1950*, Genève, Droz, 1999.

<sup>2</sup> Voir Sapir J., *La démondialisation*, Paris, Seuil, 2011.

<sup>3</sup> Ohlin B., *Interregional and International Trade*, Cambridge, Harvard University Press, 1933 ; W. Stolper, P. Samuelson, « Protection and Real Wages », *Review of Economic Studies*, n° 9, novembre 1941, p. 58-67

<sup>4</sup> Taylor L. et R. von Arnim, *Modelling the Impact of Trade Liberalisation: A Critique of Computable General Equilibrium Models*, Oxfam, Oxford, Oxford University Press, 2006

<sup>5</sup> Duchin F., « International Trade: Evolution in the Thought and Analysis of Wassily Leontief », 2000, disponible sur [www.wassily.leontief.net/PDF/Duchin.pdf](http://www.wassily.leontief.net/PDF/Duchin.pdf) . Voir aussi plus récemment Krugman P., « A Globalization Puzzle », 21 février 2010, disponible sur [krugman.blogs.nytimes.com/2010/02/21/a-globalization-puzzle](http://krugman.blogs.nytimes.com/2010/02/21/a-globalization-puzzle).

<sup>6</sup> MacEwan A., *Neo-Liberalism or Democracy?: Economic Strategy, Markets and Alternatives For the 21st Century*, New York, Zed Books, 1999

apportée de l'efficacité du libre-échange pour promouvoir le développement économique<sup>7</sup> et que cette « scientificité » pourrait bien se révéler du scientisme<sup>8</sup>.

### **I. DU GATT AU CETA : HISTORIQUE DE LA DEPOSSESSION DE LA SOUVERAINETE**

Le vide juridique créé par la non-ratification par les Etats-Unis de la Charte de La Havane suscita l'émergence d'un accord *a minima* le GATT, qui entra en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1948. Ce dernier servit de base aux négociations sur le commerce, négociations qui initialement ne concernèrent que les Etats-Unis et leurs alliés. Les pays issus de la décolonisation, et la plupart des pays du bloc soviétique ne furent pas, initialement, concernés<sup>9</sup>. Signé par 23 pays, le GATT ne concernait encore que 48 pays en 1964. Dès 1973, ce nombre cependant était passé à 102. La durée des négociations lors des différents cycles resta constante jusqu'en 1960 (de 5 à 11 mois). Par la suite, ces durées, du fait de la complexité et du nombre croissant de pays concernés, ne cessèrent de s'accroître (74 mois pour le « cycle de Tokyo »)<sup>10</sup>.

Le remplacement du GATT par l'OMC suite à l'Uruguay Round de 1986 marqua une étape nouvelle dans la fixation de règles internationales<sup>11</sup>, tant dans leur périmètre géographique d'application (les pays de ce que l'on appelait alors le « tiers-monde » furent inclus) mais aussi quant au périmètre qualitatif du champ d'application de ces normes. Le mandat donné aux négociateurs fut de réviser les principaux domaines couverts par le GATT et d'orienter ces derniers dans un sens plus favorable au libre-échange. L'OMC, qui a aujourd'hui 153 pays membres, se fonde donc sur les précédents accords ; mais il les consolide par une série d'accords nouveaux. L'OMC a pourtant trouvé ses limites avec l'échec du « cycle de Doha »<sup>12</sup>. De cet échec sont nés à la fois une nouvelle priorité pour des accords économiques régionaux (comme l'UE ou l'ALENA), mais aussi une priorité pour des accords de libre-échange entre ces zones d'intégration. Ces accords, comme le Traité Nord-Atlantique mort-né (ou

---

<sup>7</sup> Chang H.-J., *Kicking Away the Ladder: Development Strategy in Historical Perspective*, Londres, Anthem Press, 2002. Chang H.-J., *Bad Samaritans: The Myth of Free Trade and the Secret History of Capitalism*, New York, Random House, 2007. Ocampo J. A., L. Taylor, « Trade liberalization in Developing Economies: Modest Benefits but Problems with Productivity Growth, Macro Prices and Income Distribution », *Center for Economic Policy Analysis Working Paper*, n° 8, New York, CEPA, New School for Social Research, 1998 ; Rodrik D., « Globalization, Social Conflict and Economic Growth », *Prebisch Lecture 1997*, Genève, UNCTAD/CNUCED, 1997.

<sup>8</sup> Voir Lalande A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2010.

<sup>9</sup> Irwin, D. A., "The GATT in Historical Perspective," in *American Economic Review* Vol. 85, No. 2, 1995, pp. 323–28. McKenzie, F., "GATT and the Cold War," *Journal of Cold War Studies*, Summer 2008

<sup>10</sup> Zeller, T.W., *Free Trade, Free World: The Advent of GATT*, The University of North Carolina Press, 1999.

<sup>11</sup> Rainelli, M., *L'organisation mondiale du commerce*, Paris, coll. Repères, La Découverte, juillet 2007.

<sup>12</sup> BBC News, "World trade talks end in collapse". 29 July 2008, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/7531099.stm> et WTO, AGREEMENT ON TRADE FACILITATION, WT/MIN(13)/36 - WT/L/911, [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dda\\_e/dda\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm)

TAFTA/TTIP<sup>13</sup>) ou le traité avec le Canada (CETA<sup>14</sup>), sont appelés des accords de libre-échange de 2<sup>ème</sup> génération en cela qu'ils s'attaquent essentiellement aux barrières non-tarifaires<sup>15</sup>. Ces accords tendent à se multiplier.

### 1.1. Le principe des accords internationaux

L'OMC s'appuie sur un mécanisme de votes mais fonctionne le plus souvent par le consensus. Il suffit qu'aucun pays ne s'oppose à une mesure pour qu'elle soit adoptée. Cette méthode, conçue pour éviter les conflits, a cependant échoué. En effet, le « Doha Round », qui devait étendre de manière considérable le champ des normes s'imposant aux Etats, a connu un échec patent en juillet 2008<sup>16</sup>. Les négociations ont échoué sur un désaccord persistant entre les pays riches et les pays les plus pauvres en ce qui concerne les subventions agricoles et l'accord sur la propriété intellectuelle (TRIPS)<sup>17</sup>. Cet échec a signifié la perte par l'OMC de la maîtrise de l'ordre du jour de ses négociations. Mais, l'OMC a représenté un pas fondamental dans la construction de normes découplées de tout cadre de souveraineté nationale<sup>18</sup>.

Il faut rappeler que la globalisation a d'abord été celle des firmes. La production de masse implique la présence sur de nombreux marchés et les firmes multinationales ont fait pression pour un assouplissement des réglementations du commerce international. Cependant, une des leçons de ces quarante dernières années est bien la permanence de ces cultures techniques nationales, qui s'accompagne aussi d'une permanence des cultures de gestion<sup>19</sup>. Certaines de ces différences sont inscrites dans les processus historiques de développement des firmes depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et dans la part plus ou moins importantes de l'intervention de l'État, qui du reste a toujours été présente. Ces firmes transnationales ont porté un ordre du jour au niveau international tendant à réduire le « risque juridique » qu'elles pouvaient encourir.

### 1.2. La nature des traités de 2<sup>ème</sup> génération et les menaces qu'ils contiennent

---

<sup>13</sup> « À propos du TTIP » sur le site officiel de la commission européenne (<http://ec.europa.eu>), Commission européenne, 1<sup>er</sup> avril 2015 : [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/index_fr.htm)

<sup>14</sup> Voir : [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc\\_152806.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf)

<sup>15</sup> Voir, Young A.R. et Peterson J., « *The European Union and the new trade politics* » in *Journal of European Public Policy*, 2006, vol. 13, n° 6, pp. 795-814.

<sup>16</sup> Gallagher K et T. Wise, « Is Development Back in Doha Round? », *Policy Brief*, n° 18, Genève, South Centre, novembre 2009. Pour un travail plus ancien voir S. Polaski, « Winners and Losers: The Impact of the Doha Round on Developing Countries », *Carnegie Endowment for International Peace*, Washington, 2006

<sup>17</sup> Stiglitz, J.E., et A.H. Charlton, "A Development-Friendly Prioritization of Doha Round Proposals", *IPD Working Paper*. Initiative for Policy Dialogue, New York, 2004.

<sup>18</sup> Vidigal G., "From Bilateral to Multilateral Law-making: Legislation, Practice, Evolution and the Future of Inter Se Agreements in the WTO," in *European Journal of International Law*, vol. 24, 2013, pp. 1027-1050.

<sup>19</sup> Voir Beffa J-L., « Pourquoi les modes de gestion continuent à différer : le cas de Saint-Gobain » in R. Boyer et P.-F. Souyri (dir.), *Mondialisation et Régulation*, La Découverte, 2002, p. 124.



## *Normes internationales et droit national : approche contractualiste, souveraineté et la démocratie*

Le CETA dans ce cadre constitue un traité de libre-échange que l'on appelle de 2<sup>ème</sup> génération<sup>20</sup>. Il s'attaque aux normes non-tarifaires prises par un certain nombre d'Etat pour se protéger. Ainsi, il interdit aux Etats signataires de discriminer des sources d'énergie en fonction de leurs émissions de CO<sup>2</sup><sup>21</sup>. Il introduit aussi un mécanisme de protection des investisseurs, dit clause ISDS<sup>22</sup>. De ce point de vue, il s'inscrit dans une vague qui incluait le TAFTA<sup>23</sup>, un traité violemment critiqué, et visiblement avec raisons<sup>24</sup>. Les clauses ISDS ont été rejetées par l'Afrique du Sud, l'Inde et le Brésil. Elles ont été dénoncées par des représentants du Congrès des Etats-Unis dans le cadre du TAFTA<sup>25</sup>.

Cette clause institue un tribunal d'arbitrage qui permet aux investisseurs de poursuivre un État s'il prend une décision compromettant les « *attentes légitimes en terme de retour sur investissement* », i.e. les bénéfices futurs<sup>26</sup>. Le nombre de cas traités dans cette clause augmente régulièrement <sup>27</sup>. Elle dissuadera les gouvernements qui voudront mettre en place des normes protectrices. Cette procédure, qui pourrait s'avérer très coûteuse pour les Etats, aura un effet dissuasif dans le cas d'une simple menace de procès. A cet égard, rappelons qu'en 2011, le Québec recula sur l'interdiction d'un composant d'herbicide, dont on suspectait les effets cancérigènes, et qui était commercialisé par *Dow Chemical*, car cette dernière société était déterminée à porter l'affaire devant les tribunaux<sup>28</sup>. Il y a bien ici un dessaisissement des Etats et la création d'un droit édicté hors de tout contrôle démocratique et l'établissement d'une nouvelle hiérarchie des normes<sup>29</sup>.

Les menaces que le CETA fait peser concernent donc la santé publique, l'environnement<sup>30</sup>, et... la souveraineté. Ratifié au Parlement européen le 15 février

---

<sup>20</sup> « Accord économique et commercial global (AECG) », sur *Europa*, 27 septembre 2016, [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_fr.htm),

<sup>21</sup> <https://reporterre.net/Les-3-moyens-par-lesquels-le-Ceta-va-degrader-l-environnement>

<sup>22</sup> Newcombe, A. P. et Paradell, L., *Law and practice of investment treaties : standards of treatment*. Austin [Tex.], Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

<sup>23</sup> Gallagher K.P. et Shrestha E., "Investment Treaty Arbitration and Developing Countries: A Re-Appraisal", *Working Paper No. 11-01*, Global Development and Environment Institute, [Tufts University](http://tufts.edu), 2011.

<sup>24</sup> Capaldo J, *Le Partenariat Transatlantique de Commerce et d'Investissement : Désintégration Européenne, Chômage et Instabilité*, GDEI, *WORKING PAPER NO. 14-03*, [Tufts University](http://tufts.edu), 2014.

<sup>25</sup> <https://archive.is/20141221072048/http://www.aflcio.org/Blog/Political-Action-Legislation/Powerful-Members-of-Congress-Oppose-Special-Corporate-Court-Rights-for-European-Firms>

<sup>26</sup> <https://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>

<sup>27</sup> UNCTAD/CNUCED, Recent Developments in investor- state Dispute settlement (ISDS), mai 2013, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf)

<sup>28</sup> <https://reporterre.net/Les-3-moyens-par-lesquels-le-Ceta-va-degrader-l-environnement>

<sup>29</sup> McGinnis J.O., "The Appropriate Hierarchy of Global Multilateralism and Customary International Law: The Example of the WTO," in *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, 2003, pp. 225-237.

<sup>30</sup> « TAFTA, CETA : des traités climaticides qui menacent nos démocraties », Fondation Nicolas Hulot, 2017, <http://www.fondation-nicolas-hulot.org/action/tafta-ceta-des-traites-climaticides-qui-menacent-nos-democraties?gclid=CPOTm57L7s8CFUEaGwod6mMP8Q>

2017, il doit être ratifié par différents parlements nationaux. Or, il est néanmoins considéré comme applicable en partie dès avant sa ratification par les Parlements nationaux<sup>31</sup>. Le CETA a été adopté de manière provisoire et partielle le 21 septembre 2017, sur les volets de compétences exclusives à l'UE, excluant temporairement certains volets de compétences partagées nécessitant le vote des pays membres de l'UE. Mais, environ 90 % des dispositions de l'accord seront appliquées. On peut ainsi parler, comme le firent Delpech et Paugam d'un « fédéralisme clandestin » qui se révèle dans cette négociation<sup>32</sup>. Ceci constitue un véritable déni de démocratie politique. De même, si un pays rejetait la ratification du CETA, ce dernier n'en continuerait pas moins à s'appliquer pendant trois ans. Tout a été organisé pour que ce traité soit élaboré et appliqué en dehors de la volonté des peuples. Il traduit le fait que la « mondialisation » est un prétexte et un moyen pour retirer nombre de questions du domaine du domaine politique en prétendant qu'il s'agit de questions techniques. L'Union européenne, de ce point de vue, a été connivente de cette logique.

## **II. LES ACCORDS INTERNATIONAUX : UNE MISE EN ŒUVRE DE L'APPROCHE CONTRACTUALISTE ?**

Des discours de justification ont été tenus pour tenter de donner à cette dépossession si ce n'est une légitimité, du moins l'apparence d'une fonctionnalité. Une première approche, que l'on peut qualifier de contractualiste, renouvelle l'idée ancienne du *jus cogens*<sup>33</sup> qui fait, à l'occasion des traités de Libre-Echange un retour remarqué dans le droit international<sup>34</sup>. Cependant, si la bibliographie autour des obligations du *jus cogens* dans le domaine de la guerre<sup>35</sup> ou des droits de l'homme<sup>36</sup> est importante, il y a peu d'articles portant sur les domaines économiques. Cette approche veut que les normes fixées dans les accords s'imposent aux juridictions nationales comme faisant

---

<sup>31</sup> « Déclaration conjointe du premier ministre et du président de la Commission européenne sur l'établissement d'une date pour l'application provisoire de l'Accord économique et commercial global », site du Premier ministre du Canada, déclaration faite à Hambourg, 8 juillet 2017, <http://www.pm.gc.ca/fra/nouvelles/2017/07/08/declaration-conjointe-du-premier-ministre-et-du-president-de-la-commission>

<sup>32</sup> Delpech R. et Paugam, J-M., « La politique commerciale européenne : le fédéralisme clandestin » in *Revue de Politique Etrangère*, n°4, 2005 pp. 743-754. Voir aussi Meunier S. et Nicolaidis K., « *The European Union as a conflicted trade power* », in *Journal of European Public Policy*, 2006, vol. 13, n°6, pp. 902-921.

<sup>33</sup> Kolb R., « Jus Cogens, definition, International Law » in *Revue générale de droit international public* Vol. 118, n°1, 2014, pp. 5-29

<sup>34</sup> Dupuy P-M. et Kerbrat Y., *Droit international public*, 10<sup>ème</sup> ed., Paris, Dalloz, 2010

<sup>35</sup> de Hoogh A., « "Jus cogens" and the Use of Armed Force », in Weller M. (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, (Grande-Bretagne) et New York, Oxford University Press, 2015 et Heiskanen V. et Leroux N., *Applicable law: "jus ad bellum, jus in bello", and the legacy of the UN Compensation Commission*, in Feighery T.J., Gibson C.S., et Rajah T.M., *War reparations and the UN Compensation Commission : designing compensation after conflict*, Oxford (Grande-Bretagne) et New York, Oxford University Press, 2015.

<sup>36</sup> Levesque A-M., « "Jus cogens" et non-discrimination : pourquoi la discrimination à l'égard des femmes n'est-elle pas interdite par une norme impérative du droit international? », in *Revue juridique themis*, 2014, vol. 48, 2014, N°2, pp. 453-529 ou Espaliu Berdud C., « La prohibition de l'esclavage en droit international comme norme de "jus cogens" », in *Revue belge de droit international*, vol. 47, 2014, fascicule 1, pp. 255-292.

partie d'un pacte librement consenti par les Etats signataires. Ainsi, Johary Andrianarivony soutient que certaines des institutions de l'OMC, et en particulier l'organe d'appel, sont investies d'une mission constitutionnelle<sup>37</sup>. Ce « pacte » tire alors sa légitimité de sa rationalité, car il contient des éléments qui sont considérés être mutuellement profitables pour tous.

### 2.1. L'Etat acteur rationnel ou l'emprunt dangereux au concept de « rationalité » des économistes

Le GATT et surtout l'OMC peuvent être compris dans cette approche comme des communautés créées par des contrats (les traités). Ces communautés unissent des acteurs du droit international en vue d'avantages communs. Les obligations émanant du GATT et de l'OMC sont alors des engagements contractuels<sup>38</sup>. Les effets de leurs ruptures ou de leur non-respect doivent alors être envisagés sous l'angle d'une rupture de contrat<sup>39</sup>. Cette caractérisation des accords régissant le commerce international se déduit du rationalisme des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècle<sup>40</sup>. Les Etats cherchent à maximiser leurs intérêts, comme l'accès libre et non-discriminé à un marché d'un autre Etat, par l'usage d'un outil « rationnel » : le « contrat »<sup>41</sup>. Ce contrat existe donc ici sous la forme d'un contrat international. Cela transfère à la relation entre Etats la logique sécuritaire qui était celle de Hobbes<sup>42</sup>. Néanmoins, cela implique la coordination consciente entre les préférences « internes » et externes dans l'Etat signataire et mobilise la théorie des préférences individuelles en assumant que les préférences collectives résultent de l'agrégation de ces préférences individuelles. Or, les préférences ne satisfont pas à l'ensemble des conditions posées

---

<sup>37</sup> Johary Andrianarivony M.N., *L'Organe d'appel au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce : une instance originale investie d'une mission constitutionnelle et normative ou De la structuration d'un droit international de la concurrence*, Revue belge de droit international, n° 1/2000.

<sup>38</sup> Evans J. W., "The General Agreement on Tariffs and Trade," in *International Organization*, 1968, vol. 22, p. 72.

<sup>39</sup> Joost Pauwelyn, "A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?," in *European Journal of International Law*, vol. 14 (2003), pp. 931-2

<sup>40</sup> Gayl D. Ness and Steven R. Brechin, "Bridging the Gap: International Organizations as Organizations," in *International Organization* vol. 42 (1988), pp. 245, 246; Harold K. Jacobson et al., "National Entanglements in International Government Organizations," in *American Political Science Review*, vol. 80 (1986), pp. 141-59.

<sup>41</sup> Terrel J., *Les théories du pacte social : droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris, Seuil, coll. « Points essais », 2001. Barnett Michael N. et Finnemore M., "The Politics, Power, and Pathologies of International Organizations," in *International Organization*, vol. 53, (1999) pp. 699, 702; Powell Walter W. et Paul J. DiMaggio (eds.), *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago (Ill.), University of Chicago Press, 1991; Anna Grandori, "Notes on the Use of Power and Efficiency Constructs in the Economics and Sociology of International Organizations," in Lindenbergh S. et Schreuder Hein (eds.), *Interdisciplinary Perspectives on Organizational Studies*, Oxford-New York, Pergamon Press, 1993, pp. 61-78.

<sup>42</sup> Boss G., *La portée du contrat social chez Hume et Spinoza*, texte publié sur internet, posté en 1998, [http://gboss.ca/contrat\\_social\\_hume\\_spinoza.html](http://gboss.ca/contrat_social_hume_spinoza.html)

depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle et codifiées dans une axiomatique des préférences présentée de manière rigoureuse pour la première fois par Vilfredo Pareto<sup>43</sup>.

Le principal attrait de cette approche tient à sa simplicité. Mais, cette simplicité à un coût : elle exclut le politique, et avec lui le monde des valeurs et des cultures<sup>44</sup>. Or, si l'on remet en cause la théorie classique des préférences, ce politique, avec ce qu'il implique, redevient le socle sur lequel il faut élaborer les traités. Par ailleurs, il ne semble pas possible de traiter les Etats comme des individus. Les Etats sont eux-mêmes à la fois le produit de pactes politiques fondamentaux mais aussi de l'histoire de la mise en application, et des échecs partiels, de ces dits pactes. L'approche contractualiste omet cette épaisseur historique qui est essentielle pour comprendre les Etats-Nations actuels<sup>45</sup>. Notons que c'est au nom de cette approche dite contractualiste que M. Pierre Moscovici a pu récemment (17 janvier 2018) déclarer que le CETA s'appliquerait *même* si un des pays signataires refusait de le ratifier<sup>46</sup>. Cela pose, à l'évidence, un problème de démocratie.

## 2.2. Limites de l'approche contractualiste

L'approche contractualiste a été critiquée dans sa forme. On peut considérer qu'une organisation comme l'OMC n'est pas un simple « accord ». Si, en théorie, l'OMC n'a pas de volonté propre hors de celle des Etats membres<sup>47</sup>, dans la réalité, cela est moins que certain. Car, s'il y a bien eu accord entre les pays membres, cet accord a donné naissance à une organisation qui, elle-même, développe ce qui peut être appelé dans un langage wébérien une « bureaucratie »<sup>48</sup>. Cette « bureaucratie » poursuit un but, la mise en œuvre de plus en plus exclusive d'une logique qu'elle prétend rationnelle contre ce qu'elle perçoit comme l'irrationalité foncière des politiques des Etats. Mais, cela fait bon marché du principe de souveraineté, principe auquel tout acteur du droit doit se référer pour concevoir le cadre de sa propre légitimité. Or, cette légitimité, dans un monde aux multiples valeurs et morales, ne peut provenir que de la souveraineté.

La question des préférences concentre les critiques et ouvre le débat sur le fond de l'approche contractualiste. Le terme de rationalité pourrait alors signifier que l'on ne fait rien sans raison. Pourtant, les économistes ont une définition beaucoup plus

---

<sup>43</sup> V. Pareto, *Manuel d'économie politique*, Paris, M. Giard, 1927.

<sup>44</sup> Keohane R.O., "International Institutions: Two Approaches," in *International Studies Quarterly*, vol. 32 (1988), pp. 379-392.

<sup>45</sup> Mark Granovetter, "Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness," in *American Journal of Sociology*, vol. 91 (1985), pp. 481-504

<sup>46</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=AAfOCAbcT4s>

<sup>47</sup> John J. Mearsheimer, "The False Promise of International Institutions," *International Security*, vol. 19 (1995), pp. 5-7.

<sup>48</sup> Weber M., *Économie et société*, tome 1 : *Les catégories de la sociologie* (1<sup>re</sup> édition, en allemand, 1921); dernière édition, Paris, Pocket 2003.

restrictive de la rationalité : la poursuite de la maximisation d'une utilité ou d'un profit<sup>49</sup>. La théorie des préférences individuelles constitue alors le socle de la théorie néo-classique<sup>50</sup>, et dans son exportation vers les autres sciences sociales<sup>51</sup>. On doit alors supposer que les préférences vérifient les axiomes de transitivité, de réflexivité, de continuité et de non-saturation<sup>52</sup>. Pour passer de l'utilité à l'utilité espérée, notion issue de Bernoulli et des travaux sur les univers probabilistes<sup>53</sup>, il faut de plus supposer l'axiome d'*indépendance* des préférences<sup>54</sup>. Les préférences sont *indépendantes* si, étant donné les possibilités x, y et z telles que  $x > y$ , une combinaison de x et z sera préférée à la même combinaison de y et z. On ajoute que les préférences sont *monotones* dans le temps. Cette monotonie doit se combiner à une *intégration temporelle*. La *monotonie temporelle* et l'*intégration temporelle* sont nécessaires si on cherche à étendre la théorie standard dans le temps. Pour John Harsanyi, il s'agit de la seule forme d'utilitarisme qui soit cohérente avec le principe de l'autonomie individuelle des préférences<sup>55</sup>. L'intégration temporelle et la monotonie deviennent nécessaires en dynamique, puisque les individus doivent pouvoir intégrer les plaisirs et les peines passés dans la construction de leur système de préférences<sup>56</sup>. Ces notions sont donc centrales pour l'argumentaire en faveur de l'utilitarisme<sup>57</sup>.

Ces hypothèses sont néanmoins très contestables. Les travaux récents ont démontré que la convexité de la demande était un cas particulier, mais nullement général<sup>58</sup>. Il devient alors impossible de déduire des "lois" à partir des comportements individuels, comme le proposaient Arrow et Debreu<sup>59</sup>. De plus, Maurice Allais avait démontré que les hypothèses des préférences individuelles étaient systématiquement violées<sup>60</sup>. Daniel Haussman parle alors de « clôture autistique » pour évaluer les résistances des

---

<sup>49</sup> H.A. Simon, "Rationality as Process and as Product of Thought", in *American Economic Review*, vol. 68, n°2/1978, pp. 1-16.

<sup>50</sup> J. Sapir, *Les trous noirs de la science économique*, Albin Michel, Paris, 2000. Favereau O., "Marchés internes, Marchés externes", in *Revue Économique*, vol.40, n°2/1989, pp. 273-328.

<sup>51</sup> H.A. Simon, "Rationality as Process and as Product of Thought", *op.cit.*, p. 2.

<sup>52</sup> Debreu G., *Théorie de la Valeur*, Paris, Dunod, 1959. Sapir J., *Quelle économie pour le XXIème siècle*, Paris, Odile Jacob, 2005, chap. 1 et 2.

<sup>53</sup> Cette théorie de l'Utilité Espérée est liée au "Paradoxe de Saint-Petersbourg", D. Bernoulli, "Specimen Theoriae Novae de Mensura Sortis" in *Commentarii Academiae Scientiarum Imperiales Petropolitane*, 1738, vol. 5, p. 175-192.

<sup>54</sup> von Neumann J. et Morgenstern O., *Theory of Games and Economic Behavior* Princeton, Princeton University Press, 1947.

<sup>55</sup> Harsanyi J.C., "Morality and the theory of rational behaviour", in A. Sen et B. Williams, *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Paris, Cambridge University Press et Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 1982, p. 39-62.

<sup>56</sup> Kahneman D., "New Challenges to the Rationality Assumption" in K.J. Arrow, E. Colombatto, M. Perlman et C. Schmidt (édits.), *The Rational Foundations of Economic Behaviour*, New York, St. Martin's Press, 1996, p. 203-219.

<sup>57</sup> Parfit D., *Reasons and Persons*, Oxford, Oxford University Press, 1984.

<sup>58</sup> H. Sonnenschein, "Do Walras Identity and Continuity Characterize the Class of Excess Demand Functions" in *Journal of Economic Theory*, vol. 6, n°2/1973, pp. 345-354.

<sup>59</sup> B. Guerrien, *L'économie néo-classique*, Paris, La Découverte, coll. Repère, 1989, pp. 42-45.

<sup>60</sup> Moskowitz H., "Effects of Problems Presentation and Feedbacks in Rational Behaviour in Allais and Morlat-type Problems", in *Decision Sciences*, vol. 5/1974, pp. 225-242

économistes à admettre les violations systématiques de ces axiomes<sup>61</sup>. Pourtant, depuis les années 1990, ces résistances sont en train de céder<sup>62</sup>. De fait, les travaux d'Amos Tversky, Daniel Kahneman, Sarah Lichtenstein et Paul Slovic ont montré que la rationalité dite « maximisatrice » n'était qu'un cas particulier parmi d'autres<sup>63</sup>, et que les préférences se construisaient, de manière consciente et inconsciente dans le processus même du choix<sup>64</sup>.

### 2.3. Persistance des idées fausses dans les communautés « scientifiques »

Pourtant, cette théorie continue d'imprégner des programmes de recherches comme celui de Mancur Olson<sup>65</sup>, et ce en dépit des critiques dont elle a fait l'objet. Cela soulève un problème quant à la survivance d'idées fausses dans des communautés dites « scientifiques ». Raymond Boudon construit ainsi sa critique de Durkheim<sup>66</sup> par une situation de loterie qui reprend la théorie de l'utilité espérée. Mais, utilisant implicitement un critère de maximisation de l'utilité espérée, il ne fait pas autre chose que ce qu'il reproche aux économistes. Ceci tend à montrer la prégnance, implicite ou explicite, de la théorie standard des préférences. De même John Rawls, dans la *Théorie de la Justice*, récuse en partie l'utilitarisme mais affirme son attachement à la théorie traditionnelle de la rationalité<sup>67</sup>. Rawls est parfaitement explicite sur la définition de la rationalité qu'il mobilise pour arriver à sa notion de la justice-équité, et qui n'est autre que celle de l'économie standard<sup>68</sup>. On constate alors que deux grandes conjectures théoriques sont mobilisées pour aboutir au contractualisme: la relecture par Kenneth Arrow du Paradoxe de Condorcet<sup>69</sup> et le paradigme de la relation « Principal-Agent »<sup>70</sup>. Pourtant, l'invalidation tant empirique que scientifique des bases de cette théorie a été constatée.

---

<sup>61</sup> Hausman D. M., *The inexact and separate science of economics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, 1994, pp. 212

<sup>62</sup> Camerer C., "Individual Decision Making" in Kagel et Roth (édits), *Handbook of Experimental Economics*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1994. J.W. Payne, J.R. Bettman et E.J. Johnson, "Behavioral Decision Research: a Constructive Processing Perspective", *Annual Review of Psychology*, vol. 43/ 1992, p. 87-131.

<sup>63</sup> Lichtenstein S. et P. Slovic, "Reversals of Preference Between Bids and Choices in Gambling Decisions", *Journal of Experimental Psychology*, n°86, 1971, p. 46-55. Tversky A. et D. Kahneman, "Rational Choice and the Framing of Decisions", *Journal of Business*, vol. 59, n°4/1986, part-2, p. 251-278. *Idem*, "Loss Aversion in Riskless Choice: a Reference Dependant Model", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 107, n°4/1991, p. 1039-1061.

<sup>64</sup> Sapir J., *Quelle économie pour le XXI<sup>e</sup> siècle ?*, op.cit..

<sup>65</sup> Olson M., *The logic of collective actions*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, Cambridge, 1965 et 1971.

<sup>66</sup> Boudon R., *La Logique du Social - introduction à l'analyse sociologique*, Paris, Hachette, 1979, p. 22-28.

<sup>67</sup> Rawls J., *Théorie de la Justice*, trad. fr. de C. Audard, Paris, Seuil, 1987, p. 40.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 175.

<sup>69</sup> Arrow K., *Social Choice and Individual Values*, New Haven, Yale University Press, 1951, p. 2. Pour une analyse du texte de Condorcet, et la généalogie du problème, G.-G. Granger, *La Mathématique Sociale du Marquis de Condorcet*, Paris, PUF, 1956 (ch. 3).

<sup>70</sup> Ross S., "The Economic Theory of the Agency: The Principal's Problem" in *American Economic Review*, vol. 63, n°1/1973, pp. 134-139. Voir aussi, B. Holmstrom, "Moral Hazard in Teams" in *Bell*

La logique « rationaliste » du contractualisme renvoie à l'idée qu'une base commune de raisonnement pourrait spontanément exister parmi les hommes. Mais, l'existence spontanée d'une telle base revient à postuler l'existence d'une méta-croyance spontanément commune. Ceci n'est justement pas compatible avec l'hétérogénéité des pensées et des expériences qui constitue la trame des sociétés modernes. Cette base commune doit donc être construite et ne saurait préexister ce qui invalide le raisonnement contractualiste.

### **III. RETOUR A LA SOUVERAINETE**

Il faut alors revenir à Hobbes qui écrit qu'il y a une « *inséparable connexion (...) entre la puissance souveraine et la puissance de faire des lois* »<sup>71</sup>. La puissance de faire des lois réside non dans leur légalité, qui peut couvrir aussi des lois « injustes », mais dans la légitimité. Et c'est la souveraineté qui est fondamentale à la distinction entre le légitime et le légal. Car, la contrainte inhérente dans chaque acte juridique ne peut se justifier uniquement du point de vue de la légalité, qui par définition est toujours formelle. La prétendue primauté que le positivisme juridique<sup>72</sup> entend conférer à la légalité aboutit, en réalité, à un système total (et totalitaire dans son essence), imperméable à toute contestation. C'est ce qui permet, ou est censé permettre à un politicien d'aujourd'hui de prétendre à la pureté originelle et non pas aux « mains sales » du Prince d'antan<sup>73</sup>. Il nous faudrait alors considérer les lois des pires tyrannies comme légales, comme l'a montré David Dyzenhaus<sup>74</sup>. La légalité ne prend sens qu'articulée sur la légitimité, c'est à dire en portant un jugement en *justesse* et non plus en justice, de ces lois. Mais, seule la souveraineté peut établir qui est habilité à porter ce jugement en *justesse*, autrement dit qui détient la légitimité.

#### 3.1. Nécessité de la souveraineté

La souveraineté définit la liberté de décider qui caractérise les communautés politiques que sont les peuples à travers le cadre de la Nation et de l'Etat. Elle fait émerger le politique. L'oubli de la dimension sociale et collective de la liberté caractérise alors le point de vue « libéral », point de vue qui lui-même transcende les

---

*Journal of Economics*, vol. 13, 1982, pp. 324-340. Pour une bonne présentation pédagogique, J.J. Laffont, *Economie de l'incertain et de l'information*, Paris, Economica, Paris, chapitres 4, 5 et 11. De ce paradigme, on tire une théorie de l'opportunisme dont le rôle est essentiel tant dans la critique de l'organisation (K. Arrow, *Les limites de l'organisation*, trad. Fr. Paris, PUF, 1976) que dans l'analyse de la firme (O. E. Williamson, "The Logic of Economic Organization" in O.E. Williamson et S.G. Winter, *The Nature of the Firm - Origins, Evolution and Development*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 90-116)

<sup>71</sup> Hobbes T., *Œuvres Philosophiques Et Politiques : Contenant le Corps Politique & la Nature humaine*, Volume 2 : Éléments de la loi naturelle et politique, Partie II, chapitre VIII, traduction de Delphine Thivet, Paris, Vrin, 2010

<sup>72</sup> Dont le représentant le plus éminent fut Hans Kelsen ; Kelsen H., *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996.

<sup>73</sup> Bellamy R., *Liberalism and Pluralism: Towards a Politics of Compromise*, Londres, Routledge, 1999.

<sup>74</sup> Dyzenhaus D, *Hard Cases in Wicked Legal Systems. South African Law in the Perspective of Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

divisions « gauche-droite ». Mais, la souveraineté ne vaut que par son exercice<sup>75</sup>. Elle ne peut donc remplacer le débat politique naturel sur les choix à faire, sur les conditions mêmes de ces décisions. Les institutions dans lesquelles nous vivons, institutions qui ont d'ailleurs changé maintes fois, sont le produit de ces conflits, parfois mis en veilleuse mais jamais éteints<sup>76</sup>. La démocratie implique donc le conflit ; elle implique la lutte politique tout comme elle implique le compromis, qui vient mettre temporairement et localement un terme à la lutte politique<sup>77</sup>.

On peut, cependant, rétorquer à cela l'argument de l'efficacité qui fonderait alors la légitimité de l'action. C'est dans ce cadre que se situent les tenants des accords internationaux, quand ils argumentent que l'efficacité, fondée naturellement sur leur propre expertise, de ces traités est suffisante pour fonder la légitimité de ces derniers. Mais, la dimension de l'efficacité ne suffit pas à asseoir la légitimité de l'action – sauf dans le des sciences de la nature<sup>78</sup> - et sauf à reproduire les errements de la théorie standard de la rationalité et des préférences étudiées pour montrer leur congruence avec le positivisme juridique et l'Etat législateur dans la typologie de Carl Schmitt<sup>79</sup>. Que cette décision ait été l'expression d'une majorité est tout aussi insuffisant, sauf à supposer que les décideurs aient une pleine connaissance de la totalité des conséquences possibles de leur décision. Ces deux critiques ont été soulevées par Carl Schmitt à l'encontre de la prétention de l'idéologie de la démocratie parlementaire à dissoudre le légitime dans le légal<sup>80</sup>, et leur pertinence est irréfutable dans le cadre d'une analyse réaliste<sup>81</sup>.

### 3.2. Supériorité de l'action décisionnelle sur les normes

Il faut remarquer la circularité du raisonnement des tenants des grands accords internationaux. Ils affirment, et ont raison sur ce point, que des normes sont nécessaires pour le commerce international, comme pour toute activité nécessitant une coordination étendue. Pourtant, ces mêmes normes ne sauraient contenir la totalité des futurs possibles. Si l'on pouvait d'avance prévoir les normes applicables à chaque situation, et même aux situations exceptionnelles comme dans le cas des crises, c'est que nous serions en mesure de prédire précisément ces situations. Mais, si nous étions capables d'un tel exploit, alors il nous serait facile de prendre les mesures préventives pour éviter d'avoir à faire face à ces situations exceptionnelles. Auquel cas nous ne connaîtrions jamais de telles situations... Reconnaître la nécessité

---

<sup>75</sup> Schmitt C., *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988.

<sup>76</sup> *Voire la présentation écrite par Pierre Rosenvallon à François Guizot, Histoire de la civilisation en Europe, rééd. du texte de 1828, Paris, Hachette, coll. « Pluriel », 1985.*

<sup>77</sup> Bentley A., *The Process of Government (1908)*, Evanston, Principia Press, 1949.

<sup>78</sup> Sapir J., *Souveraineté, Démocratie, Laïcité*, Michalon, Paris, 2016.

<sup>79</sup> Sapir J., *Souveraineté, Démocratie, Laïcité*, op.cit.

<sup>80</sup> Schmitt C., *Légalité, Légitimité*, traduit de l'allemand par W. Gueydan de Roussel, Librairie générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1936 ; édition allemande, 1932.

<sup>81</sup> Pour une discussion sur ce point, J. Sapir, *Les économistes contre la démocratie*, Albin Michel, Paris, 2002.



de prévoir une action exceptionnelle est donc une implication logique de l'hypothèse de limitation cognitive des individus<sup>82</sup> et de l'incertitude<sup>83</sup>. Doit-on pour autant reconnaître en ces situations exceptionnelles la présence d'une violence "pure", anémique, radicalement hostile à tout cadre juridique comme nous le suggère Benjamin<sup>84</sup>?

Les sociétés sont confrontées à des situations où tout droit a disparu. Que certaines de ces situations puissent être fondatrices de droit, comme les Révolutions, est une évidence. La question est de savoir si nous devons laisser vide l'espace entre ces situations et les situations normales. Si le droit ne peut saisir la totalité de la vie, en restreindre son champ aux seules situations normales n'est pas acceptable. Lorsque Carl Schmitt écrit que celui qui décide de l'état d'exception est souverain<sup>85</sup>, il reconnaît l'existence de ces situations exceptionnelles et le fait que, dans ces situations, il faudra bien pourtant continuer à agir, et à décider. Mais il y a aussi une autre interprétation possible qui consiste à dire que celui qui décide *dans* l'état d'exception est souverain. Le texte de Schmitt se prête à cette autre traduction. Dès lors, cela signifie que celui qui peut agir dans une situation exceptionnelle acquiert immédiatement le droit de le faire. Les conséquences de cette interprétation sont importantes, et actuelles.

Transposée dans l'économie, le commerce international et les accords de Libre-Echange, la question pourrait être de savoir si nous ne devons rien prévoir entre la routine quotidienne (qui peut être traitée par des normes) et le déploiement de la crise paroxystique avec toutes ses conséquences dramatiques sur la vie des individus. Les réponses apportées, comme le New Deal, l'action du Premier Ministre de Malaisie qui introduisit le contrôle des changes en septembre 1997<sup>86</sup>, ou encore celle de Evgueni Primakov en Russie lors de la crise de 1998, montrent que la souveraineté peut apporter des réponses positives à cette question. Le New Deal fut d'ailleurs contesté devant la Cour Suprême, et certaines de ses mesures cassées<sup>87</sup>. Réélu, Roosevelt put nommer de nouveaux membres à la Cour Suprême. La légitimité politique de l'action l'emporta, alors, sur la lettre du Droit. La Cour Suprême ici se

---

<sup>82</sup> Sapir J., *Quelle économie pour le XXIème siècle*, Paris, Odile Jacob, 2005.

<sup>83</sup> Viviani J-L., « Incertitude et rationalité », in *Revue française d'économie*, vol. 9, no 2, 1994, p. 105-146.

<sup>84</sup> W. Benjamin, *Origine du drame baroque allemand*, traduction de Sibylle Muller, Paris, Flammarion, 1985.

<sup>85</sup> Schmitt C., *Théologie Politique*, op. cit., p. 15.

<sup>86</sup> Weisbrot M., *Ten Years After: The Lasting Impact of the Asian Financial Crisis*, Washington DC, Center for Economic and Policy Research, 2007, [http://cepr.net/documents/publications/asia\\_crisis\\_2007\\_08.pdf](http://cepr.net/documents/publications/asia_crisis_2007_08.pdf). Texte republié in Muchhala B. (ed.), *Ten Years After: Revisiting The Asian Financial Crisis*, Stanford Ca, W. Wilson Center, 2007. Voir aussi Kanitta Meesook, Il Hounng Lee, Olin Liu, Yougesh Khatri, Natalia Tamirisa, Michael Moore, and Mark H. Krysl, *Malaysia: From Crisis to Recovery*, Washington DC, IMF, *Occasional Papers* 207, 2001, <http://www.imf.org/external/pubs/nft/op/207/>

<sup>87</sup> R. Alan Lawson, *A Commonwealth of Hope: The New Deal Response to Crisis*, Johns Hopkins University Press, 2006. Leuchtenburg, William E. (1995). *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*. New York: Oxford University Press.

déjugea quand l'exécutif américain renouvela les lois qui avaient été précédemment cassées.

L'importance des mesures prises en temps de crises ou de désordres extrêmes est évidente. Pourtant, des institutions internationales avaient tenté de les limiter, et ce avec les mêmes arguments cités à propos du « contractualisme ». Le Fonds Monétaire International expliquait en 1997 que la libre circulation des capitaux était bien plus avantageuse pour tous que tout autre système, et que cela devait conduire à une interdiction des contrôles décidés par les Etats<sup>88</sup>. Il faut noter qu'il changea par la suite de position, et cela sous l'influence d'une crise, celle de 2007-2009<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> IMF, *Interim Committee Statement on the Liberalization of Capital Movements Under an Amendment of the IMF's Articles*, publié le 21 Septembre 1997. Voir <http://www.imf.org/external/pubs/ft/survey/pdf/100697.pdf>

<sup>89</sup> IMF, *Capital Inflows : The Role of Controls*, IMF Staff Position Note, SPN/10/04, Washington DC, 19 février 2010, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/spn/2010/spn1004.pdf>

**ARNAULT BARICHELLA**

*Multi-actor, multi-level governance for the transatlantic climate and energy dialogue*

---



**ARNAULT BARICHELLA**

*Arnault Barichella graduated from Oxford University (BA History 2008-11) and Sciences Po Paris (MA in European Affairs 2012-14). His interest in environmental issues is linked to his professional experience, as he has worked at the United Nations (UNESCO and UNEP) on preparations for the COP21. He is currently a PhD candidate in Political Science at Sciences Po under the supervision of Dr. Colin Hay, affiliated with the Center for European Studies. His research focuses on multi-level environmental governance in Europe and the United States in the implementation of the Paris Agreement, including at the city, state and international levels. As a dual French and American citizen, he is particularly interested in transatlantic relations, and publishes regularly on this subject for the Robert Schuman Foundation and the Institut français des relations internationales (Ifri).*

Within Europe and around the world, a populist upsurge is threatening the liberal international order. Following the Brexit referendum and Donald Trump's election as US President, multilateral cooperation appears to be in jeopardy and transatlantic relations have reached an historic low point. Indeed, Trump's nationalist ideology has led him to embrace an insular foreign policy under the slogan 'America first', criticizing key allies in Europe for taking advantage of the United States. This has led

Trump to suspend negotiations with the EU regarding the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), and sharply rebuke NATO allies for not contributing their fair share on defense spending. Likewise, Trump's decision to withdraw from the Paris Agreement on climate change represents a significant challenge to transatlantic relations, given Europe's strong commitment to the accord and to environmental policy more generally. It is representative of the erosion in international cooperation and the breakdown of entrenched alliances, highlighting current tensions in the transatlantic dialogue. Trump's announcement has opened a breach in the global climate regime, given that the US is the second largest greenhouse gas (GHG) emitter and had pledged a substantial amount of funding to support implementation of the Paris Agreement.

Nonetheless, the rest of the international community has decided to continue without the US federal government. This was made clear during the latest G20 summit in Hamburg when all parties confirmed their commitment to the Paris Agreement. Moreover, Europe has sought to position itself as a guardian of the climate regime, building a strong network of international climate partnerships with other world powers such as China or India to compensate for US withdrawal.<sup>1</sup> Despite the resurgence of nationalism that feeds on opposition to multilateralism, international cooperation remains more vital than ever to tackle genuinely global challenges such as climate change. Indeed, even within the US, a broad coalition involving cities, states, the private sector and civil society has vowed to continue implementing American climate pledges under the Paris Agreement regardless of the Trump administration. Hence, this paper aims to examine the potential for climate change to strengthen the transatlantic dialogue under a multi-actor, multi-level governance approach. Indeed, the legal structure of the Paris Agreement allows for a flexible framework on climate change. The national level, while important, can be bypassed through cooperation between cities, states, businesses and civil society groups (including NGOs and universities) on both sides of the Atlantic. How these instances interact and implement their commitments to the Paris Agreement, through non-formal mechanisms such as 'parallel pledges', provides an innovative legal framework for more robust transatlantic dialogue and cooperation.

## **I. CONTEXT**

The Paris Agreement represents the most ambitious attempt ever made to tackle climate change at the global level. The 21<sup>st</sup> Conference of the Parties (COP), held in Paris in late 2015, achieved a historic success by breaking decades of diplomatic deadlock, establishing a structure for global climate governance signed by 195 countries. The Agreement represents a milestone in climate negotiations, as it included for the first time a commitment to contain global mean temperatures to a

---

<sup>1</sup> A. Barichella, *How Europe can and should become the guardian of the Paris Agreement on climate change*, Robert Schuman Foundation (November 2017), pp.6-8. Available at: <https://www.robert-schuman.eu/en/doc/questions-d-europe/qe-450-en.pdf>

1.5 °C increase over the course of the century. It also established a new ‘transparency framework’, whose purpose is to review the ‘intended nationally determined contributions’ (INDCs) of all parties, and includes differences in expected efforts between developed and developing countries. The adequacy of national efforts is to be appraised during ‘global stockades’ to be held every five years starting in 2023. Although it is not perfect,<sup>2</sup> the Paris Agreement represents the best chance to address climate change, and the US played an instrumental role in rendering the COP21 a success. Former US President Barack Obama ended a period of US disengagement from the climate regime that dated from President George W. Bush’s decision not to ratify the Kyoto Protocol in 2001. Obama sought to position his country at the heart of the global climate regime, with the US providing key contributions to all the COP’s under his eight years as President. Despite an initial setback at Copenhagen, he developed a strong partnership with Chinese President Xi Jinping, and the US-China relation was critical in rendering the Paris Agreement a universal and comprehensive accord. As the two largest economies in the world, the US and China galvanized the international community, putting pressure on reluctant countries to sign on. Moreover, Obama committed the US to providing the largest amount of climate financing to support the implementation of the Paris Agreement, and launched ambitious internal environmental legislation to meet US climate pledges such as the Clean Power Plan.<sup>3</sup>

As a result, Donald Trump’s decision to withdraw from the Paris Agreement in June 2017 sent shockwaves across the international community, and within the US itself. This withdrawal threatens the viability of the climate regime, given America’s position as the world’s second global GHG emitter (after China). Following recent natural disasters, including hurricanes that have hit Texas, Florida and the Caribbean, and that many scientists believe are linked to global warming, Trump has faced more pressure to reverse his decision over the Paris Agreement. It is true that there have been contradictory declarations over the accord. However, the Trump administration is very unlikely to enact any meaningful action on climate change, either domestically or internationally.<sup>4</sup> This is because the US Republican Party as a whole remains unconvinced on climate change, subject to the influence from powerful lobbying groups. The Trump administration has launched a policy to disempower the US Environmental Protection Agency, and has scrapped the Obama era Clean Power Plan. For all these reasons, the US federal government has in all likelihood

---

<sup>2</sup> Despite the 1.5°C commitment, it has been estimated by scientists that the INDCs of all parties taken together would probably still cause an increase in global temperatures of 2.7°C by the end of the century. This is why the five-yearly ‘global stockades’ (scheduled to begin in 2023) are important in order to progressively enhance INDCs over time.

<sup>3</sup> The Clean Power Plan had established state targets for reducing GHG emissions, with the final version planning to reduce national electricity emissions by about 32% before 2030 (from a 2005 baseline).

<sup>4</sup> During an interview, US Secretary of State Rex Tillerson said that Trump could change his mind over the Paris Agreement, “if we can construct a set of terms that we believe is fair”. Interview on CBS News (September 17, 2017).

relinquished its former leadership role in the climate regime, at least until the next presidential election in 2020.<sup>5</sup>

This does not mean that the United States as a whole is abandoning the fight against climate change. Indeed, opinion polls consistently indicate that a majority of Americans are in favor of remaining in the Paris Agreement and believe that climate change is a serious issue that needs to be addressed.<sup>6</sup> Therefore, regardless of the Trump administration, many different levels in the American political system, as well as a variety of different types of actors, remain strongly committed to addressing climate change. This is why the transatlantic climate dialogue must adapt to the changing situation and evolve towards a multi-actor, multi-level governance framework. It is essential for Europe to respond pragmatically and soberly by not allowing the attitude of the Trump administration to result in a confrontational situation that would damage transatlantic relations.

## **II. TRANSATLANTIC COOPERATION WITH US STATES AND CITIES**

The US Constitution sets out the legal framework for a federal system whereby states enjoy a high degree of autonomy. The American political system is sometimes referred to as ‘cooperative federalism’, as the central government shares powers with its constituent units, and states retain sovereignty in a variety of different areas. In order to compensate for the federal gridlock in Washington over environmental policy, states have gradually sought to enhance their mandate and move beyond the strict wording of the Constitution. Over time, states and cities have acquired a significant range of competences regarding climate and energy issues, and progressive parts of the US, such as California and the northeastern states, have become world leaders in green legislation. States may be nimbler, whereas Washington is often blocked by powerful lobbying groups from the fossil fuel industry generally opposed to any type of environmental regulation. Although they are present in local legislative processes, these lobbying groups invest far fewer resources at the state and municipal levels, which means they are less able to influence environmental policies. Moreover, partisanship is weaker at the local level, where state and municipal representatives are more likely to vote according to the wishes of their constituencies and are less subject to a rigid party line like in the federal Congress.<sup>7</sup>

Cities and local entities play a vital role in addressing climate change, forming the essential building blocks of the climate regime. As urban population density continues to increase, cities are ideally situated to create more environmentally

---

<sup>5</sup> A. Barichella (November 2017), p.6.

<sup>6</sup> C. Clement and B. Dennis, *Post-ABC poll: Nearly 6 in 10 oppose Trump scrapping Paris agreement*, The Washington Post (June 5, 2017). Available at: [https://www.washingtonpost.com/news/energy-environment/wp/2017/06/05/post-abc-poll-nearly-6-in-10-oppose-trump-scrapping-paris-agreement/?utm\\_term=.38cd6a87005a](https://www.washingtonpost.com/news/energy-environment/wp/2017/06/05/post-abc-poll-nearly-6-in-10-oppose-trump-scrapping-paris-agreement/?utm_term=.38cd6a87005a)

<sup>7</sup> D. R. Fisher, “Understanding the relationship between subnational and national climate change and politics in the US”, 31(5) *Environment and Planning: Government and Policy* (2013), pp.769-84.

efficient infrastructure with a lower carbon footprint, since urban infrastructure planning impacts a greater number of people. Moreover, mayors and state governors have the power to take immediate and more direct action on climate change compared to national governments. For example, one third of US states introduced innovative policies to reduce their GHG emissions over the last decade, including carbon capture and storage techniques, new types of renewable energies, as well as carbon markets. Hence, cities and states are sometimes seen as ‘laboratories of democracy’, whereby new types of environmental policies can be tested and, if successful, applied by other states and the federal government (under Obama). Moreover, states and cities have also relied on the court system to sue the federal government, acting through state attorneys to file lawsuits and claim damages for inadequate protection of the environment. For example, the Bush administration was sued by states following withdrawal from the Kyoto Protocol,<sup>8</sup> and many lawsuits have recently been filed following Trump’s rollback of Obama era federal environmental regulations.

Regardless of the Trump administration, many progressive American states and cities have indicated that they remain committed to implementing their climate pledges and have vowed to enhance their policies in defiance of the federal government. This is significant, as several of these states, such as California and New York, have larger economies than many European countries, and can thus make substantial contributions to reducing GHG emissions. The same day that Trump announced his intention to withdraw from the Paris Agreement, a bipartisan coalition of states was formed. Called the ‘United States Climate Alliance’, this coalition made clear its commitment to upholding the objectives of the Paris Agreement within state borders by continuing efforts to achieve the US objective of reducing GHG emissions between 26 to 28% by 2025 (from a 2005 baseline), meeting or even exceeding the targets of the Obama era Clean Power Plan. As of late November 2017, the Climate Alliance had been joined by 15 states that comprise 36% of the US population and close to 40% of national GDP (\$7 trillion), representing about one fifth of total American GHG emissions.<sup>9</sup> Likewise, the bipartisan ‘US Mayors National Climate Action Agenda’, often referred to as ‘Climate Mayors’, was founded in 2014. Many American cities have joined the ‘Climate Mayors’ network since Trump’s withdrawal announcement, which now represents 384 cities and about 20% of the US population (68 million people).<sup>10</sup> The ‘Climate Mayors’ signed a bipartisan letter to Trump underlining their determination to uphold and reinforce municipal climate policies. All of these various networks have been brought together under two national frameworks that provide unity to the coalition of US actors seeking to remain engaged with the Paris

---

<sup>8</sup> Notice of Intent to Sue Under Clean Air Act § 304(b)(2), addressed to The Honorable Christine Todd Whitman, Administrator, US Environmental Protection Agency, from the Attorney Generals of the States of New York, Connecticut, Maine, Massachusetts, New Jersey, Rhode Island and Washington (February 20, 2003).

<sup>9</sup> See ‘US Climate Alliance’: <https://www.usclimatealliance.org>

<sup>10</sup> See ‘Climate Mayors’: <http://climatemayors.org>

Agreement. The first is known as ‘We Are Still In’ and the second is referred to as ‘America’s Pledge’; they include states, cities, and many private sector and civil society actors. Although separate networks, they work closely together and claim to represent more than 127 million Americans and \$6.2 trillion of the U.S. economy, spanning all 50 states in a bipartisan coalition.<sup>11</sup>

As a result, there are clearly many opportunities for the EU to continue cooperating with the US on environmental issues through a multi-level framework. ‘We Are Still In’ has already sent more than one hundred ‘climate champions’ to represent the US during the COP23 conference in November 2017 in Bonn; these ‘champions’ included mayors, governors, academics, business and NGO leaders. ‘We Are Still In’ and ‘America’s Pledge’ announced at Bonn their ambitious goal of fully upholding the commitments made by the Obama administration under the Paris Agreement. Moreover, many American cities and states also form part of larger international climate networks, together with their European counterparts. A prominent example includes the ‘Under2 Coalition’, which regroups subnational governments (regions or cities) from around the world, including many in Europe and the US, such as California and New York, as well as Bavaria (Germany), Brittany and Alsace (France). Members of this coalition have committed to reducing GHG emissions from 80 to 95% by 2050, which many scientists believe will be necessary for global warming to remain below the 2°C threshold.<sup>12</sup> Another example is the ‘C40 network’, which brings together 90 of the world’s largest cities committed to addressing climate change, representing over 650 million people and one quarter of the global economy.<sup>13</sup> C40 focuses on a range of global initiatives that are specifically adapted to the urban context. Many European and US cities form part of the C40 network, with the Mayor of Paris Anne Hidalgo serving as Chair, and former New York Mayor Michael Bloomberg serving as President of the Board. Furthermore, the ‘Global Covenant of Mayors for Climate & Energy’ is a broader platform and the largest global alliance committed to climate leadership. It brings together 7400 cities and local governments from six continents, representing 121 countries and over 600 million people.<sup>14</sup> The board of the ‘Global Covenant of Mayors’ is co-chaired by the EU Commissioner for Energy Union Maroš Šefčovič, along with Michael Bloomberg, underlining the possibilities for transatlantic cooperation.

All of these international networks will become essential if Europe and the US are to implement the Paris Agreement through a multi-level governance framework. They

---

<sup>11</sup> See ‘We Are Still In’: <https://www.wearestillin.com/us-action-climate-change-irreversible>

See ‘America’s Pledge’: <https://www.americaspledgeonclimate.com>

<sup>12</sup> The ‘Under2 Coalition’ brings together 177 subnational jurisdictions from around the world, representing about 1.2 billion people and one third of the global economy (\$28.8 trillion). See: <http://under2mou.org/coalition/>

<sup>13</sup> See ‘C40’ network: <http://www.c40.org>

<sup>14</sup> The ‘Global Covenant of Mayors’ was formed in January 2017 following the merger of the two previous largest global climate networks, including the ‘EU Covenant of Mayors’ and the ‘Compact of Mayors’. See: <http://www.globalcovenantofmayors.org>



provide a platform for cities and regions to exchange best practices and information, as well as potentially coordinate the implementation of their climate objectives. Moreover, there is also a role for national governments and the EU, since some US states such as California have acquired non-negligible foreign policy competences. For example, the Governor of California Jerry Brown took the initiative to travel to Beijing in June 2017 to sign an agreement with Chinese President Xi Jinping for cooperation on clean energy, which includes increasing trade between China and California over green technologies. This should inspire the EU and its member states to negotiate similar arrangements with US sub-national actors in order to support their efforts in implementing American pledges under the Paris Agreement. Nevertheless, while such efforts are essential, the reality is that international law remains state-centric. The foreign policy competences of sub-national entities such as states and cities cannot match those of national governments. For instance, California does not have the legal authority to sign an international treaty with a foreign nation. The state-centric nature of international law means that only national governments have the ability to sign the Paris Agreement, and sub-national actors must rely on a system of 'parallel pledges'. The latter are monitored by the Non-State Actor Zone for Climate Action (NAZCA, created at the COP20 in 2014), a UN global platform that has a mandate to register the pledges of non-state actors and ensure coordination for their implementation. NAZCA provides another mechanism for US sub-national actors and their European counterparts to continue cooperating on climate issues. However, 'parallel pledges' are limited from an international legal perspective and are not a substitute for the absence of an official national American pledge. There is a trend in international law regarding the growing role of non-state actors, and former New York Mayor Michael Bloomberg has publically asked the UN to consider allowing sub-national actors to sign the Paris Agreement. This is unlikely to succeed, at least in the near term, given that national sovereignty remains a cornerstone of international law and the UN system.

### **III. TRANSATLANTIC COOPERATION WITH THE US PRIVATE SECTOR AND CIVIL SOCIETY**

The private sector plays a key role in ensuring that the economy transitions towards a more sustainable form of capitalism. Businesses must make long-term decisions about their investments that have a profound impact on markets and how the economy develops. For a long time, the costs of renewable energies were prohibitively high, in part due to expensive technologies, which hampered their widespread adoption. Over the last few years, however, a number of technological breakthroughs have allowed for a dramatic fall in the cost of most types of renewable energies and clean technologies around the world. For example, the cost of batteries in electric vehicles has decreased by nearly 80% since 2008; that for offshore wind energy has more than halved during the last three years in areas such as Northern Europe. Likewise, solar energy has also experienced a dramatic fall in cost, becoming an

attractive and cheap alternative source of energy compared to coal and gas.<sup>15</sup> These represent very significant changes in the structure of global energy markets that are set to continue. As a result, international investments in green sectors of the economy are likely to accelerate in the next few years. Many governments around the world are providing a supportive framework for businesses to invest in clean technologies and renewable energies as part of their policies to implement the Paris Agreement. Thus, there are global market forces at work which the Trump administration does not have the power to stop and that are leading towards a more sustainable form of economic development.

This also applies within the US, where American businesses are likely to continue investing in the green economy. Because energy investments are long term, most American firms are betting that future US administrations will not stick to Trump's unconditional embrace of fossil fuels and that the renewable energy and clean technology transition is irreversible. In fact, the economic realities within the US are likely to block many aspects of Trump's fossil fuel agenda. For instance, Trump's desire to initiate a 'coal renaissance' will probably be thwarted by the rise of shale gas and renewable energies as cheap alternatives, with the solar energy industry already employing almost four times more people than the coal industry in the US.<sup>16</sup> A majority of American businesses and investors have openly voiced their opposition to the decision to withdraw from the Paris Agreement, which they believe will hurt the US economy, thus discrediting Trump's rationale for withdrawal. Many of the largest American companies signed an open letter urging Trump not to withdraw, including Apple, Facebook, Google, Microsoft and Morgan Stanley.<sup>17</sup>

Therefore, there are many opportunities for the transatlantic environmental dialogue to continue at the level of the private sector. Since the EU remains America's largest trading partner and vice versa, this means that transatlantic business exchanges, including in green economic sectors, are set to continue. More importantly, the EU has often relied on the fact that it represents the largest single market in the world to influence international standard setting in a variety of fields, including the environment. The EU has established the rule that anyone wanting access to its internal market must comply with European standards.<sup>18</sup> Therefore, many American businesses will be under pressure to conform with EU environmental rules in order to continue transatlantic trading. Moreover, since the Paris Agreement has now been

---

<sup>15</sup> The Economist, *The burning question: with or without America, self-interest will sustain the fight against global warming* (November 26 – December 2, 2016), p.9.

<sup>16</sup> L. Schalatek and N. Löhle, *With or without the Paris Agreement – Trump won't have the last word on US climate policy*, Henrich Böll Stiftung Foundation (June 2, 2017). Available at: <https://www.boell.de/en/2017/06/02/or-without-paris-agreement-action-climate-policy-under-trump-not-last-word>

<sup>17</sup> D. Victor, 'Climate Change Is Real': Many U.S. Companies Lament Paris Accord Exit, The New York Times (June 1, 2017). Available at: <https://www.nytimes.com/2017/06/01/business/climate-change-tesla-corporations-paris-accord.html>

<sup>18</sup> European Commission (2015) *A deeper and fairer Single Market – Factsheet*. Ref. Ares (2015)4681912.

signed by all countries in the world except the US, American companies that trade internationally will be forced to adopt at least a minimum level of environmental standards. Thus, many US firms have joined international business networks that focus on addressing climate change through green investments, where they work in cooperation with their counterparts in Europe and around the world. This includes the 'World Business Council for Sustainable Development' (WBCSD), a global CEO-led network of over 200 major businesses that work together to accelerate the transition towards sustainable development. Members come from many different business sectors and include several of the largest firms in Europe and the US, representing a combined revenue of \$8.5 trillion and 19 million employees.<sup>19</sup> As a result, structures such as the WBCSD will allow for businesses in Europe and the US to continue cooperating on climate and energy issues regardless of the political situation.

International carbon markets represent another pathway for advancing transatlantic cooperation on climate change at the level of the private sector. Since 2005, the EU has developed the Emissions Trading System (ETS), which has become its main tool for delivering on climate pledges. It is based on a 'cap and trade' principle establishing a carbon market in rights to emit and, despite initial difficulties, the third phase of the ETS from 2013-2020 has been more successful. Likewise, in 2006 California passed the 'Global Warming Solutions Act', which was updated in 2016,<sup>20</sup> establishing a state cap and trade system that has since been linked with similar carbon markets in Canadian provinces such as Quebec, Ontario and Manitoba. Provinces in Brazil and Mexico are also planning to join in the next few years. In a similar way, the states of Connecticut, Delaware, Maine, Maryland, Massachusetts, New Hampshire, New York, Rhode Island, and Vermont launched the 'Regional Greenhouse Gas Initiative' in 2009, representing the first mandatory carbon market system in the US.<sup>21</sup> Therefore, it may be possible to build links between US carbon markets and the EU's ETS in order to develop a transatlantic cap and trade system. This would help to reinforce trade in green economic sectors between the EU and the US, as well as potentially develop common transatlantic environmental standards. However, this will not be without difficulties. If European regulators attempt to link the ETS with California's carbon market for example, carbon credits will begin to flow between the EU and the US. The problem is that the status of US generated carbon credits would not be clearly defined from an international legal perspective, given that the US will no longer be bound by the rules set out in the Paris Agreement. Moreover, as seen above, sub-national actors such as US states are not able to ratify international environmental treaties. Their 'parallel pledges' offer no substitute under

---

<sup>19</sup> The WBCSD works through almost 70 national business councils, which allows for direct international private sector cooperation.

<sup>20</sup> SB-32 California Global Warming Solutions Act of 2006: emissions limit. See: [https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=201520160SB32](https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201520160SB32)

<sup>21</sup> The aim of the 'Regional Greenhouse Gas Initiative' was to reduce emissions from each state's electricity generation sector to 10% below 2009 levels by 2018.

international law, and while it is still possible in theory to link the ETS with its sub-national counterparts in the US, the legal implications will need to be carefully considered.

Civil society actors and organizations such as NGOs, universities, think tanks, foundations and various types of citizens groups, also have an increasingly important role in addressing climate change. The United States has a vibrant NGO community working on environmental issues that has played a key role in advancing grassroots efforts to tackle climate change. Some of the most prominent include Ceres, the Sierra Club, the Environmental Defense Fund and Friends of the Earth. Such organizations work to bring environmental concerns to public officials, advocate and monitor climate policies at the local, national and international levels, contribute to information sharing and provide expertise and analyses that can help advance climate objectives. Following Trump's announcement of withdrawal from the Paris Agreement, the American community of environmental NGOs vowed to redouble efforts and work with cities, states and the private sector to continue implementing US climate pledges. Indeed, a number of environmental NGOs such as Greenpeace, the World Wildlife Fund for Nature (WWF), the Climate Action Network and the World Resources Institute, have grown into international networks, extending their reach with offices in both Europe and the US.

Following the 1992 Rio Earth Summit, the UN provided greater recognition for the contributions of non-state actors. There is a growing tendency amongst legal scholars to see international law as undergoing a transition.<sup>22</sup> Although national sovereignty remains of fundamental importance in the world order, the last few decades have seen sub-national and non-state actors becoming subjects and agents under international law. Non-state actors such as NGOs have increasingly been able to influence the drafting of international treaties and conventions. For example, NGOs have become more active in the Conferences of the Parties to the UNFCCC and international climate negotiations. The 1992 Rio Earth Summit officially established the status of NGOs as 'observers' in international organizations, giving them a role in climate negotiations. Likewise, the 'Lima Paris Action Agenda' in 2014 took measures to associate NGOs more closely with the COP process. Nevertheless, the reality is that, like federal states and cities, NGOs and private companies cannot sign onto the Paris Agreement and their legal status remains limited under international law. Indeed, 'observer status' does not allow full participation, which means that NGOs and private actors can only influence the outcome of negotiations, but not directly take part in them and make decisions.<sup>23</sup> Moreover, national courts have not been receptive to international environmental legal arguments regarding horizontal litigation.<sup>24</sup> However, private companies have the ability to voluntarily adhere to environmental

---

<sup>22</sup> See: M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press (7<sup>th</sup> edition, 2014), p.31.

<sup>23</sup> See: C. Redgwell, "International Environmental Law", taken from M. D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford University Press (3<sup>rd</sup> edition, 2010), pp.692-93.

<sup>24</sup> *Ibid.*

standards, and there is a growing trend towards self-regulation through concepts such as ‘corporate social responsibility’, where environmental issues have featured prominently. For example, three out of the ten principles in the UN ‘Global Compact’ focus on corporate environmental issues, which constitutes a non-binding framework for corporate social responsibility. Furthermore, private companies and NGOs are also entitled to register their parallel climate commitments with NAZCA under the classification of “civil society organizations, investors and companies”.<sup>25</sup> This provides another framework for NGOs and businesses in Europe and the US to continue cooperating on climate and energy issues.

#### **IV. TRANSATLANTIC COOPERATION OVER ENERGY SECURITY**

Finally, while it may not be possible for Europe to work with the Trump administration on climate change, there are other related subjects where the transatlantic dialogue with the US federal government might be able to continue. Indeed, promoting greater energy security in Europe has been a long-standing priority for successive US administrations, especially in terms of reducing dependence on Russian imports. Although the EU has made progress over the last few years in diversifying its energy supply, there remains a need for stronger US involvement to counter Gazprom’s still dominant position within Europe’s gas market. While the Trump administration has yet to clearly set out its energy policy, the topic of energy security has already featured prominently in the transatlantic dialogue between US Secretary of State Rex Tillerson and his EU counterparts. Tillerson has made it clear that the US would be interested in increasing its exports of liquefied natural gas (LNG) towards Europe over the next few years.<sup>26</sup> Moreover, during his visit to Poland before the July 2017 G20 summit, Trump underlined his desire to increase US cooperation with European countries over energy issues. This would potentially include working more closely with the ‘Three Seas Initiative’, a group of Central and Eastern European states that seek to enhance energy cooperation, including LNG transits, between the Adriatic, Black and Baltic Seas. In addition, the EU Commissioner for Energy oversaw in June 2017 the signature of a memorandum of understanding between Croatia and Hungary regarding the construction of new infrastructure to enable bi-directional gas flows between them. This will make it possible to accelerate the construction of the Krk LNG terminal in Croatia, with the aim to create a North-South energy corridor in order to increase energy security for the Visegrad Group, which includes Poland, the Czech Republic, Slovakia and Hungary.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> See ‘NAZCA portal’: <http://climateaction.unfccc.int>

<sup>26</sup> The first American LNG shipment to Northern Europe arrived through the Netherlands in late May 2017, followed closely by the first LNG exports to central Europe on June 7 via Poland.

<sup>27</sup> D. Livingstone and E. Brattberg, *Beyond Fatalism: Transatlantic Energy and Climate Cooperation After the Paris Announcement*, Carnegie Endowment for International Peace (July 2017). Available at: <http://carnegieendowment.org/2017/07/05/beyond-fatalism-transatlantic-energy-and-climate-cooperation-after-paris-announcement-pub-71443>

As a result, there are clearly opportunities for the EU to increase energy security cooperation with the US under the Trump administration regarding LNG exports. However, two obstacles remain. First, much will depend on the evolution of US-Russian relations under Trump. The US President and Russian President Vladimir Putin have expressed a desire to re-establish diplomatic relations following a sharp deterioration under the Obama administration. However, initial European fears about a ‘grand bargain’ between Trump and Putin, which would involve a potential relaxing of sanctions, have so far not materialized. This is mostly due to the US Congress, which succeeded in reaching a bipartisan agreement on a bill that broadened and enhanced current US sanctions against Russia, passed in August 2017.<sup>28</sup> The second obstacle comes from the European side, and revolves around the Nord Stream 2 project led by Gazprom. This involves constructing an offshore natural gas pipeline that would connect the city of Vyborg in Russia with Greifswald in Germany. The expected quantity of natural gas that would flow through Nord Stream 2 is equivalent to that currently coming through Ukraine. As a result, concerns have arisen that this would allow Russia to potentially cut off gas access to Ukraine while continuing to supply Central Europe, thus increasing Moscow’s geopolitical leverage and Kiev’s vulnerability. Under Obama, the US had strongly opposed the Nord Stream 2 project, due also to concerns that it would jeopardize American LNG exports to Europe. This approach has been followed under Trump, with Secretary Tillerson expressing disapproval of the Nord Stream 2 pipeline to the European countries involved. Therefore, much will depend on how the EU handles this situation over the next few years. Nevertheless, irrespective of whether or not the plan goes ahead, projects such as the Krk LNG terminal in Croatia will be implemented regardless of the fate of Nord Stream 2.

LNG is not the only issue where the transatlantic energy dialogue can continue under the current US administration. Trump has expressed an interest early on in extending the lifespan of US nuclear reactors, including for example restarting the construction of the Yucca Mountain nuclear waste storage facility, which had been put on hold due to political gridlock in Washington. Hence, there is an opportunity for the EU to cooperate with the Trump administration on nuclear energy, since many European countries possess advanced nuclear infrastructure.<sup>29</sup> Nevertheless, the main issue is that nuclear energy has become controversial in Europe, especially since the Fukushima incident, and several member states are currently engaged in a policy of reducing their dependence on nuclear energy. French President Macron, for instance, has made a campaign promise to decrease nuclear energy to 50% of France’s energy mix by 2025, and German Chancellor Merkel is engaged in a policy to shut down

---

<sup>28</sup> A. Phillip, *Trump signs what he calls ‘seriously flawed’ bill imposing new sanctions on Russia*, The Washington Post (August 2, 2017). Available at: [https://www.washingtonpost.com/news/post-politics/wp/2017/08/02/trump-signs-bill-imposing-new-sanctions-on-russia-but-issues-a-statement-with-concerns/?utm\\_term=.22fadae086a8](https://www.washingtonpost.com/news/post-politics/wp/2017/08/02/trump-signs-bill-imposing-new-sanctions-on-russia-but-issues-a-statement-with-concerns/?utm_term=.22fadae086a8)

<sup>29</sup> In France, for example, nuclear energy represents 75% of its energy mix, and Hungary has sharply increased the construction of nuclear reactors over the last few years.

many German nuclear reactors.<sup>30</sup> Nevertheless, the US and the EU could increase cooperation over a set of less ambitious targets. This may include discussions about common transatlantic regulatory reforms in order to enhance the competitiveness of the Western nuclear industry. At present, a majority of prospective nuclear facilities in Europe and the Middle East are meant to be built by Russian or Chinese state-owned companies. This should encourage greater transatlantic collaboration over nuclear energy. Finally, the paradox is that transatlantic cooperation over LNG and nuclear energy will inadvertently yield positive results for mitigating climate change, as both energy sources involve a decrease in GHG emissions compared to conventional fossil fuels. Nuclear energy itself is nearly carbon-free, even though GHG emissions occur for the building and dismantling of reactors, and nuclear waste remains radioactive for centuries. Likewise, natural gas has the lowest GHG emission rate per unit of energy compared to other fossil fuels, and emissions for the transportation of LNG are lower compared to piped natural gas.

In conclusion, there is great potential for the transatlantic climate and energy dialogue to evolve towards a multi-actor, multi-level governance framework over the next few years. Although the Trump administration has abdicated federal responsibility in this area, the US comprises a diverse and very active network of groups that are committed to implementing US climate pledges under the Paris Agreement and redouble efforts in defiance of Washington. The US Constitution provides for a system of ‘cooperative federalism’, whereby progressive states and cities have been able to develop their own climate and environmental policies over the last few decades to compensate for national gridlock. US states and cities have organized their own national networks on climate change, and many are also part of broader international coalitions of cities and regions, together with their European counterparts. Moreover, a majority of US companies support remaining in the Paris Agreement, as there are global market forces pulling the economy towards more sustainable development following the fall in costs for clean technologies and renewable energies. Many US firms that trade internationally, and especially those trading with Europe, will also be pressured to adopt higher environmental standards to maintain access to the EU’s internal market. Likewise, a vibrant American civil society community made up of NGOs, universities and various types of citizens’ groups, many of which have extensive international networks and links with Europe, remain highly committed to addressing climate change. Finally, while not expressing any interest in climate change, the Trump administration is considering reinforcing cooperation with Europe on certain energy issues such as nuclear energy and LNG trading, which may inadvertently have a positive impact on reducing GHG emissions.

Therefore, there are clearly many opportunities for the transatlantic climate and energy dialogue to continue and evolve towards a multi-actor, multi-level governance framework over the next few years. However, it is equally important to acknowledge

---

<sup>30</sup> See: D. Livingstone and E. Brattberg, Carnegie (2017).

the limitations of this framework from an international legal perspective. Indeed, only nation states have the right to sign the Paris Agreement and take on official pledges, since non-state actors are limited to ‘parallel pledges’ and ‘observer status’ during climate negotiations. This already represents a significant improvement from the traditional state-centric conception of international law, where non-state actors are acquiring an increasingly important role as subjects and agents for international treaties and conventions. However, ‘parallel pledges’ cannot fully compensate for the absence of an official national American pledge following Trump’s decision to withdraw from the Paris Agreement. Moreover, ‘observer status’ means that non-state actors can at best influence the outcome of international negotiations, but are not able to take any binding decisions in the same way as national governments. Therefore, while the transatlantic climate and energy dialogue should evolve towards a multi-actor, multi-level framework under the Trump administration, this represents a palliative and temporary strategy to compensate for and mitigate the damage caused by Trump’s decision to withdraw from the Paris Agreement. As a result, Europe should do everything it can to encourage Trump to reverse his decision, and leave the door open for a future US administration to rejoin the Paris Agreement in the years to come.

#### **Cited works**

- Attorney Generals of the States of New York, Connecticut, Maine, Massachusetts, New Jersey, Rhode Island and Washington, *Notice of Intent to Sue Under Clean Air Act* § 304(b)(2), addressed to The Honorable Christine Todd Whitman, Administrator, US Environmental Protection Agency (February 20, 2003).
- Barichella A., *How Europe can and should become the guardian of the Paris Agreement on climate change*, Robert Schuman Foundation (November 2017).
- California Global Warming Solutions Act of 2006: emissions limit, SB-32, approved by Governor on September 8, 2016.
- Clement C. and Dennis B., *Post-ABC poll: Nearly 6 in 10 oppose Trump scrapping Paris agreement*, The Washington Post (June 5, 2017).
- European Commission (2015) *A deeper and fairer Single Market – Factsheet*. Ref. Ares (2015)4681912.
- Fisher D. R., “Understanding the relationship between subnational and national climate change and politics in the US”, in *Environment and Planning: Government and Policy*, volume 31 (2013).
- Livingstone D. and Brattberg E., *Beyond Fatalism: Transatlantic Energy and Climate Cooperation After the Paris Announcement*, Carnegie Endowment for International Peace (July 2017).
- Phillip A., *Trump signs what he calls ‘seriously flawed’ bill imposing new sanctions on Russia*, The Washington Post (August 2, 2017).
- Redgwell C., “International Environmental Law”, taken from Evans M. D. (ed.), *International Law*, Oxford University Press (3<sup>rd</sup> edition, 2010).
- Schalatek L. and Löhle N., *With or without the Paris Agreement – Trump won’t have the last word on US climate policy*, Henrich Böll Stiftung Foundation (June 2017).



## *Multi-actor, multi-level governance for the transatlantic climate and energy dialogue*

- Shaw M. N., *International Law*, Cambridge University Press (7<sup>th</sup> edition, 2014).
- The Economist, *The burning question: with or without America, self-interest will sustain the fight against global warming*, (November 26 – December 2, 2016).
- Victor D., *'Climate Change Is Real': Many U.S. Companies Lament Paris Accord Exit*, The New York Times (June 1, 2017).

### Websites

- 'America's Pledge': <https://www.americaspledgeonclimate.com>
- 'Climate Mayors': <http://climatemayors.org>
- 'C40': <http://www.c40.org>
- 'Global Covenant of Mayors': <http://www.globalcovenantofmayors.org>
- 'NAZCA portal': <http://climateaction.unfccc.int>
- 'Under2 Coalition': <http://under2mou.org/coalition/>
- 'US Climate Alliance': <https://www.usclimatealliance.org>
- 'We Are Still In': <https://www.wearestillin.com/us-action-climate-change-irreversible>

**YANN AGUILA**

*Le projet de Pacte mondial pour l'environnement : un nouvel outil pour la gouvernance mondiale de l'environnement*

---



**YANN AGUILA**

*Yann Aguila dirige le département de droit public du cabinet Bredin Prat. Membre du Conseil d'Etat et Professeur à Sciences Po, il préside la Commission Environnement du Club des Juristes. Il est l'un des initiateurs du projet de Pacte mondial pour l'environnement.*

Le temps paraît venu de consolider la gouvernance mondiale de l'environnement par l'adoption d'un texte global : le projet de Pacte mondial pour l'environnement. Alors que des rapports scientifiques alarmants et des phénomènes climatiques extrêmes mettent régulièrement en lumière les interdépendances des problématiques environnementales, le besoin d'une large mobilisation au niveau mondial, basée sur de solides normes internationales, est plus fort que jamais. On abordera successivement l'origine (I), l'intérêt (II), le contenu (III) et les effets (IV) du projet de Pacte mondial pour l'environnement.

**I. LES ORIGINES DU PACTE MONDIAL POUR L'ENVIRONNEMENT**

Si le projet actuel est issu d'une initiative de la Commission Environnement du Club des juristes, le premier think tank juridique français, il a des origines plus lointaines. En 1987, le rapport Brundtland de 1987 présentait déjà l'idée d'une convention internationale pour consacrer les grands principes en matière d'environnement : il comportait, en annexe, une liste de ces principes juridiques. De même en 1995, l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN), une des grandes ONG environnementales, proposait également un Pacte international pour l'environnement et le développement. Ces deux textes ont largement servi d'inspiration à la rédaction du projet actuel.

## *Le projet de Pacte mondial pour l'environnement : un nouvel outil pour la gouvernance mondiale de l'environnement*

A son tour, la Commission Environnement du Club des juristes, dans son rapport de 2015 consacré à « l'efficacité du droit international de l'environnement »<sup>1</sup>, a appelé de ses vœux l'adoption d'un tel traité, à la fois transversal et global, regroupant les principes fondamentaux du droit de l'environnement.

Laurent Fabius, aujourd'hui président du Conseil constitutionnel, et ancien président de la COP 21 a alors décidé de s'engager aux côtés de la Commission Environnement pour porter ce projet sur la scène internationale. Un projet de texte a été rédigé, sur la base des contributions et des discussions d'un réseau international d'une centaine d'experts juridiques, représentant 40 nationalités, le « Groupe d'experts pour le Pacte » (GEP). Le résultat de leurs travaux a été présenté lors d'une conférence internationale tenue à Paris, à la Sorbonne, le 24 juin 2017, en présence de personnalités engagées dans la promotion de l'environnement, telles que Arnold Schwarzenegger ou Ban Ki Moon. A cette occasion, le Président Emmanuel Macron a annoncé sa décision de porter le projet de Pacte mondial pour l'environnement devant l'ONU.

De fait, le Président Macron a présenté le texte à New York le 19 septembre 2017 durant l'Assemblée générale des Nations Unies, lors d'un sommet mondial de lancement du projet de Pacte mondial réunissant plusieurs chefs d'Etat et autres ministres des affaires étrangères.

Le projet est désormais porté par la diplomatie française. Celle-ci s'est engagée activement dans un travail de conviction en vue de l'adoption en 2018 d'une première résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies destinée à lancer des travaux intergouvernementaux sur le projet de Pacte mondial pour l'environnement.

## **II. L'INTERET DU PACTE MONDIAL POUR L'ENVIRONNEMENT**

Deux raisons au moins justifient l'intérêt du Pacte et expliquent pourquoi depuis trente ans, les juristes appellent de leurs vœux l'adoption d'un tel texte.

En premier lieu, le droit international de l'environnement a besoin d'unité. Caractérisé par sa fragmentation, il comporte un nombre important de traités sectoriels et disparates, portant sur des aspects techniques de la protection de l'environnement. Les diverses conventions sectorielles (climat, biodiversité, désertification, produits chimiques, etc.) fonctionnent selon des règles propres. Conclure un traité qui aurait pour objet global la protection de l'environnement permettrait de poser dans un texte unique les principes communs à l'ensemble de la matière. Les conventions *spéciales* s'analyseraient alors comme les déclinaisons des principes *généraux* dans des domaines particuliers. Ainsi, le Pacte permettrait de renforcer la cohérence de la gouvernance mondiale de l'environnement. A cette fin,

---

<sup>1</sup> Rapport « Renforcer l'efficacité du droit international de l'environnement », Novembre 2015, disponible sur le site du Club des juristes : [www.leclubdesjuristes.com](http://www.leclubdesjuristes.com)

son secrétariat pourrait d'ailleurs être confié au Programme des Nations Unies pour l'Environnement, aujourd'hui dénommé « ONU Environnement ».

En second lieu, le droit international de l'environnement a besoin de normes juridiquement obligatoires. Les grands principes fondateurs du droit de l'environnement ne sont consacrés que dans des textes sans valeur juridique, telles que la Charte de la Nature de 1982 ou la Déclaration de Rio de 1992. Ces textes sont bien sûr d'une grande valeur, sur le plan symbolique. Mais dépourvus de portée juridique, ils ne sont pas opposables aux États. Une évolution, du droit souple vers le droit dur, a déjà eu lieu en matière de droits de l'Homme, avec les deux Pactes internationaux de 1966, l'un relatif aux droits civils et politiques, et l'autre relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui sont venus donner force juridique aux principes de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948. Le Pacte mondial pour l'environnement serait à la Déclaration de Rio ce que les Pactes de 1966 sont à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme.

### **III. LE CONTENU DU PACTE MONDIAL POUR L'ENVIRONNEMENT**

Les principes que le Pacte entend consacrer font l'objet d'un large consensus : consacrés par des textes de droit souple, comme la Déclaration de Rio en 1992, ils sont souvent reconnus par les législations nationales. Ce projet permettra ainsi de consolider les acquis en ancrant ces principes consensuels dans le marbre du droit dur. Il procède à quelques ajouts de principes nouveaux, pour tenir compte des évolutions juridiques des dernières années.

Le projet rédigé par le Groupe d'experts pour le Pacte est un texte court. Il regroupe 20 principes, et comporte 6 articles pour les dispositions finales. Pour les présenter de façon synthétique, on peut dire qu'il y a deux principes sources – un droit et un devoir –, d'où découlent une série de principes dérivés.

Le Pacte s'ouvre d'abord par deux principes fondateurs, sources des autres dispositions : d'une part, le droit à un environnement sain et d'autre part, le devoir de prendre soin de l'environnement. Ce droit et ce devoir sont interdépendants et complémentaires. Ils doivent être lus ensemble. Ils sont les deux faces de la responsabilité de l'homme vis-à-vis de la nature : certes, toute personne dispose d'un droit à un environnement sain ; mais ce droit engendre un devoir, le devoir de protéger l'environnement. A cet égard, le Pacte ne relève pas exclusivement d'une logique de protection des droits de l'Homme : il comporte également de nombreuses obligations.

De ces deux dispositions générales découlent ensuite toute une série de principes dérivés, des droits et devoirs particuliers. Par exemple, dans la rubrique des droits, le projet de Pacte consacre des droits importants pour les citoyens, tels que le droit à l'information environnementale, le droit de participer à l'élaboration des décisions qui ont un impact sur l'environnement, ou encore le droit d'accès à la justice environnementale. Mais il y a aussi des devoirs : les devoirs de prévention ou de

réparation des atteintes à l'environnement. Ainsi, les États ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires, dans leurs législations nationales, pour prévenir les atteintes à l'environnement ou, en cas de dommages, pour faire en sorte qu'elles soient réparées.

Par ailleurs, le projet de Pacte propose également quelques principes nouveaux. Il consacre ainsi le principe de non régression. Ce principe, déjà reconnu par la législation française, interdit de revenir en arrière en matière de législation environnementale, avec une sorte d'effet cliquet. Autre innovation : le projet reconnaît officiellement le rôle des acteurs non étatiques dans la protection de l'environnement. Dans la conception traditionnelle, le droit international est un droit fait par les États, pour les États. Mais cette vision est de plus en plus dépassée : la gouvernance mondiale de l'environnement repose aujourd'hui largement sur la mobilisation des acteurs non étatiques (entreprises, ONG, ou encore collectivités territoriales). On a vu, avec le retrait annoncé des États-Unis de l'Accord de Paris, que la mobilisation des villes et des gouvernements locaux pouvait être utile pour se substituer à un État défaillant.

#### **IV. LES EFFETS DU PACTE MONDIAL POUR L'ENVIRONNEMENT**

Le principal effet attendu du Pacte est un renforcement du cadre juridique national. Dans chaque Etat partie, le Pacte devrait être à l'origine d'une double dynamique. D'une part, une dynamique législative : les principes, qui ne sont affirmés que d'une façon très générale dans le Pacte, devront être concrétisés dans chaque Etat par l'adoption de nouvelles lois, plus protectrices de l'environnement. D'autre part, une dynamique jurisprudentielle : source d'inspiration pour les cours suprêmes, un tel texte viendrait nourrir les interprétations produites par l'ensemble des juridictions. Le succès jurisprudentiel, en Europe, de la Convention européenne des droits de l'homme ou, en France, de la Charte constitutionnelle de l'environnement de 2004, montre qu'un catalogue de principes féconds produit un impact profond sur le système juridique.

Instrument vivant et de caractère universel, le Pacte serait en outre assorti de mécanismes de suivi afin de garantir son effectivité. Ainsi, à l'échelle internationale, un Comité de suivi serait chargé de veiller à sa mise en œuvre par les Etats. Lieu d'échange et d'information sur les meilleures pratiques nationales dans chacun des domaines couverts par le Pacte, il pourrait élaborer des recommandations servant de lignes directrices pour les États comme pour les acteurs issus de la société civile.

Le Pacte mondial pour l'environnement a ainsi pour vocation de devenir la pierre angulaire du droit international de l'environnement. Pour les citoyens, il ouvrira la possibilité d'invoquer des droits nouveaux en matière d'environnement. Pour les entreprises, il permettra de bénéficier d'un cadre juridique harmonisé à l'échelon mondial et d'éviter une concurrence déloyale, fondée sur un « dumping environnemental » qui pénalise les entreprises vertueuses. La gouvernance mondiale

*Le projet de Pacte mondial pour l'environnement : un nouvel outil pour la gouvernance mondiale de l'environnement*

de l'environnement se trouvera dotée d'un nouvel outil juridique, pour mieux protéger la planète.

**KAMI HAERI ET VALERIE MUNOZ-PONS**

*La riposte du législateur français face à l'extraterritorialité des lois américaines anti-corruption*

---



***KAMI HAERI***

*Avocat au Barreau de Paris depuis 1997, Kami Haeri est associé au sein du cabinet Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan. Il intervient en contentieux, droit pénal des affaires, compliance et en matière d'investigations internationales. Il est ancien secrétaire de la Conférence du stage et ancien membre du conseil de l'Ordre de Paris.*



***VALERIE MUNOZ-PONS***

*Avocat au Barreau de Paris depuis 2007, Valérie Munoz-Pons est counsel au sein du cabinet Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan. Son activité est centrée sur le droit pénal des affaires, la compliance et le droit de la presse. Elle intervient également en matière d'investigations internationales.*

*Plusieurs entreprises françaises ont été très lourdement sanctionnées aux Etats-Unis au cours des dernières années pour ne pas avoir respecté les dispositions du FCPA (Foreign Corrupt Practices Act), la loi américaine réprimant la corruption des agents publics étrangers. Dans certains cas, les règles procédurales justifiant la compétence des tribunaux américains n'étaient pas évidentes a priori. Il suffit en effet, pour fonder la compétence territoriale des juridictions américaines en matière de corruption, qu'un élément mineur de l'infraction ait un rattachement avec le territoire américain. Cette question de l'extraterritorialité de la législation américaine a fait l'objet d'un rapport d'information parlementaire déposé le 5 octobre 2016. Dans ses conclusions, la mission d'information estimait nécessaire de faire valoir auprès des Etats-Unis que certaines pratiques sont devenues abusives et que la France ne les acceptera plus. La Loi Sapin II marque une première étape dans cette riposte en facilitant la poursuite des faits commis à l'étranger et en donnant à l'Agence française anticorruption le pouvoir de surveiller la bonne application de la loi de blocage en cas de monitoring imposé par un régulateur étranger. Toutefois, ces mesures demeurent trop limitées pour protéger efficacement les sociétés françaises.*

Le 21 septembre 2017, la société de télécommunication suédoise Téliá a accepté de signer avec le *Department of Justice* américain une transaction mettant à sa charge une amende de 965 millions de dollars pour des faits de corruption commis en Ouzbékistan<sup>1</sup>. Cette décision vient s'ajouter à une longue liste de sanctions prononcées sur le fondement du FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*), la loi américaine réprimant la corruption des agents publics étrangers. Sur les dix sanctions les plus lourdes, trois visaient des entreprises françaises. Alstom a été condamnée à une amende de 772 millions de dollars en 2014<sup>2</sup>. Total<sup>3</sup> et Technip<sup>4</sup> ont été condamnées à des amendes s'élevant respectivement à 398 millions et 338 millions de dollars en 2013 et 2010. Les « crochets » (ou « *hooks* ») ayant permis au régulateur américain de justifier sa compétence étaient souvent ténus (email envoyé depuis les États-Unis, paiement en dollars...) et le centre de gravité de ces affaires est

---

<sup>1</sup> US Department of Justice, « *Telia Company AB and Its Uzbek Subsidiary Enter Into a Global Foreign Bribery Resolution of More Than \$965 Million for Corrupt Payments in Uzbekistan* », 21 septembre 2017 [<https://www.justice.gov/opa/pr/telia-company-ab-and-its-uzbek-subsidiary-enter-global-foreign-bribery-resolution-more-965>].

<sup>2</sup> Après avoir reconnu que certains de ses salariés avaient versé des commissions à des agents publics en Indonésie, en Egypte, en Arabie saoudite, aux Bahamas et à Taïwan pour remporter des marchés. US Department of Justice, « *Alstom Pleads Guilty and Agrees to Pay \$772 Million Criminal Penalty to Resolve Foreign Bribery Charges* », 22 décembre 2014 [<https://www.justice.gov/opa/pr/alstom-pleads-guilty-and-agrees-pay-772-million-criminal-penalty-resolve-foreign-bribery>].

<sup>3</sup> US Securities and Exchange Commission, « *SEC Charges Total S.A. for Illegal Payments to Iranian Official* », 29 mai 2013 [<https://www.sec.gov/news/press-release/2013-2013-94.htm>].

<sup>4</sup> US Securities and Exchange Commission, « *SEC Charges Technip with FCPA Violations* », 28 juin 2010 [<https://www.sec.gov/news/press/2010/2010-110.htm>].



souvent très éloigné du territoire américain. C'est la force de l'application extraterritoriale de certaines lois américaines.

Le législateur français a fait savoir qu'il entendait réagir. Une mission d'information parlementaire a ainsi été lancée en 2016<sup>5</sup> sur le thème de l'extraterritorialité de la législation américaine<sup>6</sup>. Partant du constat que l'arsenal français et européen de lutte contre la corruption est insuffisant pour convaincre le régulateur américain de ne pas faire usage du pouvoir que constitue l'extraterritorialité de certaines de ses lois, le rapport remis le 5 octobre 2016 (ci-après le « Rapport ») a proposé de se doter d'instruments comparables à ceux existant en droit américain (I.).

La 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 (ci-après « Loi Sapin II ») a mis en œuvre une partie des recommandations formulées. Elle a renforcé les moyens de prévention et de lutte contre la corruption en créant une obligation de prévention contre les risques de corruption<sup>7</sup> et en mettant en place une nouvelle autorité de contrôle, l'Agence française anticorruption (ci-après « AFA »)<sup>8</sup>. L'AFA s'efforce de gagner sa légitimité internationale, en allant promouvoir le nouveau dispositif français de lutte anticorruption auprès de ses homologues étrangers et auprès des organisations internationales, telles que l'OMC et le FMI<sup>9</sup>. S'inspirant du droit américain, la Loi Sapin II instaure, en outre, une forme de *Deferred prosecution agreement* à la française appelée convention judiciaire d'intérêt public<sup>10</sup> (II.).

L'ambitieuse Loi Sapin II se pose comme un rempart à l'extraterritorialité des législations étrangères anticorruption. Elle répond en cela aux réformes qu'appelait de ses vœux la mission d'information sur l'extraterritorialité. Toutefois, on peut regretter qu'en contrepartie des obligations imposées aux sociétés françaises, le législateur n'ait pas mis en place un système permettant de mieux les protéger (III).

## **I. LES PRECONISATIONS DU RAPPORT RELATIF A L'EXTRATERRITORIALITE**

Le Rapport préconise que la France et l'Union européenne se dotent « *d'armes juridiques et d'intelligence économique égales à celles construites par les États-*

---

<sup>5</sup> Et confiée à la Commission des Affaires étrangères et la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale.

<sup>6</sup> Assemblée Nationale, « *Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine* », 5 octobre 2016 [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i4082.asp>].

<sup>7</sup> Loi Sapin II, art. 17 ; C. pén., article 131-39-2 du CP (sur la peine complémentaire de mise en conformité).

<sup>8</sup> Loi Sapin II, art. 1 à 5.

<sup>9</sup> Twitter, profil de l'AFA (@AFA\_gouv), en particulier : déclarations du 6 et 8 novembre 2017 [[https://twitter.com/afa\\_gouv](https://twitter.com/afa_gouv)].

<sup>10</sup> Loi Sapin II, art. 22 ; la première CJIP a été conclue par HSBC le 30 octobre 2017 : Les Echos, « *HSBC Private Bank conclut la première transaction pénale à la française* », 14 novembre 2017 [<https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/030871515318-hsbc-private-bank-conclut-la-premiere-transaction-penale-a-la-francaise-2130061.php>].

Unis »<sup>11</sup>. Cette recommandation s'applique non seulement à la corruption (A) mais également à toutes les matières dans lesquelles les lois américaines ont une portée extraterritoriale, telles que les embargos et autres sanctions économiques (B).

### **A. Le nécessaire renforcement du dispositif anticorruption français**

D'après le Rapport, l'insuffisance des dispositifs anticorruption en vigueur dans les États européens explique en partie l'application récurrente des lois américaines à l'encontre des entreprises européennes<sup>12</sup>. Il est vrai qu'en France, les condamnations pour des faits de corruption ont longtemps été peu nombreuses, tardives et d'une sévérité modérée. La définition de la corruption posée par le FCPA n'est pas très différente de ce qui est prévu par le Code pénal français en matière de corruption active d'agent public étranger<sup>13</sup> : est sanctionné le fait d'offrir ou de promettre tout objet de valeur à un agent public étranger directement ou indirectement avec la volonté d'influencer les actes ou la décision de cet agent. La spécificité de la législation américaine réside surtout dans son large champ d'application, reposant sur des « *hooks* » (ou « *crochets* ») qui permettent de rattacher aux États-Unis des faits qui en semblent très éloignés *a priori*. Pour que des faits de corruption tombent dans le champ d'application du FCPA, il suffit ainsi que l'entreprise soit cotée sur le marché américain<sup>14</sup>, ou qu'un paiement en dollars ait été effectué<sup>15</sup>, ou que des fonds aient été transférés *via* des comptes situés aux États-Unis ou à l'étranger mais détenus par des banques américaines<sup>16</sup>, ou simplement que des emails aient transité par un serveur situé aux États-Unis<sup>17</sup>.

Pour faire obstacle à l'application extraterritoriale du FCPA, le Rapport recommandait de renforcer le dispositif anticorruption français. Les États-Unis ne seraient ainsi plus tentés de poursuivre les entreprises françaises car s'installerait « *une sorte de modus vivendi où chacun se réserverait le droit de poursuivre 'ses'*

---

<sup>11</sup> Assemblée Nationale, « *Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine* », 5 octobre 2016, p. 12.

<sup>12</sup> Assemblée Nationale, « *Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine* », 5 octobre 2016, pp. 81 à 92.

<sup>13</sup> C. pén., art. 435-3 : « *Est puni [...] le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat.* ».

<sup>14</sup> US District Court, Southern District of New York, *United States of America v. Statoil ASA*, 06-CR-960, 13 octobre 2006.

<sup>15</sup> US District Court, Southern District of Florida, *United States of America v. Alcatel-Lucent, S.A.*, 10-CR-20907, 27 décembre 2010.

<sup>16</sup> US District Court, Southern District of Texas, *Securities and Exchange Commission v. Halliburton Company and KBR*, 11 février 2009.

<sup>17</sup> US District Court, Eastern District of Virginia, *United States of America v. Magyar Telekom, Plc.*, 11-CR-597, 29 décembre 2011.

*entreprises* »<sup>18</sup>. Le Rapport émettait principalement deux recommandations. En premier lieu, l'instauration d'une convention judiciaire d'intérêt public : une entreprise poursuivie pour des faits de corruption qui accepterait cette convention pourrait être condamnée à une amende civile, à mettre en place un programme de mise en conformité et à réparer les victimes. En second lieu, l'introduction d'une disposition extraterritoriale permettant de poursuivre, devant le juge français, des entreprises étrangères pour des faits de corruption commis à l'étranger dans tous les cas où ces entreprises auraient une quelconque activité en France.

Ces deux recommandations ont été intégrées dans la Loi Sapin II. La convention judiciaire d'intérêt public (ou « CJIP ») est prévue par l'article 22. Son application ne s'est pas faite attendre : le 30 octobre 2017, HSBC Private Bank a signé une CJIP aux termes de laquelle elle a accepté de payer une amende civile de 300 millions d'euros<sup>19</sup>. Par ailleurs, un délit de trafic d'influence d'agent public étranger a été prévu par l'article 21 de la Loi Sapin II, inséré dans le Code pénal (ci-après « CP ») au nouvel article 435-6-2. La Loi Sapin II facilite, par ailleurs, la poursuite des faits commis à l'étranger. Il n'est désormais plus nécessaire que l'auteur principal d'un fait d'atteinte à la probité ait été condamné à l'étranger pour que son complice puisse faire l'objet de poursuites en France. En outre, une plainte préalable du parquet n'est plus requise en cas de poursuite en France de faits commis à l'étranger<sup>20</sup>. En suivant les recommandations du Rapport, la Loi Sapin II a ainsi élevé le dispositif de lutte anticorruption français à un niveau de rigueur qui se veut équivalent au droit américain.

## **B. Les évolutions attendues en matière de sanctions économiques**

L'extraterritorialité de la loi américaine n'est pas réservée à la lutte contre la corruption. Les États-Unis adoptent régulièrement des mesures d'embargos et des sanctions économiques, à portée extraterritoriale, visant à restreindre les échanges avec certains pays. Les sanctions prononcées sur ce fondement, notamment à l'encontre des sociétés françaises, peuvent être particulièrement lourdes<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Assemblée Nationale, « *Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine* », 5 octobre 2016, p. 81.

<sup>19</sup> Le portail des ministères économiques et financiers, CJIP entre le Procureur de la République Financier et HSBC Private Bank (Suisse) SA, n° PNF 11 024 092 018, 30 octobre 2017 [<https://www.economie.gouv.fr/afa/publications-legales>].

<sup>20</sup> C. pén., art. 435-6-2 : « *Dans le cas où les infractions prévues aux articles 435-1 à 435-4 sont commises à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement ou exerçant tout ou partie de son activité économique sur le territoire français, la loi française est applicable en toutes circonstances, par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6, et l'article 113-8 n'est pas applicable.* »

<sup>21</sup> Ainsi, une amende de près de 9 milliards d'euros a été infligée en 2015 à la banque BNP-Paribas accusée d'avoir violé les embargos américains contre plusieurs pays. US Department of Justice, « *BNP Paribas Sentenced for Conspiring to Violate the International Emergency Economic Powers Act and the Trading with the Enemy Act* », 1er Mai 2015 [<https://www.justice.gov/opa/pr/bnp-paribas-sentenced-conspiring-violate-international-emergency-economic-powers-act-and>].

## *La riposte du législateur français face à l'extraterritorialité des lois américaines anti-corruption*

Pour les limiter, le Rapport préconisait tout d'abord de renforcer le dispositif français de sanctions économiques et recommandait, pour cela, de voter le projet de loi relatif à la violation des embargos et autres mesures restrictives, déposé en 2006. Malgré cette recommandation, le projet de loi attend toujours d'être examiné en deuxième lecture au Sénat<sup>22</sup>.

A l'échelle européenne, le Rapport recommandait d'harmoniser les pratiques nationales s'agissant de la mise en œuvre des sanctions internationales, notamment en mettant en place un organe chargé d'appliquer les mesures édictées par l'Union.

Le Rapport recommandait également de réformer la loi de blocage française de 1968<sup>23</sup>, qui a pour but de faire obstacle à l'application extraterritoriale des lois étrangères en sanctionnant la production de documents dans le but de constituer des preuves devant servir dans le cadre de contentieux étrangers<sup>24</sup>. À ce jour, elle n'a pas encore fait l'objet d'une refonte<sup>25</sup>.

Enfin, le Rapport préconisait d'améliorer les moyens de renseignement économique. Les récentes évolutions en la matière témoignent d'une réelle volonté de parvenir à ce résultat. En 2016, un service entièrement dédié au renseignement économique a été créé : le Service de l'Information Stratégique et de la Sécurité Économique<sup>26</sup>. Par ailleurs, des mesures ont été prises pour faciliter la circulation de l'information entre la cellule de renseignement financier française (TRACFIN) et les services de police et

---

<sup>22</sup> Sénat, *Embargos et autres mesures restrictives. Projet de loi relatif à la violation des embargos et autres mesures restrictives*, 2016 [<https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl05-205.html>] ; Assemblée Nationale, « *Rapport d'information sur le bilan d'activité de la Commission des Affaires étrangères sous la XIV législature (2012-2017)* », 14 mars 2017 [<http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i4593.asp>].

Des décisions ont néanmoins été prises. L'ordonnance n° 2016-1575 du 24 novembre 2016 est venue clarifier et renforcer le dispositif national de gel des avoirs décidé dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ou par le Conseil de sécurité des Nations Unies ou le Conseil de l'Union européenne. En donnant plus de visibilité aux sanctions économiques appliquées en France, ce texte signale au régulateur américain qu'il n'a pas besoin de mettre en œuvre des sanctions similaires.

<sup>23</sup> Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, dite « Loi de blocage ».

<sup>24</sup> Loi de blocage, art. 1 bis : « *Sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et règlements en vigueur, il est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci.* ».

<sup>25</sup> Si la loi de blocage n'a pas encore fait l'objet d'une refonte, une directive européenne du 8 juin 2016 (Directive (UE) n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites) était déjà venue renforcer la protection du secret d'affaires. La directive vise à protéger la confidentialité des secrets d'affaires des entreprises européennes au cours de procédures judiciaires étrangères. Son article 9 impose aux États membres de mettre en place un mécanisme de blocage interdisant à toute personne participant à une procédure judiciaire étrangère d'utiliser ou de divulguer un secret d'affaire. Ce dispositif permet ainsi de protéger les entreprises européennes contre le caractère invasif de certaines procédures judiciaires américaine.

<sup>26</sup> Il est venu remplacer l'ancienne délégation interministérielle à l'intelligence économique.

de gendarmerie<sup>27</sup>, le parquet national financier<sup>28</sup> et les cellules de renseignement financier étrangers<sup>29</sup>, même si des progrès restent à faire<sup>30</sup>.

Le Rapport souhaitait que soient donnés à la France et à l'Union européenne les moyens d'être « à armes égales » face aux lois américaines d'application extraterritoriale. La Loi Sapin II constitue une première étape dans cette riposte.

## **II. LE DISPOSITIF PREVU PAR LA LOI SAPIN II**

La Loi Sapin II, promulguée le 9 décembre 2016, transforme le dispositif de lutte anticorruption français. L'objectif affiché est notamment de convaincre le régulateur américain qu'il n'a pas besoin de poursuivre les entreprises françaises. La Loi Sapin II instaure une obligation de prévention contre le risque de corruption (A) et transpose le *monitoring* américain en droit français (B).

### **A. L'obligation de prévention contre le risque de corruption**

La révolution annoncée consiste tout d'abord en la mise en place d'une obligation de prévention contre le risque de corruption, prévue à l'article 17 de la loi Sapin II. Cette obligation concerne 1600 sociétés privées ainsi que les établissements publics à caractère industriel et commercial (ci-après « EPIC ») les plus importants et s'impose aux dirigeants des sociétés employant plus de 500 salariés et aux dirigeants des groupes de sociétés employant plus de 500 salariés et dont le chiffre d'affaire est supérieur à 100 millions d'euros.

Ces dirigeants et les personnes morales qu'ils dirigent ont l'obligation de prendre des mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France et à l'étranger, des faits de corruption ou de trafic d'influence, à savoir :

- adopter un code de conduite définissant et illustrant les comportements à proscrire ;
- mettre en place un dispositif d'alerte interne destiné à recueillir les signalements émanant d'employés relatifs à des faits de corruption et de trafic d'influence ;
- réaliser une cartographie des risques de corruption et de trafic d'influence ;
- mettre en œuvre des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires ;

---

<sup>27</sup> C. mon. fin., art. L. 561-27.

<sup>28</sup> C. mon. fin., art. L. 561-30-1.

<sup>29</sup> C. mon. fin., art. L. 561-29-1 et L. 561-29-2.

<sup>30</sup> La Lettre A, « *Les données économiques, talon d'Achille de l'agence anti-corruption* », 19 octobre 2017, n° 1794 : « *L'entité [l'AFA] manque de remontées d'informations de Bercy et de relais à l'étranger pour exercer efficacement ses missions* ».

## *La riposte du législateur français face à l'extraterritorialité des lois américaines anti-corruption*

- mettre en place des procédures de contrôles comptables destinées à s'assurer que les documents comptables ne masquent pas des faits de corruption ou de trafic d'influence ;
- organiser des formations destinées aux cadres et aux personnels les plus exposés ;
- adopter un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés en cas de violation du code de conduite de la société ; et
- prévoir un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

Ces obligations sont lourdes et leur respect sera minutieusement contrôlé par l'AFA. Pour mener à bien leur mission de contrôle, les agents de l'AFA disposent de pouvoirs d'enquête. Ils peuvent se faire communiquer tout document professionnel ou information utile quels qu'en soit le support. Ils peuvent également procéder à des vérifications sur place et s'entretenir, de manière confidentielle, avec toute personne dont le concours leur paraît nécessaire. Dès le mois d'octobre 2017, le directeur de l'AFA a signé les lettres de mission désignant les premières entreprises faisant l'objet du contrôle, et ce, alors même que l'AFA ne publiera ses recommandations au Journal officiel qu'en décembre 2017<sup>31</sup>.

En cas de manquement, le directeur de l'AFA peut adresser un avertissement aux représentants de la société, après les avoir mis en demeure de présenter leurs observations. Il peut également saisir la commission des sanctions, qui pourra prononcer une injonction de mise en conformité ou une sanction pécuniaire pouvant atteindre 200 000 euros pour les personnes physiques et 1 millions d'euros pour les personnes morales. Ces sanctions peuvent être assorties de mesures de publication, de diffusion ou d'affichage. On soulignera que ces sanctions visent, non pas la commission de faits de corruption, mais le défaut ou l'insuffisante mise en œuvre du plan de prévention contre le risque de corruption. Une société peut dès lors se voir condamnée jusqu'à hauteur de 1 million d'euros alors même qu'il n'existerait aucun fait avéré ou suspecté de corruption.

### **B. La transposition du *monitoring* américain en droit français**

L'obligation de prévention est doublée d'un mécanisme de mise en conformité directement inspiré du droit américain, pouvant concerner toutes les sociétés, même si elles ont moins de 500 salariés. Dès lors qu'une société est condamnée pénalement pour des faits de corruption ou de trafic d'influence<sup>32</sup>, elle pourra se voir imposer de

---

<sup>31</sup> AFA, « *Le Directeur de l'AFA lance les premiers contrôles sur les entreprises* », 10 octobre 2017, [<https://www.economie.gouv.fr/afa/directeur-lafa-lance-premiers-contrôles-sur-entreprises>].

<sup>32</sup> C. pén., art. 433-1 et 433-2 (pour les agents publics français) ; art. 435-3 et 435-4 (pour les agents étrangers) ; art. 434-9 al. 8 et 434-9-1 al. 2 (pour le personnel judiciaire français) ; art. 435-9 et 435-10 (pour le personnel étranger) ; art. 445-1, 445-1-1, 445-2 et 445-2-1 (pour les personnes n'exerçant pas une fonction publique).

mettre en œuvre un plan de prévention sous le contrôle de l'AFA à titre de peine complémentaire (nouvel article 131-39-2 du CP). Ce *monitoring* pourra également être imposé lors de la signature d'une CJIP.

La personne condamnée à titre de peine complémentaire devra se soumettre, sous le contrôle de l'AFA, à un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre des huit mesures constituant un plan de prévention contre le risque de corruption au sens de l'article 17 de la Loi Sapin II. La peine peut s'étendre sur une période maximale de 5 ans. Le non-respect de l'obligation de mise en conformité est sanctionné par une peine pouvant aller jusqu'à 2 ans d'emprisonnement et 50 000 euros d'amende pour les personnes physiques et 250 000 euros d'amende pour les personnes morales<sup>33</sup>. Cette sanction peut faire l'objet d'un affichage ou d'une diffusion.

Le *monitoring* peut également être mis en œuvre en application d'une CJIP, proposée aux personnes morales mises en cause pour faits de corruption ou de trafic d'influence, tant au niveau national qu'international, ou pour des faits de blanchiment de fraude fiscale ou des infractions connexes. À côté de la sanction financière (qui peut atteindre 30% du chiffre d'affaire moyen des trois dernières années), le procureur de la République peut proposer la mise en œuvre d'un programme de mise en conformité sous le contrôle de l'AFA pendant une durée maximale de 3 ans<sup>34</sup>. Une fois encore, le plan de prévention impose la mise en œuvre de toutes les mesures prévues à l'article 17 de la Loi Sapin II.

En parallèle, la Loi Sapin II prévoit un contrôle des mesures de *monitoring* ordonnées par les régulateurs étrangers. L'AFA s'est ainsi vue confier la mission de veiller à l'application de la loi de blocage de 1968 dans ce cadre<sup>35</sup>.

### **III. LES AXES D'AMELIORATION : LA NECESSAIRE PROTECTION DES SOCIETES FRANÇAISES**

En contrepartie d'obligations accrues pesant sur les grandes entreprises et de l'assouplissement des règles de procédure rendant le risque de poursuites plus important, il était légitime d'attendre du législateur qu'il mette en place des mécanismes pour protéger efficacement les entreprises qui se conforment aux nouvelles obligations en matière de prévention. On peut regretter que les garanties fournies soient insuffisantes tant en cas de contrôle de l'AFA (**A**) qu'au regard du risque d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales (**B**).

#### **A. Le manque de garanties procédurales en cas de contrôle de l'AFA**

---

<sup>33</sup> L'amende de 250 000 euros peut être augmentée à hauteur de l'amende encourue au titre du délit pour lequel la personne morale a été condamnée et qui a donné lieu au prononcé de la peine complémentaire. La personne morale s'expose également à toute autre peine prévue pour ledit délit.

<sup>34</sup> Loi Sapin II, art. 22, 2°.

<sup>35</sup> Loi Sapin II, art. 3, 5°.

Le décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'AFA prévoit, en son article 5, que l'audience de la Commission des sanctions, en cas de manquement à l'obligation de prévention contre le risque de corruption, est publique. Toutefois, le décret précise que : « *le président peut interdire au public l'accès de la salle pendant tout ou partie de l'audience pour préserver l'ordre public ou lorsque la publicité est susceptible de porter atteinte au secret des affaires ou tout autre secret protégé par la loi* ». La notion de secret des affaires n'est pas définie en droit français à ce jour, ce qui soulève une incertitude et un risque important pour les sociétés qui feront l'objet d'une procédure devant la Commission des sanctions. Tel que le décret est rédigé, le choix de ne pas tenir les débats en audience publique sera laissé à la seule appréciation de la Commission des sanctions. Cette solution a été confirmée par la « Charte des droits et des devoirs des parties prenantes au contrôle » (ci-après la « Charte de contrôle de l'AFA »), publiée par l'AFA au mois d'octobre 2017<sup>36</sup>.

En outre, rien n'est prévu spécifiquement sur les questions liées à la protection des informations classifiées<sup>37</sup> ou faisant l'objet d'une marque particulière de confidentialité<sup>38</sup>. Cela est d'autant plus problématique que les garanties accordées s'agissant des contrôles menés par l'AFA semblent bien insuffisantes. Or, les agents qui conduiront ces contrôles disposent de pouvoirs étendus, renforcés par des sanctions pénales particulièrement lourdes en cas d'obstacle au contrôle (à savoir une amende pouvant atteindre 30 000 euros)<sup>39</sup>.

Par ailleurs, le texte ne prévoit aucune garantie explicite sur les droits de la défense dans le cadre des contrôles : cette absence est d'autant plus regrettable que les contrôles peuvent déboucher sur un renvoi devant la Commission des sanctions ou une transmission du dossier au parquet en vue de poursuites pénales. À titre d'exemple et de comparaison, le Conseil d'Etat veille à ce que les contrôles menés par les agents de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ci-après « ACPR »)<sup>40</sup> se déroulent « *dans des conditions garantissant qu'il ne soit pas porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense des personnes auxquelles des griefs sont ensuite notifiés* »<sup>41</sup>. De la même manière, le principe de loyauté s'applique aux enquêtes menées par l'Autorité des marchés financiers (ci-après « AMF »). En effet, la jurisprudence retient que l'enquête doit être « [...] *loyale de façon à ne pas compromettre irrémédiablement les droits de la défense* »<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup> AFA, « *Charte des droits et des devoirs des parties prenantes au contrôle* », p. 9, 15 octobre 2017.

<sup>37</sup> « *Très Secret Défense* », « *Secret Défense* » et « *Confidentiel Défense* ».

<sup>38</sup> Par exemple : « *Spécial France* », « *Confidentiel Personnel* », « *Confidentiel Industrie* » ou encore « *Diffusion Restreinte* ».

<sup>39</sup> Le projet de loi présenté au Conseil d'Etat prévoyait une amende de 300 000 euros que le Conseil a dénoncée en raison de sa disproportion.

<sup>40</sup> L'ACPR est une institution chargée de la surveillance de l'activité des banques et des assurances en France.

<sup>41</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ch. réunies, 5 oct. 2016, n° 389377.

<sup>42</sup> Cass., com., 1<sup>er</sup> mars 2011, n° 09-71.252 ; Cass., com., 6 septembre 2011, n° 10-11.564.



Enfin, on peut regretter que, le rapport d'enquête de l'AFA ne tienne pas compte des observations reçues. Devant l'ACPR et l'AMF<sup>43</sup>, les entités contrôlées peuvent formuler des observations sur le projet de rapport et avant que le rapport final ne soit établi. Cette pratique semble plus cohérente avec le respect du principe du contradictoire. Or, l'article 5 du décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'AFA prévoit uniquement que des observations seront formulées non pas sur le projet de rapport mais sur le rapport lui-même. La Charte de contrôle de l'AFA vient préciser les modalités de présentation des observations<sup>44</sup>. Bien que les observations soient transmises avec le rapport à la Commission des sanctions, on peut s'interroger sur l'utilité de telles observations une fois le rapport établi et encore plus dans l'hypothèse où l'AFA estimera devoir transmettre le rapport au parquet aux fins de poursuites.

Afin de mieux protéger les entreprises françaises, des modifications pourraient être apportées au décret pour garantir la confidentialité des audiences devant la Commission des sanctions. Les garanties accordées aux entreprises dans le cadre des contrôles pourraient également être renforcées en précisant expressément les documents susceptibles d'être saisis (et en ajoutant une exclusion pour les informations et documents couverts par le secret des relations entre un avocat et son client, le secret de la défense nationale ou revêtus d'une mention particulière de confidentialité). De même, il pourrait être ajouté dans la loi une mention précisant que les contrôles se déroulent « *dans des conditions garantissant qu'il ne soit pas porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense des personnes auxquelles des griefs sont ensuite notifiés* ». Enfin, la possibilité de formuler des observations sur le projet de rapport établi à l'issue du contrôle permettrait que la version définitive du rapport tienne compte de ces observations.

## **B. L'obligation de prévention contre le risque de corruption : un coût important mais aucune garantie pour les personnes morales**

Les plans de prévention sont coûteux. Ils mobilisent des ressources humaines et vont probablement conduire à renoncer à certaines opérations ne présentant pas toutes les garanties requises même si aucun fait délictueux avéré n'est identifié. En outre, il est à craindre que les lignes d'alerte seront parfois détournées de leur objectif initial pour servir des intérêts personnels étrangers à l'intérêt social et donner lieu à des dénonciations fantaisistes ou mensongères.

---

<sup>43</sup> AMF, « *La Charte de l'enquête de l'AMF* », 30 septembre 2014.

<sup>44</sup> AFA, « *Charte des droits et des devoirs des parties prenantes au contrôle* », pp. 7-8, 15 octobre 2017. À l'issue de l'enquête, l'AFA communique à l'entité contrôlée le rapport écrit contenant les observations de l'AFA sur l'existence et la qualité du dispositif de prévention et de détection mis en place par l'entité. En l'absence de manquement à l'obligation de prévention, l'entité peut transmettre ses éventuelles observations dans un délai de deux mois. En cas de manquement, l'AFA met en demeure l'entité de présenter ses observations dans le délai de deux mois. Durant cette période, les dirigeants de l'entité peuvent également demander un entretien pour présenter oralement leurs observations à l'AFA.

Or, les entreprises françaises n'ont, en contrepartie de ces investissements lourds, aucune perspective positive à l'égard du régulateur si ce n'est d'échapper à des sanctions prononcées par l'AFA. À cet égard, il est regrettable que le législateur français ne se soit pas inspiré du UKBA (*United Kingdom Bribery Act*) de 2010. Ce texte a renforcé au Royaume-Uni l'arsenal classique de lutte contre la corruption. La mesure phare du UKBA fut l'introduction d'un nouveau délit de défaut de prévention de la corruption<sup>45</sup> visant les personnes morales sanctionnées par une amende illimitée. Ainsi, engage automatiquement sa responsabilité pénale toute personne morale dans le monde ayant une activité, même partielle, au Royaume-Uni, dont l'une des « *personnes associées* », fournissant des services pour le compte de la personne morale (tels que les employés, les filiales ou les agents commerciaux), est responsable d'actes ou de tentatives de corruption, entrepris dans le but d'obtenir pour la personne morale une affaire ou un avantage, sauf pour la personne morale à démontrer qu'elle avait mis en place des « *procédures adéquates* », conçues pour prévenir de tels actes. Ces procédures adéquates protègent la personne morale en cas de commission de faits de corruption par ses salariés ou les personnes qui lui sont associées. Le plan de prévention est donc, en droit britannique, une cause d'exonération de la responsabilité pénale, ce qu'il n'est pas formellement en droit français.

À l'occasion de la Loi Sapin II, il aurait été opportun de faire évoluer les règles de mise en cause de la responsabilité pénale des personnes morales en France, pour permettre aux sociétés qui auraient mis en place un plan de prévention et de détection de la corruption adéquat, d'échapper à la mise en cause de leur responsabilité pénale dans l'hypothèse où de tels faits seraient commis par leurs salariés ou les personnes qui leur sont associées dans le cadre d'agissements individuels.

Ces évolutions permettraient de rééquilibrer le dispositif prévu par la Loi Sapin II. Car, s'il est compréhensible que le législateur français cherche à faire barrage à l'application extraterritoriale des législations étrangères en renforçant son propre arsenal, cela doit aller de pair avec une meilleure protection des sociétés nationales.

---

<sup>45</sup> *United Kingdom Bribery Act* (UKBA), 8 avril 2010, section 7.

**PIERRE SERVAN-SCHREIBER**

*Collaboration et coopération dans le droit « global »*

---



***PIERRE SERVAN-SCHREIBER***

*Avocat aux Barreaux de Paris et New York, ancien membre du Conseil de l'Ordre des avocats de Paris, médiateur, arbitre et coach de conflits.*

*Pendant plus de vingt ans, Pierre Servan-Schreiber a été l'un des principaux avocats français en droit des affaires internationales, intervenant principalement dans des dossiers impliquant de grands groupes (Société Générale, Renault, Air France, BNP-Paribas, etc.) et des familles détenant des entreprises en transformation (familles Taittinger, Puig, Ricci-Fuchs, Soriano, etc.). Il est notamment l'un des trois seuls avocats français à avoir été systématiquement classé parmi les meilleurs avocats en fusions-acquisitions et en droit boursier par *Who's Who Legal*. En décembre 2014, Pierre Servan-Schreiber fut sélectionné par *Les Echos* parmi les 200 Français qui représentent le mieux la France à l'étranger et par *Décideurs Stratégie Droit Finance* comme l'un des 50 meilleurs avocats d'affaires en France. Depuis janvier 2015, il se consacre principalement à la médiation dans deux domaines : les disputes au sein de familles ou d'affaires familiales et les conflits commerciaux et corporate.*

Corruption, blanchiment, fraude fiscale, infractions boursières, financement du terrorisme, sanctions internationales ... ces fléaux du siècle partagent plusieurs points communs parmi lesquels celui de concerner essentiellement les grands groupes de société et surtout d'avoir pris une ampleur particulière avec la mondialisation des échanges.

Les autorités nationales chargées de sanctionner ces comportements sont triplement limitées dans leur pouvoir d'action. Premièrement, elles ne peuvent s'appuyer que sur leur droit national qui n'a pas vocation à s'appliquer à l'étranger ; deuxièmement, leurs pouvoirs d'enquête sont non seulement circonscrits pour l'essentiel à l'intérieur de leurs frontières mais aussi, troisièmement, bien modestes comparés à l'immensité des champs d'investigation possibles, ne fut-ce que pour un seul dossier.

Face à ce dilemme, les autorités américaines ont trouvé une parade redoutable que nous appellerons ici la collaboration, par opposition à la coopération que nous réservons aux efforts concertés entre autorités de différents États. Discret, relativement rapide, sans aléa et surtout extraordinairement efficace, ce processus de collaboration a de beaux jours devant lui.

En quoi consiste-t-il ?

Plutôt que d'entamer des poursuites à l'encontre d'une entreprise présumée fautive, de mettre en place une instruction chargée de trouver les preuves des fautes prétendument commises puis d'affronter des avocats expérimentés devant un tribunal pour établir les fautes, les dommages et les liens de causalité, le tout dans un contexte de droit international privé hautement complexe lorsque tout ou partie des faits ou des victimes n'ont pas de lien direct avec les États-Unis, les autorités américaines ont tout simplement tout retourné : renversement de la charge de la preuve, renversement de la charge de l'enquête et de l'instruction du dossier, renonciation à quelques principes fondamentaux du droit processuel américain, etc. Au bout de ce processus, une transaction et pas de procès.

Concrètement, les autorités indiquent par un simple courrier aux entreprises suspectées d'avoir violé une loi américaine<sup>1</sup> la nature des faits susceptibles de leur être reprochés et leur demandent si elles souhaitent collaborer. Dans le cas où l'entreprise refuserait de collaborer, il est tout à fait clair que des poursuites seront aussitôt entamées contre elle ainsi que, le cas échéant, certains de ses dirigeants ou cadres. En outre, diverses mesures ou sanctions peuvent être prises à son encontre qui auront pour effet de limiter voire d'interdire son accès au marché américain.

---

<sup>1</sup> Même très indirectement, ainsi, il suffit parfois qu'une transaction entre deux parties non-américaines, intervenue à l'extérieur des États-Unis et dont aucun des effets ne se produit aux États-Unis soit libellée en dollars US pour que les autorités de cet Etat s'estiment compétentes.

Compte tenu du caractère éminemment dissuasif des sanctions potentielles, les entreprises suspectées collaborent toujours<sup>2</sup>. A partir de là, aucune échappatoire n'est possible. Elles confient à des cabinets d'avocats de premier plan le soin de négocier avec les autorités le périmètre de l'enquête, puis de mener eux-mêmes cette enquête interne destinée à identifier puis à révéler tout manquement aux règles dont ces autorités ont la garde. A l'issue de ce processus, les mêmes avocats négocient, au nom de leur client, les sanctions qui seront imposées sur la bases des preuves qu'ils auront eux-mêmes portées à la connaissance des autorités, toujours grâce au principe de collaboration.

Les sanctions ainsi infligées sont parfois considérables<sup>3</sup> sans que l'on sache très bien dans quelle mesure elles sont proportionnées, adéquates, raisonnables et bien fondées. En effet, une autre caractéristique majeure de ce nouveau paradigme est l'absence du juge. À l'exception des affaires dans lesquelles le gouvernement fédéral est représenté par le DOJ<sup>4</sup> pour lesquelles la transaction négociée doit être validée par un juge fédéral qui n'applique en réalité qu'un contrôle assez formel, point d'intervention judiciaire. Mais sans le regard du juge, comment être certain que "justice est faite", c'est-à-dire que la décision obtenue est "juste" que les vrais responsables ont vraiment été sanctionnés d'une façon satisfaisante par rapport au trouble apporté à l'ordre public ? De tous temps, les sociétés ont eu besoin de cette figure tutélaire chargée de dire le droit, d'énoncer publiquement laquelle, entre les parties présentes devant lui, est responsable, pourquoi et à quelle hauteur elle doit être sanctionnée. Peut-on vraiment s'en passer ? Cette question est d'autant plus pertinente que, dans la plupart des cas, l'entreprise visée par cette procédure de collaboration obtient qu'aucune reconnaissance de culpabilité de sa part ne figure dans la décision finale qui sera rendue publique. En contrepartie, les autorités américaines exigent que l'entreprise en question s'interdise non seulement de faire appel de la transaction, mais encore de la commenter, de la critiquer ou de faire mention de ses tenants et aboutissants devant toute autre autorité. Même si l'on considère qu'aucune entreprise qui accepte de telles transactions n'est totalement innocente des faits qui lui sont reprochés, il y a néanmoins quelque chose de choquant à cette opacité. Bien entendu, le reproche vaut dans l'autre sens puisqu'on peut aussi bien imaginer que telle entreprise ou tel dirigeant s'en sort bien mieux que si un procès s'était tenu.

Néanmoins, ces méthodes ont pour les autorités une efficacité incomparable. D'abord, du fait que ce sont les entreprises qui payent de leur poche le coût astronomique de telles enquêtes<sup>5</sup> et que ce sont leurs avocats et leurs *forensic experts*<sup>6</sup> qui fournissent

---

<sup>2</sup> À ma connaissance, une seule a refusé dans un premier temps puis, s'étant vue enjoindre d'expliquer les raisons pour lesquelles sa licence bancaire ne devrait pas lui être retirée dans les quinze jours, s'est empressée de collaborer.

<sup>3</sup> On songe notamment aux 8,9 milliards de dollars US que la BNP Paribas a dû déboursier pour manquement à la réglementation américaine sur les pays sous embargo.

<sup>4</sup> Department of Justice, le ministère de la justice américain.

<sup>5</sup> Plusieurs dizaines de millions de dollars en moyenne.

l'essentiel des équipes travaillant à la recherche des preuves, les autorités peuvent les multiplier à l'envi. Ensuite, ces enquêtes produisent toujours des résultats, c'est-à-dire qu'elles permettent d'identifier des infractions et donc d'imposer des sanctions. Enfin, elles ont un effet sans doute dissuasif sur les autres sociétés des secteurs et pays concernés.

Dès lors, les autorités américaines peuvent, à juste titre, se targuer d'avoir mis en place des méthodes aussi rapides qu'efficaces pour lutter contre un certain nombre de ces "fléaux du siècle" en utilisant l'attractivité du marché américain pour obtenir des grands groupes internationaux qu'ils collaborent à la révélation des fraudes et à leurs sanctions.

Ce serait leur faire un mauvais procès que d'accuser ces autorités d'avoir mis en place un tel "*process*" aux seules fins de favoriser les entreprises américaines au détriment de leurs concurrents. L'analyse démontre que, à part les dossiers de corruption pour lesquels les groupes étrangers sont significativement plus inquiétés que leurs homologues américains<sup>7</sup>, les entreprises américaines font autant l'objet de sanctions et de transactions lourdes que les autres.

Il n'en reste pas moins que ces méthodes favorisent considérablement le développement de l'influence politique des États-Unis par le biais de l'utilisation du droit américain. C'est parfois évident, comme le cas de Cuba le démontre. Diverses banques européennes ont eu à payer des sommes importantes pour n'avoir pas su éviter que des transactions concernant des personnes cubaines passent par leurs comptes en dollars. Or, on voit mal comment Cuba menace aujourd'hui la paix dans le monde ou l'ordre public international. On voit bien, en revanche, combien l'État de Floride, peuplé de nombreux électeurs d'origine cubaine, est important lors de chaque élection présidentielle américaine... Plus subtil est le fait que, par l'utilisation de ces procédures de collaboration, le droit américain trouve, de fait, une application extraterritoriale que les législateurs américains successifs n'ont jamais anticipée, ni même voulue. Or, l'on sait bien que le droit, comme la langue ou la monnaie, est un vecteur d'influence internationale très important.

Cette extraterritorialité pose de nombreux problèmes. Citons-en trois. Le premier est celui de la double peine. En effet, pour déterminer les sanctions qui seront imposées à l'entreprise concernée, les autorités américaines prennent en compte leur comportement et ses effets où que ce soit dans le monde. Or, si leur responsabilité est ensuite recherchée ailleurs pour les mêmes faits, elles ne pourront invoquer la règle "*non bis in idem*" ou autre règle d'effet équivalent pour échapper à de nouvelles

---

<sup>6</sup> Cabinets d'experts en informatique capables de récolter (*harvest*), de préserver et de traiter des dizaines de millions de documents informatiques (courriels, sms, contrats, correspondances, documents comptables, etc.).

<sup>7</sup> Sans qu'il soit pour autant aisé de déterminer si c'est dû à l'avance que le législateur américain a prise au XXe siècle sur un certain nombre de ses homologues étrangers, et singulièrement français, ou à raison d'intentions relevant plus du protectionnisme.

sanctions qui viendront s'ajouter aux sanctions américaines. Le deuxième est que dans le cadre de la procédure de collaboration, l'entreprise doit renoncer à des protections qui relèvent de l'ordre public international, comme on l'a vu plus haut (ex : confidentialité de la correspondance entre clients et avocats, prescription légale, secret professionnel...). Une fois qu'elle a renoncé à ses droits, il lui sera difficile voire inutile de les invoquer devant une autre juridiction puisque les faits auront été établis publiquement. Enfin, troisième problème, il existe des dispositions de droit national pouvant créer des conflits de lois. Prenons par exemple le cas de la loi française dite de blocage<sup>8</sup> qui fait interdiction à toute personne physique ou morale de transmettre des éléments, informations, etc. à une autorité administrative ou judiciaire étrangère dans le cadre ou "en vue" d'un procès. Comment collaborer s'il est interdit de communiquer des informations ?

Ce dernier exemple nous met sur la voie d'une ébauche de solution : la coopération entre autorités. Il est en effet probable que les faits reprochés à l'entreprise soient également répréhensibles dans d'autres juridictions et singulièrement dans celle où se trouve son siège social et celle dans laquelle les faits ont été commis. Les autorités de ces pays ont donc un double intérêt politique à les poursuivre. D'une part la volonté d'appliquer leur droit à ceux qui y contreviennent et d'autre part celle de ne pas laisser aux autorités américaines le rôle de gendarme – ou de juge - mondial. On peut aussi imaginer que les rentrées d'argent conséquentes que de telles sanctions peuvent leur procurer ne les laisse pas non plus complètement indifférentes. Reprenons l'exemple de la loi de blocage. Celle-ci prévoit une exception à sa très large interdiction de transmettre des informations à une autorité étrangère si celle-ci en fait la demande par le biais des dispositions d'un traité, d'une convention d'entraide ou tout autre instrument de droit international s'appliquant aux deux pays et prévoyant une assistance judiciaire entre eux. Cette coopération fonctionne très bien dans la pratique. Les autorités américaines la prennent en considération et la respectent, même si les avocats doivent parfois utiliser toute la subtilité de leur art pour que le fait d'invoquer la nécessité d'une telle coopération n'apparaisse pas comme une mesure dilatoire.

Cette coopération présente également un double intérêt pour les entreprises concernées. D'une part elle institue un contrôle véritable de la part des autorités de tutelle de l'entreprise sur les demandes faites par les autorités étrangères. Si ces dernières devaient se révéler trop larges, sans lien clair avec les infractions suspectées ou plus destinées à recueillir des informations stratégiques qu'à l'établissement des faits reprochés, elles pourraient être rejetées par les autorités de l'État du siège de l'entreprise et il serait impossible aux autorités étrangères de reprocher à cette dernière un manque de coopération puisque cette décision lui serait imposée. D'autre

---

<sup>8</sup> Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, modifiée par Loi 80-538 du 16 juillet 1980 ; JORF 17 juillet 1980.

part, elle crée un lien entre les autorités compétentes qui peut se révéler fort utile pour tenter d'éviter, ou au moins de limiter, la possibilité d'une double sanction.

Ce risque, véritable cauchemar pour les entreprises, est d'autant plus d'actualité que les États autres que les U.S.A., conscients de la force et de l'efficacité du dispositif de collaboration, le mettent à leur tour en œuvre. C'est ainsi que les autorités chinoises l'ont largement utilisé pour différents cas de corruption ou de fixation de prix allégués à l'encontre de groupes étrangers, voire d'industries entières<sup>9</sup>. Très récemment, le Parquet National Financier français a à son tour conclu sa première CJIP<sup>10</sup> pour des faits de blanchiment de fraude fiscale.

Il est illusoire d'imaginer que les « Deals de justice »<sup>11</sup> disparaîtront. Ils sont bien trop efficaces et de l'intérêt de toutes les parties prenantes. Mais les risques et les carences qu'ils emportent avec eux ne sont pas à prendre à la légère. La coopération entre autorités nationales ne les élimine pas mais peut les réduire. Elle s'impose donc.

---

<sup>9</sup> C'est ainsi que tous les grands laboratoires pharmaceutiques exerçant en Chine ont fait l'objet de plusieurs campagnes d'enquêtes à l'initiative des autorités chinoises au cours desquelles elles ont dû collaborer avec ces dernières.

<sup>10</sup> Convention Judiciaire d'Intérêt Public signée le 14 novembre 2017 avec HSBC Private Bank

<sup>11</sup> « Deals de Justice - le marché américain de l'obéissance mondialisée », ouvrage collectif sous la direction de Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber ; P.U.F. 2013



**CELINE CASTETS-RENARD**

*Privacy Shield: toward a strong Personal Data Protection  
between the US and the EU?*

---



**CELINE CASTETS-RENARD**

*Membre Junior de l'Institut Universitaire de France (IUF),*

*Professeur à l'Université Toulouse Capitole.*

*Elle dirige au sein de cette faculté le « Master Droit du Numérique ».*

*Elle est en outre directrice adjointe de l'Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé, Centre d'Excellence Jean Monnet.*

*Céline Castets-Renard est Lauréate Fulbright et Visiting Scholar à la Fordham Law School (2017-2018).*

**Privacy and Personal Data Protection.** While the United States and the European Union share the goal of enhancing privacy protection, the United States uses a sectoral approach that relies on a mix of legislation, regulation and self-regulation. Moreover, the protection is guaranteed at the US Federal level and State level.<sup>1</sup> In comparison, the EU chose to adopt an omnibus approach implemented through a single text<sup>2</sup> to authorize the free movement of data inside the internal market. The Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council *on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data* was enacted the 24 October 1995. It will be repealed

---

<sup>1</sup> D. J. Solove et P. M. Schwartz, *Information Privacy Law*, Wolters Kluwer, 6th Ed., 2017. Axel Tschentscher, *Privacy and Data Protection by Rules Rather than Principles* (August 4, 2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3013830>. Chris Jay Hoofnagle, *US Regulatory Values and Privacy Consequences*, 2 *Eur. Data Prot. L. Rev.* 169-177 (2016); UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2801404. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2801404>.

<sup>2</sup> Nevertheless, sectoral laws has been enacted to increase the protection in a specific domain.

## *Privacy Shield: toward a strong Personal Data Protection between the US and the EU?*

by the Regulation 2016/679/EU of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation or GDPR) which will enter into force and apply as of 25 May 2018. The impact of the directive has been considerable. Despite the role of the United States in early global privacy debates (Fair Information Practices<sup>3</sup> and OECD Privacy guidelines), the rest of the world has followed the EU model and enacted EU-style “data-protection” laws.<sup>4</sup>

**Adequate Level of Protection in the Directive.** If the principle is the free movement of data inside the EU, the external transfer of data is supposed to respect an “adequate level of protection”. On the other hand, the US does not limit data exports to other countries. Congress considered but failed to adopt such a limit in the 1970s.<sup>5</sup> Whereas cross-border flows of personal data are necessary to the expansion of international trade, especially between the EU and the US,<sup>6</sup> it means that the protection of individuals guaranteed in the EU must also be respected by third countries. The transfers of personal data therefore require the assurance of an adequate level of protection (Dir. 95/46/EC, art. 25§1). The adequacy of the level of protection afforded by a third country must be assessed in light of all the circumstances surrounding the transfer operation or set of transfer operations. Particular consideration shall be given to: the nature of the data; the purpose and duration of the proposed processing operation or operations; the country of origin and country of final destination; the rules of law, both general and sectorial, in force in the third country in question and the professional rules and security measures which are complied with in that country (Dir. 95/46/EC, art. 25§2). The Commission may consider the domestic law or the international commitments of the third countries (Dir. 95/46/EC, art. 25§6). The transfer of personal data to a third country which does not ensure an adequate level of protection is prohibited (Dir. 95/46/EC, recital 57). The member states shall take the measures necessary to prevent any transfer of same type data to the third country in question (Dir. 95/46/EC, art. 25§4) and the Commission shall enter into negotiations to remedy the situation (Dir. 95/46/EC, art. 25§5). Nevertheless, some derogations are provided by article 26.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> The Code of Fair Information Practices on Automated Personal Data Systems, Records, computers, and the Rights of Citizens established in July 1973 by the US Department of Health, Education and Welfare.

<sup>4</sup> See Anu Bradford, *The Brussels Effect* (2012). Northwestern University Law Review, Vol. 107, No. 1, 2012; Columbia Law and Economics Working Paper No. 533. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2770634>. P. M. Schwartz, *The EU-US Privacy Collision: a turn to institutions and procedures*, 126 Harv. L. Rev. 1966 2012-2013, p. 1967.

<sup>5</sup> P. M. Schwartz, *Ibid.*

<sup>6</sup> Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, *Transatlantic Data Privacy* (November 7, 2017). 106 Georgetown Law Journal 115 (2017); UC Berkeley Public Law Research Paper. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3066971>.

<sup>7</sup> Several circumstances are concerned: (a) the data subject has given his consent unambiguously to the proposed transfer; (b) or, the transfer is necessary for the performance of a contract between the data subject and the controller; (c) or, the transfer is necessary for the conclusion or performance of a contract concluded in the interest of the data subject between the controller and a third party; (d) or, the transfer is necessary or legally required on important public interest grounds, or for the

**Adequate Level of Protection in the GDPR.** In comparison, regulation 2016/679/EU reproduces the same general rule of adequacy with its exceptions, although some differences are manifest. Firstly, the scope of the control by the Commission is more broadly defined. The European Commission takes into account how a particular third country respects the rule of law, access to justice as well as international human rights norms and standards and its general and sectoral law (recital 104). Article 45§2a) states that the Commission takes into account: the rule of law; the respect for human rights and fundamental freedoms; relevant legislation, including issues of public security, defense, national security and criminal law and the access of public authorities to personal data, as well as the implementation of such legislation. Secondly, the Commission will control the effectivity of an independent data protection supervision. More specifically, it will check the responsibility of the third-country for ensuring and enforcing compliance with the data protection rules, including adequate enforcement powers, for assisting and advising the data subjects in exercising their rights and for cooperation with the supervisory authorities of the Member State (Regulation 2016/679/EU, art. 45§2b). Thirdly, the Commission will control the right to an effective remedy for the data subjects who should claim some enforceable rights such as administrative and judicial redress (Regulation 2016/679/EU, art. 45§2a)). Fourthly, the Commission should provide for a periodic review mechanism of their functioning, at least every four years, taking into account all relevant developments in the third country or international organization (article 45§3). In brief, the new rules of the GDPR concerning the “adequacy control” are more precise and strict in their application to third countries.

**Safe Harbor: a Trade-off Between the US and the EU.** Due to the differences of Privacy approaches between the US and the EU<sup>8</sup>, the US sectoral legislation doesn't provide an “adequate level of protection.” Nevertheless, in the absence of an adequacy decision<sup>9</sup> and to compensate for the lack of data protection in a third country,<sup>10</sup> some appropriate safeguards can be used. Such safeguards may consist of making use of binding corporate rules (BCR), standard data protection clauses adopted by the Commission, standard data protection clauses adopted by a

---

establishment, exercise or defense of legal claims; (e) or, the transfer is necessary in order to protect the vital interests of the data subject; (f) or, the transfer is made from a register which according to laws or regulations is intended to provide information to the public.

<sup>8</sup> Even if the differences are not so numerous. See Bilyana Petkova, *Domesticating The 'Foreign' in Making Transatlantic Data Privacy Law* (February 20, 2017). *International Journal of Constitutional Law*, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2920412>.

<sup>9</sup> The Commission has so far recognized Andorra, Argentina, Canada (only commercial organizations), Faeroe Islands, Guernsey, Israel, Isle of Man, Jersey, New Zealand, Switzerland and Uruguay as providing adequate protection.

<sup>10</sup> Nadine Geppert, *Could the 'EU-US Privacy Shield' Despite the Serious Concerns Raised by European Institutions Act as a Role Model for Transborder Data Transfers to Third Countries?* (August 31, 2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2928064>.

## *Privacy Shield: toward a strong Personal Data Protection between the US and the EU?*

supervisory authority or standard contractual clauses (SCC)<sup>11</sup> authorized by a supervisory authority. Moreover, to build a mechanism for ensuring personal data transfers to the US from the EU, the US Department of Commerce and the European Commission adopted an ad hoc instrument, the so-called “safe harbor”. Based on European Commission Decision 2000/520/EC of 26 July 2000, the safe harbor privacy principles and related frequently asked questions issued by the US Department of Commerce, is a voluntary process of self-regulation available to the US companies. This “non-legislative lawmaking” is a collaborative effort focused on the economic interests of both the US and the EU.<sup>12</sup>

**Invalidation of the Safe Harbor: the *Schrems Case*.** On 6 October 2015, the European Court of Justice invalidated the Commission’s 2000 Decision on EU-US Safe Harbor in the *Schrems Case*.<sup>13</sup> The Court observes that the scheme of the Safe Harbor is applicable solely to the United States undertakings which adhere to it and that American public authorities are not themselves subject to it. Furthermore, national security, public interest and law enforcement requirements of the United States prevail over the safe harbor scheme, without limitation or effective legal protection against the interference. The United States authorities can access to the personal data transferred from the Member States to the United States and process it in a manner incompatible, in particular, with the purposes for which it was transferred, beyond what was strictly necessary and proportionate to the protection of national security. The Court also observes that the existing legislation does not provide for any way for individuals to pursue legal remedies in order to access personal data relating to them, or to obtain the rectification or erasure of such data, which in turn compromised the essence of the fundamental right to effective judicial protection. Finally, the Court finds that the Safe Harbor Decision denies the national supervisory authorities their powers where a person calls into question whether the decision is compatible with the protection of the privacy and fundamental rights of individuals. The Court holds that the Commission did not have competence to restrict the national supervisory authorities’ powers.

**After the Safe harbor: the Privacy Shield.** After the Safe Harbor’s invalidation, the EU and the US began to negotiate a replacement agreement, the EU-US Privacy Shield. In its Decision of 12 July 2016, the Commission found that this new

---

<sup>11</sup> Beyond the Privacy Shield, the SCC are currently challenged: in a case between the Data Protection Commissioner vs. Facebook Ireland Ltd and Maximilian Schrems (n° 2016/4809P), the High Court Commercial of Ireland decided in October 2017 to refer to the CJEU for a preliminary ruling concerning the validity of the SCC.

<sup>12</sup> See Statement by the Press Secretary on the EU – U.S. Privacy Shield on September 15, 2017: “Programs like the Privacy Shield and the Asia-Pacific Economic Cooperation Cross-Border Privacy Rules system enable the free flow of information, which sustains the nearly \$1 trillion dollars in goods and services trade across the Atlantic, and even more around the globe”, [<https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-press-secretary-eu-u-s-privacy-shield/>].

<sup>13</sup> CJEU, 6 October 2015, Case C-362/14, Maximilian Schrems vs Data Protection Commissioner (“Schrems”); ECLI:EU:C:2015:650.

## *Privacy Shield: toward a strong Personal Data Protection between the US and the EU?*

agreement ensures an adequate level of protection for personal data that has been transferred from the European Union to organizations in the US,<sup>14</sup> despite the expressed criticisms formulated by the Article 29 Data Protection Working Party (WP29)<sup>15</sup> and the European Data Protection Supervisor (EDPS).<sup>16</sup> Compared to Safe Harbor, the Privacy Shield provides new guarantees, such as the right of individuals to be informed, the right to access their personal data, the right to limit the use and disclosure of their data, the security of the data, the existence of an independent dispute resolution body designated to address complaints and provide appropriate recourse free of charge to the individual. The data controller faces some obligations, such as time limitations for companies on retaining of personal data (“data retention” principle), or the conditions under which data can be shared with third parties outside the original framework (“accountability for onward transfers” principle). It also provides for a more regular and rigorous monitoring by the Department of Commerce (DoC) based on the controls exercised by the Federal Trade Commission (FTC) (FTC Act, Section 5). In addition, the Privacy Shield determines that access by public authorities to personal data transferred under this framework for national security, law enforcement and other public interest purposes is subject to limitations and safeguards. Finally, a central difference between Privacy Shield and Safe Harbor is an annual review that puts the EU in a position to warn US administrations preemptively against potential violations of the arrangement. Such review creates a threat of immediate suspension of the mechanism, which must be taken seriously. The *Privacy Shield framework* has been operational since 1 August 2016 and more than 2,400 companies have been certified, including Microsoft, Facebook, and Google.

**Reviews of the Privacy Shield.** On the other hand, the Privacy Shield shares the same problems as the Safe Harbor. One year after its adoption, on 18 October 2017, the European Commission published the report to the European Parliament and the Council on the *First annual review of the functioning of the EU–U.S. Privacy Shield*.<sup>17</sup> At the same time, the WP29 adopted the *EU-US Privacy Shield – First*

---

<sup>14</sup> Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 of 12 July 2016 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the EU-U.S. Privacy Shield, OJ L 207, 1.8.2016, p. 1.

<sup>15</sup> Opinion WP 238, 13 April 2016.

<sup>16</sup> Opinion 4/2016, 30 May 2016.

<sup>17</sup> COM(2017) 611 final. The first Annual Joint Review took place on 18 and 19 September 2017 in Washington, DC. It was opened by Commissioner for Justice, Consumers and Gender Equality, Věra Jourová, and U.S. Secretary of Commerce Wilbur Ross. The annual review was conducted for the EU by representatives of the European Commission’s Directorate General for Justice and Consumers. The EU delegation also included eight representatives designated by the Article 29 Working Party, the advisory body bringing together the national data protection authorities of the Member States (DPAs) as well as the European Data Protection Supervisor. On the U.S. side, representatives of the DoC (commerce secretary Wilbur Ross), the Federal Trade Commission (FTC), the Department of Transportation, the Department of State, the Office of the Director of National Intelligence and the Department of Justice participated in the review, as well as the acting Ombudsperson, a Member of the Privacy and Civil Liberties Oversight Board (PCLOB) and the Office of the Inspector General of the Intelligence Community.

*Annual Joint Review* on 28 November 2017.<sup>18</sup> Officials examined the administration's enforcement of the Privacy Shield, including issues related to commercial and national security matters. More broadly, it also focused on an assessment of U.S. legal developments over the past year that could have an impact on the Privacy Shield's functioning. Both documents reveal that some weaknesses remain, which is not surprising in light of the *Schrems Case* and the requirements outlined by the CJEU. We propose in this Article to consider the most important of these requirements as they create risks for the Privacy Shield's safeguarding (1). The EU institutions ask for more guarantees and we will consider if we can reasonably wait for an improvement of the Privacy Shield by the American authorities in the future. If not, there is a significant risk that this agreement will be, in its turn, invalidated by the Courts (2).

### **1. FIRST ANNUAL REVIEW OF THE *PRIVACY SHIELD*: WEAKNESSES REMAIN**

While the improvements regarding the protection of European citizens are real with the adoption of the Privacy Shield framework, the main criticism is that it relies upon Directive 95/46/EC, while the GDPR will apply until May 2018. Therefore, as highlighted above, from the beginning, the level of personal data protection used as a baseline is not as high as it should be. In addition, even if we forget this point and focus on the enacted framework itself, it is obvious that weaknesses on the ground are numerous. Moreover, the change in Administration following the 2016 election creates some uncertainties and it remains to be seen how the Trump administration will respond to privacy issues over the longer term. In a word, the Privacy Shield remains fragile: on the one hand, some obligations are insufficient since the beginning (1.1) and, on the other hand, some of the provisions that could be satisfying by themselves are still not properly implemented (1.2).

#### **1.1. Initial Deficiencies of the Privacy Shield**

**Unbinding Form of the Privacy Shield.** The Privacy Shield is composed of several annexes which create numerous difficulties and the nature of these texts is also confusing. Many of them are only letters from the American Secretary of Commerce, the International Trade Administration (ITA), the Federal Trade Commission (FTC), the Department of Trade (DoT), the State Department, the Director of National Intelligence (DNI) and the Department of Justice (DoJ), addressed to the EU Commissioner Věra Jourová. But these documents are only political promises and reminiscent of practices rather than legal enforcement mechanisms. They have therefore no legal or binding value. Additionally, they were written by the previous – Obama – administration and the willingness of the Trump administration to respect them is uncertain.

---

<sup>18</sup> WP 255.

**Weak level of Protection.** Concerning the content of the Principles themselves, the requirements applied to US companies are less stringent than the obligations imposed by the GDPR to their European counterparts. Such differences distort competition. In particular, the material scope of the Privacy Shield still excludes some specific sectors (as financial services, transport, telecommunications), which are not authorized to join the process of self-certification, because the FTC lacks jurisdiction over them. But telecommunications and digital content increasingly converge today, which leaves many situations out of protection. Besides, the data subjects have fewer rights in the GDPR than in the “notice and Choice Principles” of the Privacy Shield. Consequently, the existing framework is not the “essentially equivalent” protection that the CJEU has called for in the *Schrems Case* (pts 73 and 96).<sup>19</sup>

**National Security Issues.** Another point remains insufficient. Mass collection of data is allowed in the fight against terrorism if targeted collection is impossible. Consequently, it is necessary to express doubts concerning the effectivity of the limits related to the personal data treatments for national security purposes.

## **1.2. Partial Compliance and Enforcement of the Privacy Shield**

**New Mechanisms and Procedures.** The Commission’s annual review has focused on verifying that all the mechanisms and procedures provided by the framework have been fully implemented and are functioning. However, some of the positions in the Privacy Shield architecture still need to be filled following the 2016 US election (Ombudsperson, FTC Commissioners and members of PCLOB (Privacy and Civil Liberties Oversight Board)). The organization of the annual review must also be discussed in depth and detail with American authorities, especially regarding access to documents.

**FTC Commissioners.** Companies that want to join the Privacy Shield must be subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission<sup>20</sup> or the U.S. Department of Transportation and certify to the U.S. Department of Commerce that they comply with the Privacy Shield Principles. The Department of Commerce maintains the list of companies that have joined the framework, while the FTC enforces the promises companies made. The FTC has committed to determining whether or not Section 5 of the FTC Act prohibiting unfair or deceptive acts or practices in commerce has been violated. The FTC may obtain civil penalties for violations of an administrative order

---

<sup>19</sup> See M. Schrems, *The Privacy Shield is a Soft Update of the Privacy Shield*, 2, *Eur. Data Prot. L. Rev.* 148 (2016).

<sup>20</sup> Chris Jay Hoofnagle, *The Federal Trade Commission's Inner Privacy Struggle* (January 18, 2017). Chris Jay Hoofnagle, *The Federal Trade Commission's Inner Privacy Struggle*, in *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy* (Evan Selinger, Jules Polonetsky, & Omer Tene, eds) (Cambridge University Press 2017, Forthcoming).; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2901526. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2901526>. Chris Jay Hoofnagle, *Federal Trade Commission: Privacy Law and Policy*, Cambridge University Press, 2016.

## *Privacy Shield: toward a strong Personal Data Protection between the US and the EU?*

and may pursue civil or criminal contempt for violation of a federal court order. According to these rules, the FTC brought 39 enforcement actions against US companies under the US-EU Safe Harbor framework and three under the Privacy Shield.<sup>21</sup> These last cases are based on the prohibition from misrepresenting the extent to which companies participate in any privacy or data security program sponsored by the government or any self-regulatory or standard-setting organization and must comply with FTC reporting requirements. The corporations in question allegedly misled consumers about their participation in the Privacy Shield.<sup>22</sup> Today, however, the FTC's action is limited by the fact that only two Commissioners have been appointed, instead of five. Once again, there is a vacancy problem with the Trump administration, in effect limiting the effectiveness of the Privacy Shield.

**Arbitration Panel.** Among the recourse mechanisms, an arbitration option is available to individuals to determine, for residual claims, whether a Privacy Shield organization has violated its obligations towards individuals under the Principles and whether any such violation remains fully or partially un-remedied. Under this arbitration option, the Privacy Shield Panel (consisting of one or three arbitrators, as agreed by the parties) has the authority to impose individual-specific, non-monetary equitable relief necessary to remedy the violation of the Principles. Individuals and Privacy Shield organizations will be able to seek judicial review and enforcement of the arbitral decisions pursuant to U.S. law under the Federal Arbitration Act. Consistent with applicable law, the U.S. Department of Commerce and the European Commission will develop a list of at least 20 arbitrators<sup>23</sup>, chosen on the basis of independence, integrity and expertise. A call of interest has been published in the U.S. Federal Register but, apparently, these arbitrators have not yet been nominated.

**Ombudsperson.** The Ombudsperson role had also been vacant since January when the prior appointee, Ms. Novella, departed. However, Assistant Secretary Garber was delegated by the Under Secretary for Economic Growth, Energy and the Environment (which includes those of the Ombudsperson under the EU-US Privacy Shield)<sup>24</sup>. It would appear that the position of Under Secretary for Economic Growth, Energy and the Environment — and therefore the Privacy Shield ombudsperson — remains vacant at this point in the Trump administration's tenure, with only an acting civil

---

<sup>21</sup> The FTC alleges that human resources software company Decusoft LLC, printing services company Tru Communication, Inc. (doing business as TCPrinting.net), and Md7, LLC, which manages real estate leases for wireless companies, violated the FTC Act by falsely claiming that they were certified to participate in the EU-US Privacy Shield.

<sup>22</sup> According to FTC Chairman Maureen K. Ohlhausen: "Companies that want to benefit from these agreements must keep their promises or we will hold them accountable."

<sup>23</sup> Arbitrators: (1) will remain on the list for a period of 3 years, absent exceptional circumstances or for cause, renewable for one additional period of 3 years; (2) shall not be subject to any instructions from, or be affiliated with, either party, or any Privacy Shield organization, or the U.S., EU, or any EU Member State or any other governmental authority, public authority, or enforcement authority; and (3) must be admitted to practice law in the U.S. and be experts in U.S. privacy law, with expertise in EU data protection law.

<sup>24</sup> Delegation of Authority N° 415, dated January 18, 2017.



## *Privacy Shield: toward a strong Personal Data Protection between the US and the EU?*

servant in place for now. Additionally, the Ombudsperson is not sufficiently independent and is not vested with sufficient effective powers. Indeed, if he is independent from the Intelligence Community, he reports directly to the Secretary of State who will ensure that he carries out his function objectively and free from improper influence.<sup>25</sup> The European Parliament<sup>26</sup> considers that in the absence of an appointed, independent, and sufficiently empowered Ombudsperson, the US assurances about the provision of effective redress to EU individuals would be null and void. Moreover, the WP29 asks for a declassification of internal procedures concerning the interactions between the Ombudsperson and the other elements of the Intelligence Community or oversight bodies. This lack of transparency is an obstacle to the trust between the US and the EU in this specific area.

**PCLOB Members.** According to Section 803 codified at 42 U.S.C. § 2000ee-1, the Privacy and Civil Liberties Oversight Board (PCLOB) directs the privacy and civil liberties officers of eight federal agencies (including the Secretary of Defense, Secretary of Homeland Security, Director of National Intelligence, and Director of the Central Intelligence Agency) and any additional agency to submit periodic reports. The US government cited PCLOB's importance during the negotiations of the Privacy Shield to reassure EU negotiators about oversight of US intelligence activities. But in 2016, the chairman and two of the Board's part-time members left, and only two members remained when President Donald J. Trump was inaugurated. Since January 2017, the Board has lacked the three-person quorum required for all official actions. Since March 2017, only one member remained. In August 2017, the President Trump nominated Adam I. Klein as Chairman<sup>27</sup>, but with only two members,<sup>28</sup> the PCLOB is still moribund. The European Commission and the WP29 have recommended the swift appointment of the missing members of the PCLOB by the U.S. administration, as an important organism for the protection of privacy and civil liberties. But the European Institutions assign superpowers to the PCLOB while the ability of a five-member board with four part-time members, limited budget and a small staff to produce oversight over the well-resourced intelligence community has been questioned.<sup>29</sup> The effectivity of the oversight is more and more difficult to guarantee

---

<sup>25</sup> As noted by the European Parliament in its resolution of 26 May 2016 on transatlantic data flows (2016/2727(RSP)). See Colin Bennett, Redress, the International Protection of Privacy and National Security and Intelligence Agencies: The Role for an Ombudsperson (August 21, 2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3023624>.

<sup>26</sup> European Parliament resolution of 6 April 2017 on the adequacy of the protection afforded by the EU-US Privacy Shield (2016/3018(RSP)).

<sup>27</sup> President Donald J. Trump nominations to key positions in his Administration, [<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/08/25/president-donald-j-trump-announces-intent-nominate-personnel-key>].

<sup>28</sup> See the bibliography of Elisabeth Bridget Collins, [<https://www.pclob.gov/board/elisebeth-b-collins.html>].

<sup>29</sup> As noted by the Council on Foreign Relations (CFR), an independent, nonpartisan think tank, [<https://www.cfr.org/blog/privacy-and-civil-liberties-oversight-board-back-business>]. See also Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, Transatlantic Data Privacy, op. cit., p. 173: "there is a risk,

## *Privacy Shield: toward a strong Personal Data Protection between the US and the EU?*

in a world of big data and permanent deployment of intrusive technologies. As the European Parliament expressed in its Resolution of April 2017,<sup>30</sup> the PCLOB is more limited in its authority and cannot undertake actions that require the approval of the Board such as initiating oversight projects or making oversight recommendations.<sup>31</sup> It was not designed to provide redress concerning US surveillance practices and has never offered remedies for rights violations or functioned as a sufficient mechanism to protect personal data. This reality seriously undermines the compliance and oversight guarantees made by US authorities in this field.<sup>32</sup>

**Resolution of the European Parliament.** In a Resolution enacted on 6 April 2017,<sup>33</sup> the European Parliament considers that the Privacy Shield is inadequate and calls on the Commission to conduct a proper assessment to ensure it provides enough personal data protection for EU citizens to comply with the EU Charter of Fundamental Rights and new EU data protection rules. Mass surveillance by the US government is also a major concern for the European Parliament because the Privacy Shield doesn't prevent US authorities from carrying out the bulk collection of personal data for national security purposes. It reiterates its call on the Commission to seek clarification on the legal status of the 'written assurances' provided by the US and to ensure that any commitment or arrangement foreseen under the Privacy Shield is maintained following the taking up of office of a new administration in the United States.

**Weaknesses but Adequacy.** Finally, despite all these weaknesses, neither the US nor the EU can truly afford to put barriers to transatlantic personal data flow and everybody has kept in mind how many years of work they put into negotiating the Safe Harbor and then the Privacy Shield. Therefore, in its first annual review, the European Commission concludes that the US continues to ensure an adequate level of protection for personal data transferred under the Privacy Shield. However, at the same time, the Commission ask for further guarantees in the future.

---

however, that the Trump Administration will undermine the Privacy Shield by failing to maintain these two parts of its institutional structure.”.

<sup>30</sup> European Parliament resolution of 6 April 2017, op. cit.

<sup>31</sup> According to the Human Rights Watch, while fulfilling a valuable public reporting role, the PCLOB is limited in its oversight function and was not designed to provide redress concerning US surveillance practices. It has never provided remedies for rights violations or functioned as a sufficient mechanism to protect personal data, [<https://www.hrw.org/news/2017/02/28/joint-letter-commissioner-jourova-re-privacy-shield>].

<sup>32</sup> Eric Manpearl, *The Privacy Rights of Non-U.S. Persons in Signals Intelligence* (November 6, 2017). 29 *Florida Journal of International Law* (2018 Forthcoming). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3066161>. Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, *Transatlantic Data Privacy*, op. cit., p. 173: “This threat of the degradation of institutional capacities matters because of the central future role of varied transatlantic organizations in generating shared understandings of data privacy.”.

<sup>33</sup> European Parliament resolution of 6 April 2017, op. cit.

## **2. MORE GUARANTEES IN THE FUTURE TO AVOID A PRIVACY SHIELD'S INVALIDATION?**

In its first annual review, the European Commission considers that the practical implementation of the Privacy Shield framework can be further improved and makes no less than ten recommendations to that effect. The EC asks for clarification of the information concerning the US companies' certification, strengthened controls and cooperation of the US authorities in charge of the enforcement (1). Indeed, actions must be undertaken to give Privacy Shield more sustainability and credibility to mitigate the risk of invalidation by the CJEU (2).

### **2.1. EU Institutions' Recommendations to Safeguard Individual Rights.**

**Companies' Communication.** The review shows that companies which have applied for certification under the Privacy Shield, but whose certification has not yet been finalized by the DoC, can already publicly refer to their Privacy Shield certification. Consequently, there may be a discrepancy between information that is publicly available and the DoC's Privacy Shield list. Therefore, the Commission recommends that companies should not be allowed to make public representations about their Privacy Shield certification before the DoC has finalized the certification.

**Controls.** Firstly, the Commission recommends that the DoC conduct, proactively and on a regular basis, searches for false claims of participation in the Privacy Shield, and not exclusively in the context of the certification process. To this end, the DoC should take additional measures, including internet searches. The experience of the Safe Harbor program learned that misleading practices weaken the credibility and solidity of the system. Secondly, the Commission recommends that the DoC also conduct compliance checks on a regular basis. The DoC could then make use of the annual compliance reports to identify possible compliance issues that may warrant further follow-up action before a company can be re-certified, or more systemic deficiencies in the functioning of the framework that need to be addressed. Thirdly, the WP29 adds that the powers of the Ombudsperson to remedy non-compliance vis-à-vis the intelligence authorities are not sufficient in light of Article 47 of the EU Charter of fundamental rights. The Ombudsperson should therefore also be able to bring such matters before the Court.

**Cooperation.** The Commission recommends that the DoC and the Data Protection Authorities (National authorities of the EU Member States) also cooperate, if appropriate with the FTC, to develop guidance on the interpretation of concepts in the Privacy Shield that need further clarification. This would be in the interest of improved cooperation between the authorities that implement and enforce the framework on both sides of the Atlantic. Moreover, the Commission recommends that the U.S. authorities proactively fulfill their commitment to provide the Commission with timely and comprehensive information about any developments that could be of relevance for the Privacy Shield.

**Actions after recommendations?** The European Commission's first annual review seems much more political than legal. It means that the EC took into account the political issues associated with the current context. The problem is thus that a part of the Privacy Shield is political and not legal. The privacy guarantees are based on US promises rather than binding mechanisms.<sup>34</sup> But even if the Privacy Shield is not as ambitious as one might desire, some mandatory rules were enacted which were supposed to be enforced by now. If the enforcement abilities are weak, the risk is that the Trump administration will not take them seriously, especially when privacy rights are not a priority on the presidential agenda. Nevertheless, other actors should push ahead for a better compliance of the Privacy Shield.

## **2.2. Political and Judicial Challenges on the Privacy Shield**

**US Political Context.** In January 2017, the change of the U.S. administration made the annual review particularly relevant, with the new US President apparently intent on rolling back the Obama-era reforms, including the ones relating to privacy. Additionally, the more protectionist outlook of the Trump regime does not appear helpful to Privacy Shield.

Firstly, the *Presidential Executive Order enhancing Public Safety in the Interior of the US*, enacted on 25 January 2017 stripped privacy rights of non-US citizens and non-lawful permanent residents. Section 14 provides that agencies shall ensure that their privacy policies exclude these persons from the protections of the Privacy Act regarding personally identifiable information. If the Privacy Act doesn't apply to non-residents alien, since 1975, the federal agencies grant rights under the Privacy Act to them on a case-by-case basis. Also, the Judicial Redress Act of 2015 creates enforceable privacy rights for some non-resident aliens and its enactment was an element supporting the Privacy Shield Agreement. Even if this Executive Order did not impact the Privacy Shield directly, as it focused only on *Privacy Act*, this hostile decision to foreigners' privacy rights is not a good omen for Brussels. Moreover, the Executive Order seems to restrict the discretionary authority of the Attorney General to designate the countries whose citizens receive the benefits of the *Judicial Redress Act*. Moreover, the federal agencies should probably stop taking discretionary actions based on the *Privacy Act* in favor of non-US citizens, even if their policies give them this power.

---

<sup>34</sup> As noted by Jan-Philip Albrecht, a leading member of European Parliament: "The EU Commission's proposal is an affront to the European Court of Justice, which deemed Safe Harbor illegal, as well as to citizens across Europe, whose rights are undermined by the decision. The proposal foresees no legally binding improvements. Instead, it merely relies on a declaration by the US authorities on their interpretation of the legal situation regarding surveillance by US secret services, as well as the creation of an independent but powerless Ombudsman, who would assess citizens' complaints". Reported by Natasha Lomas, TechCrunch, [<https://techcrunch.com/2016/02/02/europe-and-us-seal-privacy-shield-data-transfer-deal-to-replace-safe-harbor>].

## *Privacy Shield: toward a strong Personal Data Protection between the US and the EU?*

Secondly, the Presidential Policy Directive (PPD-28), enacted on 17 January 2014, establishes the policies and procedures governing the safeguarding of personal information collected from signals intelligence activities concerning the surveillance of Americans by Office of Intelligence and Analysis employees. It extended privacy protections to citizens of foreign countries by requiring that surveillance be targeted carefully for defined and legitimate purposes. The report on PPD-28 was voted in December 2016 and passed to President Trump but parts remain classified and subject to Presidential Privilege. If President Trump decides to revoke PPD-28, it could be the end of Privacy Shield.

Thirdly, Section 702 of the Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) allows the U.S. National Security Agency (NSA) to collect and analyze emails and other digital communications of foreigners living overseas. The current debate on the reauthorization of Section 702 provides for the U.S. Administration and Congress an opportunity to strengthen the privacy protections contained in FISA but the commitment of the Trump Administration to consider this possibility is doubtful.

**Judicial Challenges.** In its first annual review, the WP29 found several significant concerns that need to be addressed by both the Commission and the US authorities. In case no remedy is brought, the member of WP29 announced that they would take appropriate action, including bringing the Privacy Shield Adequacy decision to national courts for them to make a reference to the CJEU for a preliminary ruling.

The privacy and fundamental rights NGOs are also ready to ask the European Court of Justice to enforce the Privacy Shield. Two advocacy groups, *Digital Rights Ireland* and *La Quadrature du Net*, challenged the Adequacy Decision of the European Commission regarding the Privacy Shield agreement. The groups allege that the adequacy decision is incompatible with the Charter of Fundamental Rights of the European Union and does not provide sufficient protection for EU citizens. The first action was declared inadmissible (TPE, Ord. 22 nov. 2017, *Digital Rights Ireland v. Commission*, Case T-670/16) because the Tribunal of the EU considered that the applicant does not have an interest in bringing proceedings. We are currently waiting for the Tribunal's decision concerning the second claim (action brought on 25 October 2016, *La Quadrature du Net and Others v Commission*, Case T-738/16), where the Court will have the opportunity to decide on whether the right to an effective remedy and a fair trial should be guaranteed (EU Charter, art 47).

Finally, it is impossible to say if the European Court of Justice will take into account the US current policies. If any one of these developments may not, by themselves, be sufficient to fatally undermine the privacy shield agreement, these changes viewed together could create instability<sup>35</sup> and challenge this fragile political agreement.

---

<sup>35</sup> A. Butler, Whiter Privacy Shield in the Trump Era, Eur. Data Prot. L. Rev., 111 (2017).

*Privacy Shield: toward a strong Personal Data Protection between the US and the EU?*

**Conclusion.** Despite the efforts deployed by the European Commission and the American Administration, the future of the US-EU personal data flows is uncertain.<sup>36</sup> Consequently, we have to consider alternatives to the Privacy Shield. In its Communication to the European Parliament and the Council concerning “*Exchanging and Protecting Personal Data in a Globalised World*” published on 10 January 2017,<sup>37</sup> the European Commission asks for more cooperation between countries to ensure a better legal stability of the personal data transfers. To this end, the “partial” adequacy mechanism could be a useful tool to improve the legal security of the EU-US data flows. Building on practice under the 1995 Directive, an adequacy determination concerning a particular territory or a specific sector of a third country is explicitly allowed by the GDPR (art. 45§1). In specific sectors like the financial, health or children online protection sectors, the US Constitution and the Federal privacy statutory laws could comply with the GDPR requirements. We should consider this opportunity for the future.

---

<sup>36</sup> Christopher Kuner, Reality and Illusion in EU Data Transfer Regulation Post Schrems (July 7, 2017), 18 German Law Journal 881 (2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2732346>.

<sup>37</sup> COM(2017)7.

**MARION CREACH**

*Regulating Transatlantic Digital Trade  
Cooperative Endeavors, Remaining Tensions, Political  
Hurdles*

---



**MARION CREACH**

*Marion Créach is a student at Sciences Po Law School in the Master's program in Economic Law. She studied at Columbia Law School for the 2017 Fall semester as part of the Global Business Law and Governance program. At Sciences Po, she takes part in the pre-doctoral preparation program.*

*She also studied philosophy at Paris Nanterre University.*

*From 2012 to 2015, she was a student at the Collège Universitaire of Sciences Po in Paris. She spent the third year of studies at the University of Chicago, where she mostly studied law, philosophy, and Russian.*

*The development of disruptive technologies, the globalization of the internet and the ability to move data across borders, which govern the digitization of economies, are transforming international trade. In response to the regulatory issues it raises, governments are increasingly intervening to restrict the free flow of data globally, to regulate access to the internet and to limit what content can be accessed. The article shows how the United States and the European Union cooperate in this regard, especially in terms of privacy. Also, the digitization of international trade generates challenges and opportunities for international trade law. The WTO agreements fail to comprehensively address digital trade issues; most digital trade rules have been developed in plurilateral and regional trade agreements. The article explores how the United States and the*

*Regulating Transatlantic Digital Trade  
Cooperative Endeavors, Remaining Tensions, Political Hurdles*

*European Union have used trade agreements to address transnational digital issues and to limit digital protectionism. It shows that, even though the United States and the European Union share similar objectives and find common grounds on rules to regulate certain aspects of digital trade, differences between Washington and Brussels over how to govern digital markets persist. The article highlights the remaining tensions in the transatlantic dialogue, especially in regard to privacy, and considers some recommendations for the European Union institutions.*

Digital technologies and cross-border data flows underpin an increasing volume of economic activity. Data fuels the digitization of economies and has become an elementary component of a growing range of economic activities, in all sectors, and for a growing number of participants in the global economy, of all sizes. In this context, the development of disruptive technologies, the globalization of the internet and the ability to move data across borders are transforming international trade. More precisely, it alters the ‘how’ of trade, not the ‘why’. Trade remains subject to comparative advantages, information asymmetries, tariff and non-tariff barriers, and the like. However, new business models, which increasingly rely on the ability and capacity to collect, process, aggregate, and transfer data across borders, create new trade flows, while modifying existing trade patterns. In the global economy, the growth of digital platforms allows a rising number of players to export goods. Data collection and analytics underpin the development of new services which add value to exports of goods. As for trade in services, new technologies offer the possibility to produce, distribute, market, sell and deliver increasingly various services online, thereby blurring the distinction between modes of supply<sup>1</sup> and raising new challenges for designing trade and investment policies. Also, emerging technologies, for example distributed ledgers and additive manufacturing, will further alter trade patterns. Additionally, the movement of data across border increasingly underpins the trade environment. Data flows have become assets that can be traded in themselves and the means through which global value chains are organized. They are also at the core of innovative service supply models such as those related to the Internet of Things and cloud computing.<sup>2</sup>

There is no widely-accepted definition of digital trade. According to the Work Program on Electronic Commerce of the World Trade Organization (WTO), “electronic commerce” is understood to mean “the production, distribution,

---

<sup>1</sup> On the modes of supply of services, see Lucian Cernat and Zornitsa Kutlina-Dimitrova, ‘Thinking in a Box: A ‘Mode 5’ Approach to Service Trade,’ *Journal of World Trade*, vol. 48, no. 6, 2014, pp. 1109-26; Usman Ahmed, Brian Bieron and Gary Horlick, ‘Mode 1, Mode 2, or Mode 10: How Should Internet Services Be Classified in the Global Agreement on Trade in Services?,’ *Boston University International Law Journal*, vol. 35, no. 1, 2017.

<sup>2</sup> See Javier Lopez Gonzales and Marie-Agnes Jouanjean, ‘Digital Trade: Developing a Framework for Analysis,’ *OECD Trade Policy Papers*, no. 205, 2017, OECD Publishing, Paris.



marketing, sale or delivery of goods and services by electronic means”. The United States Court of International Trade (**USCIT**) adopted a broad definition; digital trade refers to “U.S. domestic commerce and international trade in which the internet and internet-based technologies play a particular significant role in ordering, producing, or delivering products and services”.<sup>3</sup> Digitally-enabled trade thus encompasses digitally-delivered, or digitally-deliverable<sup>4</sup>, goods and services but also physical trade enabled by digital connectivity, that is, by information and communication technologies.

In response to the regulatory issues raised by the transformation of trade at the international level, governments are increasingly intervening to restrict data flows, to regulate access to the internet and to limit what content can be accessed. Some interventions are driven by public policy goals (*e.g.*, cybersecurity, privacy, morals), while others are implemented for commercial purposes.

The digitization of economies raises a range of opportunities and challenges for international trade law, and the framework of the WTO is inadequate in addressing complex issues of the digital economy. Since 1995, a few rules combined with constructive decisions (but limited holdings) of the Appellate Body<sup>5</sup> have ensured that the institution remains relevant in the digital era, but international trade law does not provide with adequate tools to regulate data flows, mainly because various regulatory aspects fall outside its scope. Divides between countries on issues such as surveillance and censorship, privacy and cybersecurity are not efficiently addressed at the multilateral level. Yet, many policy issues are central to trade in the global digital economy.

Some regulatory concerns have been partially addressed in recent trade agreements which contain provisions intended to facilitate cross-border data flows and thus foster digital trade. Bilateral and regional preferential trade agreements have partially shaped the regulatory environment for digital trade.

In this context, the cooperation between the European Union and the United States has been limited, but nonetheless substantial. The European Union and the United States are economically and digitally integrated areas within the global economy.

---

<sup>3</sup> USITC, ‘Digital Trade in the U.S and Global Economies, Part 2,’ Pub. no 4485, 2014, p. 29.

<sup>4</sup> When assessing the economic impact on trade of legal and regulatory constraints on data flows, an approach is to determine which services could be provided by electronic means – services that are “digitally-deliverable.” This approach has been applied by the Economics and Statistics Administration of the U.S. Department of Commerce to business, professional and technical services, financial services, insurance services, telecommunications and intellectual property rights. See. Jessica R. Nicholson and Ryan Noonan, ‘Digital Economy and Cross-Border Trade: The Value of Digitally-Deliverable Services,’ *Economics and Statistical Administration Issue Brief*, 2014.

<sup>5</sup> See, for example, Report of the Appellate Body, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, 2005; Report of the Appellate Body, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, 2009.

Commercial exchanges between the European Union and the United States, which amounted to €1,047.4 billion in 2016, and transatlantic investment evidence the integration of both economies.<sup>6</sup> Also, the amount of inter-continental digital data flows is larger across the Atlantic than in any other cross-region area. Data flows underpin transatlantic economic relations, that is, digitally-enabled exports and imports of goods and services as well as virtually any other economic relation. The European Union and the United States are therefore in the uniquely opportune position to shape the architecture and to set the rules for the digital world. However, both the European Union and the United States are struggling to comprehend and to address the changes induced by the digitalization of their economies. Tensions over privacy and security hamper the ability of policymakers to work cooperatively to tackle challenges. The negotiations of trade agreements have revealed the current limits of cooperation between the European Union and the United States. However, there appears to be more political hurdles than structural divergences between the United States and the European Union over how to govern the digital economy. As for now, negotiations have led to more inertia than convergence.

### **Cooperation Across the Atlantic for the Regulation of Cross-Border Data Flows: The Example of Data Privacy and Data Protection**

Because many internet-based technologies used to order, produce or deliver products and services, involve the transfer of information relating to identified or identifiable persons, the rules governing personal data protection affect digital trade, and more specifically cross-border digital trade when they regulate personal data transfer out of or into a jurisdiction. Issues related to data protection and privacy offer a good example of matters that have required the European Union and the United States to cooperate, but remain subject to tensions in the transatlantic dialogue, mainly because of a divergence between legal approaches to privacy. Even before the revelations about the National Security Agency's surveillance program (PRISM) to access personal data held by U.S. companies, these issues were almost intractable. The globalization of the internet and the development of digital technologies such as cloud computing<sup>7</sup> or the Internet of Things have generated significant legal challenges and now require the United States and the European Union to strengthen their cooperation.

---

<sup>6</sup> European Commission, "Countries and regions – United States," accessed at <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/united-states/>.

<sup>7</sup> For example, cloud computing allows flexibility on the legal regime governing data transfers outside the United States and the European Union that makes it difficult to identify who should be held accountable for the handling and processing of personal data. See Kuan Hon, Julia Hörnle, and Christopher Millard, 'Who Is Responsible for 'Personal Data' in Cloud Computing?', *International Data Privacy Law*, vol. 2, no. 1, 2011, pp. 3-18; Kuan Hon, Julia Hörnle, and Christopher Millard, 'The Problem of 'Personal Data' in Cloud Computing: What Information Is Regulated? – The Cloud of Unknowing,' *International Data Privacy Law*, vol. 1, no. 4, 2011, pp. 211-28.

In the European Union and the United States, data protection and privacy in the global digital economy are major public policy concerns. The main pieces of legislation of the European Union are the directive 95/46 of 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (**Data Protection Directive**), the Directive 2002/58 of 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, and the Regulation 2016/679 of 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (**General Data Protection Regulation**), formally applying as of 25 May 2018.<sup>8</sup> Those regulations establish stringent requirements with regard to the processing of information relating to identified or identifiable persons. Some provisions therefore cover personal data transfers outside the European Union, thus directly affecting digital trade. It is for example required that personal data may only be transferred to jurisdictions that provide ‘adequate level of protection’ for such data.

From the European Union perspective, the fact that the United States lack a generally-applicable body of law regulating the processing of personal data by private actors was an obstacle to the enforcement of the data protection regime. A number of laws, such as the Fair Credit Reporting Act and the Gramm-Leach-Bliley Act, restrict how private actors in specific sectors may process personal data they collect. However, there is no general requirement to obtain consent from data subjects for the collection, recording, organization, structuring, storage, alteration, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination, combination, destruction of personal data in sectors where data transfers are not regulated by specific statutes. Also, among the most relevant statutes are the *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* (U.S. Patriot Act), which may lead U.S. companies to transfer data to the U.S. government even without notice to the data subject, and the Foreign Intelligence Surveillance Amendment Act, that introduced the possibility for the U.S. government to access without a warrant personal data of foreign citizens located outside of the United States. Therefore, the European Commission could not conclude that the United States provided an ‘adequate level of protection’ of personal data in the meaning of the Data Protection Directive. In 2000, after several years of negotiations, the European Union and the United States agreed upon a mechanism under which companies could transfer personal data from the European Union to the United States provided that they uphold some principles designed to assist compliance with the Data Protection Directive. Companies could benefit from the mechanism by adhering to the principles (self-certification). However, this EU-U.S. Safe Harbour was not ‘adequate’ to cover

---

<sup>8</sup> Europe started prioritizing privacy and personal data protection in regard to commercial activity long before. See European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 8; Convention on the Protection of Individuals with regard to the Automatic Processing of Personal Data, European Treaty Series, no. 108.

all personal data transfers to the United States. For example, the jurisdiction of the Federal Trade Commission, which was the authority in charge of enforcing self-certification pledges, did not extend to financial service companies, which had to adopt binding corporate rules ensuring that they would apply the protections of personal data of Europeans when exported outside the European Union.

In 2013, the revelations about the National Security Agency's surveillance activities gave rise to calls in the European Union for terminating the EU-U.S. Safe Harbour, regulating internet platforms, and implementing more stringent data protection requirements through the General Data Protection Regulation. In October 2015, the European Court of Justice (**ECJ**) annulled the decision on EU-U.S. Safe Harbour on the grounds that individuals had the right to question whether a third country provided an 'adequate level of protection' for personal data transferred from the European Union to the third country, that data protection authorities within the European Union had an obligation to assess the adequacy of levels of protection in third countries, and that the Commission, when deciding on the EU-U.S. Safe Harbour in 2000, had not taken into account whether the United States provided adequate controls over government access to data collected by private actors, thereby ensuring that such access is necessary and proportionate.<sup>9</sup> The ECJ did not decide on whether the United States provided an adequate level of protection but emphasized that an 'adequate level of protection' requires that the third country ensures a level of protection of fundamental rights and freedoms that is equivalent to that guaranteed within the European Union pursuant to the Data Protection Directive and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In the aftermath, and despite very different ways of conceiving data protection and privacy, the European Commission and U.S. authorities, especially the Department of Commerce and the Federal Trade Commission, adopted in 2016 the EU-U.S. Privacy Shield, another legal mechanism based on self-certification by companies that they will comply with principles. It includes more stringent obligations for companies that transfer personal data to the U.S. and requires additional sources of recourse and redress for individuals who would be affected by non-compliance.

However, these cooperative endeavors give the misleading impression of consensus and consistency. The European Union and the United States have adopted and always followed different legal approaches to data protection and privacy.<sup>10</sup> The European Union enacted data protection rules while, in contrast, privacy issues are addressed through sectoral regulation and private ordering in the United States. Also,

---

<sup>9</sup> ECJ, *in re Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner*, C-362/14, 6 October 2015 (**Schrems Judgment**).

<sup>10</sup> See Paul Schwartz and Daniel Solove, 'Reconciling Personal information in the United States and European Union,' *California Law Review*, vol. 102, no. 4, 2012, pp. 877-916.

the U.S. Constitution does not contain any explicit reference to privacy,<sup>11</sup> whereas it is considered as a fundamental right in the European Union.<sup>12</sup> Many U.S. scholars consider privacy as a property right, that is, an alienable commodity that may be traded for customized service.

In addition, differences over how to define the appropriate balance between economic growth and personal data protection directly impede transatlantic digital trade. The negotiations of trade agreements clearly revealed the current limits of cooperation between the United States and the European Union.

### **Dialogue between the United States and the European Union in Furtherance of Trade Agreements Negotiations: Remaining Tensions and Political Hurdles**

The WTO regulates digital trade to a limited extent and in a fragmented manner. Several agreements designed and implemented within its framework deal with matters affecting digitally-enabled trade. For examples, the Information Technology Agreement<sup>13</sup> (ITA) eliminates duties on virtually all information technology products; the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) ensures the protection and enforcement of some trade-related intellectual property rights relevant to digital technology, such as computer programs; all the general provisions of the General Agreement on Trade in Services (GATS) are applicable to the supply of services through electronic means, including the exceptions which permits Member states, under certain circumstances, to maintain inconsistent measures in the interest of protecting public morals, privacy<sup>14</sup> or national security, provided that such restrictions are applied on a nondiscriminatory basis, necessary and proportionate.

---

<sup>11</sup> However, on many occasions the U.S. Supreme Court has ruled in favor of privacy interest and derived the right to privacy from the First, the Third, the Fourth, the Fifth, the Ninth, and the Fourteenth Amendments to the U.S. Constitution.

<sup>12</sup> James Whitman interpreted this divergence as rooted in cultural differences between those who regard “privacy as an aspect of dignity” and those who view “privacy as an aspect of liberty.” See James Whitman (2004) “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty,” *The Yale Law Journal*, vol. 113, 1153-221; Robert Post (2001) “Three Concepts of Privacy,” *Georgetown Law Journal*, vol. 89, 2087-98.

<sup>13</sup> The Ministerial Declaration on Trade in Information Technology Products concluded at the Singapore Ministerial Conference in December 1996

<sup>14</sup> In trade law, it is understood that country may adopt and enforce rules to protect personal data. Article XIV of the GATS provides that “nothing in this agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Member of measures: [...] (c) necessary to secure compliance with laws and regulation [...] including those relating to [...] the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts.” The United States adopted this general approach by explicitly incorporating Article XIV (c) into the Trans-Pacific Partnership Agreement. However, most cases where the exceptions provisions of GATS (Article XIV) and GATT (Article XX) were invoked as a defense did not succeed. See Public Citizen, ‘Only One of 44 Attempts to Use the GATT Article XX/GATS Article XIV “General Exception” Has Ever Succeeded: Replicating the WTO Exception Construct will not Provide for an Effective TPP General Exception,’ 2015, accessed at <https://www.citizen.org/sites/default/files/general-exception.pdf>.

*Regulating Transatlantic Digital Trade  
Cooperative Endeavors, Remaining Tensions, Political Hurdles*

However, the language of these instruments predates the Internet, cloud computing, and the Internet of Things, among other technological developments, and the WTO now fail to comprehensively address digital trade issues. For example, it is unclear whether the Annex on Telecommunications applies to access to, and use of, the Internet network and related services.<sup>15</sup> This issue, as well as the question as to whether there is a need to develop additional disciplines under the GATS, is on the agenda of the Work Program on Electronic Commerce launched after the second WTO Ministerial Conference in 1998, then extended at subsequent ministerial conferences, to “examine all trade-related issues relating to global electronic commerce”.<sup>16</sup> Several Member states therefore advocate updating the rules in the interest of certainty and stability. In 2011, the United States requested that the Work Program on Electronic Commerce be revised “if the WTO is to remain relevant to the innovative technologies and business models that can support economic growth and opportunities.”<sup>17</sup> The United States pointed out concerns raised by lack of guidance as to whether electronic commerce should be governed by commitments on trade in goods or trade in services,<sup>18</sup> especially in view of the technological advances and widespread investments in broadband networks, as well as to how should these rules effectively govern electronically-delivered software (mobile application) and cloud computing.

In this context, trade agreements have provided a framework to govern cross-border data flows. Both the United States and the European Union have in recent years included non-binding provisions in trade agreements to ensure that data move freely across borders.

The United States was the first country to both include provisions related to digital trade in trade agreements and to use trade policies to govern cross-border data flows. Two decades later, it remains the most vehement promoter of trade agreements as a policy instrument to advance the objectives of liberalizing the digital economy. In October 2015, the United States and eleven States (Australia, Brunei, Canada, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, and Vietnam) reached common grounds on binding provisions in the Trans-Pacific Partnership (**TPP**). The United States also attempted to include similar provisions in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (**TTIP**) with the European Union, and the Trade in

---

<sup>15</sup> The Annex applies to all measures that affect access to, and use of, “public telecommunications transport networks and services.” (Article 2(a)).

<sup>16</sup> WTO, Second Ministerial Conference (1998) ‘Declaration on global electronic commerce’, WT/MIN(98)/DEC/2

<sup>17</sup> WTO, Communication from the United States (2011) ‘Work Program on Electronic Commerce: Ensuring that Trade Rules Support Innovative Advances in Computer Applications and platforms, such as Mobile Applications and the Provision of Cloud Computing Services’ S/C/W/399

<sup>18</sup> On the issue of classification, see Sam Fleuter (2016) ‘The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification,’ *Chicago Journal of International Law*, vol. 17:1, art. 5, 153-77; Farrokh Farrokhnia and Cameron Richards (2016) ‘E-Commerce Products Under the World Trade Organization Agreements: Goods, Services, Both or Neither?’, *Journal of World Trade*, vol. 50, no. 5, 793-817

*Regulating Transatlantic Digital Trade  
Cooperative Endeavors, Remaining Tensions, Political Hurdles*

Services Agreement (**TiSA**), a trade agreement currently being negotiated by twenty-three members of the WTO, including the European Union and the United States.

The negotiations of TTIP reveal that, even though the United States and the European Union share similar objectives and find common grounds on rules to regulate certain aspects of digital trade, differences between Washington and Brussels over how to govern digital markets persist.

The purpose of TTIP is to promote trade and investment flows between the European Union and the United States to foster economic growth in markets on both sides of the Atlantic. The European Union and the United States adopted in 2011 a joint statement on ‘Trade Principles for Information and Communications Technologies Services’ that emphasizes common commitment to trade-related principles which implementation within their bilateral economic relationship, as well as in trade negotiations with third countries, is aimed at enhancing regulatory capacity and supporting the development of information and communications technologies (**ICT**) networks and services. It includes network access and use on a cross-border and technological neutral basis, free cross-border information transfers from foreign services suppliers and customers, absence of data localization requirements and foreign ownership restrictions, use of local infrastructure on a nondiscriminatory basis, and permissive licensing and authorization regimes. At the time, issues related to e-commerce and cross-border data flows were not a bone of contention between the United States and the European Union. In 2013, the revelations about PRISM modified the political environment of the negotiations and led to the exclusion of personal data protection from the TTIP agenda. Political tensions have paralyzed the transatlantic negotiations on digital trade.

The European Commission ‘Trade for All’ strategy adopted in 2015<sup>19</sup> includes a section on ‘Facilitating Digital Trade.’ The European Union refused to resume talks on aspects related to data flows absent mutual understanding on data protection issues, and proposed draft provisions on e-commerce only.<sup>20</sup> The e-commerce chapter of the proposal deals explicitly with digitally-delivered exports and imports of goods and services. It includes the commitment not to impose customs duties on electronic transmissions, which are considered trade in services, and to make the provision of services by electronic means conditional upon prior authorization or any other requirement. The text also allows for contracts concluded by electronic means as well as electronic trust and authentication services, protects end-users from unsolicited direct marketing communications and promotes regulatory cooperation

---

<sup>19</sup> European Commission, ‘Trade for All – Toward a More Responsible Trade and Investment Policy,’ 2015; see especially Section 2.1.2, accessed at [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc\\_153846.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf)

<sup>20</sup> European Commission, ‘Transatlantic Trade and Investment Partnership: Trade in Services, Investment and E-Commerce,’ 2015, accessed at [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc\\_153669.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/july/tradoc_153669.pdf)

on e-commerce issues. Not surprisingly, the text provides for an exception for measures “necessary to secure compliance with law or regulations [relating to] the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts.” From the other side of the Atlantic, the United States put forward a draft modelled on TPP and refused to discuss the European Union’s proposal, arguing that it did not address regulation of data flows. Unlike the European Union’s proposal, TPP explicitly includes requirements consistent with Article 14 of the GATS regarding the free cross-border transfer of information by electronic means, and addresses personal information protection. It also ensures that digital products are treated on a non-discriminatory basis regardless of their characteristics in terms of nationality or territory, and that no party requires “the transfer of, or access to, source code of software owned by a person of another party, as a condition for the import, distribution, sale or use of such software, or of products containing such software, in its territory”. It also specifically encourages cooperation on personal information protection and cybersecurity.

The replicability of the provisions of TPP in TTIP is uncertain. In 2016, endeavors towards the replacement of the EU-U.S. Safe Harbour agreement permitted negotiations to go forward in respect of e-commerce provisions common to the two sides.<sup>21</sup> The EU-U.S. Privacy Shield may also help facilitate further discussions in TTIP on data protection.

Also, it should be noted that, given that digital technologies underpin a growing range of economic activity, other matters on the table (such as tariffs on ICT products not covered by the ITA, investment in the services sector, and cross-border trade in services) would affect digitally-enabled trade. For example, although both the United States and the European Union have sought to liberalize trade in services, the former advocates for a ‘negative list’ approach while the latter favors a ‘hybrid’ approach.<sup>22</sup> Also, expected gains from TTIP are significantly dependent upon regulatory provisions. TTIP offers a framework for regulatory cooperation, for example on technology standards, e-labelling, e-accessibility, cryptography and other matters<sup>23</sup> as well as convergence of regulations on cross-border in digitally delivered services. However, it is foreseeable that regulators on both sides of the Atlantic will attempt to assess whether the level of protection they already require is sufficiently equivalent to standards defined by their counterparts for ‘mutual recognition’ rather than to aim at improving existing regulations. It is therefore unlikely that TTIP will address more

---

<sup>21</sup> European Commission, ‘Report of the 13<sup>th</sup> Round of Negotiations For the Transatlantic Trade and Investment Partnership’, 2016, p. 6, accessed at [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/may/tradoc\\_154581.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/may/tradoc_154581.pdf)

<sup>22</sup> According to the ‘hybrid’ approach, entry to the market is positively listed, followed by application of national treatment as a general rule.

<sup>23</sup> See DigitalEurope, ‘ICT Industry Recommendations for Regulatory Cooperation in the Transatlantic Trade and Investment Partnership,’ 2015, accessed at <http://www.itic.org/dotAsset/4/5/456f3a0a-0bd8-4ff5-a985-89499bc93940.pdf>



general issues such as net neutrality, interoperability measures, privacy, and antitrust rules.<sup>24</sup>

A joint report stated in January 2017 that negotiators “still have significant work to do to resolve [...] differences in several important areas of the negotiations, *inter alia* [...] how to structure commitments on data flows that will reinforce the essential electronic commerce and digital infrastructure of our economic relationship while respecting legitimate concerns about protecting privacy.”<sup>25</sup> Negotiations have been on hold since the election of the President of the United States and as for today political concerns underpin the current inertia. The overall political environment does not seem favorable to the adoption of a comprehensive agreement on digital trade-related issues. However, should TTIP be further negotiated, it would provide an opportunity for the European institutions to define a template for trade agreement provisions related to digital trade, such as e-commerce services or cooperation in respect of ICT regulation, for the purpose of explicitly including the digital economy in subsequent trade and investment negotiations.

As for TiSA, negotiations have been ongoing since April 2013, although no new round has been scheduled in 2017. TiSA focuses on liberalizing trade in services and is intended to provide for common rules in respect to digital trade and related cross-border data flows, as well as to expand market access beyond the current commitments in the framework of the GATS.<sup>26</sup> The timeline and outlook remain uncertain, as participants are dealing with complex issues regarding digital trade frameworks and regulatory cooperation, and the U.S. administration position is unclear. Should negotiations of TiSA be continued and result in a plurilateral agreement outside the framework of the WTO, a chapter on digital trade – or e-commerce – would likely address online consumer protection, interoperability, trade barriers to cross-border data flows and other areas, similar to the provisions in TPP.<sup>27</sup>

The Trade Promotion Authority (TPA) legislation, signed in June 2015, includes specific provisions which define U.S. trade negotiation objectives on trade in services. Some objectives are specific to “digital trade in goods and services and cross-border data flows.” However, since the President of the United States withdrew the U.S. participation in TPP, the future of TTIP and TiSA has been uncertain.

---

<sup>24</sup> Andrea Renda and Christopher Yoo, ‘Telecommunications and Internet Services: The Digital Side of TTIP,’ Centre for European Policy Studies / Center for Transatlantic Relations, Johns Hopkins University, Paper No. 8 in the CEPS-CTR Project ‘TTIP in the Balance’ and CEPS Special Report No 112, 2015.

<sup>25</sup> U.S.-EU Joint Report on T-TIP Progress to Date, January 2017, accessed at <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/january/us-eu-joint-report-t-tip-progress-0>

<sup>26</sup> The expansion of the category of ‘services’ could make it all-encompassing. For example, a watch that records measures during sleep or while walking could be qualified as a fitness monitoring service, not a good, much like a driverless car could be considered as a transport service.

<sup>27</sup> See Rachel Fefer, ‘Trade in Services Agreement (TiSA) Negotiations: Overview and Issues for Congress,’ Congressional Research Service, no. 7-5700, 2017.

## **Outlook for the European Institutions**

Transatlantic economic relations depend in part on the balance between data protection / privacy and economic growth reflected in the regulations adopted on both sides of the Atlantic in respect to (cross-border) data flows. In this regard, the European institutions should ensure certainty in the legal framework for transatlantic data transfers. Although the EU-U.S. Privacy Shield agreement helps improving legal certainty, relying on self-certification entails some risks. Uncertainty remains. Much of the upheaval in data protection rules in the European Union over the past years has been fueled by concerns with respect to U.S. surveillance. Regardless of the obligations it places on U.S. companies, the EU-U.S. Privacy Shield is unlikely to alleviate these concerns. Also, the EU-U.S. Privacy Shield has been challenged by Digital Rights Ireland and La Quadrature du Net arguing that it does not comply with the Data Protection Directive, the European Charter of Fundamental Rights, and the Schrems Judgment.<sup>28</sup> Although the former case has been found inadmissible,<sup>29</sup> the latter is still pending.<sup>30</sup>

Also, the lack of trust between citizens and governments on both sides of, and across, the Atlantic significantly impedes digital transformation and thus affects digital trade. It is partly due to the failure of governments to adequately inform citizens on the consequences of ongoing disruptions and the state of transatlantic relations. Trust underpins trade, and changes to law and practice regarding access to personal data for purpose of national security and law enforcement may therefore indirectly hamper digital trade. In this regard, cooperation between the U.S. administration and the European Commission, for example on matters related to cybersecurity and encryption, in order to develop a comprehensive narrative on issues governing law enforcement and national security, would be valuable in terms of legal certainty, trust and trade activity.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> A resolution passed by the European Parliament in April 2017 called for an assessment of the EU-U.S. Privacy Shield to ensure that it includes enough personal data protections to comply with the European Charter of Fundamental Rights and the General Data Protection Regulation.

<sup>29</sup> ECJ, *Digital Rights Ireland v. Commission*, T-670/16, 22 November 2017.

<sup>30</sup> ECJ, *La Quadrature du Net and Others v. Commission*, T-738/16, pending.

<sup>31</sup> See U.S. Chamber of Commerce, 'Transatlantic Cybersecurity: Forging a United Response to Universal Threats,' 2017, accessed at <https://www.uschamber.com/TransatlanticCybersecurityReport>. For the United States: National Institute of Standards and Technology 'Framework for Improving Critical Infrastructure Cybersecurity,' Version 1.0 dated 12 February 2014 and Version 1.1 revised on 5 December 2017. For the European Union: Directive 2016/1148 of the European Parliament and the Council of 6 July 2016 concerning measures for a high common level of security of network and information systems across the Union. The directive will enter into force in May 2018. Uncertainty remains as to what it means for private actors, especially given that the European Commission cannot require Member States to adopt a particular approach when implementing the directive and the lack of guidance from the European Union Agency for Network and Information Security. Which companies will be identified as operators of essential services? What security measures will they have to implement? See also George Christou, 'Transatlantic Cooperation in Cybersecurity: Converging on Security as Resilience?,' in *Cybersecurity in the European Union, New Security Challenges Series*, Palgrave Macmillan, London, 2016.

*Regulating Transatlantic Digital Trade  
Cooperative Endeavors, Remaining Tensions, Political Hurdles*

Finally, the European institutions should seek to improve clarity in the transatlantic dialogue. Concepts such as data protection, privacy, commercial use of data, digital flows, digital rights, data transfer, data transmission, *et cetera*, are often bundled together in the discourse, although they relate to different policy and legal issues. Also, the terms used in the discourse about digital transformation should be more precisely defined to more accurately identify the issues at stake. Whether some words are being used interchangeably or not is unclear. Lack of clarity of the technical terminology and conceptual framework impedes the efficiency of the debate. What is more, the transatlantic dialogue would benefit from the establishment of an institutionalized, single forum, for example such as the EU-U.S. Energy Council, to bring the various transatlantic partners together and thereby advance a cross-sectoral discussion. It would require involving not only the European Commission, but also Member States and the Council, the European Parliament,<sup>32</sup> and relevant key players. Let's hope that converging interests in digital trade and joint endeavors for legal certainty will prevail over political hurdles and disenchantment with transatlantic cooperation in the following months and years.

---

<sup>32</sup> For example, issues related to privacy are politically sensitive and guidance from both the members of U.S. Congress and the members of the European Parliament is critically important for the European Commission and the U.S. administration. Also, discussions occurring between committees of the European Parliament and their counterparts at the U.S. Congress are opportunities to develop multi-sector perspectives. Cooperation between the legislators could, for instance, allow to compare how the European Union and the United States are considering regulating the Internet of Things, in regard to privacy, encryption, and the like.

**PETROS C. MAVROIDIS**

## *Regulating Transatlantic Digital Trade: What, Why, Where and How?*

---



### ***PETROS C. MAVROIDIS***

*Petros C. Mavroidis is Edwin B. Parker Professor of Law at Columbia Law School (New York City), and Professor at the University of Neuchâtel (Switzerland) in Switzerland. He has acted as chief reporter for the American Law Institute study ‘Principles of International Trade: the WTO’. His most recent major publication is ‘The Regulation of International trade’, MIT Press, 2016.*

### **1. SCOPE OF THE PAPER**

Building on Creach (2018), in this paper, I entertain three questions: what exactly are the transatlantic partners supposed to regulate in the realm of digital trade; why, in light of the subject-matter as defined, is there a need to regulate; and finally, where and how should transatlantic regulation take place. This last question is for all practical purposes a choice of forum issue, taking of course, into account the comparative advantage (endowments) of possible, realistic alternatives. I take each question in turn.

I assume of course, that there is a willingness to transact, and go beyond whatever commitments they have already made at the WTO (World Trade Organization)-level.

### **2. WHAT REGULATE?**

Different institutions, and various authors have used different names to address more or less the same issue. Personally, I find the OECD (2011) definition, which has been endorsed by the World Bank (2017), most appropriate.

E-commerce covers purchase of traditional goods and services through electronic means (e.g., purchasing a book via Amazon). Digital trade is about purchasing of digital goods and/or services (e.g., purchasing the new PDF reader over the Internet). E-commerce and digital trade are, following this definition, subgroups of e-trade. E-

trade in turn, covers all forms of goods and services (traditional and digital) traded through electronic means.

E-trade is but an aspect of digital economy. It does not extend to cover say e-government, that is, the possibility to pay taxes via the Internet, or to comment, through the same means, on legislative proposals. E-government in equilibrium, undeniably influences trade patterns, but is not e-trade as per the definition adopted here.

Since we are dealing with trade in this paper, it is e-trade, as defined above that is the subject-matter of (the eventual) transatlantic regulation.

### **3. WHY REGULATE?**

The response to this question is quite straightforward, and Creach (2018) does an excellent job in describing the need to regulate. Both the United States, as well as the European Union have moved in to regulate this type of transactions.

Sometimes they did so for different reasons. The transatlantic partners do not see eye to eye on protection of privacy for example, and how much it should impact e-trade.

Sometimes, the intensity of the regulation is asymmetric, as the two partners are on occasion asymmetrically averse, even though they both see the need to regulate.

Lastly, the degree of integration across the two markets also exerts influence in this respect. The EU single digital market is still in process, whereas the US federal government has legal power to intervene with respect to most issues on this score.

Because regulatory interventions are often asymmetric, there is a need to establish equivalence. Take for example, the “adequacy” decisions, mentioned in Creach (2018). The EU executive will have to perform a conformity assessment, and pronounce on whether the United States meets its concerns. It can do it unilaterally, but then uncertainty looms as to the outcome. The work of many economists, and most recently, Handley and Limão (2015), has made a very strong case why trade (and investment) agreements are necessary when the counterfactual is trade (and/or investment) under uncertainty.

In doing that, they have of course, different options, ranging from recognition to harmonization. They would obviously want to go beyond nondiscrimination, since the latter does not do much to thwart uncertainty. Contracts in this realm are highly incomplete, and their interpretation by national, or even international judges, might not be perceived as sufficient insurance policy against uncertainty.

This brings us to the forum issue.

### **4. WHERE AND HOW TO REGULATE?**

The obvious starting point in this discussion is the WTO. Irrespective how digital goods are qualified (goods or services), both parties have already entered

commitments therein, which are relevant to our discussion here. At the very least, through their eventual agreements the European Union and the United States should not be violating whatever they have committed to do at the multilateral level. For the reasons that I mention below, it seems to me that the multilateral level is not the most appropriate forum, under the circumstances.

#### **4.1 Digital Divide: is Digital Trade a Concern for All?**

In various publications, the OECD (2011) (2017) has contributed to a better understanding of the facts. E-trade is expanding fast, but not at the same pace for all the trading community. It definitely presents developing countries with vast opportunities for trade growth, but it would be way too demanding to drag them all to a negotiation about geo-blocking, data localization etc. They have other, more pressing fish to fry at this time.

Additionally, a non-thematic negotiation risks derailing the trading partners and eviscerating the intellectual integrity of the negotiation itself. On the one hand it is clear that, that more there is to negotiate, the likelier that the negotiation will be successful. On the other hand however, political economy might dictate unwarranted outcomes such as a less ambitious agenda in digital trade in the name of delaying openness of the farm market.

Furthermore, the attitude of the current US administration towards the WTO does not lend much hope that a multilateral deal is a realistic prospect. Indeed, one need only to look at the output of the recent Ministerial Conference in Buenos Aires to cement the belief that the WTO right now is treading water.

#### **4.2 TTIP Revived?**

The TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) was supposed to cover all trade issues, including e-trade. At this point it is in quasi-moribund state. The Trump Administration favours bilateral deals, so TTIP negotiations might be revived.

Free-trade areas (FTAs), like TTIP, present trading partners with the obvious advantage of providing them with a forum ideally suited to like-minded players. From a cosmopolitan perspective though, they represent a risk. Issues are negotiated behind closed doors, transactions costs are increased since different FTAs deal with overlapping subject-matter in asymmetric and often hard to reconcile manner, and thus, costs will be shifted to nonparticipants.

This is especially true if the purpose of a negotiation is to provide a template for regulation of e-trade, in which case the option we discuss next seems the most promising.

#### **4.3 In Praise of Halfway Houses**

Hoekman and Mavroidis (2015) have voiced arguments in favour of extensive use of plurilateral agreements, especially in areas where the current WTO framework is wanting or totally missing. Plurilateral agreements in this line of thinking, are the hothouse of future multilateral regulation. By keeping the umbilical cord to the WTO tight (since, unlike FTAs, they require approval by the membership; WTO members might join in the future; disputes are submitted to WTO panels), they combine the advantages of a forum for like-minded players with the potential for, eventually, multilateral regulation, as the door remains open to other WTO members to join in.

Plurilateral agreements are thus, quite convenient halfway houses between regionalism and multilateralism.

At the moment of writing, the WTO can only afford to renew the moratorium for e-commerce. This arrangement simply provides for duty-free treatment for electronically traded goods and services. This is a step in the right direction, but definitely does not coincide with the subject-matter of e-trade as we know it in various FTAs.

The relevant discussion in Creach (2018) is quite telling in this regard. A simple perusal of chapters on digital trade, irrespective whether one looks into European-, American- or Asian FTAs, amply confirms this point.

Assuming willingness to go forward and provide certainty in e-trade between them, the United States and the European Union could serve their interests by cooperating with like-minded countries in the realm of a plurilateral agreement.

## **References**

Creach, Marion Anne. 2018. *Regulating Transatlantic Digital Trade: Cooperative Endeavours, Remaining Tensions, Political Hurdles*, Global Business Law and Governance, ...

E-Trade for Development. 2017. The World Bank Group, Washington DC.

Handley, Kyle and Nuno Limão. 2015. Trade and Investment under Policy Uncertainty: Theory and Firm Evidence, *American Economic Journal*, 7: 189-222.

Hoekman, Bernard M., and Petros C. Mavroidis. 2015. WTO 'à la carte' or WTO 'menu du jour' ? Assessing the Case for Plurilateral Agreements, *European Journal of International Law*, 26: 319-343.

Measuring Digital Trade: Towards a Conceptual Framework. 2017. Committee on Statistics and Statistical Policy, Statistics Directorate, STD/CCSP/WPTGS(2017)3, OECD: Paris, France.

*Regulating Transatlantic Digital Trade: What, Why, Where and How?*

OECD Digital Economy Outlook. 2017. OECD: Paris, France.

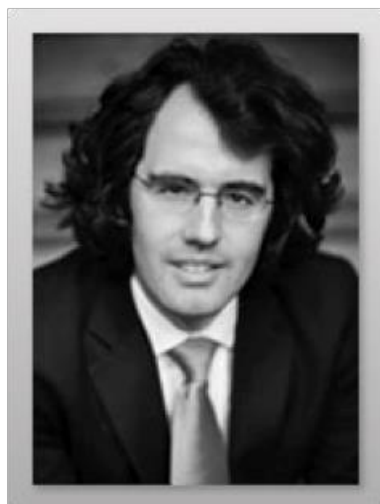
OECD Guide to Measuring the Information Society. 2011. OECD Publishing,  
<http://dx.doi.org/10.1787/10.1787/9789264113541-en>



**JEAN D'ASPREMONT**

*International Lawyers and Legal Forms: Transatlantic Denials*

---



***JEAN D'ASPREMONT***

*Jean d'Aspremont is Professor of International Law at Sciences Po School of Law. He also holds a chair of Public International Law at the University of Manchester where he founded the Manchester International Law Centre (MILC) with Professor Iain Scobbie. He is General Editor of the Cambridge Studies in International and Comparative Law and director of the Oxford Database on International Organizations. He is a member of the Scientific Advisory Board of the European Journal of International Law. He is series editor of the Melland Schill Studies in International Law. He used to be Editor-in-Chief of the Leiden Journal of International Law as well as series editor of the Elgar International Law Series. He was guest professor at the Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights (HEID/University of Geneva), the University of Louvain, and the University of Lille. He acted as counsel in proceedings before the International Court of Justice. Before moving to Manchester, he was Associate Professor of International Law at the University of Amsterdam and Assistant Professor of International Law at the University of Leiden. He received his LL.M. from the University of Cambridge and his Ph.D. from the University of Louvain. In 2005-06, he*

*was a Global Research Fellow at New York University (NYU), affiliated with the Institute of International Law and Justice (IILJ).*

Whilst in a constant quest for the sophistication of their craft, international lawyers relish simplistic, repetitive narratives. They continuously represent the world that they inhabit as undergoing cataclysmic changes calling for the intervention of international law, itself portrayed as being in a state of crisis and in need of renewal. It is noteworthy that international lawyers' simplistic narratives are not limited to the image they want to project about the world and international law. Their simplistic historical narratives also pertain to the way in which they represent themselves as a group of professionals and the configuration thereof. Indeed, when it comes to representing themselves, international lawyers generally indulge in some Manichaeism of sort as they portray their discipline as fractured along very binary lines: the centre versus the periphery, orthodoxy versus self-reflectivity, reform versus rehabilitation, the critical versus the non-critical, the scholars versus the practitioners, the idealists versus the realists, the autonomists versus the pluralists, the unitarians versus the fragmenters, etc.

This essay grapples with one of these mundane self-representations, namely the narrative that pits formalists against non-formalists and that locates the dividing line between them somewhere in the Atlantic Ocean. It particularly seeks to challenge the common assumption among international lawyers, according to which Europeans are more wedded to formalism than their American counterparts who, as the story goes, have successfully emancipated themselves from the straightjackets of legal forms. The following sections thus take issue with this common self-representation whereby the Europeans are the (naive) believers in formalism and the Americans the (realistic) deniers of formalism. Such a narrative, it is argued here, does not do justice to the subtle and complex role ascribed to legal forms on each side of the Atlantic. This essay accordingly sheds light on the two deceptive dimensions of this common narrative about formalism with the aim of showing that both Europeans and Americans continue to demonstrate attachment to legal forms, the only significant differences between them lying in the way in which they seek to reinvent formalism and the role of legal forms. This essay ultimately makes the point that both American and European international lawyers live in denial of their continuous engagement with legal forms.

This short essay starts by discussing the two sides of the narrative whereby Europeans are held to be formalists and American non-formalists. It starts with the European dimension of the story, which it calls 'the East Atlantic tale' (1). It continues with the American side of the narrative, which it calls 'the West Atlantic tale' (2). This paper ends with a few observations on the denial of international lawyers as to the entrenchment of formalism in their argumentative practice and

thought, a notion which they have nowadays elevated into a ‘villain’ of international legal thought (3).

### **1. THE EAST ATLANTIC TALE: THE EUROPEAN REVERENCE OF LEGAL FORMS**

One facet of the common narrative under discussion here posits that European international lawyers revere formalism and many of its variants. According to this image, European international lawyers are represented as perpetuating the centrality of legal forms. Certainly, this side of the narrative is not entirely groundless. Europeans bespeak a stronger attachment to formalistic modes of reasoning. Indeed, it seems conspicuous that Europeans – for good or bad reasons – make formal sources a linchpin of law-ascertainment, formal techniques of interpretation a key in content-determination, and formal responsibility a kingpin of the apportionment of liability in international law. Europeans are similarly and correspondingly known for their aversion to deformalisation. For them, deformalisation should be feared for threatening the very existence of law, for allowing ‘the increasing management of the world’s affairs by flexible and informal, non-territorial networks within which decisions can be made rapidly and effectively’ as well as for the related ‘process whereby the law retreats solely to the provision of procedures or broadly formulated directives by experts and decision-makers for the purpose of administering international problems by means of functionally effective solutions and ‘balancing interests’. In the same vein, it seems that for Europeans, the move away from formalism brings about a dangerous loss of accountability, while also frustrating the distinction between law and non-law.<sup>1</sup>

Whilst the attachment to legal forms by European international lawyers cannot be entirely denied, especially when it comes to upholding the autonomy of international law, this narrative fails to account for the complexity of European engagement with legal forms. Indeed, it seems that Europeans have been critical of the cost of formalism and have continuously sought to recalibrate the role of legal forms. It is no coincidence in this respect that Europe has been the cradle of several intellectual projects calling for the rejuvenation of formalism and of what we do with legal forms. The best example of this is probably found in Martti Koskenniemi’s plea for a ‘culture of formalism’<sup>2</sup> – a reinvention of formalism which he has, however, never fully developed. Several other endeavours to reinvent formalism with some self-declared self-reflexivity have been witnessed. Among them, international constitutionalism – which primarily finds its roots in European legal thought – stands out and can be construed as an attempt to re-think the role of legal forms. In fact, international constitutionalism denotes a dramatic ambiguity towards legal forms, thereby

---

<sup>1</sup> See J. Crawford. “International Law as a Discipline and Profession” (2012) 106 *Proceedings of the American Society of International Law* 471, 486; In the same vein, see M. Koskenniemi. ‘Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalisation’ (2007) 8, *Theoretical Inquiries of Law* 9, 13.

<sup>2</sup> See the famous plea of M. Koskenniemi for a culture of formalism - M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (CUP, 2002), 502-509.

showing that the European engagement with legal forms is much more subtle than the image conveyed by the common narrative discussed here. The following paragraphs focus on international constitutionalism to shed light on the complexity – and the paradoxes – of the European attachment to legal forms.

It is submitted here that the European project of international constitutionalism is driven by a foundational tension, namely the need to preserve some minimal formalism in constitutionalist patterns of argument, structures of thought, or conceptual frameworks, while simultaneously keeping legal forms at bay in order to realise the normative agenda of international constitutionalism.<sup>3</sup> On the one hand, constitutionalist scholars continue to adhere to a more or less formal understanding of the sources of international law and the law-ascertainment mechanisms that come with it. Indeed, constitutionalist scholars continue to uphold formal mechanisms of law-identification to preserve the possibility of a distinction between law and non-law which they see as being as indispensable for the authority of law, the viability of the legal system as well as the rule of law without which their agenda could not be realized. The indispensable role of legal forms also explains why constitutionalists loathe the ‘deformalisation’ of international law, including the ‘softening’ of international law. For constitutionalists, legal forms are supposed to bring about legitimacy, and credibility, to those patterns of argument, structures of thought or conceptual frameworks promoted by constitutionalist thinking. Legal forms are also meant to endow constitutionalist lexicon with some sort of constraining power, for, short of legal forms, states autonomy would be left intact. Without formalism, international constitutionalism ‘remains ultimately incoherent and, what is worse, runs the risk of becoming a fig leaf for hegemonic exercises of power cross-dressed in a mantle of universal values’.<sup>4</sup> On the other hand – and this shows the intricacy of European engagement with legal forms – constitutionalists simultaneously denote strong inclination to depart from such formal constraints when necessary to realise their normative agenda. Indeed, constitutionalist patterns of argument, structures of thought, or conceptual frameworks are frequently non-formalistic and purely content-dependent. Although the traditional kinship between formalism and voluntarism, as well as state-centrism, is far from being self-evident, constitutionalist thinkers deem a departure from legal forms to play-down the allegedly dominant state-centrism in international law or seek to undo the role of consent in constitutionalist patterns of argument, structures of thought, and conceptual frameworks. This move away from legal forms in international constitutionalism is certainly not surprising. It is not difficult to see the extent to which the attachment to

---

<sup>3</sup> C. Tomuschat, “International Law: Ensuring The Survival Of Mankind On The Eve Of A New Century - General Course On Public International Law” (1999) 281 *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 9-438, 26-29; A. Peters, “The Merits of Global Constitutionalism” (2009) 16 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 397, 409; A. Peters, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures” (2006) 19 *Leiden Journal of International Law* 579, 603.

<sup>4</sup> See J. Klabbers, “International Legal Positivism and Constitutionalism” in J. Kammerhofer and J. d’Aspremont (eds), *International Legal Positivism in a Postmodern World* (CUP, 2014), 290.

legal forms can simultaneously lay down lethal constraints to the project of international constitutionalism. Indeed, in the eyes of constitutionalists, legal forms can, at times, dangerously frustrate the agenda of international constitutionalism, and especially the substantive unity, the demotion of consent, and what they call the legal control of politics. A move away from legal forms is also necessary to allow international constitutionalism to swallow the ‘transnational’ and ‘informal’ – which could not be apprehended through legal forms – and subject them to its constitutional structures and its global values.<sup>5</sup>

With a focus on international constitutionalism, the foregoing demonstrates the fundamental ambivalence that permeates international constitutionalism when it comes to the role of legal forms and, more generally, the complexity of European international lawyers’ engagement with formalism. This helps fault the narrative whereby Europeans are portrayed as unqualified formalists. The following section turns the attention to the other side of the story, namely the image of an American international legal scholarship as being dominantly anti-formalist.

## **2. THE WEST ATLANTIC TALE: THE AMERICAN REBELLION AGAINST FORMALISM**

According to this side of the narrative, formalism – especially the role of legal forms in hermeneutic theories – has long been discredited in American legal thought. The story teaches us that, after a passionate honeymoon, contestation arose with Legal Realism,<sup>6</sup> and was made even more compelling, several decades later, by scholars affiliated with Critical Legal Studies.<sup>7</sup> This American aversion to formal modes of legal reasoning is said to have made its way into American international legal thought,<sup>8</sup> causing American international lawyers to demote formalism to irrelevance or to describe it as dangerously hegemonic and ideological.<sup>9</sup> The rebellion against formalism in American international legal thought is often epitomised by the success of the famous New Haven school of international law, which is said to have vindicated ‘process’ over ‘rules’.

It is noteworthy that New Haven never enjoyed a monopoly of this self-declared anti-formalist ethos of American international lawyers.<sup>10</sup> This alleged abhorrence of

---

<sup>5</sup> It is interesting to note that the exact same move is witnessed in Global Administrative Law. See J. d’Aspremont, “Droit Administratif Global et Droit International” (Global Administrative Law and International Law) in C. Bories (ed), *Le Droit Administratif Global* (Pedone, 2012).

<sup>6</sup> O. W. Holmes, “The Path to Law” (1897) 10 *Harvard Law Review* 457; R. Pound, ‘Do We Need a Philosophy of Law’ (1905) *College Law Review* 5, 339.

<sup>7</sup> R. Unger, “The Critical Legal Studies Movement” (1983) 96 *Harvard Law Review* 561, 571; R. Unger, *The Critical Legal Studies Movement* (1986), 1-2.

<sup>8</sup> For a discussion of American scepticism from a comparative perspective, see R. H. Pildes, “Conflicts Between American and European Views of Law: The Dark Side of Legalism” (2003) 44 *Virginia Journal International Law* 145, 148.

<sup>9</sup> See E. Jouannet, “French and American Perspectives on International Law” (2006) 58 *Maine Law Review* 1, 15.

<sup>10</sup> It could be said that New Haven enjoyed a monopoly on rule-scepticism, which is a broader phenomenon than the move away from formalism, see G. Verdirame, “The Divided West’:

formalism (and the discredit in which the latter was plunged) manifests itself in extremely diverse ways in American international legal thought. Mention can be made of the rise of ‘deformalisation’ and the resort to non-formal law-ascertainment criteria (e.g. the ascertainment of customary law based on ethical principles), the success of effect-based and impact-based approaches to law-ascertainment, and the increasing importance attached to law-making output by ‘informal networks’.<sup>11</sup> The multiplication of attempts to reconstruct, challenge, and reform international law from the vantage point of legitimacy, which have usually been accompanied by the claim that consent cannot perform any legitimising function, can similarly be construed as a move against formalism. Indeed, this ‘turn to legitimacy’<sup>12</sup> supposedly “releases us from the law’s binary bind”<sup>13</sup> and it becomes possible to move from institutions to regimes, from rules to regulation, from government to governance, from responsibility to compliance, from legality to legitimacy, from legal expertise to international relations expertise.

According to the same narrative, the disrepute of formalism can equally be witnessed in many of the leading scholarly projects in which international legal scholars engage today. This is the case, for instance, in the alleged turn to empiricism,<sup>14</sup> inquiries into the means to ensure accountability in the exercises of power outside traditional legal categories,<sup>15</sup> the new modelling of international authority and the structure of global governance,<sup>16</sup> the quest for sociological insights about the functioning of international law,<sup>17</sup> the studies of expert-ruling and expert-knowledge,<sup>18</sup> or the potential transformation of global and national regulations through international and regional agreements.<sup>19</sup> In shifting their attention to these new objects of investigation, and irrespective of their newly acquired theoretical,<sup>20</sup> historical,<sup>21</sup> and multi-

---

International Lawyers in Europe and America” (2007) 18 *European Journal of International Law*, 566-567.

<sup>11</sup> A-M. Slaughter, “The Real New World Order” (1997) 76 *Foreign Affairs* 183-197.

<sup>12</sup> T. Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, (OUP, 1990), at 27.

<sup>13</sup> *Ibid*, 36.

<sup>14</sup> See G. Shaffer and T. Ginsburg, “The Empirical Turn in International Legal Scholarship” (2012) 106 *American Journal of International Law* 1.

<sup>15</sup> See, e.g. the studies on Global Administrative Law by B. Kingsbury, N. Krisch and R. Steward, in “The Emergence of Global Administrative Law” (2005) 68 *Law and Contemporary Problems* 15, 29.

<sup>16</sup> N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralistic Structure of Postnational Law* (OUP, 2010).

<sup>17</sup> M. Hirsch, *Invitation to the Sociology of International Law* (OUP, 2015); See also J. d’Aspremont, “The Professionalization of International Law” in J. d’Aspremont and Others (eds), *International Law as a Profession* (CUP, 2017).

<sup>18</sup> See, e.g., D. Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy* (Princeton University Press, 2016).

<sup>19</sup> See, generally, Institute of International Law and Justice (New York University Law School), ‘MegaReg’ (2012) <<http://www.iilj.org/megareg/>>.

<sup>20</sup> See some recent and unprecedented collections of essays on the theory of international law in A. Orford and F. Hoffmann, (eds), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* (OUP, 2016). See also J. d’Aspremont and S. Singh (eds), *Fundamental Concepts for International Law* (Edward Elgar, 2018).

<sup>21</sup> On the turn to history in contemporary international legal scholarship see M. Craven, ‘Theorizing the Turn to History in International Law’ in A. Orford and F. Hoffmann, *Oxford Handbook (op.cit.*

disciplinary appetites,<sup>22</sup> international legal scholars could be seen as breaking away from the centrality of legal forms inherited from the Enlightenment.

Yet, this anti-formalist narrative provides a very distorted image of the role and place of formalism in international American legal thought and practice. Indeed, despite the common self-representation of American scholarship as having distanced itself from formal modes of reasoning, it is possible to project a very different image of the American tradition of international law. According to this alternative image, the American tradition of international law comes to be understood as being in a constant quest, not to repudiate formalism, but to reinvent it. Indeed, legal forms have continued to occupy a very central role in the descriptive and analytical categories of most scholarly enterprises designed by American international lawyers. For instance, reconstructions of international law around the paradigm of legitimacy have continued to rest on mechanisms of ‘symbolic validation’, which can be read as the perpetuation of formalism in legal reasoning.<sup>23</sup> Likewise, the role of ‘authority signals’ in the New Haven process-based approach to international law, by virtue of its emphasis on ‘authority signals’ can also be construed as perpetuating, albeit in a covert fashion, the resort to formal modes of reasoning, thereby seriously qualifying the deformalisation traditionally associated with process-based approaches like New Haven.<sup>24</sup> By the same token, it can be contended that the rise of the so-called ‘new legal realism’ in American legal thought has not necessarily contradicted the need for formal modes of reasoning, especially with respect to law-ascertainment.<sup>25</sup> Mention can similarly be made of some of the most reformist approaches to the classical sources of international law, which have not done away with the formal modes of legal reasoning traditionally associated with the sources of international law and which have continued to articulate legal claims around a series of pre-existing formal signals.<sup>26</sup> Eventually, and provided that an American pedigree can be awarded to Global Administrative Law – and all the other ‘managerialists’<sup>27</sup> – it is noteworthy that studies that embrace the paradigms of Global Administrative Law rest on a dialectical approach which oscillates between a deformalisation of its object of study

---

n°20), 21-37; see also G. Galindo, ‘Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law’ (2005) 16 *European Journal of International Law* 539.

<sup>22</sup> See also J. L. Dunoff and Mark A. Pollack (eds), *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations – The State of the Art* (CUP, 2013).

<sup>23</sup> It is noteworthy for Franck, for example, because he still insisted on the need for symbolic validation, which may seem more formalist than those who succeeded him and which he contributed to engender, see T. Franck, *op.cit.* n°12, at 92.

<sup>24</sup> W. M. Reisman, “International Lawmaking: A Process of Communication” (1981) 75 *American Society of International Law Proceedings* 101, 110.

<sup>25</sup> See, generally, G. Shaffer, “A New Legal Realism: Method in International Economic Law Scholarship” in C.B. Picker, I. Bunn and D. Arner (eds), *International Economic Law – The State and Future of the Discipline* (Hart Publishing, 2008), 29-42.

<sup>26</sup> See, e.g., H. Cohen, “Finding International Law, Part II: Our Fragmenting Legal Community” (2012) 44 *NYU Journal of International Law and Politics* 1049, 1063; cf with M. Goldmann, “We need to cut off the head of the king: past, present, and future approaches to international soft law” (2012) 25 *Leiden Journal of International Law* 335-368.

<sup>27</sup> The term comes from M. Koskenniemi, ‘The Politics of International Law’ (1990) 1 *European Journal of International Law*, 7-19.

(namely the exercise of public authority at the international level) and a (re-)formalization of principles of accountability, participations and transparency.

These few examples suffice to show that the limits of the common portrayal of American international lawyers as anti-formalist and demonstrate that formalism – and the resort to legal forms – have not evaporated in American international legal thought. On the contrary, the reinvention of formalism in more covert variants in American international legal thought has made formalism more present, if not more pivotal than ever. This helps us challenge the traditional and popular narrative whereby American are said to be anti-formalists.

### **3. CONCLUDING REMARKS: ARE WE ALL FORMALISTS?**

The preceding sections have taken issue with the common narrative that pits the European formalists against the American anti-formalists. They have demonstrated that such a narrative, whilst undoubtedly popular, is deceptive. These observations have simultaneously shown, I trust, the complexity of the engagement of Europeans and Americans with formalism and the extent to which international lawyers on both sides of the Atlantic are geared towards the re-invention of formalism, and not its veneration or repudiation. Does this mean that European and American international lawyers are all formalists and have been so since the inception of modern international law? <sup>28</sup> My answer is ‘unsurprisingly yes!’, for engagement with formalism is a common denominator of the European and American traditions of international law. In that sense, it can be contended that, notwithstanding variations in their engagement with legal forms and in the agendas behind their respective projects of renewal, formalism unites rather than distinguishes European and American international lawyers.

The claim that Europeans and Americans share some common engagement with formalism – and thus the corresponding idea that ‘we are all formalists’ – will probably not be received with much enthusiasm by European and American international lawyers as they relish their simplistic narratives and self-professed dividing lines. The claim developed here could even be found insolent and disrespectful. This is not only because this claim entails that, by adhering to some formalism of sort, both Europeans and Americans reproduce all the problems that come with formalism, and especially the obfuscation of politics and hegemonism as well as the fake determinacy of patterns of argument, structures of thought, or conceptual frameworks. The claim made in this essay – and thus the challenge of one of international lawyers’ most simplistic self-representation – can also prove vexing because formalism certainly counts as one of the ‘villains’ of international legal thought nowadays. Indeed, formalism has long joined natural law, voluntarism,

---

<sup>28</sup> This echoes the famous question: ‘are we all legal realists?’. See the chapter of Harlan Cohen in this volume; see also G. S. Alexander, “Comparing the Two Legal Realisms: American and Scandinavian” (2002) 50 *American Journal of Comparative Law* 131; B. Leiter, “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence” (1997) 76 *Texas Law Review* 267, 267-68; J. W. Singer, “Legal Realism Now” 76 *California Law Review* 465, 467.



consensualism, legal positivism, and others – which are often all conflated under the bogey of ‘Westphalia’<sup>29</sup> – as those ideas *against* which the profession must define itself and its ideals.<sup>30</sup> It can prove vexing for international lawyers to realise that, after all, they are doing just what they deny to do.

That said, it is important to highlight that international lawyers should certainly not read the discussion conducted here as arguing that they are and remain formalists. If international lawyers want to live in denial of their abiding engagement with formalism, so be it. In the end, it may be that international lawyers need simplistic self-representations to avoid that their craft implodes under the weight of the contradictions of their discourses.

---

<sup>29</sup> On the idea that Westphalia constitutes a myth, see A. Osiander, “Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth” (2001) 55 *International Organization* 251-287; see also P. Piiramäe, “The Westphalian myth and the idea of external sovereignty” in H. Kalmo and Q. Skinner (eds), *Sovereignty in fragments: The Past, Present and Future of a Contested Concept* (CUP, 2010), 64-80.

<sup>30</sup> On the idea that formalism has a bad connotation, see D. Bederman, *The Spirit of International Law* (The University of Georgia Press, 2002), 163, 171.

**FELICIA A. HENDERSON**

*Mixed Messages: How Much Should Corporate Law  
Require Boards to Listen to Shareholders?*

---



***FELICIA A. HENDERSON***

*Felicia A. Henderson, independent leadership consultant and member of the bar of the State of New York since 1998, specializes in corporate governance. Founder of her own leadership consulting company, her practice focuses on advising executives and boards on decision-making and interpersonal dynamics in business and non-profit organizations. Felicia A. Henderson is also a lecturer at Sciences Po where she teaches courses on corporate law and governance, comparative equality law and organizational behavior. Although she no longer actively practices law, Felicia has been a member of the bar of the State of New York since 1998.*

*Felicia A. Henderson received a Bachelor of Arts, cum laude, from Duke University in 1994 and her J.D., cum laude, from Harvard Law School in 1997. She also received a master's degree, with distinction, in Consulting and Coaching for Change from INSEAD Business School. While at Harvard Law School, she served as Editor-in-Chief of the Harvard Women's Law Journal (Vol. 20).*

Directors of large publicly-held corporations are receiving increasingly mixed messages from US and European lawmakers about the importance of shareholder voices in corporate governance. This article summarizes the competing messages and

## *Mixed Messages: How Much Should Corporate Law Require Boards to Listen to Shareholders?*

examines potential explanations for the diverging legal signaling. It, then, raises questions of whether, in the absence of harmonization between lawmakers, harmonization of practice is possible and desirable and, if so, at what level that harmonization should occur.

### **Transatlantic Divergence**

In the United States, the recent trend has been toward limiting shareholder involvement in corporate governance. One example is contained in the Financial Choice Act of 2017, approved by the US House of Representatives in June 2017.<sup>1</sup> Although the legislation is currently stalled in the US Senate, it reflects a current desire among US lawmakers to place limits on the legal rights of shareholders to engage with directors of corporations. Section 843 scales back the frequency of mandatory advisory shareholder votes on executive compensation,<sup>2</sup> which would be required only when pay is materially changed, rather than at least every three years under current law.<sup>3</sup> This change would be in direct contrast to recent developments in Europe requiring recurring and binding shareholder say-on-pay votes.<sup>4</sup>

Provisions of US law allowing shareholders access to the ballot, i.e., the corporation's proxy statement, are also under scrutiny. Section 844 of the Financial Choice Act would require the US Securities and Exchange Commission (SEC) to tighten the eligibility requirements for submission of shareholder proposals under Rule 14a-8 of the Securities Exchange Act of 1934,<sup>5</sup> including by lengthening the required holding period to three years from one year under current law.<sup>6</sup> In the same vein, and with immediate effect, the staff of the US Securities and Exchange Commission recently issued guidance indicating that it will afford greater deference in the no action letter process to the decisions of directors about whether to exclude shareholder proposals pursuant to existing exceptions to Rule 14a-8.<sup>7</sup> This guidance will likely have the

---

<sup>1</sup> H.R. 10, 115th Congress (2017-2018).

<sup>2</sup> 17 CFR § 240.14a.21. Although the enactment of say-on-pay was viewed as a victory for those seeking to give shareholders greater ability to hold directors accountable, in its release issuing the new rule, the SEC was careful to highlight the non-binding nature of the vote and to emphasize the text of the corresponding provisions of the Exchange Act – “none of the shareholder votes required pursuant to Section 14A is to be construed ‘as overruling a decision by such issuer or board of directors.’ These shareholder votes also do not ‘create or imply any change to the fiduciary duties of such issuer or board of directors.’” Shareholder Approval of Executive Compensation and Golden Parachute Compensation, Release Nos. 33-9178; 34-63768 (Jan. 25, 2011) (citations omitted). Directors are, therefore, free to enact the proposed compensation even in the face of a shareholder “no” vote. In practice, very few companies fail to obtain a “yes” vote on their proposals.

<sup>3</sup> H.R. 10, 115th Congress (2017-2018), Subtitle B, §843.

<sup>4</sup> See *infra* notes 9-17 and accompanying text.

<sup>5</sup> 17 CFR § 240.14a-8.

<sup>6</sup> H.R. 10, 115th Congress (2017-2018), Subtitle B, §844.

<sup>7</sup> U.S. Securities and Exchange Commission. *Shareholder Proposals*. Staff Legal Bulletin No. 14I (Nov. 1, 2017 (“These determinations often raise difficult judgment calls that the Division believes are in the first instance matters that the board of directors is generally in a better position to determine.”)).

*Mixed Messages: How Much Should Corporate Law  
Require Boards to Listen to Shareholders?*

effect of allowing directors to dismiss many proposals without any need for dialogue with shareholders. Though most shareholder proposals fail to obtain the approval of a majority of shareholders,<sup>8</sup> proponents of the mechanism view its utility as deriving largely from shareholders' ability to raise issues and engage directly with directors and officers.<sup>9</sup> Weakening this "catalyst for engagement"<sup>10</sup> signals that directors can, at least legally, begin to ignore shareholder voices.

In Europe, lawmakers are moving in the opposite direction. The revised Shareholder Rights Directive (referred to herein as the "Directive") published in May 2017<sup>11</sup> makes numerous changes intended to promote "[g]reater involvement of shareholders in corporate governance."<sup>12</sup> The Directive establishes two shareholder votes on "director" compensation:<sup>13</sup> listed corporations must submit a compensation policy to a binding<sup>14</sup> *ex ante* shareholder vote at least every four years,<sup>15</sup> and they must also submit a compensation report for an advisory *ex post* shareholder vote every year.<sup>16</sup> "Director" is defined more broadly than is normally understood in the US context;<sup>17</sup> consequently, these provisions establish shareholder approval and oversight of executive compensation throughout the European Union. Several of the largest European countries did not wait for EU action and have already passed laws

---

<sup>8</sup> James R. Copland & Margaret M. O'Keefe, *Proxy Monitor 2017 Season Review*, ProxyMonitor Report (Fall 2017), <http://guides.libraries.uc.edu/c.php?g=222561&p=1472886>. For example, in 2016 only 7% of shareholder proposals received majority support. The highest percentage for any year is 17% in 2006.

<sup>9</sup> Julian Velesco, *The Fundamental Rights of the Shareholder*, 40 UC Davis L. Rev. 407 (2006-2007) at 420; Sanford Lewis, *Protecting Shareholder Ownership and Governance Rights*, HARV. L. SCH. F. ON CORP. GOVERNANCE & FIN. REG. (Oct. 20, 2017) <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/10/20/protecting-shareholder-ownership-and-governance-rights/>.

<sup>10</sup> Lewis, *supra* note 9.

<sup>11</sup> Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017, 2017 O.J. (L 132) 1.

<sup>12</sup> *Ibid*, Preamble, para. 14.

<sup>13</sup> *Ibid*, arts. 9a and 9b.

<sup>14</sup> *Ibid*, art. 9a, paras. 2-3. The Directive indicates that this vote should be binding but allows individual member states to provide that the vote may be advisory so long as directors are paid only in accordance with the policy submitted at a shareholders meeting. Where the vote is advisory and the policy does not receive shareholder approval, the company must submit a revised policy to the shareholders at the next general meeting.

<sup>15</sup> *Ibid*, art. 9a, para. 5.

<sup>16</sup> *Ibid*, art. 9b, para. 4.

<sup>17</sup> *Ibid*, art. 1, § 2(b), para. (i). For purposes of the Directive:  
"director" means:

- (i) any member of the administrative, management or supervisory bodies of a company;
- (ii) where they are not members of the administrative, management or supervisory bodies of a company, the chief executive officer and, if such function exists in a company, the deputy chief executive officer;
- (iii) where so determined by a Member State, other persons who perform functions similar to those performed under point (i) or (ii)"

In practice, the key executive officers of most listed companies sit on the administrative board with non-executive directors (one-tier structures) or on a management board composed exclusively of executive officers (two-tier structures).

## *Mixed Messages: How Much Should Corporate Law Require Boards to Listen to Shareholders?*

requiring advisory or binding shareholder votes on executive compensation policies.<sup>18</sup> Say-on-pay is intended to increase director accountability to shareholders by allowing for greater shareholder monitoring.<sup>19</sup>

The Directive also includes provisions intended to encourage shareholder engagement in the governance of companies in which they hold shares. The Directive indicates that institutional investors, in particular, can play an important role in corporate governance<sup>20</sup> and, therefore, imposes on them an obligation to “either develop and publicly disclose a policy on shareholder engagement or explain why they have chosen not to do so.”<sup>21</sup> The engagement policy must describe how the institutional investor “integrate[s] shareholder engagement in [its] investment strategy, which different engagement activities [it] choose[s] to carry out and how [it does] so.”<sup>22</sup> As with say-on-pay, various European countries preceded the EU in adopting stewardship codes, which encourage institutional investor engagement.<sup>23</sup> Many of the provisions of the Directive resemble provisions contained in the UK Stewardship Code adopted in 2010.<sup>24</sup> Country-level measures not only encourage development and disclosure of an engagement policy but also, in some cases, contain “a clear framework for the escalation of activist conduct, if the board of directors is unresponsive to shareholder concerns.”<sup>25</sup>

While the United States appears poised to restrict shareholders’ already limited legal rights to speak on business matters, Europe is giving them a voice and requiring directors to listen.

### **Why the Mixed Signals?**

Potential explanations for this divergence include differing views on the respective roles of directors and shareholders and on the role of the law itself.

---

<sup>18</sup> See Randal S. Thomas & Christophe van der Elst, *Say on Pay Around the World*, 92 Wash. U. L. Rev. 653 (2015) (for a discussion of say-on-pay laws in Belgium, France, Germany, Sweden, the Netherlands and the UK).

<sup>19</sup> Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017, 2017 O.J. (L 132) 1, at Preamble, paras. 28-29; Thomas & van der Elst, *supra*, note 18 at 656 (providing separate rationales for dispersed and concentrated share ownership patterns).

<sup>20</sup> Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017, 2017 O.J. (L 132) 1, at Preamble, para. 15.

<sup>21</sup> *Ibid.*, at Preamble, para. 17 and art. 3g, para. 1.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> See Jennifer G. Hill, *Good Activist/Bad Activist: The Rise of International Stewardship Codes*, Seattle U. L. Rev. (forthcoming 2017) (for a summary of stewardship codes around the globe including in Europe).

<sup>24</sup> See Iris H. Y. Chiu, *European Shareholder Rights Directive Proposals: A Critical Analysis in Mapping with the UK Stewardship Code?*, 17 ERA Forum 31 (2016) (for a critical discussion of the apparent resemblance, arguing that the Directive is more regulatory than empowering for institutional investors).

<sup>25</sup> Hill, *supra* note 23 at 23 (discussing UK Stewardship Code).

*Mixed Messages: How Much Should Corporate Law  
Require Boards to Listen to Shareholders?*

In traditional US accounts of the ideal corporate governance framework, although elected by shareholders, boards of directors enjoy significant freedom from shareholder interference to manage or to direct management of the business and affairs of the company.<sup>26</sup> Boards are presumed to carry out their responsibilities competently, loyally, and in good faith.<sup>27</sup> Shareholders are viewed as sources of money, information (provided through stock price signals), and discipline (provided through managers' focus on maximizing shareholder value).<sup>28</sup> The ideal shareholder is one who is "quiet"<sup>29</sup> and "patient."<sup>30</sup> Institutional investors are viewed with some suspicion because the "separation of ownership from ownership" inherent in their structure means their interests are not necessarily aligned with those of the individuals who invest money with them.<sup>31</sup> Activism by institutions inclined to such behavior is viewed as driven by narrow self-interest,<sup>32</sup> and hedge fund activists are described in particularly villainous terms.<sup>33</sup>

Outside of the United States, the approach to board and shareholder roles is markedly different. The prevalence of large shareholders, including the state, in many European countries<sup>34</sup> means that the infamous separation of ownership from control caused by dispersed share ownership<sup>35</sup> did not fully take root. Instead, shareholders, even in large publicly-traded corporations, retained the ability to exert meaningful influence on directors. Shareholder engagement is viewed as a positive, with the ability to provide the necessary *ex ante* checks on directors that allow for effective

---

<sup>26</sup> See, e.g., Leo E. Strine, Jr., *Toward a True Corporate Republic*, 119 Harv. L. Rev. 1759 (2006) at 1762-1763; Stephen M. Bainbridge, *Preserving Director Primacy by Managing Shareholder Interventions*, in RESEARCH HANDBOOK ON SHAREHOLDER POWER at 231 (Jennifer G. Hill & Randall S. Thomas eds., 2015).

<sup>27</sup> *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984) ("It is a presumption that in making a business decision, the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company.").

<sup>28</sup> Justin Fox & Jay W. Lorsch, *What Good Are Shareholders?*, 90 Harv. Bus. Rev. 49 (July-August 2012).

<sup>29</sup> Jay Clayton, Address at Center for Capital Markets Competitiveness: A Discussion with SEC Chairman Jay Clayton (July 26, 2017) (video available at <https://www.centerforcapitalmarkets.com/event/a-discussion-with-sec-chairman-jay-clayton/>).

<sup>30</sup> Strine, *supra* note 26, at 1764.

<sup>31</sup> *Ibid.*, at 1764-65.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> See also Hill, *supra* note 23 (for a discussion of the "negative narrative" surrounding institutional investors in the United States).

<sup>34</sup> John Armour, Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *What is Corporate Law?*, in THE ANATOMY OF CORPORATE LAW: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH at 1 (Reinier Kraakman, John Armour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Mariana Pargendler, Wolf-Georg Ringe & Edward Rock eds., 2006) at 30.

<sup>35</sup> ADOLF A. BERLE & GARDINER C. MEANS, THE MODERN CORPORATION AND PRIVATE PROPERTY (1932).

*Mixed Messages: How Much Should Corporate Law  
Require Boards to Listen to Shareholders?*

corporate governance,<sup>36</sup> checks which are left to *ex post* enforcement of fiduciary duties in the United States.<sup>37</sup>

In addition to assigning limited roles to shareholders, US lawmakers constrain the role of corporate law itself. Many legal scholars suggest that US corporate law is designed to enable private ordering among corporate actors.<sup>38</sup> According to this view, the law, when best designed, provides default rules that “the majority of well-informed parties would themselves most commonly choose.”<sup>39</sup> These default rules may be modified by corporate actors, i.e., private ordering may occur, to suit the specific needs and particular desires of their individual corporate enterprise.<sup>40</sup> This facilitative or private view of corporate law suggests a hands-off approach to legal regulation of relationships among corporate actors, including those between the board of directors and shareholders.<sup>41</sup>

European lawmakers appear to take a more public or regulatory view of the proper role of corporate law. One reason for a regulatory approach at the EU level is the significant variation in the corporate laws of individual Member States, which require “a substantial helping of top-down harmonization in the EC.”<sup>42</sup> Within individual EU countries, corporate law provisions such as worker representation (co-determination) rights and creditor protections suggest a more public orientation for this body of law.<sup>43</sup> The corporate law in Europe inserts public considerations directly into the relationship between boards and shareholders with, for example, the legal imposition of gender parity on boards of directors, a regulation of board composition that, unlike independence requirements, appears to be driven by public policy concerns rather than concerns of effective corporate governance or of investor protection.<sup>44</sup>

---

<sup>36</sup> See Hill, *supra* note 23 (for a discussion of the “positive narrative” surrounding institutional investor engagement).

<sup>37</sup> Shareholders have the ability to bring derivative lawsuits on behalf of the corporation in the case of breaches by directors of their fiduciary duties. See *Lewis v. Knutson*, 699 F.2d 230, at 237-38 (5th Cir. 1983).

<sup>38</sup> See e.g., Armour, Hansmann & Kraakman, *supra* note 34; Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Corporate Contract*, 89 Colum. L. Rev. 1416 (1989) at 1426.

<sup>39</sup> Armour, Hansmann & Kraakman, *supra* note 34 at 20, citing Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW* (1991).

<sup>40</sup> Easterbrook & Fischel, *supra* note 37, at 1434-36.

<sup>41</sup> For a critical discussion of the private, contractarian approach to corporate law and governance, see Marc Moore, *CORPORATE GOVERNANCE IN THE SHADOW OF THE STATE* (2013).

<sup>42</sup> Richard M. Buxbaum, *Is There a Place for a European Delaware in the Corporate Conflict of Laws?* 74 *Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 1 (2008) at 13.

<sup>43</sup> *Ibid.*, at 14-15 (implying that the German definition of corporation law is broader than the US one).

<sup>44</sup> See for example, the Assemblée Nationale, *PROPOSITION DE LOI relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle (dite Loi Copé-Zimmerman)*, Law No. 2011-103 of January 27, 2011, J.O. January 28, 2011 (indicating as justification for the law the necessity of equitable representation of men and women in a democracy, a need for boards to be representative of society – i.e., not shareholders – and the need to send a strong signal about gender discrimination).

### **Perspectives for Harmony**

In light of the conflicting perspectives on the appropriate roles of boards, shareholders, and the corporate law itself, a harmonization of legal *signals* between US and European lawmakers is unlikely to occur, particularly in the current US political climate.<sup>45</sup> Nevertheless, given the legislative status of the Financial Choice Act, the current law may remain unchanged in the United States, meaning the legal regimes governing say-on-pay differ in some details, but shareholders on both sides of the Atlantic retain a voice in executive compensation matters. The harder task would be to harmonize the laws governing shareholder involvement in deciding how the business is to be run.

Failing legal harmonization, a greater harmonization of practice in this area may, nevertheless, be possible. The new engagement policy disclosure requirement in Europe coupled with already existing stewardship codes may spur institutional investors, particularly those operating internationally, to expect similar levels of engagement with US boards. Institutional investors in the United States have, in fact, begun to take initiatives toward developing a voluntary code containing both a stewardship framework for the investors themselves and a corporate governance framework that expresses their expectations for listed companies.<sup>46</sup> The flexibility of the private ordering orientation of US law provides opportunities for corporations and investors to “negotiate” engagement policy disclosure that provides much-needed clarity and predictability to boards. In the current US framework, boards are in the dark regarding institutional investor intentions when an activist investor mounts an assault on a company.<sup>47</sup> Additionally, whether a board’s decision to listen to activists is consistent with their fiduciary duties to all shareholders remains somewhat murky and fact-specific in Delaware.<sup>48</sup> Clear disclosure of institutional investor stewardship policies would provide directors insight into the priorities of their institutional shareholders perhaps emboldening directors to resist with greater confidence activist demands that are inconsistent with both the company’s strategy

---

<sup>45</sup> See Bainbridge, *supra* note 26 (suggesting that the ascendancy of the Democratic Party in the United States in 2009 allowed for a wave of activist-friendly regulations, including many of the regulations under scrutiny as described previously).

<sup>46</sup> Hill, *supra* note 23, at 13-14 (describing the Investor Stewardship Group’s 2017 *Framework for US Stewardship and Governance*). In addition, individual institutions, such as BlackRock which operates globally, have outlined their firm’s stewardship priorities. See *Investment Stewardship 2017-2018 engagement priorities*, BlackRock <https://www.blackrock.com/corporate/en-us/about-us/investment-stewardship/engagement-priorities> (last visited Dec. 3, 2017).

<sup>47</sup> For example, the suspense surrounding the down-to-the-wire proxy fight between Procter & Gamble and Trian Fund Management resulted largely from uncertainty about institutional investor voting intentions. *Procter & Gamble Bets on Electoral Math to Keep Nelson Peltz Away*, N.Y. TIMES (Oct. 6, 2017) <https://www.nytimes.com/2017/10/06/business/dealbook/procter-gamble-nelson-peltz.html>.

<sup>48</sup> Edward B. Micheletti, Jessica R. Kunz & Chad Davis, *Activists at the Gate: Court of Chancery Weighs In on Claims Involving Activist Stockholders*, HARV. L. SCH. F. ON CORP. GOVERNANCE & FIN. REG. (Nov. 21, 2017) <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/12/07/activists-at-the-gate/>.



*Mixed Messages: How Much Should Corporate Law  
Require Boards to Listen to Shareholders?*

and the existing shareholders' principal concerns and objectives. In exchange for greater transparency from institutional investors, boards will likely need to demonstrate a greater willingness to listen.

Any further efforts toward practice harmonization should consider whether a uniform level of shareholder engagement is desirable across all jurisdictions and, if so, what is that level of engagement. As regards uniformity, some amount of flexibility and continuing primacy for US boards may need to be preserved as an advantageous feature of US-style corporate governance. As regards calibration, criticisms of both the director primacy approach<sup>49</sup> and the shareholder empowerment approach<sup>50</sup> suggest that neither the United States nor the European Union has yet created a level of shareholder engagement that satisfies all interested parties. Continued experimentation on both sides of the Atlantic may reveal the optimal level if one such ideal level exists.

---

<sup>49</sup> See e.g., Lucian A. Bebchuk, *The Myth that Insulating Boards Serves Long-Term Value*, 113 *Columbia Law Review* 1637 (2013); Lisa M. Fairfax, *Shareholder Democracy on Trail: International Perspective on the Effectiveness of Increased Shareholder Power*, 1 *Virginia Law & Business Review* 1 (2008).

<sup>50</sup> See e.g., Chiu, *supra* note 24; George Dallas & David Pitt-Watson, *Corporate Governance Policy in the European Union through an Investor's Lens*, CFA Institute (2016) at 25 ("Many investors would argue that without adequate shareholder rights, monitoring and engagement are unlikely to provide an effective discipline to ensure good company governance. This lack of rights amounts to responsibility without authority.").

## ***A propos de la Revue des Juristes de Sciences Po***

---

Fondée en 2009, la *Revue des Juristes de Sciences Po* est une revue semestrielle étudiante affiliée à l'*Association des Juristes de Sciences Po* (AJSP). Publiée par l'éditeur *LexisNexis*, elle propose depuis sa création des dossiers thématiques consacrés à de grandes problématiques juridiques. Entièrement et indépendamment conçue par des étudiants de l'Ecole de Droit de Sciences Po, la *Revue* compte aujourd'hui quatorze numéros. Un quinzième est en préparation pour le printemps 2018.

La *Revue* est rédigée par des professeurs, praticiens et étudiants de Sciences Po mais aussi d'autres institutions. Les membres de la *Revue* sélectionnent les contributeurs et organisent la publication. Chaque numéro est placé sous la direction scientifique d'une personnalité reconnue du monde juridique.

En constant développement, la *Revue des Juristes de Sciences Po* entend devenir une référence parmi les publications étudiantes francophones. Par l'augmentation progressive de sa visibilité, elle aspire à terme à influencer la pensée des acteurs du droit et faire réfléchir sur l'impact du droit dans notre société contemporaine.

Tous les numéros de la *Revue des Juristes de Sciences Po* sont disponibles sur les bases de données *LexisNexis*.



## ***A propos de l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP)***

---

Créée en 1999, l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP) est une association permanente de l'Ecole de Droit de Sciences Po. L'AJSP s'engage à faire vivre le droit à Sciences Po et à mettre en relation les étudiants avec les professionnels du droit.

Tout au long de l'année, le Pôle Evènements de l'AJSP organise des conférences et des rencontres régulières avec des praticiens du droit. L'AJSP entend renforcer les relations entre les étudiants de Sciences Po et les professionnels ainsi que mettre en valeur leur formation juridique auprès des cabinets d'avocats les plus reconnus. Le Pôle Evènements est également chargé d'organiser des rencontres entre étudiants, des visites au Palais de Justice et de l'édition d'un Yearbook que chacun reçoit lors de sa diplomation. Le Pôle Sciences Pi entend réunir les étudiants de la spécialité Droit de l'innovation de l'Ecole de Droit. Le Pôle CJJ réunit les étudiants du master Carrières judiciaires et juridiques. Enfin, le Pôle Revue est en charge de la publication de la *Revue des Juristes de Sciences Po* ; revue publiée semestriellement par LexisNexis depuis 2014.



**SciencesPo**  
ÉCOLE DE DROIT

**LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO**

**ISSN 2111-4293**

*WWW.REVUEDESJURISTESDESCIENCESPO.COM*

*CONTACT@REVUEDESJURISTESDESCIENCESPO.COM*

**REVUE EDITEE PAR L'ASSOCIATION DES JURISTES DE  
SCIENCES PO (AJSP)**

13, RUE DE L'UNIVERSITE – PARIS 75007

*WWW.AJSP.FR*

**DIRECTION SCIENTIFIQUE :**

REGIS BISMUTH

**REDACTRICES EN CHEF :**

AGATHE DE MARCILLAC ET CLAIRE OUALID

**COMITE DE REDACTION :**

JULES ANDREAU, QUENTIN DACHY, PAULINE DELMAS, LINUS  
HOFFMANN, LAURA MAURER, MATTHIEU MISIK, HUGO PASCAL,  
BARBORA SLABA, LOUIS TASSET DE LANDTSCHER ET BASTIEN TIREL

**POUR CITER UN ARTICLE DE LA REVUE :**

[Nom de l'auteur / Titre], La Revue des Juristes de Sciences Po,  
hiver 2018, n°14, ISSN 2111-4293

*La Revue des Juristes de Sciences Po, ses membres ainsi que son directeur scientifique n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans chaque article. Les opinions doivent être considérées comme propres à chaque auteur et n'engagent aucunement la responsabilité de La Revue des Juristes de Sciences Po, d'un de ses membres ou de son directeur scientifique.*

*[www.revuedesjuristesdesciencespo.com](http://www.revuedesjuristesdesciencespo.com)*

