

Institut d'études politiques de Paris
ECOLE DOCTORALE DE SCIENCES PO
Programme doctoral de droit

Ecole de droit de Sciences Po

**Renégociations contractuelles et arbitrage
international d'investissement**
*Une interprétation relationnelle de la théorie
des contrats des traités d'investissement*

Aikaterini Florou

Thèse dirigée par le Professeur Diego P. Fernández Arroyo, Sciences Po

Grand Résumé en français

Soutenance, 4 décembre 2017

Jury :

M. Chester Brown, Professor, University of Sydney

M. Diego P. Fernandez Arroyo, Professeur titulaire, Sciences Po, HDR,
Institut d'études politiques de Paris

Mme Sophie Lemaire, Professeure des Universités, Université Paris Dauphine
(rapporteuse 1)

M. Makane M. Mbengue, Associate Professor, Université de Genève
(rapporteur 2)

Mme Horatia Muir Watt, Professeure des Universités, Institut d'études
politiques de Paris

M. Attila Tanzi, Professore ordinario, Università di Bologna

“Pour ceux qui, comme moi, ont la tendance à être éclectiques, il n’est pas nécessaire de s’engager exclusivement à une approche par rapport à une autre. Il s’agit plutôt de choisir l’approche qui convient le mieux aux problèmes à résoudre.”

Oliver Williamson

Peu de problèmes ont suscité plus de débats dans le domaine du droit international de l'investissement que la tension qui existe par définition entre engagement et flexibilité, c'est-à-dire entre le besoin de renégocier des contrats complexes à long terme entre un État et un investisseur étranger, et la force contraire de la stabilité de leur relation contractuelle. On trouve la pointe la plus fine de l'expression de ce compromis délicat dans les litiges naissant de la renégociation de contrats réglementaires, en particulier quand celle-ci est due aux difficultés auxquelles un État doit faire face en période de crise économique sévère.

La crise de l'Argentine est un exemple parlant d'une telle « expérience naturelle », qui a donné lieu à plusieurs décisions arbitrales très différentes sur la question de la renégociation de contrats de concession. Dans un contexte d'opposition comme celui-là, le système de règlement des litiges entre État et investisseur est souvent la proie de toutes sortes d'extrêmes : il est loué par certains comme mécanisme international neutre de dépolitisation des litiges entre États et investisseurs étrangers (scénario des bons arbitres), vilipendé par d'autres pour être une machine favorisant l'usurpation de la responsabilité démocratique (scénario des mauvais arbitres), la position intermédiaire étant que les arbitres font de toute façon face à des dilemmes délicats qui les mettent dans la position difficile d'avoir à faire des choix de politiques ardues (scénario de la « triste vérité »).

Aucun de ces extrêmes ne parvient à saisir l'essence et l'utilité de l'arbitrage international de l'investissement. Le règlement des litiges investisseur-État peut devenir un mécanisme utile de résolution « juste et équitable » de litiges internationaux d'investissement, mais cela ne pourra se faire que si le système remédie aux défauts institutionnels et interprétatifs qui sont les siens pour le moment. Dans ce contexte, plusieurs solutions ont été proposées à la fois d'un point de vue procédural (comme la création d'un tribunal d'investissement multilatéral) et d'un point de vue substantif (comme l'approche proposée par le droit public comparé pour l'interprétation des traités). La présente thèse porte sur les défauts du raisonnement juridique des tribunaux d'arbitrage qui les ont empêchés de se déployer pleinement en tant que mécanisme indépendant et dépolitisé de règlement des litiges.

L'argument principal est que ce qui manque notamment dans le règlement des litiges entre État et investisseurs, et qui crée par conséquent un déséquilibre entre les droits des parties selon le droit international, donnant souvent lieu à ce qu'on appelle la « crise de légitimité » de l'arbitrage de l'investissement, c'est l'approche juridico-légaliste de l'interprétation des traités proposée par l'École de la « nouvelle économie institutionnelle », en particulier l'économie des coûts de transaction.

À la différence de la plupart des mémoires de droit, le point de départ et la source d'inspiration de notre travail est un problème fondé entièrement sur l'économie et identifié par le biais d'une analyse économique du phénomène des renégociations contractuelles dans le secteur des concessions pour le développement de l'infrastructure énergétique. Cette analyse a permis de repérer le manque d'études dans les ouvrages juridiques de la façon dont les renégociations contractuelles sont traitées en droit international de l'investissement, en

particulier à l'étape finale, et tout à fait cruciale (à la fois en termes de dommages-intérêts et de réputation), du règlement des litiges entre investisseurs et États.

Le but de la présente recherche est de combler cet espace entre droit et économie, ou entre « droit sur le papier » et « droit en action », en comblant le vide entre un problème clairement relatif à l'économie – la renégociation de contrats réglementaires – et les réponses (jusqu'à présent) différentes que les tribunaux ayant à régler des litiges relatifs aux traités d'investissement ont apportées à ce problème. Grâce à un cadre analytique original, associant l'économie des coûts de transaction et son correspondant en droit des contrats, la théorie des contrats relationnels, elle vise à guider les arbitres qui se trouvent face à des questions interprétatives épineuses quand ils doivent décider si la renégociation d'un contrat de concession constitue une violation du traité dans le cadre duquel ces contrats sont mis en œuvre.

Cette thèse propose pour cela une « conception de la gouvernance » pour interpréter les traités d'investissement qui se concentre sur la plus litigieuse de leurs dispositions, la norme du « traitement juste et équitable », dans la situation où l'une des parties prétend que celle-ci a été violée lors de la renégociation d'un contrat de concession entre un État et un investisseur étranger. Expression empruntée à l'économie des coûts de transaction, la « conception de la gouvernance » implique que l'on associe avec discernement les transactions aux structures de gouvernance appropriées. Parce qu'il s'agit de « conception », dans ce contexte, les parties suivantes qui traitent de la nature des contrats de concession, de l'interrelation entre le contrat sous-jacent et le traité principal, et de l'application des principes du contrat relationnel pour interpréter des traités d'investissement, sont interdépendantes. Cela signifie que c'est le caractère relationnel des contrats de concession sous-jacents qui dicte l'application des principes du contrat relationnel lors de l'interprétation des normes des traités principaux (en particulier le traitement juste et équitable (TJE)), quand elles sont prétendues avoir été violées à cause de la rupture du contrat (due à la renégociation de celui-ci).

La mise en place de la conception interprétative appropriée mettant en relation le traité et le contrat sous-jacent a pour objectif d'économiser les coûts de transaction impliqués dans l'unité d'analyse concernée¹. Les contrats de concession constituent cette unité d'analyse dans le présent travail, et l'argument soutenu ici est que l'arbitrage, en tant que gouvernance mondiale, a besoin d'être soumis à certaines disciplines structurelles afin de résoudre le problème des coûts de transaction qui prévalent dans ce type de transactions contractuelles, à savoir, les coûts de la « rationalité limitée » et de l'« opportunisme ».

La « rationalité limitée » et l'« opportunisme » sont les deux hypothèses comportementales sur lesquelles l'analyse des coûts de transaction s'appuie et qui rendent plus réaliste l'étude

¹ Williamson, O. (1981), *The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*, *American Journal of Sociology*, 87 (3): 548, p. 548: "Economizing is accomplished by assigning transactions to governance structures in a discriminating way." (« On réalise des économies en assignant avec discernement des transactions à des structures de gouvernance »).

des transactions et de l'organisation de l'activité économique, reflétant ainsi la tradition du réalisme juridique. La « rationalité limitée » signifie que les acteurs humains sont décrits comme « ayant des intentions rationnelles, mais seulement de façon limitée »². Comme le note *Williamson*, pour les besoins de l'économie des coûts de transaction, la conséquence essentielle de la rationalité limitée dans l'étude du contrat est que « tous les contrats complexes sont inévitablement incomplets »³.

La rationalité limitée n'aurait pas empêché la passation importante de marchés si elle n'avait pas été associée à l'« opportunisme ». À la différence du seul intérêt personnel que l'économie classique suppose, l'« opportunisme » est la poursuite de l'intérêt personnel par la ruse (ce que l'on appelle dans la littérature sur l'assurance « sélection adverse » dans le cas de l'opportunisme *ex ante* et comme risque moral dans le cas d'un opportunisme se manifestant *ex post*)⁴.

Ces deux hypothèses comportementales combinées résument le problème de l'organisation économique qui est de « concevoir des structures de contrat et de gouvernance dont le but et l'effet sont d'économiser sur la rationalité limitée tout en protégeant en même temps les transactions contre les risques d'opportunisme ». Le problème de la gestion de ces deux coûts de transaction est exacerbé par les échecs de la mise en œuvre de la concurrence dans le cas de monopoles naturels comme le secteur des infrastructures énergétiques. Même quand la concurrence « pour » le marché, par le biais d'appels d'offres, opère *ex ante*, la relation des parties subit une « transformation fondamentale » en devenant une condition de « dépendance bilatérale »⁵ une fois que la concession est accordée et que la force de discipline de la concurrence ne fonctionne plus.

Appliquant la logique de l'économie des coûts de transaction décrite ci-dessus au droit international de l'investissement, cette thèse affirme que les contrats de concession entre les États et les investisseurs étrangers sont des contrats relationnels, et que, par conséquent, l'arbitrage de l'investissement international, en tant que forme de gouvernance, doit être adapté afin de correspondre aux caractéristiques de ces contrats et d'économiser sur la rationalité limitée et l'opportunisme des parties à la fois lors de la phase de litige relatif au traité et, par induction inverse, lors de la mise en œuvre de leur contrat.

La caractéristique principale des contrats de concession, en tant qu'accords complexes, à long terme et relationnels, est leur besoin d'adaptation à mesure que les circonstances changent ou que d'autres informations deviennent disponibles. Dans ce contexte en constante évolution, la structure appropriée pour la gouvernance des contrats de concession, y compris le règlement de litiges qui en découlent, est une forme de « gouvernance adaptative » qui encourage

² Simon, H. (1957), *Models of Man*, John Wiley & Sons, New York, p. 24.

³ Williamson, O. (2007), *Transaction Cost Economics: An Introduction*: www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2007-3/at_download/file, p. 9

⁴ Williamson, O. (1985), *The Economic Institutions of Capitalism, Firms, Markets, Relational Contracting*, The Free Press, A Division of Macmillan, Inc., p. 47

⁵ Id., p. xiii, 301

l'alignement des avantages des parties et leur coopération à long terme, permettant de mettre en œuvre ces adaptations nécessaires.

Dans ce domaine, le rôle de l'arbitrage, en tant que forme de gouvernance mondiale, est décisif car de lui dépend le succès des contrats de concession et le développement de l'économie de l'État hôte qui en découle. Un tel rôle demande, cependant, un changement dans le raisonnement juridique des arbitres et une organisation structurelle du système qui marquerait un glissement d'un mécanisme purement fondé sur l'opposition, accordant des dommages-intérêts aux investisseurs une fois que leur relation contractuelle avec l'État hôte est détruite, à un mécanisme plus large de gouvernance permettant que la relation des parties soit adaptée et sauvée plutôt que rompue.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, les litiges relatifs aux traités qui résultent de la renégociation des contrats de concession forment l' « expérience naturelle » la meilleure pour la mise en place de cette structure de gouvernance inédite fondée sur la théorie du contrat relationnel et guidée par les buts de politique de l'économie des coûts de transaction. Cette thèse, qui conceptualise un cadre analytique pour l'interprétation de la norme du « traitement juste et équitable » (TJE), va plus loin en proposant également des mécanismes juridiques concrets, fonctionnant à l'intérieur du système existant, qui mettraient en œuvre cette nouvelle conception de la gouvernance pour l'interprétation des traités d'investissement.

Pour cela, l'élaboration de la structure de gouvernance pour le règlement des litiges relatifs aux traités découlant de la renégociation des contrats de concession se fait de la façon suivante : le premier chapitre traite des « attributs des transactions », à savoir, des caractéristiques principales des contrats de concession et de l'importance des coûts de transaction de la rationalité limitée et de l'opportunisme qui résultent de leur mise en œuvre. L'examen de ces caractéristiques amène à conclure que les contrats de concession sont des contrats complexes, à long terme, et relationnels, dont la mise en œuvre requiert l'élaboration d'une « gouvernance adaptative », dont une partie consiste en leur renégociation (souvent inévitable) car elle permet une adaptation aux changements de circonstances.

Dans le deuxième chapitre on s'approche un peu plus du monde des traités dans le cadre desquels les contrats de concession sont accordés et mis en œuvre. L'argument, là, est que toute interprétation des traités d'investissement établissant leur « isolation aseptisée » des contrats sous-jacents ne fait que perpétuer l'inégalité d'armes entre les États et les investisseurs étrangers qui font appel à l'arbitrage. Les tribunaux d'arbitrage doivent au contraire prendre en compte les réalités contractuelles sous-jacentes quand ils interprètent la norme du traitement juste et équitable dans le cas où un investisseur prétend que la norme a été violée à cause d'une renégociation du contrat de concession sous-jacent.

En d'autres termes, ce ne sont pas seulement des traités d'investissement qui ont des conséquences sur les contrats d'investissement (en conduisant à leur internationalisation), mais l'influence est mutuelle : la nature relationnelle des contrats de concession contestés et le besoin qui s'ensuit de leur adaptation a (et devrait avoir) des conséquences sur la façon

dont les normes des traités d'investissement sont interprétées. En plus d'affirmer l'interconnexion entre le contrat et le traité, « comblant ainsi la séparation contrat-traité »⁶, le deuxième chapitre a également pour objectif de rendre opérationnelle cette interaction contrat-traité en identifiant des « points de contact » concrets entre les deux instruments. Parmi ces « points de contact » se trouvent la doctrine des « attentes légitimes », les « clauses-parapluies » et l'application des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international – instrument à l'origine destiné aux contrats commerciaux – pour l'adjudication des normes des traités.

Une fois le lien entre contrat et traité établi, le troisième chapitre recentre l'attention sur les attributs des contrats de concession et sur les effets spécifiques qu'ils ont sur l'interprétation des normes des traités contestés, à savoir, le TJE. Pour cela, il commence par présenter des arguments en faveur de l'application de la théorie des contrats lors de l'interprétation des traités internationaux, et continue en affirmant que la théorie des contrats relationnels, en particulier, est le cadre interprétatif approprié pour les traités d'investissement, au moins pour les litiges découlant de la renégociation des contrats, relationnels, de concession.

La théorie des contrats relationnels s'avère particulièrement prometteuse pour ce qui est d'apporter plus d'équilibre entre les intérêts publics et privés (souvent opposés), car elle a la capacité de servir les objectifs de politiques d'économie sur les coûts de transaction de la rationalité limitée et de l'opportunisme. Une telle économie favoriserait l'alignement des avantages des parties, les forçant par-là à coopérer afin de procéder aux adaptations nécessaires à leur relation contractuelle, au lieu de laisser le contrat être rompu et de faire appel à l'arbitrage pour l'attribution de dommages-intérêts (avec le risque qui en découle de faire de l'arbitrage un mécanisme d'assurance favorisant les risques moraux).

Comme pour les chapitres précédents, le but du troisième chapitre est double : compléter l'argument normatif en faveur de l'application de la théorie des contrats relationnels pour l'interprétation des traités d'investissement, et s'appuyer sur la jurisprudence existante et sur les solutions juridiques que les tribunaux arbitraux ont apportées au problème des renégociations contractuelles et de la violation du TJE supposée en découler. L'examen, dans le quatrième chapitre, des décisions arbitrales résultant de la crise économique argentine montre la divergence dans le raisonnement juridique et les approches interprétatives des tribunaux quand ils résolvent la question de savoir si une renégociation contractuelle a violé un traité. Alors que certains tribunaux adoptent une approche rigide, textualiste, semblable au droit des contrats classique, d'autres adoptent un raisonnement plus proche des principes de la théorie des contrats relationnels mise en œuvre par les termes interprétatifs intermédiaires de « mutualité » et de « dynamisme ».

La présentation de la conception de la gouvernance s'achève sur la proposition de certains ajouts nécessaires à l'interprétation, c'est-à-dire d'outils ayant trait à la preuve et à la nécessité de mettre à disposition du tribunal toute information disponible afin de permettre

⁶ Sinclair, A. (2009), Bridging the Contract/Treaty Divide: Binder, C. et al. (Eds), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford Scholarship Online, p. 92

une interprétation du TJE aussi éclairée que possible. Dans ce contexte, le cinquième chapitre souligne tout particulièrement le potentiel des conclusions défavorables et des règles de sanctions par défaut pour ce qui est de la révélation de l'information pertinente au tribunal et de sa vérifiabilité, et leur importance dans le lissage des asymétries d'information entre les parties qui force ainsi un meilleur alignement des avantages de ces dernières.

Dans le droit fil des chapitres précédents, le cinquième chapitre considère également la preuve selon l'approche normative et selon l'approche du droit positif, en examinant l'utilisation réelle des conclusions défavorables par les tribunaux d'arbitrage, et en élaborant des règles de sanctions par défaut afin de forcer la révélation de preuves. Enfin, ce chapitre explore aussi le rôle que la médiation pourrait avoir dans la réforme du système actuel de règlement des litiges entre États et investisseurs, en particulier l'utilisation de la médiation comme mécanisme de conduite d'un processus de renégociation dépolitisé, juste et équitable, qui permettrait de rassembler les preuves et de les mettre par la suite à disposition du tribunal d'arbitrage jugeant la compatibilité d'un tel processus avec le traité.

Avant de nous intéresser à l'élaboration de la « conception de la gouvernance » mentionnée ci-dessus pour la mise en œuvre du TJE, il est utile de dépeindre l'arrière-plan d'une telle gouvernance, à savoir, l'équilibre complexe entre intérêts privés et publics que les contrats de concession, en tant que partenariats publics-privés, visent à réaliser. Il est tout aussi pertinent d'expliquer pourquoi cette thèse est particulièrement originale et d'actualité, car elle met en avant un raisonnement juridique dont les tribunaux d'arbitrage ont besoin depuis longtemps pour évaluer la norme très litigieuse du TJE et établit ainsi un nouveau cadre pour l'équilibre entre public et privé dans l'arbitrage international de l'investissement.

L'actualité et l'utilité des partenariats publics-privés dans les infrastructures sont indiscutables, ainsi que l'ont démontré, entre autres, les crises récentes que même des États dont l'économie était avancée ont subies, et qui font qu'il est particulièrement difficile pour l'État d'assumer le rôle de financier exclusif d'investissement vitaux pour le développement de ses infrastructures énergétiques. Les exemples de participation privée aux services publics et de l'importance de l'arbitrage dans les litiges qui en résultent sont trop nombreux pour qu'on les cite tous, mais celui de l'Égypte qui a récemment essayé de développer son secteur des énergies renouvelables, et les difficultés financières que le gouvernement a rencontrées en essayant d'exclure le recours à l'arbitrage international des termes des contrats proposés pour la convention d'achat d'électricité, en est une bonne illustration⁷. En outre, le modèle de délégation publique par le biais d'un contrat de concession reste tout aussi valable, comme le démontre, par exemple, l'établissement d'accords de concession pour le développement d'infrastructures énergétiques des pays du « Partenariat oriental »⁸.

⁷www.iarbafrica.com/news-list/201-egypt-includes-mandatory-arbitration-in-cairo-in-ppa-agreements; www.thenational.ae/business/energy/egypts-renewable-energy-sector-faces-delay-to-funding. Voir également <http://globalarbitrationreview.com/chapter/1145229/construction-arbitration-and-concession-contracts>

⁸https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/agenda_17th_mtg_eap_platform_3_23june_2017_final.pdf

Cela fait longtemps que la distinction entre les domaines publics et privés s'est révélée très artificielle. Le mouvement néolibéral⁹, souvent appelé « Consensus de Washington », a marqué les privatisations massives des années 1990 et a attribué un nouveau rôle de gestion à l'État, signalant ainsi la transition d'une ère du « gouvernement » à celle de la « gouvernance ».

Le modèle de « gouvernance » de l'État dénote un réseau de relations entre des acteurs publics et privés qui négocient des processus d'élaboration des politiques et leur exécution¹⁰. Dans ce nouveau plan de « gestion publique », on passe de l'administration publique traditionnelle et réglementaire fondée sur la contrainte¹¹ à une gestion publique décentralisée et à un recours réduit à la concurrence et aux forces du marché dans la prestation de services publics¹².

Une manifestation caractéristique de ce nouveau modèle de gouvernance du secteur public est la formation de « partenariats public-privé ». Ainsi que l'indique cette expression, les partenariats public-privé (ici PPP), sont à l'intersection du public et du privé, et requièrent une collaboration continue des deux sphères cherchant à atteindre un but commun. Connus également sous le nom de privatisation partielle¹³, les PPP sont une structure de gouvernance de prestation répandue dans le domaine des infrastructures publiques ou des services publics, mais également une forme organisationnelle hybride qui présente des défis différents de ceux que pose par la relation stable entre l'État et son partenaire privé. Les PPP dans le développement des infrastructures¹⁴, en particulier dans le secteur de l'énergie et de la prestation de biens publics de base pour la population d'un pays, sont au centre de l'analyse.

La présente thèse porte sur l'évaluation des renégociations contractuelles par les tribunaux d'arbitrage statuant sur une revendication relative à un traité, à savoir la revendication que la norme du « traitement juste et équitable » a été violée du fait de la renégociation d'un contrat de concession entre l'État hôte et l'investisseur étranger. L'argument principal sur lequel elle se fonde est que, malgré l'internationalisation de ces contrats (couverts par des traités

⁹ Le terme de « néolibéralisme » est employé ici dans un sens descriptif, sans connotation, péjorative ou autre, comme c'est parfois le cas. Les autres termes sont ceux de « réformes des marchés », de « politiques d'économie de marché », de « monétarisme » ou de « libéralisme économique ». Voir French, J.D. & Lymburner, M., (2012), *Neoliberalism*, Oxford Bibliographies

¹⁰ Freeman, J., (2000), *The Private Role in Public Governance*, New York University Law Review, 75(3): 543

¹¹ Lobel, O., (2005), *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, Minnesota Law Review, 89: 342, p. 300

¹² Larbi, G., (1999), *The New Public Management Approach and Crisis States*: site internet de l'Institut de recherche des Nations Unies pour le développement social: [http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/5F280B19C6125F4380256B6600448FDB/\\$file/dp112.pdf](http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/5F280B19C6125F4380256B6600448FDB/$file/dp112.pdf)

¹³ La privatisation partielle consiste en la délégation de l'activité de production au secteur privé, alors que le gouvernement conserve la responsabilité de la réalisation de la fonction publique correspondante. Savas, E.S., (2005), *Privatization in the City: Successes, Failures, Lessons*, Washington, DC: CQ Press, p. 17.

¹⁴ Les secteurs de l'économie faisant traditionnellement partie du domaine des infrastructures sont l'eau et les équipements sanitaires, l'énergie, les télécommunications et les transports. Voir Sawant, R.J., (2010), *Infrastructure Investing: Managing Risks and Rewards for Pensions, Insurance Companies & Endowments*, New Jersey: Jon Wiley & Sons, Inc.

internationaux d'investissement), la façon dont leur renégociation est jugée est inégale pour les parties tant du point de vue du droit international que de la réalisation d'une répartition équitable et transparente de la renégociation du surplus entre celles-ci.

Plus précisément, malgré la nature de ces contrats qui sont des accords internationaux, et de l'importance cruciale de la renégociation comme mécanisme favorisant leur gouvernance à long terme et leur succès, le droit international reste muet sur la question du processus de renégociation dans son ensemble et sur la question de la facilitation de l'adaptation de la relation contractuelle et de la réalisation d'un équilibre juste entre les intérêts publics et privés.

Le besoin d'un équilibre constant entre les différents intérêts de l'État hôte et de l'investisseur étranger est particulièrement important dans le cas des PPP. Les PPP sont une forme de privatisation partielle, ce qui veut dire que le cordon ombilical entre gouvernement et entreprise n'a pas été coupé. Malgré certaines différences de types, les PPP dans le domaine des infrastructures énergétiques ont des caractéristiques communes, qui sont la relation à long terme entre l'État et l'investisseur, une approche globale du coût du projet, et la répartition et le partage des risques entre les deux partenaires¹⁵.

À la différence de la privatisation complète, par laquelle la propriété des actifs de l'État est transférée au secteur privé, la privatisation partielle est une forme de privatisation par délégation. Dans ce type de participation privée aux infrastructures, le gouvernement garde la propriété des actifs tout autant que la responsabilité et l'imputabilité en dernière instance de la prestation de service public ainsi que la surveillance de son fonctionnement¹⁶. L'investisseur privé, quant à lui, assume des responsabilités opérationnelles, de financement et d'investissement importantes, ainsi (au moins partiellement) que le risque commercial de la prestation de service.

Cette répartition délicate des risques et des responsabilités engendre une interdépendance continue des deux partenaires, ce qui ouvre la porte à tout un ensemble complexe de problèmes, en particulier le risque d'un mauvais alignement à long terme des avantages et des intérêts des deux parties, ou à leur collusion possible au détriment des consommateurs et des contribuables¹⁷.

¹⁵ World Bank (2009), *Good governance in public-private partnerships: a resource guide for practitioners*: <http://documents.worldbank.org/curated/en/2009/06/16465546/good-governance-public-private-partnerships-resource-guide-practitioners>, p. 9.

¹⁶ Ou alors le contrat prévoit le transfert des actifs au gouvernement à la fin de la période de concession. Voir Guislain, P. & Kerf, M. (1995), *Concessions - The Way to Privatize Infrastructure Sector Monopolies*: <http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/282884-1303327122200/059guislain.pdf>

¹⁷ Lopez de Silanes, F. & Chong, A. (2003) *The Truth about Privatization in Latin America*: <http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubr-486.pdf>, p. 35.

Il existe tout un continuum d'options de délégation, allant de la forme la plus faible d'engagement privé par le biais de contrats de gestion et de contrats de bail¹⁸ à la version la plus forte des PPP par les contrats de concession et les *joint ventures*¹⁹. C'est la gouvernance et l'adjudication des contrats de concession qui nous intéresse ici, à cause de leurs caractéristiques particulières et des défis que celles-ci représentent pour la gouvernance à long terme des PPP, notamment dans le secteur des infrastructures énergétiques.

Parce qu'ils utilisent le langage de l'économie des coûts de transaction²⁰, les contrats de concession constituent une forme hybride d'organisation industrielle, à l'intersection des marchés et des hiérarchies²¹. Tandis que les contrats de gestion et de bail sont des marchés publics normaux qui fonctionnent au niveau du marché²² et que les *joint ventures* sont des personnes morales intégrées qui sont la propriété commune de l'État et de l'investisseur privé (les PPP institutionnels), les contrats de concession ne font partie ni des marchés ni des hiérarchies, mais présentent un ensemble complexe, et hybride, de caractéristiques des deux domaines. D'un côté, ce sont des contrats dont l'attribution est ouverte à l'appel d'offres sur le marché²³, tandis que, d'un autre, leur nature à long terme et les fortes externalités d'intérêt public qui découlent de leur réalisation exigent leur réglementation hiérarchique par une entité publique.

¹⁸ Les contrats de gestion sont des accords à court terme qui attribuent à la partie privée la réalisation de tâches spécifiques pour un prix fixe payé par l'autorité adjudicatrice. Voir PPIRC World Bank, Public-Private Partnership in Infrastructure Resource Centre, *Management/Operation and Maintenance Contracts*: <http://ppirc.worldbank.org/public-private-partnership/agreements/management-and-operating-contracts>. Dans le cas de contrats de bail, l'opérateur privé assume davantage de responsabilités en faisant fonctionner le site et en en assurant l'entretien, mais pas en finançant l'investissement, qui reste de la responsabilité de l'autorité publique. Voir également PPIRC World Bank, *Leases and Affermage Contracts*: <http://ppirc.worldbank.org/public-private-partnership/agreements/leases-and-affermage-contracts>

¹⁹ PPIRC World Bank, *PPP Arrangements/Types of Public-Private Partnership Agreements*: <http://ppirc.worldbank.org/public-private-partnership/agreements>

²⁰ Comme on l'expliquera dans la section suivante, l'économie des coûts de transaction est le cadre analytique du sujet de recherche de cette thèse ainsi que ce qui motive les recommandations de politiques concernant la gouvernance durable des infrastructures des PPP.

²¹ Williamson, O. (1992), *Markets, hierarchies and the modern corporation, An unfolding perspective*, Journal of Economic Behavior and Organization, 17 (3): 335, p. 336, et Williamson, O. (2005), *The Economics of Governance*; http://laisumedu.org/DESIN_Ibarra/desin/pdf-seminario2006/seminario-2006-04c.pdf

²² La structure plus simple de ce type de contrats de PPP ne signifie pas que leur gestion et leur contrôle ne présentent pas de défis. Voir Ménard, C. (2013), *Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP*, Ménard, C. (2013), *Is Public-Private Partnership Obsolete? Assessing the Obstacles and Shortcomings of PPP*: de Vries, P. & Yehoue, E. (Eds.), *The Routledge Companion to Public-Private Partnerships*, London: Routledge, pp. 149 - 175: "Even with contracts of relatively limited impact, for example when key rights remain controlled by public authorities as with management or service contracts, monitoring arrangements might face serious difficulties [...]" (« Même dans le cas de contrats dont l'impact est relativement limité, par exemple quand des droits fondamentaux restent contrôlés par les autorités publiques comme dans le cas de contrats de gestion ou de service, il se peut que les modalités de contrôle rencontrent de sérieuses difficultés [] »)

²³ Le processus d'appel d'offres est la méthode la plus répandue (et probablement aussi la plus efficace), pour l'attribution des contrats de concession. Voir Saussier, S. (2003), *Contractual Arrangements and the Provision of Public Interest Services: A Transaction Cost Analysis*, European Business Organization Law Review, 4 (3): 403, pp. 410, 411. Voir également Woodhouse, E. (2005), *A Political Economy of International Infrastructure Contracting: Lessons from the IPP Experience*: http://iis-db.stanford.edu/pubs/20990/PESD_IPP_Study_Global_Report.pdf, pp.65-66: "negotiations suffer from informational asymmetries and mixed incentives. Direct negotiation intrinsically suffers from low levels of transparency [...]" (« les négociations souffrent des asymétries informationnelles et des avantages mixtes. La négociation directe souffre intrinsèquement de niveaux de transparence bas [] »).

Étant donné la nature monopolistique des industries d'infrastructure, la réglementation de leur fonctionnement est la force la plus importante contre les abus par le concessionnaire et le principal mécanisme permettant d'équilibrer les intérêts de l'État (y compris son intérêt, en tant qu'agent présumé des citoyens, à protéger les consommateurs des services d'utilité publiques)²⁴ et des intérêts légitimes du concessionnaire à tirer un juste profit de son investissement. La réglementation souffre cependant elle-même d'inefficacités, en particulier de celles qui résultent des asymétries d'information entre la tutelle publique et les entreprises réglementées²⁵ ou de la capture potentielle du régulateur par l'industrie²⁶.

²⁴ Cette thèse ne s'appuie pas sur l'hypothèse étroite (et naïve) que l'État agit toujours comme un agent bienveillant du peuple. Au contraire, elle prend en compte la probabilité d'un comportement opportuniste du gouvernement et les principes de la théorie du choix public. Voir Buchanan, J. (2003), *Public Choice: The Origins and Development of a Research Program*, : <http://www.gmu.edu/centers/publicchoice/pdf%20links/Booklet.pdf>, p. 7: "The rent-seeking subprogram remains active along several dimensions. How much value, in the aggregate, is dissipated through efforts to use political agency for essentially private profit? How can the activity of rent-seeking, as aimed to secure discriminatory private gains, be properly distinguished from the activity aimed to further genuinely shared "public" interests"? (« Le sous-programme de recherche de rente reste actif selon plusieurs dimensions. Quelle valeur, au total, est perdue, par les efforts pour utiliser l'agence politique pour des profits essentiellement privés ? Comment l'activité de recherche de rente, qui vise à assurer des gains privés discriminants, peut-elle être vraiment différenciée de l'activité dont le but est de promouvoir des intérêts « publics » réellement partagés ? »)

²⁵ Brousseau, E. & Glachant, J.M. (2004), *The economics of contracts and the renewal of economics*: E. Brousseau & M. Glachant (Eds), *The Economics of Contracts, Theory and Applications*, Cambridge University Press, at 19. See also Laffont, J. & Tirole, J. (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge MA: MIT Press

²⁶ Guasch, J.L. (2004), *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions, Doing it Right*, WBI Development Studies, Washington, DC: World Bank: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/15024>, p. 8: "Governments are not the only parties who may behave opportunistically. Once a private enterprise has been granted a concession in an infrastructure sector, it may be able to "hold up" the government - for example by [...] using regulatory capture. An enterprise's extensive information advantages over government (and, in most cases, over other potential operators) and perceived leverage in negotiations can give it strong incentives to renegotiate a contract and secure a better deal than the original bid. The resulting regulatory arrangements may be less effective in protecting customers from monopoly abuses". (« Les gouvernements ne sont pas les seules parties à se comporter de façon opportuniste. Une fois qu'une entreprise privée a obtenu une concession dans un secteur d'infrastructure, elle est en mesure de « tenir » le gouvernement – par exemple en [] utilisant l'emprise réglementaire. Les avantages d'informations importantes qu'une entreprise a sur le gouvernement (et, dans la plupart des cas, sur d'autres opérateurs potentiels) et sa force perçue dans les négociations peuvent fortement l'inciter à renégocier un contrat afin de s'assurer une transaction meilleure que l'offre originelle. Il se peut que les arrangements réglementaires qui en résultent soient moins efficaces à protéger les consommateurs des abus de monopole. ») Voir également Andres, L.A, Guasch, J.L. & Straub, S. (2007), *Does Regulation and Institutional Design Matter for Infrastructure Sector Performance?*, Policy Research Working Paper; No. 4378. World Bank, Washington, DC, pp. 7-8: "For the sample of companies covered in this study [...] the quality of regulation is not overall very high. [...] few countries have consistently applied all of the design principles needed to ensure good quality regulation". (« Dans l'échantillon des entreprises couvertes dans cette étude [] la qualité de la réglementation n'est pas très élevée dans l'ensemble. [] Peu de pays ont appliqué de façon cohérente les principes de conception nécessaire pour assurer une réglementation de bonne qualité. »). Sur l'emprise réglementaire, voir également Gómez-Ibáñez, J. (2006), *Regulating Infrastructure, Monopoly, Contracts, and Discretion*, Harvard University Press. Le problème de l'emprise réglementaire est également bien établi dans la théorie. Voir Laffont, J.-J. & Tirole, J. (1991), *The Politics of Government Decision-Making, A Theory of Regulatory Capture*, *The Quarterly Journal of Economics*, 106 (4): 1089. Les auteurs expliquent le fonctionnement d'un agent réglementaire du point de vue de l'« emprise » ou de la théorie du « groupe d'intérêts », qui souligne le rôle des groupes d'intérêts dans l'élaboration de la politique publique, dans la lignée de la théorie de l'action collective de Marx, Stigler et Olson. Voir également Buchanan, J., *supra* note 24, ainsi que Buchanan, J. (1965), *An Economic Theory of Clubs*, *Economica*, New Series, 32 (125):1.

Une réglementation inefficace a créé le besoin d'une concurrence accrue²⁷. Cependant, la concurrence sur le marché n'est pas pratique dans le cas des secteurs de monopole comme les industries de réseau²⁸. Dans ce contexte, l'appel d'offres pour l'attribution de contrats de concession (en d'autres termes, la concurrence « pour » le marché) se dresse comme une protection possible contre le pouvoir de marché des opérateurs.

L'appel d'offres présente également quant à lui des défis liés à l'élaboration du processus d'enchères²⁹ et à l'élaboration du contrat lui-même, en particulier de ses spécifications de services³⁰. En dernière analyse, peu importe le succès des enchères, il est empiriquement prouvé que la renégociation des contrats de concession est un phénomène répandu³¹. Par conséquent, le partenaire public doit en fin de compte contracter efficacement avec des fournisseurs de services dans une situation de monopole bilatéral³². La réalité des

²⁷ Voir Brousseau, E. & Glachant, J.M., *supra* note 25, p. 19.

²⁸ La concurrence sur le marché est inefficace (c'est-à-dire que c'est un gâchis des ressources de la société) dans le cas de monopoles naturels, comme le sont les industries de réseau. Voir Klein, M. (1996), *Competition in Network Industries*: <http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-1591>, pp. 3-4. Voir également Klein, M. & Gray, P. (1997), *Competition in Network Industries – Where and How to Introduce It*: <http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/282884-1303327122200/104klein.pdf>. Voir également Bennett, M. & Waddams Price, C. (2004), *Incentive Contracts in Utility Regulation*, dans: E. Brousseau & M. Glachant (Eds.), *supra* note 25, p. 417.

²⁹ OECD Observer Policy Brief (2007), *Competition Policy and Concessions*: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/38706036.pdf>. Pour davantage de détails sur les difficultés d'un processus d'appel d'offres, notamment l'incertitude concernant la pertinence des critères d'offre, et des risques de la sélection adverse, ainsi que le risque d'accords de collusion entre enchérisseurs, voir Saussier, S. (2012), *An Economic Analysis of the Closure of Markets and other Dysfunctions in the Awarding of Concession Contracts*,:

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206/20120626ATT47715/20120626ATT47715EN.pdf>. Voir également Søreide, T. (2012), *Risk of Corruption and Collusion in the Awarding of Concession Contracts*: [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-IMCO_NT%20\(2012\)%20475127](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-IMCO_NT%20(2012)%20475127), et Williamson, O. (1989), *Transaction Cost Economics*, Handbook of Industrial Organization, 1: 135, p. 144, ainsi que Estache, A., Guasch, J.L., Iimi, A. & Trujillo, L. (2009), *Multidimensionality and Renegotiation: Evidence from Transport-Sector Public-Private-Partnership Transactions in Latin America*, Review of Industrial Organization, 35: 41

³⁰ Klein, M. (1998), *Bidding for Concessions, The Impact of Contract Design*: <http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/282884-1303327122200/158klein.pdf>

³¹ Voir Saussier, S. *supra* note 29, p. 5: “all concession contracts need to be renegotiated. [...] empirical studies suggest that concession contracts are very often, if not always, renegotiated [...] Renegotiations are the rule, not the exception [...] there is no point establishing rigid rules for award procedures [...] because actors anticipate that such are generally renegotiated ex post. Rigidifying renegotiations ex post would not be a solution either. It would bind partners in bad deals when contracts are misaligned with their environment, as would invariably occur (because they are incomplete long-term agreements)” (« Tous les contrats de concessions doivent être renégociés. [...] Des études empiriques suggèrent que les contrats de concession sont souvent, sinon toujours, renégociés. [...] Les renégociations sont la règle, et non l'exception [...] Il est inutile d'établir des règles rigides pour les procédures d'attribution [...] parce que les acteurs anticipent qu'elles seront généralement renégociées ex post. Rigidifier les renégociations ex post ne serait pas non plus une solution. Cela lierait les partenaires dans de mauvais accords quand les contrats ne sont pas alignés sur leur environnement, comme c'est invariablement le cas (parce que ce sont des accords incomplets à long terme). »

³² Pour reprendre l'expression de Williamson, cette situation de monopole bilatéral provient peut-être de la « transformation fondamentale » de la relation d'une relation concurrentielle *ex ante* en une relation monopolistique *ex post*. Une telle transformation advient dans des conditions de spécificité des actifs. Voir Williamson, O., *supra* note 29, p. 145: “a condition of large numbers bidding at the outset does not necessarily imply that a large numbers bidding condition will obtain thereafter. Whether ex post competition is fully efficacious or not depends on whether the good or service in question is supported by durable investments in transaction specific human or physical assets. [...] The reason why significant reliance investments in durable, transaction specific assets introduce contractual asymmetry between the winning bidder on the one hand and

renégociations contractuelles est aussi reconnue par les chercheurs, en particulier dans la théorie des contrats incomplets.

Dans cet environnement de renégociations contractuelles, on passe de la réglementation et de l'appel d'offres à la phase *ex post* de mise en œuvre, en d'autres termes, à la « gouvernance » du contrat. La transaction contractuelle devient l'unité principale d'analyse³³ et le contrat devient un outil de coordination, dont la flexibilité et la capacité d'adaptation sont centrales pour la gouvernance durable de la relation du PPP.

La complexité de la gouvernance des contrats de concession et de leur renégociation est exacerbée quand la concession est contrôlée par une entreprise multinationale (ici EMN), enregistrée dans un État étranger, et soumise ainsi à différentes pressions du marché pour la maximisation des retours sur investissement de ses actionnaires³⁴. La façon différente dont les EMN en tant que concessionnaires conduisent les affaires, quand on la compare à celle des investisseurs nationaux, est également attestée empiriquement. Par exemple, *Post* (2014) a trouvé que les concessionnaires nationaux qui avaient gardé des « contrats relationnels » – c'est-à-dire des contrats qui impliquaient une renégociation en cas de circonstances imprévues – avec les gouvernements hôtes étaient davantage capables de conserver des relations de renégociation collective pendant des périodes troublées économiquement et politiquement. Les EMN demandaient au contraire, de façon typique, qu'il soit mis fin au contrat et que l'on fasse appel à l'arbitrage international³⁵.

Il existe une littérature considérable sur le pouvoir des EMN. Dans le cadre de notre recherche, il suffit de noter que, malgré le fonctionnement transnational des EMN, elles sont très peu réglementées par le droit international, le poids de leur réglementation retombant sur les États hôtes. Cette différence dans la réglementation internationale des EMN a donné lieu à plusieurs initiatives, souvent menées par ce que l'on appelle la « société civile internationale » (en particulier les ONG), ou par des organisations internationales, comme la CNUCED, en faveur du développement de normes portant sur le fonctionnement des EMN, y

non-winners on the other is because economic values would be sacrificed if the ongoing supply relation were to be terminated. Faceless contracting is thereby supplanted by contracting in which the pairwise identity of the parties matters.” (« Une situation d'enchères pour une grande quantité au début n'implique pas nécessairement d'aboutir à une situation d'enchères pour une grande quantité par la suite. Le fait que la concurrence soit pleinement efficace ou pas dépend de si le bien ou le service en question est soutenu par des investissements durables dans des transactions d'actifs spécifiques humains ou physiques. [...] La raison pour laquelle des investissements de confiance dans des actifs spécifiques de transactions durables introduit une asymétrie contractuelle entre celui qui remporte le marché et les autres est que des valeurs économiques seraient sacrifiées s'il fallait mettre un terme à la relation de fourniture en cours. »)

³³ Par opposition au marché tout entier ou à l'industrie.

³⁴ Voir, entre autres, Cohen, S. (2007), *Multinational Corporations and Foreign Direct Investment, Avoiding Simplicity, Embracing Complexity*, Oxford University Press.

³⁵ Post, A. (2014), *Foreign and Domestic Investment in Argentina, The Politics of Privatized Infrastructure*, Cambridge University Press.

compris celles qui forment le programme de ce que l'on appelle la « responsabilité sociale internationale des entreprises »³⁶.

Cette thèse étudie en particulier les normes produites par un mécanisme particulier élaboré pour protéger les EMN et d'autres investisseurs internationaux quand une relation de PPP s'effondre : le mécanisme de l'arbitrage international. L'argument principal est que l'arbitrage international (ainsi que la médiation) est un mécanisme sous-utilisé dans la gouvernance durable des contrats internationaux d'investissement. Cette réalité va à l'encontre à la fois de son rôle en tant que forme de gouvernance mondiale et que domaine émergeant du droit administratif mondial, et des principes de la théorie économique sur la gouvernance et l'adjudication de contrats incomplets, ce que sont les contrats de concession.

Les preuves empiriques montrent une incidence excessivement élevée des renégociations de contrats de concession. Selon *Guasch* (2004), l'examen d'une base de données de plus de 1000 concessions sur la période 1985-2000 en Amérique Latine et aux Antilles a montré que 55 pourcent des contrats de transport avaient été renégociés. Ce phénomène est encore plus marqué dans les secteurs de l'eau et des équipements sanitaires, les renégociations se produisant dans 72 pourcent des concessions. On définit la renégociation comme un changement matériel³⁷ des termes³⁸ du contrat originel qui ne provient pas de contingences prévues dans le contrat. En d'autres termes, il s'agit d'une révision radicale du contrat de concession qui n'est prévue dans aucune clause (de renégociation, d'ajustement ou d'autres) du contrat lui-même. De façon encore plus alarmante, dans les cas étudiés, la renégociation a eu lieu très peu de temps après l'attribution du contrat, en moyenne seulement 1,6 année dans les secteurs de l'eau et des équipements sanitaires³⁹. Le résultat des renégociations a été également en moyenne en faveur des opérateurs et contre les utilisateurs, car elles ont donné lieu à des délais dans les objectifs d'obligation d'investissement, à une augmentation des tarifs (y compris une augmentation du nombre des composantes de coût qui a été

³⁶ Muchlinski, P. (2007), *Multinational Enterprises & the Law*, Oxford University Press, pp. 83-89 et Muchlinski, P. (2007), *Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalized World*: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Alumni_Affairs/Andrea_Bjorklund_readings.pdf. Voir également Cohen, S. (2007), *supra* note 34. Sur le problème du transfert de prix, voir les lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises multinationales (2008): <http://www.oecd.org/corporate/mne/1922428.pdf>, et les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales (2010): <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2310091e.pdf?expires=1417638762&id=id&accname=ocid195467&checksum=DB2075F327F3C0369675B75FDD9D3AD0>. Sur la critique des EMN par les ONG, en particulier en tant que fournisseurs de produits de base, comme l'eau, voir par exemple, Friends of the Earth (2001), *Dirty Water, The environmental and social records of four multinational water companies*: https://www.foe.co.uk/sites/default/files/downloads/dirty_water.pdf

³⁷ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (2014) JO L94/1, pp. 14, 41.

³⁸ En particulier dans les tarifs et les droits annuels, les plans d'investissement, les garanties, les normes de service, et les périodes de concession. Voir *supra* Guasch, J.L. (2004), p. 12.

³⁹ Id., p. 34, 13. Voir aussi Guasch, J.L, Laffont, J-J & Straub, S. (2008), Renegotiation of Concession Contracts in Latin America, Evidence from the water and transport sectors, *Utilities Policy*, 17 (2): 185, pp. 421-442.

automatiquement répercutée sur les consommateurs), à une réduction des obligations d'investissement, et à des extensions de la période de concession⁴⁰.

Les études empiriques ci-dessus ajoutent une autre perspective au problème des renégociations contractuelles et remettent en question la théorie du marché obsoléscent et des problèmes d'emprise qui lui sont liés pour les investisseurs, comme l'a établi la littérature traditionnelle sur l'investissement étranger direct. Selon la sagesse conventionnelle du marché obsoléscent, le levier de la négociation dans un grand projet d'infrastructure change au cours de son cycle de vie : la position de l'État hôte, initialement faible, ayant besoin de capital étranger, est renforcée une fois que l'investissement est irrécupérable, et que l'investisseur se trouve ainsi dans une position plus vulnérable, risquant l'expropriation (ou l'expropriation larvée)⁴¹.

Contrairement à ces prédictions communément admises, *Guasch* (2004) montre que la partie qui est à l'initiative de la renégociation et qui demande la modification des termes du contrat est plus souvent l'investisseur étranger que l'État hôte⁴². Cette découverte renverse l'argument de l'emprise, puisque l'on montre que les concessionnaires réussissent à mener des renégociations ayant conduit à de meilleures conditions pour eux-mêmes une fois qu'ils ont perdu leurs investissements et qu'ils sont ainsi devenus plus vulnérables à l'immobilité *ex post* de leurs actifs irrécupérables⁴³.

La théorie traditionnelle du marché obsoléscent appliquée à la relation entre un investisseur étranger et l'État hôte est aussi remise en question par la structure actuelle du système international de TBI. Le régime moderne de TBI est fondé sur un processus de négociation à deux niveaux, incluant plusieurs parties. La négociation de niveau 1 se fait entre les États, qui négocient les règles macro de l'IDE, tandis que les négociations de niveau 2 sont menées entre l'investisseur étranger et l'État hôte dans le cadre des règles de niveau 1⁴⁴. Ce jeu à deux niveaux a des conséquences importantes sur la nature des contrats de concession en tant que contrats d'État internationalisés⁴⁵, ainsi que le montre l'analyse du deuxième chapitre.

Quel que soit le résultat concret des renégociations, le processus de renégociation lui-même peut également miner l'efficacité de l'appel d'offres et le bien général, car il a lieu entre le gouvernement et l'opérateur seulement, et n'est donc pas soumis aux pressions de la

⁴⁰ Voir Guasch, J.L. (2004), *supra* note 38, pp. 12,18.

⁴¹ Woodhouse, E. (2006), *The obsolescing bargain redux? Foreign Investment in the Electric Power Sector in Developing Countries*: http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2013/02/38.1_2-Woodhouse.pdf, p. 127

⁴² Voir Guasch, J.L. (2004), *supra* note 38, pp. 15-16: "In 61 percent of cases, concessionaires requested renegotiation, and in 26 percent of the cases, the government initiated renegotiation [...]" (« dans 61 pourcent des cas, les concessionnaires ont demandé des renégociations, et dans 26 pourcent des cas, le gouvernement a été à l'initiative de la renégociation [...] »)

⁴³ Engel, E., Fischer, E. & Galetovic, A. (2006), *Renegotiation without hold-up: Anticipating Spending and Infrastructure Concessions*, : <http://www.nber.org/papers/w12399>

⁴⁴ Ramamurti, R. (2001), *The Obsolescing "Bargaining Model"? MNC - Host Developing Country Relations Revisited*, *Journal of International Business Studies*, 32 (1): 23.

⁴⁵ Voss, J.O. (2011), *The Impact of Investment Treaties on Contracts Between Host States and Foreign Investors*, Brill.

concurrence du processus d'enchères⁴⁶. En outre, le nombre élevé de renégociations suggère que l'opportunisme est une explication plausible de l'attitude des parties – le concessionnaire et l'État hôte⁴⁷. Le problème est encore plus aigu dans les concessions qui sont attribuées dans les pays en voie de développement, où l'exécution imparfaite des contrats et leur renégociation sont des problèmes majeurs⁴⁸.

La question principale qui se pose dans un tel contexte est double : d'abord, quels sont les facteurs déterminants (ou moteurs) de telles négociations, et, ensuite, quelles sont les règles et les mécanismes d'exécution qui peuvent assurer le respect de leur accord par les deux parties et restreindre leurs incitations à se comporter d'une manière opportuniste visant à déplacer la répartition des risques contractuels et à capter le surplus engendré par la renégociation de leur contrat originel ?

Il existe plusieurs moteurs différents de la renégociations qui vont des déterminants exogènes, comme un environnement réglementaire et institutionnel faible de l'État hôte (y compris des niveaux élevés de corruption, des niveaux faibles d'exécution des contrats réglementaires, ou la position de négociation faible du régulateur) ou des chocs macroéconomiques, à des déterminants endogènes (c'est-à-dire des clauses du contrat), comme la répartition des risques entre les partenaires ou des clauses sur la restauration de l'équilibre financier de la concession. La plupart de ces déterminants sont bien identifiés et documentés dans la littérature sur les PPP.

Une variable reste inexplorée cependant, malgré l'importance cruciale qu'elle revêt pour le régime de l'IDE et pour sa viabilité : l'impact de l'arbitrage international sur la renégociation des contrats internationaux de concession. Selon l'étude empirique ci-dessus⁴⁹, il existe une corrélation positive entre l'arbitrage, en tant que variable, et la probabilité de la renégociation, puisque le processus d'arbitrage aide à régler les litiges, ce qui rend la renégociation moins coûteuse. Ce résultat est vrai pour les renégociations menées par les entreprises⁵⁰. En revanche, il existe une corrélation négative entre l'arbitrage et les

⁴⁶ Id., p. 33.

⁴⁷ Guasch, J.L., Laffont, J-J. & Straub, S. (2003), *Renegotiation of Concession Contracts in Latin America*, Policy Research Working Paper; No. 3011. World Bank, Washington, DC: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/18224>, p. 3.

⁴⁸ Guasch, J.L & Straub, S. (2006), *Renegotiation of Infrastructure Concessions: An Overview*, *Annals of Public and Cooperative Economics*, 77 (4): 479. Cela ne veut pas dire que la renégociation n'est pas également un souci majeur dans les pays dont les institutions sont plus développées. Voir Oliveira Cruz, C. & Marques, R.C (2013), *Endogenous Determinants for Renegotiating Concessions: Evidence from Local Infrastructures*, *Local Government Studies*, 39 (3): 352, p. 353: "Recently, in May 2011, the UK government announced the intention of renegotiating 150 schools PFI contracts signed by local authorities, and establish common frameworks to develop these schemes, since the heterogeneity among contracts was not having good results. These renegotiations often entail large costs for both users and local governments [...]" (« Récemment, en mai 2011, le gouvernement britannique a annoncé son intention de renégocier les contrats PFI de 150 écoles signés par les autorités locales et de mettre en oeuvre des cadres communs pour développer ces plans, car l'hétérogénéité des contrats ne donnait pas de bons résultats. Ces renégociations entraînent souvent des coûts élevés pour les utilisateurs autant que pour les autorités locales [...] »)

⁴⁹ Voir Guasch, J.L., *supra* note 38, p. 88.

⁵⁰ Id., p. 76

renégociations menées par les gouvernements⁵¹. Cette prédiction est dans la droite ligne de la logique de l'arbitrage international comme mécanisme de protection des investisseurs qui empêche les renégociations menées par les gouvernements et qui assure la prédictibilité et la stabilité du régime d'investissement étranger⁵².

L'effet différenciateur que l'arbitrage a sur les incitations des parties à renégocier est un problème encore largement inexploré en droit international de l'investissement. Cette thèse a pour objectif de trouver des solutions à ce déséquilibre potentiel que l'arbitrage crée en incitant les parties des PPP à renégocier leurs contrats. Plus précisément, le but ici est double : examiner du point de vue *de lege lata* la façon dont les tribunaux d'arbitrage évaluent l'allégation d'une violation du TJE découlant d'une renégociation contractuelle, et proposer des recommandations normatives visant à réaliser un meilleur alignement des incitations des parties à renégocier et une répartition plus équitable du surplus de la renégociation.

Avant de développer le sujet de notre recherche, il est important de mettre en relation les découvertes empiriques mentionnées ci-dessus et les fondements théoriques de la nécessité de la renégociation des contrats de PPP. Cette nécessité découle de la nature des contrats de concession qui sont par nature incomplets. Un contrat est incomplet quand la nature exacte du bien ou du service à fournir est incertain au moment de l'élaboration du contrat, car il dépend d'un état de choses qui n'est pas encore concrétisé⁵³.

Comme le prédit la théorie de l'économie des coûts de transaction, soit il est extrêmement coûteux pour les parties de rédiger un contrat temporaire quand le nombre des contingences imprévues est important, soit il est trop coûteux d'acquérir toute l'information pertinente *ex ante* et de la traiter, soit il existe des asymétries informationnelles⁵⁴ entre les parties. Un autre aspect de l'incomplétude contractuelle réside dans la difficulté de contrôler certains états compliqués de choses (comme l'effort effectué par le concessionnaire ou l'efficacité de ses services) par les parties tierces, en particulier les tribunaux. Le problème de la vérifiabilité entraîne des coûts d'application encore plus élevés⁵⁵.

Les contrats de concession sont par essence incomplets, comme tous les contrats complexes et à long terme. Cela est dû au fait qu'il est impossible, dans des industries complexes comme

⁵¹ Guasch, J.L., Laffont, J-J & Straub, S. (2007), *Concessions of Infrastructure in Latin America: Government-led Renegotiation*, Journal of Applied Econometrics, 22 (7): 1267, p. 1286.

⁵² Voir Woodhouse, E. *supra* note 35, pp. 130-131, 181. Voir également Wells, L. (2005), *The New International Property Rights: Can the Foreign Investor Rely on Them?*, dans: Moran, T. & West, G. (Eds), *International Political Risk Management, Looking to the Future*, Washington, DC: The World Bank, pp. 90-91.

⁵³ Hart, O. & Moore, J. (1999), *Foundations of Incomplete Contracts*, Review of Economic Studies, 66 (1): 115, p. 115.

⁵⁴ Dans le cas d'asymétrie d'information, outre le problème potentiel de la non-vérifiabilité d'un événement par une partie tierce, il n'est pas non plus possible pour l'une des parties contractantes d'observer cet événement. Voir Hart, O. & Moore, J. (1988), *Incomplete Contracts and Renegotiation*, Econometrica, 56 (4): 755, p. 756.

⁵⁵ Lind, H. & Nyström, J. (2007), "*Observable*" and "*verifiable*": *Can these be the basic concepts in incomplete contract theory?*: http://www.researchgate.net/publication/242679683_Observable_and_verifiable_Can_these_be_the_basic_concepts_in_incomplete_contract_theory

le secteur des infrastructures, et pour des projets s'étendant habituellement sur une période de trente années ou plus, de prévoir toutes les contingences concevables ou d'exclure des surprises économiques ou commerciales⁵⁶. Étant donné cette incertitude, la révision et la modification des contrats de PPP devient une nécessité. Pour citer *Llewellyn* (1931) sur le rôle du contrat dans l'ordre social : « On se détourne de la contemplation du travail du contrat comme de l'expérience de la tragédie grecque. La vie se débat contre la forme, ou, à travers la forme, tend vers sa volonté – 'pitié et terreur'. Le droit signifie si peu de chose pour la vie ; la vie dépend de façon si terrifiante du droit »⁵⁷.

D'un point de vue juridique, il n'existe aucune loi autorisant les parties contractantes à exclure les renégociations hors contrat⁵⁸. On peut expliquer cela par la rationalité limitée. Dans un environnement économique complexe, gérer non seulement les contingences et les dispositions contractuelles mais aussi la communication formelle entre les parties peut s'avérer trop coûteux. Aussi les parties peuvent-elles préférer ne pas stipuler le jeu de la renégociation directement dans le contrat *ex ante*, mais laisser cette option de la renégociation ouverte par le biais d'une « communication informelle » *ex post*⁵⁹. Cette incomplétude inhérente est logiquement liée au fait même de passer des contrats relationnels, ainsi que le premier chapitre le développe.

On peut également modifier des contrats de PPP (outre la modification des dispositions incluses dans le contrat lui-même) en changeant la réglementation, ce qui représente une forme de « renégociation ordonnée »⁶⁰. La responsabilité de telles modifications est la plupart du temps attribuée à un régulateur national indépendant chargé d'effectuer des révisions périodiques ou extraordinaires du contrat de PPP. Cependant, la réglementation fonctionne au

⁵⁶ Stern, J. (2012), *The relationship between regulation and contracts in infrastructure industries: Regulation as ordered renegotiation*, *Regulation and Governance*, 6 (4): 474, p. 475.

⁵⁷ Llewellyn, K. (1931), *What price contract? An Essay in Perspective*, *The Yale Law Journal*, 40(5): 704, p. 751. Voir également Salacuse, J. (2001), *Renegotiating Existing Agreements: How to Deal with "Life Struggling Against Form"*, *Negotiation Journal*, 17 (4): 311, p. 312.

⁵⁸ Baird, D., Gertner, R. & Picker, R. (1994), *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, pp. 117-118: "The possibility of renegotiation undermines the contractor's incentives. The contractor will work less hard than it should because, even if the government has the right to cancel the contract, it will never be in its interest to do so. Instead, the government will renegotiate. An incentive contract that can be renegotiated cannot work as well as one that cannot be renegotiated. Writing such a contract, however, is difficult. [...] There is no simple way around this inability to commit to no renegotiation. Our entire legal system would have to change dramatically in order to use legal rules to make contracts non-negotiable." (« La possibilité de la renégociation sape les incitations du contractant. Celui-ci travaillera moins qu'il ne devrait, parce que même si le gouvernement a le droit de mettre fin au contrat, ce ne sera jamais son intérêt de le faire. À la place, le gouvernement renégociera. Un contrat d'intéressement qui peut être renégocié ne peut pas fonctionner aussi bien qu'un contrat qui ne peut pas être renégocié. L'écriture d'un tel contrat, cependant, est difficile. [...] Il n'y a pas de voie pour contourner cette impossibilité de s'engager à ne pas renégocier. Notre système juridique tout entier devrait changer radicalement pour utiliser des règles juridiques permettant de faire des contrats non négociables. »)

⁵⁹ Segal, I. (1999), *Complexity and Renegotiation: A Foundation of Incomplete Contracts*, *Review of Economic Studies*, 66 (1): 57, p. 74.

⁶⁰ Voir Stern, J. *supra* note 56.

niveau national, et elle souffre également de plusieurs inefficacités, y compris du manque d'indépendance *de facto* de l'opérateur, souvent attesté dans la pratique⁶¹.

Ainsi, le point central de cette thèse est la façon dont la renégociation a été traitée en « droit international », et, plus particulièrement, par les tribunaux internationaux d'arbitrage. Réglementer la renégociation uniquement par le droit national, sans qu'il existe de réglementation similaire en droit international, est une façon inefficace de traiter les coûts de transaction de la rationalité limitée et de l'opportunisme, car une déconnexion entre les deux systèmes, contrat et traité – ou entre droit national et droit international – implique l'annulation (*de facto*) de tout effet juridique que la réglementation de la renégociation aurait pu avoir au niveau national.

Au contraire, on a besoin dans ce contexte d'un point de vue holistique sur la renégociation en tant que question juridique centrale de l'arbitrage international de l'investissement. C'est le manque que cette recherche cherche à combler en argumentant en faveur d'une conception de la gouvernance qui permette la mise en relation du contrat et du traité et la prise en considération des renégociations contractuelles comme question juridique (et non pas seulement factuelle) pendant la résolution des litiges relatifs aux traités. En d'autres termes, l'objectif est l'élaboration de structures de gouvernance dans l'arbitrage des investissements qui facilitent l'adaptation du contrat sous-jacent par le biais de renégociations de bonne foi aussi bien que par une collecte de preuves permettant au tribunal de vérifier les informations relatives à de telles renégociations.

À l'intérieur de la problématique plus large des allégations contre le traité résultant de la renégociation d'un contrat de concession, l'attention se porte ici sur la norme plus litigieuse, récente et largement utilisée, et sur laquelle les investisseurs étrangers fondent leurs revendications : la norme du « traitement juste et équitable ». L'argument est que le droit international n'a pas traité de façon équilibrée (autrement dit, d'une façon « juste et équitable ») le problème des renégociations contractuelles, et que cet échec a conduit à l'augmentation des coûts de transaction de la rationalité limitée et principalement de l'opportunisme.

S'appuyer exclusivement sur le droit national, sous le couvert des traités d'investissement dans le cadre desquels des contrats sont signés et renégociés, pour la gouvernance effective de ces contrats est une politique qui ne peut qu'échouer. Au contraire, le droit international a

⁶¹ Sur la théorie de l'emprise réglementaire, voir Stigler, G. (1971), *The Theory of Economic Regulation*: <http://www.ppge.ufrgs.br/GIACOMO/arquivos/regulacao2/stigler-1971.pdf>, ainsi que Peltzman, S. (1976), *Toward a More General Theory of Regulation*: <http://www.nber.org/papers/w0133>. Voir également Spiller, P. (1990), *Politicians, Interest Groups and Regulators: A Multiple-Principals Agency Theory of Regulation, or "Let Them Be Bribe"*, *Journal of Law and Economics*, 33 (1): 65. Les régulateurs peuvent non seulement ne pas se trouver sous l'emprise de l'industrie qu'ils sont censés réglementer, mais être également contournés par les politiques, auquel cas le processus de réglementation est ouvertement re-politisé. L'affaire *Aguas Argentinas* est un cas de repolitisation. Il est important de noter qu'une telle politisation s'est produite non seulement lors des renégociations finales, suscitées par la crise économique majeure que l'Argentine a traversée, mais aussi pendant le fonctionnement normal de la concession. Voir *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/3/19, Award, 30 July 2010, pp. 16-17.

un rôle indispensable à jouer dans la gouvernance durable des concessions, et, par conséquent, dans la résolution plus équilibrée des litiges entre États hôtes et investisseurs étrangers.

Dans ce contexte, l'accent est mis sur le rôle de l'arbitrage comme mécanisme de gouvernance pour la résolution « juste et équitable » des litiges provenant de la renégociation des contrats de concession et sur l'élaboration d'outils interprétatifs, procéduraux et relatifs à la preuve qui permettent de réaliser cet objectif. Étant donné le rôle des tribunaux d'arbitrage qui ont le pouvoir d'imposer aux parties en conflit des sanctions coûteuses en termes financiers et de réputation, l'adoption par ces tribunaux de tels outils de gouvernance adaptative réaliserait, par induction inverse, un meilleur alignement des incitations des parties à mettre en œuvre leur contrat et par suite l'allègement des coûts de transaction de la rationalité limitée et de l'opportunisme.

Étant des contrats « hybrides » complexes de PPP, les contrats de concession constituent une sous-catégorie *sui generis* de contrats d'État⁶². D'un côté, ce sont des contrats « publics », réglementaires, qui incluent des règles sur la prestation d'un service public par un monopoliste privé. D'un autre côté, ils fonctionnent aussi comme des contrats commerciaux « privés », reposant sur l'hypothèse de l'équilibre économique de la relation de PPP, et du « profit raisonnable » de l'investisseur.

Les arbitres internationaux ont néanmoins jusqu'à présent traité cette nature double des contrats de PPP d'une façon plutôt unilatérale et rigide, en suivant principalement les principes de la théorie classique du droit des contrats (ou son pendant en droit public international, la méthodologie textualiste de la Convention de Vienne sur le droit des traités). L'accent jusqu'ici a porté principalement sur la protection des investisseurs étrangers contre les changements des termes réglementaires du contrat affectant négativement leurs attentes légitimes. On a moins pris en compte, cependant, le besoin de la renégociation et de l'adaptation de contrats commerciaux à long terme aussi complexes – besoin que les deux parties peuvent évoquer de façon tout à fait valable, comme l'illustrent entre autres les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international⁶³.

⁶² Frick, J. (2001), *Arbitration and Complex International Contracts*, Kluwer Law International.

⁶³ Voir l'opinion séparée de l'arbitre *Pedro Nikken* dans l'affaire *Suez v. Argentina*, p. 48: "I do not agree with the assumption expressed in the Decision (para. 239) that AASA was coerced into acceding to the renegotiation because, had it refused, it could have been accused of violating Article 5.1 of the Concession Agreement, which obligated both sides to *use all means available to establish and maintain a fluid relationship which would facilitate the discharge of this Concession Agreement*. Rather, I believe that this clause is evidence that the obligation to renegotiate did not have as its sole source the Emergency Law, but the Concession Contract itself and that AASA could not lawfully refuse to renegotiate (as in fact it did not refuse). Moreover, the international standard for such contracts in the event of *hardship* aims to impose an obligation on the parties to negotiate an adaptation of the contract to the changed circumstances or the termination of the contract which is moreover, in my opinion, a corollary of the good faith that should prevail in the execution of any contract." (« Je ne suis pas d'accord avec l'hypothèse exprimée dans la Décision (paragraphe 239) qu'AASA a été forcé d'accepter la renégociation parce que, s'il avait dû refuser, il aurait été accusé de violer l'article 5.1 de l'Accord de concession, qui obligeait les deux parties à recourir à tous les moyens disponibles afin d'établir et de conserver une relation fluide qui facilite la réalisation de cet Accord de concession. Je crois plutôt que cette clause est la preuve que

Il s'ensuit qu'il est nécessaire d'adopter une perspective plus holistique de la nature hybride des contrats de concession, c'est-à-dire une perspective qui lierait les côtés publics et privés aux deux parties, l'État et l'investisseur. En d'autres termes, la délégation d'une fonction publique (d'habitude monopoliste) à un investisseur privé invalide la dichotomie public-privé. Dans ce contexte, il se peut que le partenaire public se comporte comme une partie privée à un contrat commercial, demandant l'adaptation de celui-ci au changement de circonstances, de la même façon qu'il se peut que le partenaire privé se comporte comme une partie publique, ayant l'autorité nécessaire lui permettant d'avoir de l'emprise sur le gouvernement et de soutirer des rentes de cette relation bilatérale de monopole au détriment des consommateurs et des contribuables.

Par conséquent, une perspective mutuelle sur la gouvernance adaptative de la part des arbitres refléterait mieux le besoin qu'ont les deux parties d'ajuster leur accord commercial initial, à mesure que le besoin s'en fait sentir ou que les difficultés arrivent, tout en justifiant non seulement le risque d'opportunisme gouvernemental (par exemple par le biais de l'expropriation), mais aussi une emprise et une attitude opportuniste possibles de la part du monopoliste privé.

Comme nous l'expliquons ci-dessous, la renégociation et l'adaptation des contrats de concession doivent être fondées sur les principes de la théorie du contrat relationnel. La nature relationnelle des contrats de concession signifie que l'investisseur étranger doit accepter des renégociations initiées par l'État hôte dans certaines circonstances rendant les adaptations contractuelles indispensables. Cette perspective de contrat relationnel a des conséquences importantes pour la résolution des litiges relatifs aux traités, car, en principe, un investisseur étranger ne peut pas avoir le droit d'alléguer la violation d'un traité – c'est-à-dire la violation du TJE – découlant de la renégociation contractuelle demandée par l'État hôte faisant face à des changements matériels de circonstances qui requièrent l'adaptation du contrat à la nouvelle situation. La question qui se pose ainsi dans ce contexte est de savoir à quelles conditions une renégociation est légale et légitime en droit international de l'investissement.

C'est la question que le chapitre suivant se donne pour but de traiter en étudiant le lien entre le contrat de concession et le traité général. Pour cela, le deuxième chapitre développe encore davantage l'argument de l'internationalisation⁶⁴ des contrats, en montrant que la relation contrat-traité fonctionne dans les deux sens, et qu'elle est dynamique et mutuelle. Cela veut dire que non seulement les traités ont un impact sur les contrats sous-jacents, mais que les contrats ont également une incidence directe sur la décision relative au traité quand une renégociation contractuelle est en jeu.

l'obligation de la renégociation n'a pas eu pour seule origine la loi d'urgence, mais le Contrat de concession lui-même, et que l'AASA ne pouvait pas légalement refuser de renégocier (comme en réalité il n'a pas refusé de le faire). En outre, la norme internationale pour de tels contrats en cas de force majeure a pour but d'imposer l'obligation pour les deux parties de négocier une adaptation du contrat au changement de circonstances ou la fin du contrat qui est en outre, selon moi, un corollaire de la bonne foi qui devrait prévaloir dans l'exécution de tout contrat. »)

⁶⁴ Voir Voss, J.O., *supra* note 45.

On insiste ici sur la norme du TJE comme disposition illustrant très clairement un tel lien, particulièrement à travers la doctrine des « attentes légitimes » de l'investisseur qui émanent du contrat de concession et de son cadre réglementaire. La thèse affirme de la même façon que la distinction stricte entre les « revendications contractuelles » et les « revendications relatives au traité » est en grande partie artificielle, et adopte à la place une approche d'intégration – pour citer *Crawford* (2008)⁶⁵ – selon laquelle les deux instruments ne peuvent être traités séparément l'un de l'autre.

S'appuyant sur les découvertes du deuxième chapitre qui démontrent le lien inextricable entre les contrats de concession et le traité général, le troisième chapitre démontre que les traités internationaux d'investissement sont eux-mêmes des contrats incomplets, contenant des normes vagues qui fonctionnent comme des règles par défaut, complétées par les contrats sous-jacents⁶⁶. Pour cela, ce chapitre analyse la perspective des « traités comme contrats », et plus spécifiquement des traités internationaux d'investissement comme contrats relationnels.

Un accent particulier, comme nous l'avons dit, est mis sur la norme par nature vague, dynamique et dépendante du contexte, du « traitement juste et équitable ». L'analyse théorique succède à l'analyse empirique de la jurisprudence arbitrale qui traite de la relation entre renégociations contractuelles et violation du TJE. Les décisions qui s'ensuivent ont souvent donné lieu à des résultats contradictoires, allant d'une méthodologie interprétative rigide, textualiste et ressemblant à la théorie classique des contrats, à des approches plus équilibrées qui tentent de faire droit aux deux parties et à l'inévitable renégociation du contrat fondée sur les principes de la théorie du contrat relationnel.

Le but de l'examen de la jurisprudence pertinente est donc double : il s'agit d'abord, montrer comment les arbitres ont jugé une allégation de violation du TJE comme étant le résultat d'une renégociation contractuelle, ensuite (et de façon plus importante selon une perspective politique) de traiter la question de savoir « si et quand une renégociation viole la norme de traité du traitement juste et équitable » et poser ainsi les fondations du développement de critères selon lesquels une renégociation contractuelle est légale et légitime en droit international, et enfin de trouver un meilleur équilibre entre les intérêts publics et privés opposés qui sont impliqués.

Afin que les tribunaux d'arbitrage trouvent une interprétation équilibrée (ou vraiment « juste et équitable ») du TJE, les renégociations doivent être évaluées et interprétées à travers le prisme du « droit en action », et non pas simplement du « droit sur le papier ». Cela veut dire que les tribunaux doivent considérer les deux côtés de l'échelle quand ils jugent si une renégociation contractuelle a violé le TJE, et en particulier les « attentes légitimes » de

⁶⁵ Crawford, J. (2008), *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, *Arbitration International*, 24 (3): 351.

⁶⁶ Sur la nature des traités internationaux d'investissement comme contrats incomplets, voir van Aaken, A. (2014), *Control Mechanisms in International Investment Law*, dans: Douglas, Z., Pauwelyn, J. & Viñuales, J. (Eds), *The Foundations of International Investment Law, Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press. De même, sur l'équilibre entre engagement et flexibilité en droit international de l'investissement, voir van Aaken, A. (2009), *International Investment Law between Commitment and Flexibility: A Contract Theory Analysis*, *Journal of International Economic Law*, 12 (2): 507.

l'investisseur. Dans un environnement dans lequel les renégociations – ainsi que le montrent les découvertes économiques analysés ci-dessous – sont une pratique courante des parties, souvent initiées également par les investisseurs, le tribunal a besoin de toutes les preuves nécessaires pour évaluer ce que les « attentes légitimes » des parties sont réellement.

Par exemple, si, sur la base de telles preuves holistiques, on trouve que l'investisseur a initié certaines renégociations du contrat de concession (ayant pour résultat des termes d'investissement qui lui sont plus favorables que ceux qui étaient proposés lors du processus d'appel d'offres), alors l'investisseur doit être empêché (*estopped*) de revendiquer une violation de ses droits selon le traité comme résultant seulement d'une renégociation ultérieure demandée par l'État. Dans tous les cas, l'attitude de l'investisseur (ainsi que la conduite de l'État) lors de la mise en œuvre du contrat tout entière doit également être prise en compte afin de déterminer ce qu'étaient ses « attentes légitimes ».

En d'autres termes, comme nous l'avons analysé dans le troisième chapitre, l'interprétation des traités d'investissement (c'est-à-dire du TJE) doit être fondée sur les principes relationnels de « dynamisme » et de « mutualité ». Le TJE est une norme évolutive, comme les normes incluses dans les contrats relationnels, et, par conséquent, les « attentes légitimes » des parties doivent être déterminées d'une façon dynamique et mutuelle (par opposition aux principes statiques et unilatéraux de la théorie classique des contrats que la plupart des tribunaux d'investissement ont suivis jusqu'à présent).

Enfin, afin de rendre opérationnelles les découvertes théoriques et empiriques des chapitres précédents, le dernier chapitre propose certaines recommandations *de lege ferenda*, traitant, entre autres, de la question de la preuve. En particulier, la conception proposée des règles de sanction par défaut assignerait la charge de la production de la preuve à la partie qui a initié une renégociation et exigerait qu'elle présente au tribunal les raisons d'une telle renégociation, le résultat de celle-ci et le plan proposé pour remplir les nouvelles obligations contractuelles. Pour cela, les tribunaux doivent exiger (et les parties produire) toutes les preuves matérielles de chacune des renégociations ayant eu lieu depuis la signature du contrat.

De telles preuves sont indispensables pour déterminer ce qu'ont été les « attentes légitimes » des parties et le lien causal prétendu entre la renégociation et le dommage souffert par l'investisseur⁶⁷. Dans ce contexte, si un investisseur – comme les découvertes de l'Économie le montrent – avait également initié des renégociations du contrat de concession avant celle qui a donné lieu au litige relatif au traité, une revendication que la dernière renégociation a violé toute « attente légitime » fondée sur la « stabilité de l'activité et du cadre juridique de la concession » serait bloquée par la doctrine de la préclusion (*estoppel*).

⁶⁷ Sur les problèmes particuliers se posant dans le contexte de contrats complexes à long terme et l'attribution de dommages-intérêts, voir Wöss, H., San Román Rivera, A., Spiller, P. & Dellepiane, S. (2014), *Damages in International Arbitration under Complex Long-Term Contracts*, Oxford University Press.

En outre, dans le cas où de telles renégociations menées par l'investisseur (auxquelles on peut s'attendre pour des contrats relationnels complexes et à long terme), le seuil pour trouver une violation du TJE due à une renégociation ultérieure menée par l'État doit être élevé (au lieu du cas inverse, à savoir, un seuil élevé pour la défense de nécessité) et les tribunaux doivent développer des critères clairs correspondant à un tel seuil. Pour résumer, l'attribution appropriée de la charge de la preuve aux parties⁶⁸ forcerait un meilleur alignement de leurs avantages, réduisant ainsi l'incidence des renégociations opportunistes.

En outre, la production de la preuve de tous les processus de renégociation est importante pour prévenir le risque de renégociations corrompues. Comme le montre l'expérience, les renégociations corrompues sont tout sauf inhabituelles dans les contrats de concession⁶⁹. Pour que le système de résolution de litige entre État et investisseur contribue à limiter les renégociations opportunistes et corrompues, il faut que les tribunaux prennent déjà en compte la corruption au moment où ils décident de l'admissibilité de la revendication qui est devant eux.

La corruption a déjà été condamnée dans la décision arbitrale séminale du juge *Lagergren* en 1963 comme « violation manifeste des mœurs publics et de la politique publique internationale⁷⁰ », ce qui a amené le juge à refuser d'entendre l'affaire en arguant que les parties avaient « perdu tout droit à l'aide de la machine de la justice pour résoudre leurs différends. » Cependant, le problème est resté largement ignoré depuis, malgré ses implications immenses pour la durabilité (politique) d'un investissement, ainsi que pour le bien-être social. La norme très élevée de la preuve de la corruption a rendu particulièrement difficile de produire des preuves convaincantes⁷¹. La tendance a commencé à changer avec les décisions récentes du CIRDI dans les affaires *World Duty Free Company Limited v. the Republic of Kenya*⁷² et *Metal-Tech v. Uzbekistan*⁷³.

⁶⁸ La production et la charge de la preuve sont des questions encore plus sensibles dans le cas de contrats incomplets et des défis qui en découlent concernant la possibilité de vérifier les contingences, comme nous l'avons mentionné ci-dessus. Dans ce contexte, l'attribution pertinente de la charge de la preuve peut être un système utile d'économie des coûts de transaction. Sur le lien de la charge de la preuve et de l'efficacité en termes de coûts du litige dans le cas de contrats incomplets, voir Scott, R. & Triantis, G. (2006), *Anticipating Litigation in Contract Design*, The Yale Law Journal, 115 (4): 814.

⁶⁹ Voir, entre autres, Guasch, J.L. & Straub, S. (2009), *Corruption and Concession Renegotiations. Evidence from the water and transport sectors in Latin America*, Utilities Policy, 17 (2): 185.

⁷⁰ Même un « mal à l'échelle internationale ». Voir ICC Award No. 1110 de 1963 de Gunnar Lagergren, YCA 1996, p. 47 sqq.

⁷¹ Voir Wells, L. (2010), *Backlash to Investment Arbitration: Three Causes*, dans: Waibel, M., Kaushal, A., Chung, K.H. & Balchin, C. (Eds), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, p. 347. *Siemens AG v. Argentina* fait partie de affaires dans lesquelles alors qu'aucune preuve de corruption n'était apportée pendant les procédures, l'entreprise a néanmoins été déclarée coupable de corruption selon la loi Foreign Corrupt Practices Act, ce qui a conduit l'Argentine à chercher à obtenir une révision du procès et Siemens à renoncer à ses droits étant donné la décision arbitrale contre l'État. Voir Peterson, L. E. (2009), *Siemens Waives Rights under Arbitral Award against Argentina; Company's Belated Corruption Confessions Had Led Argentina to Seek Revision of 2007 Ruling*: <https://www.iareporter.com/articles/siemens-waives-rights-under-arbitral-award-against-argentina-follows-companys-belated-corruption-confessions/>

⁷² *World Duty Free Company Limited v. Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 Octobre 2006.

⁷³ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 Octobre 2013.

Une autre proposition normative concrète visant à mettre en valeur la gouvernance adaptative de la relation contractuelle et le lien entre contrat et traité est le recours plus répandu des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international lors de la résolution des litiges relatifs au traité résultant de la renégociation des contrats d'investissement sous-jacents (on a déjà évoqué ces Principes comme outils pertinents pour l'interprétation des traités d'investissement dans les affaires *El Paso* et *Suez*).

Le deuxième chapitre examine les principes UNIDROIT relatif au cas de force majeure, son statut au regard du droit international et son potentiel à être utilisé comme un principe général de droit pour la résolution des litiges relatifs au traité. L'application de la défense du cas de force majeure selon l'UNIDROIT peut apporter une perspective nouvelle dans la résolution équilibrée des litiges entre État et investisseur, car c'est une norme juridique moins rigide que la défense de nécessité en droit public international, qui place donc les parties davantage sur un pied d'égalité en ce qui concerne leur capacité à demander l'adaptation de leur contrat au changement de circonstances.

À la différence de la recherche antérieure, qui s'est concentrée sur les outils de droit public permettant de trouver un équilibre entre intérêts publics et privés⁷⁴, comme le principe de proportionnalité emprunté au domaine du droit administratif ou certaines notes interprétatives clarifiant le sens de certaines normes de traité⁷⁵, cette thèse défend l'idée que les outils de droit privé, qui sont à la disposition des deux parties, ont une importance tout aussi grande dans la réalisation de cet équilibre⁷⁶. Dans le contexte particulier de la renégociation des contrats de PPP, les arbitres doivent développer des outils juridiques non seulement publics⁷⁷ mais aussi privés⁷⁸ pour faciliter la gouvernance adaptative de la relation des parties.

⁷⁴ Voir entre autres Van Harten, G. (2009), *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford Scholarship Online, ainsi que Van Harten, G. & Loughlin, M. (2006), *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, *The European Journal of International Law*, 17 (1): 121, et Schill, S. (2011), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford Scholarship Online.

⁷⁵ Par exemple, la note interprétative à propos de certaines dispositions du chapitre 11 de l'ALENA, qui ont été adoptées par la Commission du libre-échange. On pourrait considérer le mécanisme d'interprétation pour adapter un traité à un changement de circonstances ou corriger une interprétation avancée par des arbitres avec quelque scepticisme étant donné que les traités internationaux d'investissement eux-mêmes sont par nature des contrats incomplets qui ne peuvent prévoir toutes les contingences, et laissent donc un pouvoir discrétionnaire important aux arbitres dans le choix de leurs propres normes.

⁷⁶ Il est important de faire la différence entre les types de litiges d'investissement et les différents enjeux impliqués. Comme nous l'avons déjà expliqué au début de ce chapitre, cette thèse étudie plus spécialement le type particulier de litiges découlant des PPP d'infrastructure par lesquels le fonctionnement et le contrôle des services publics stratégiques sont délégués à un investisseur privé étranger. Sur la différenciation des litiges d'investissement, voir Maupin, J. (2014), *Differentiating Among International Investment Disputes*, dans: Douglas, Z., Pauwelyn, J. & Viñuales, J. (Eds), *The Foundations of International Investment Law, Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, pp.467-498.

⁷⁷ Comme la clause « *rebus sic stantibus* » – assez limitée dans son application, comme la CIJ l'indique dans l'affaire Fisheries Jurisdiction sur la juridiction en matière de pêche [1974] CIJ Rep 3) – de l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, comme contrepoids au principe de « *pacta sunt servanda* » de l'article 26 de la même convention. L'importance de « *rebus sic stantibus* » a aussi été démontrée dans la crise financière mondiale récente. Voir Ferré, H. & Duggal, K. (2011), *The world economic crisis as a changed circumstance*: http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_43.pdf

⁷⁸ En particulier les Principes UNIDROIT pour les contrats commerciaux internationaux. Sur l'importance émergente des principes traitant les problèmes arrivant dans le contexte particulier des contrats d'investissement

La dernière proposition normative faite dans le dernier chapitre est d'utiliser la médiation internationale comme mécanisme de gouvernance pour faciliter l'adaptabilité du contrat. La conception de la médiation proposée souligne le processus de renégociation en soi et sa mise en œuvre d'une façon fondée sur la bonne foi, dépolitisée, transparente et équilibrée. Outre les règles et mécanismes interprétatifs pour traiter la renégociation comme une question juridique centrale dans l'arbitrage international, il faut donner plus de visibilité et de transparence au processus de renégociation lui-même. La nature même de la médiation comme mécanisme indépendant visant à trouver une solution dès le début des conflits entre les investisseurs et l'État et l'adaptation coopérative de la relation à long terme des parties, rend pertinente la gestion neutre, dépolitisée et non opportuniste du processus de renégociation⁷⁹.

Pour résumer, la perspective originale de cette thèse est le point de vue réaliste qu'elle adopte sur le pouvoir de négociation réel et sur l'attitude et de l'État hôte et de l'investisseur étranger. En prenant en compte la nature véritablement « hybride » du régime du droit de l'investissement⁸⁰, en particulier dans le cas des contrats de PPP, elle affirme que l'État peut agir en tant que partie « privée » demandant l'adaptation légitime d'un contrat complexe et à long terme, tout comme l'investisseur a le pouvoir, en tant que monopoliste privé, d'agir en tant qu'acteur « public » ayant potentiellement une emprise sur le gouvernement et initiant des renégociations stratégiques dans un environnement non concurrentiel. Dans un paysage si complexe, on fait appel à l'arbitrage international de l'investissement pour résoudre à la fois les contingences et les risques, en renonçant par-là même à une dichotomie public-privé rigide⁸¹. Les arbitres n'ayant pas exploré jusqu'au bout les règles et les mécanismes

à long terme (comme le sont par excellence les PPP), voir l'étude en cours de l'Institut international pour l'unification du droit privé: <http://www.unidroit.org/work-in-progress-studies/current-studies/long-term-contracts>. Voir aussi Bonell, M.J. (2014), *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Long-Term Contracts*: <http://www.unidroit.org/english/documents/2014/study50/s-50-126-e.pdf>. Sur le dépolement potentiel des principes de l'UNIDROIT en matière d'arbitrage international des investissements, voir Bonell, M.J. (2013), *Model Clauses for Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Transnational Contract and Dispute Resolution Practice*: <http://www.unidroit.org/english/documents/2013/study50/mc/s-50-mc-01rev-e.pdf>

⁷⁹ von Kumberg, W.J., Lack, J., & Leathes, M. (2014), *Enabling Early Settlement in Investor-State Arbitration - The Time to Introduce Mediation Has Come*, ICSID Review, 28 (3): 133.

⁸⁰ Sur les origines de l'arbitrage international d'investissement dans l'arbitrage commercial et l'extension du régime arbitral qui a suivi dans la résolution de litiges réglementaires, voir Van Harten, G. (2009), *supra* note 74. Sur la nature de l'arbitrage international de l'investissement, voir Douglas, Z. (2003), *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, British Yearbook of International Law, 74 (1): 151.

⁸¹ Pour une approche juridico-réaliste du rôle des adjudicateurs, voir Posner, R. (2011), *Realism about Judges*, Northwestern University Law Review, 105 (2): 577, p. 577: "The courts must address themselves in some instances to issues of social policy, not because this is particularly desirable, but because often there is no feasible alternative. [...] The realistic theory can be traced back to Plato's dialogues, before there was a legal profession or professional judges. In the *Apology*, Socrates notes that each judge [...] has sworn that he will judge according to the laws, and not according to his own good pleasure"- but in *Gorgias* Socrates predicts that his trial will be the equivalent of the trial of a doctor prosecuted by a cook before a jury of children. And in the *Republic* Thrasymachus argues that justice is simply the will of the stronger" (« Dans certains cas les cours doivent elles-mêmes régler des problèmes de politique sociale, non pas parce que cela est particulièrement désirable, mais souvent parce qu'il n'y a pas d'alternative possible. [...] On peut remonter la trace de la théorie réaliste jusqu'aux dialogues de Platon, auparavant la profession juridique ou les juges professionnels n'existaient pas. Dans l'*Apologie*, Socrate remarque que chaque juge [...] a juré qu'il jugerait selon les lois, et non selon son bon plaisir » – mais dans le *Gorgias* Socrate prédit que son procès sera l'équivalent du procès d'un docteur

internationaux, en particulier les principes interprétatifs facilitant l'adaptation durable du contrat de PPP, la présente recherche se donne pour objet de pallier ce manque.

Il est possible de le faire en développant les critères que les tribunaux d'arbitrage devront utiliser pour décider si la renégociation d'un contrat de concession constitue une violation du traité, à savoir, de la norme du « traitement juste et équitable ». Une telle solution devrait être fondée sur une approche faisant le lien entre droit et économie (des coûts de transaction), ou entre « droit sur le papier » et « droit en action ». Cela implique qu'afin d'évaluer si une renégociation contractuelle a violé la norme du TJE, les arbitres prennent en compte la gouvernance du contrat et le progrès de toute renégociation dans leur entièreté.

Pour résumer, le propos ici est d'aider les arbitres en développant des critères permettant de différencier une renégociation respectant le droit d'une négociation violant le traité. Étant donné la nature vague et la mutabilité de la norme du TJE, les arbitres doivent se tourner vers les principes de la théorie du contrat relationnel comme méthode interprétative appropriée pour déterminer le contenu du « traitement juste et équitable ».

Une interprétation relationnelle du TJE, fondée sur les intermédiaires de « mutualité » et de « dynamisme », lisserait même certaines des asymétries résultant de l'inégalité des armes accordées aux investisseurs étrangers et aux États hôtes en droit international. Alors que les contrats sont souvent renégociés quand les investisseurs étrangers font face à des cas de force majeure ou même à des difficultés financières moins importantes, l'État n'a pas d'égale possibilité de recourir à l'arbitrage pour obtenir des dommages-intérêts contre un investisseur défaillant. Ainsi, céder à une demande de renégociation⁸² est souvent la seule possibilité qu'il ait si l'investisseur demande avec insistance à ne pas suivre l'accord précédent.

On trouve un exemple de ce déséquilibre de l'arbitrage international de l'investissement dans l'affaire *Aguas Argentinas*⁸³. *Suez et al* avait lancé des renégociations afin d'obtenir des termes contractuels plus favorables (y compris l'indexation des tarifs de l'eau sur le dollar – clause absente du contrat original, mais qui devint le cœur de la décision arbitrale contre l'Argentine qui suivit). Le gouvernement n'avait aucun droit au niveau international pour imposer l'exécution des termes originaux du contrat face aux exigences de l'investisseur. Inversement, quand l'Argentine fit l'objet de pressions pour renégocier à cause de la dépression économique qui frappa le pays à la fin des années 1990, l'investisseur principal

poursuivi par un cuisinier devant un jury d'enfants. Et dans la *République* Thrasymaque affirme que la justice n'est que la volonté du plus fort ». Voir aussi Llewellyn, K. (1931), *Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound*, Harvard Law Review, 44 (8): 1222.

⁸² Pour une demande de renégociation du contrat initial forte et initiée par un investisseur (et opportuniste selon les *amici curiae*), voir par exemple l'affaire *Biwater Gauff (Tanzania) LTD v. United Republic of Tanzania*, ICSID No. ARB/05/22, 24 juillet 2008.

⁸³ Voir la décision *Suez v. Argentina*, *supra* note 61.

poursuivit l'État en vertu du TBI entre la France et l'Argentine, exigeant l'exécution de la version la plus récente de son contrat⁸⁴.

La perspective de cette thèse n'est pas seulement originale ; elle est aussi d'actualité. Malgré le temps qui s'est écoulé depuis la vague de contrats d'investissement dans les infrastructures énergétiques qui ont marqué l'ère du « Consensus de Washington », les affaires étudiées sont toujours autant d'actualité. Tout d'abord, plusieurs de ces affaires de renégociation, en particulier celles qui sont nées de la crise de l'Argentine, sont toujours en cours d'examen, ou n'ont été résolues que très récemment (ce qui a donné lieu à des décisions longues, et parfois aussi originales, comme dans *Urbaser*⁸⁵, où le tribunal a adopté une approche plus centrée sur le contrat relationnel en prenant également en considération la conduite de l'investisseur et en le tenant responsable de violations des droits de l'homme).

Ensuite, le problème des renégociations et des modifications contractuelles, et la prétendue violation du traité général qui en découle, ne cesse de donner lieu à de nombreuses affaires. On en trouve un exemple récent dans la décision sur la fin des contrats égyptiens pour le développement du gazoduc entre l'Égypte et Israël, dans laquelle le tribunal du CIRDI a examiné la décision de la CCI sur la fin prétendument disproportionnée du contrat pour décider s'il y avait violation du traité d'investissement bilatéral en question⁸⁶. Enfin, la privatisation de l'infrastructure énergétique reste en général une pratique très actuelle, comme le montre, entre autres, la plainte que la compagnie d'énergie espagnole *Gas Natural Fenosa* a menacé de déposer auprès du CIRDI contre la Colombie pour recouvrer certains paiements d'électricité dus par des clients près de la côte caribéenne⁸⁷.

Le prisme analytique à travers lequel le problème des renégociations contractuelles est traité est celui de l'économie des coûts de transaction, et en particulier de la théorie des contrats incomplets. L'économie des coûts de transaction (ici ECT), est le cadre analytique pertinent pour traiter la gouvernance des relations contractuelles. Le but de l'ECT est de réaliser des économies sur les coûts de transaction de la rationalité limitée et de l'opportunisme. Ces risques sont encore plus aigus dans le cas de contrats incomplets et des difficultés qui en découlent en matière de vérifiabilité des contingences et d'exécution des dispositions pertinentes.

Selon *Commons* (1932) « la toute dernière unité d'activité doit contenir en elle-même les trois principes de conflit, de mutualité de d'ordre. Cette unité est une transaction »⁸⁸. L'ECT

⁸⁴ Voir Wells, L., *supra* note 75, *Backlash to Investment Arbitration: Three Causes*, dans: Waibel, M., Kaushal, A., Chung, K.H. & Balchin, C. (Eds), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, pp. 345-346.

⁸⁵ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 Decembre 2016.

⁸⁶ <https://www.iareporter.com/articles/in-new-egypt-ruling-disproportionate-contract-termination-and-failure-to-prevent-pipeline-attacks-underpin-fortier-chaired-tribunals-findings-of-bit-breach/>

⁸⁷ <http://globalarbitrationreview.com/article/1138238/colombia-will-face-billion-euro-power-claim>

⁸⁸ Commons, J. (1932), *The Problem of Correlating Law, Economics, and Ethics*, Wisconsin Law Review 8(1): 3.

se concentre sur les transactions comme unités principales d'analyse et pose que la « gouvernance » est le moyen par lequel on peut obtenir l'ordre car elle permet de surmonter les conflits entre les parties contractuelles en visant à réaliser des gains mutuels. À la différence de simples transactions de marché qui sont exécutées instantanément, la gouvernance est la gestion de relations contractuelles continues, et, en tant que telle, elle est essentielle pour l'exécution de contrats complexes et à long terme⁸⁹.

Les contrats de concession d'infrastructures appartiennent à la catégorie des contrats par définition incomplets⁹⁰. Ils sont développés dans des conditions de dépendance bilatérale dans lesquelles on trouve deux hypothèses clé de comportement : d'une part, la rationalité limitée fait que les parties sont dans l'incapacité de prédire à l'avance chaque contingence susceptible d'arriver au cours du cycle de vie entier du projet. Cette réalité rend la renégociation et l'adaptation de la relation contractuelle inévitable de fait. D'un autre côté, la spécificité des actifs et les coûts (politiques) liés à l'admission de l'échec d'un programme de privatisation et au changement du titulaire enferme les deux parties du PPP dans une relation d'emprise potentielle et de comportement opportuniste.

Dans ce contexte de dépendance bilatérale, l'objectif de l'ECT est d'étudier les structures de gouvernance qui facilitent et la renégociation de bonne foi et l'adaptation du contrat de concession par la prévention des risques qu'encourt son succès à long terme et découlant de la rationalité limitée et de l'opportunisme. Plus spécifiquement, cette thèse étudie les institutions qui peuvent permettre la gouvernance à long terme du contrat de concession.

Outre les principes généraux de l'ECT mentionnés ci-dessus, il reste encore deux arguments centraux donnant au cadre analytique que nous déployons ici sa structure. Tout d'abord, le contrat international d'investissement est un outil de gouvernance susceptible d'adaptation aux changements de circonstances et de besoins⁹¹. Ensuite, l'institution étudiée comme structure de gouvernance est l'arbitrage international d'investissement. L'arbitrage est une forme mondiale de gouvernance administrative ayant la capacité de créer des incitations soutenant la renégociation et l'adaptation durables des contrats sous-jacents en économisant sur les coûts de transaction de la rationalité limitée et de l'opportunisme.

Enfin, une autre raison pour laquelle l'ECT convient aux objectifs analytiques de cette thèse réside en sa rigueur intellectuelle et sa méthode interdisciplinaire. L'approche qui vise à apporter des solutions à des problèmes et que nous adoptons ici requiert un état d'esprit actif et interdisciplinaire prêt à traverser des frontières disciplinaires afin de répondre à la question : « Que se passe-t-il ici ? ». Pourquoi la renégociation reste-t-elle un problème juridique largement inexploré en arbitrage international de l'investissement, malgré le fait qu'on la trouve partout dans la réalité, d'après les découvertes de la recherche en économie ? Quelles sont les règles et les mécanismes qui permettent de combler ce manque et de

⁸⁹ Williamson, O. (1998), *The Institutions of Governance*, *The American Economic Review*, 88 (2): 75.

⁹⁰ Sur la triple classification des contrats en classiques, néoclassiques et relationnels (question qui sera étudiée au chapitre suivant), voir Macneil, I. (1978), *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, *Northwestern University Law Review*, 72 (6): 854.

⁹¹ Williamson, O. (1981), *supra* note 1, p. 550.

contribuer à l'adaptation durable des contrats de PPP, en s'appuyant sur les découvertes des domaines du droit, de l'économie et de la psychologie comportementale⁹² ?

L'application du cadre analytique de l'ECT au domaine de l'arbitrage international de l'investissement est une approche originale qui promet d'offrir de nouveaux aperçus sur la résolution des déséquilibres entre les parties des PPP que la résolution d'affaires très médiatisées dans le domaine stratégique des industries d'infrastructure produit. En utilisant les outils de l'ECT et de la théorie économique des contrats pour répondre à la façon dont les arbitres rendent des décisions sur la renégociation de contrats internationaux d'investissement peut permettre de mieux comprendre le compromis entre engagement et flexibilité en droit international de l'investissement⁹³ et ses implications pour la durabilité des PPP d'infrastructure.

Dans ce contexte, la relation entre la théorie du contrat relationnel et l'économie des coûts de transaction est celle d'un moyen en vue d'une fin. En d'autres termes, l'application de la théorie du contrat relationnel comme méthode interprétative appropriée pour déterminer le contenu du TJE est le moyen de réaliser les objectifs d'économie sur les coûts de transaction de la rationalité limitée et de l'opportunisme à la fois pendant la résolution des litiges relatifs aux traités résultant de renégociations contractuelles et, par induction inverse, pendant la gouvernance des contrats de concession sous-jacents.

La méthodologie déployée ici est fondée sur la révision et l'analyse de la doctrine arbitrale portant sur la question de la renégociation des contrats de concession d'infrastructure. Le recours à la méthode des cas *Langdellian* est la méthodologie qu'il faut pour résoudre un problème juridique soulevé dans le domaine assez nouveau de l'arbitrage moderne de l'investissement. L'application de cette approche inductive permettrait d'avoir des aperçus pratiques sur l'état réel des affaires en arbitrage international, et plus spécifiquement sur la façon dont les arbitres ont répondu au problème du compromis entre engagement et flexibilité, et sur le résultat final des affaires pertinentes (y compris la politique de l'exécution ou non-exécution des décisions qui en ont résulté).

L'un des principaux objectifs de la méthode des cas inductive est d'étudier s'il y a une cohérence dans la façon dont les arbitres ont jugé la renégociation et si des motifs communs se dégagent de leurs raisonnements juridiques. On peut dire dès maintenant que de tels motifs cohérents n'apparaissent pas encore. Par exemple, dans l'affaire *Aguas Argentinas*, les renégociations qui ont eu lieu pendant l'exécution du contrat ont été vues comme des faits secondaires, ne nécessitant qu'une note au passage indiquant la relation de coopération des parties jusqu'à ce que l'économie du pays et la concession s'effondrent⁹⁴. Il faut souligner

⁹² Williamson, O. (2010), Transaction Cost Economics: The Natural Progression, *The American Economic Review*, 100 (3): 673, p. 682.

⁹³ Voir van Aaken, A. (2009), *supra* note 66.

⁹⁴ Voir la décision *Suez supra* note 61, p. 17, para. 40 : "The significance of these revisions and renegotiations lies not in the details of what the parties discussed and agreed but rather in what they suggest about the parties' relationship with and intentions toward each other. [...] Argentina has suggested another interpretation for the revisions and renegotiations: that the claimants made an unrealistically low bid in order to win the Concession

cependant qu'il n'y a eu aucun consensus parmi les membres du tribunal sur les effets juridiques de la renégociation contestée. L'arbitre *Nikken* a écrit une opinion dissidente sur le rôle des « attentes légitimes » dans l'évaluation du TJE, dans laquelle il a souligné l'inévitabilité de la renégociation dans un cas de force majeure, qu'il considérait être la « norme juridique internationale » pour l'adaptation des contrats d'investissement et un corollaire du principe général de « bonne foi »⁹⁵.

À la différence de l'affaire *Aguas Argentinas*, la renégociation a été au centre de la décision dans l'affaire *Biwater v. Tanzania*⁹⁶, à la fois en termes de substance et de procédure. La renégociation initiée par *Biwater* a été soumise à un contrôle rigoureux de la preuve devant le tribunal d'investissement, en particulier en ce qui concernait les motivations réelles de la renégociation, la performance de l'investisseur pendant la durée du contrat et le lien entre la renégociation et le dommage prétendument causé à l'entreprise par la République de Tanzanie. En termes de procédure, la renégociation a été assignée à des médiateurs indépendants, ce qui a évité une haute politisation du processus et le manque de transparence qui ont caractérisé les renégociations dans l'affaire *Aguas Argentinas*, lesquelles ont eu lieu directement entre le gouvernement et l'investisseur, en contournant le régulateur.

Si des affaires d'arbitrage sont examinées tout au long de la thèse, le troisième chapitre s'arrête en particulier sur les litiges relatifs aux traités qui sont nés de la renégociation de contrats de concession après la crise économique de l'Argentine. L'analyse complète une matrice (présentée en annexe) qui montre les approches divergentes que les tribunaux d'arbitrage ont de la renégociation, allant d'une approche rigide, textualiste, comparable à la théorie classique des contrats, à une interprétation plus dynamique et mutuelle se rapprochant des principes de la théorie du contrat relationnel et reconnaissant le besoin d'une adaptation et d'une renégociation de bonne foi des contrats de concession sous-jacents.

Pour conclure, la question de la méthode appropriée pour l'interprétation des traités d'investissement international préoccupe la communauté épistémique des chercheurs internationaux (venant d'horizons divers) depuis assez longtemps. La présente thèse examine ce problème épineux en s'écartant des différents camps idéologiques et de leurs recommandations de politique pour la réforme de la résolution des litiges entre État et investisseur, et adopte à la place une approche de l'interprétation des traités d'investissement juridico-réaliste, de bas en haut. Elle le fait en construisant une argumentation à deux

and thereafter used the revision and renegotiation processes to secure tariff increases, which if they had been included in the original bid, would not have gained the claimants the Concession in the first place. Other than supposition, Argentina offered no evidence to support this interpretation of the Claimant's actions." (« L'importance de ces révisions et de ces négociations n'est pas dans les détails de ce que les parties ont discuté et sur lesquels elles se sont mises d'accord, mais plutôt dans ce qu'ils suggèrent de la relation des parties l'une avec l'autre et de leurs intentions l'une envers l'autre. [...] L'Argentine a suggéré une autre interprétation de la révision et des renégociations : que les demandeurs avaient fait une offre basse irréaliste afin de remporter la Concession et qu'ils avaient ensuite utilisé les processus de révision et de renégociation pour s'assurer des augmentations de tarifs, qui, si elles avaient été incluses dans l'offre initiale, ne leur aurait pas permis d'obtenir la Concession initialement. En dehors de cette hypothèse, l'Argentine n'a présenté aucune preuve pour soutenir cette interprétation des actions du demandeur. »)

⁹⁵ Voir *supra* note 63, paras 45-50.

⁹⁶ Sur l'affaire *Biwater*, voir *supra* note 82.

branches, fondée sur le lien entre le traité et les contrats d'État signés dans le cadre de ce traité, et en utilisant la renégociation de tels contrats comme expérience naturelle montrant le caractère relationnel de ces contrats.

C'est cette combinaison de la nature « relationnelle » des « contrats » sous-jacents et le « lien » inséparable entre eux et le « traité » général qui fait de la « théorie du contrat relationnel » la méthode interprétative qui convient pour donner du sens aux normes contenues dans des traités d'investissement, et en particulier à la norme (la plus litigieuse) du traitement juste et équitable. La réceptivité de ces normes à la méthode d'interprétation de la théorie du contrat relationnel est renforcée par leur nature propre en tant que normes relationnelles. Leur caractère relationnel est dû à leur formulation vague et ouverte, qui les rend « par définition incomplètes » et dépendantes des circonstances individuelles de la façon dont la relation contractuelle particulière entre l'État et l'investisseur a été mise en œuvre et a évolué.

Proposer la théorie du contrat comme méthode d'interprétation des traités d'investissement est une tendance émergente mais pas tout à fait inédite. Déjà au début des années 1930, *Lauterpacht* a mis au jour la distinction entre lois publiques et lois privées. Prenant le contrepied de l'école positiviste et adoptant une approche juridico-réaliste, empruntée aux relations internationales et à la pratique réelle des États, *Lauterpacht* a appliqué certaines analogies de droit privé au droit international, ouvrant ainsi la voie à l'application de la théorie du contrat pour l'interprétation des traités, en particulier par les tribunaux d'arbitrage.

À la suite de *Lauterpacht* et d'autres, plusieurs chercheurs ont suggéré ces dernières années la nature contractuelle des traités internationaux d'investissement. Ils ont de la même façon traduit plusieurs problèmes d'origine contractuelle, en particulier le compromis entre engagement et flexibilité (ou entre *pacta sunt servanda* et *clausula rebus sic standibus*) en principes internationaux pour l'interprétation des traités. Ces principes contractuels se concentrent souvent sur la conception de structures incitatives forçant les parties à « coopérer dans un jeu d'interactions répétées » quand elles exécutent le traité. On trouve un exemple parlant de l'utilisation de principes contractuels pour l'interprétation des traités dans l'application, pour la résolution de litiges entre État et investisseur, des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international visant à interpréter les normes vagues des traités.

Ce qui rend le présent projet plus original qu'une simple application de la théorie des contrats pour l'interprétation des traités est qu'il pousse le débat sur le lien entre les deux instruments encore plus loin. Il le fait en proposant une branche spécifique de la théorie des contrats, à savoir, la théorie des contrats relationnels, comme méthode d'interprétation des traités d'investissement, et en s'appuyant sur la pratique des renégociations contractuelles comme expérience naturelle prouvant le lien inséparable entre le traité contesté et le contrat sous-jacent, dont la renégociation a donné lieu au litige relatif au traité.

La méthodologie pour approcher le lien contrat-traité dans ce contexte ressemble à un jeu à trois niveaux : d'abord, la recherche se concentre sur le microcosme des contrats d'investissement sous-jacents en identifiant, à la fois doctrinalement et empiriquement, les caractéristiques qui les rendent relationnels. Ensuite, elle examine le lien entre ces contrats relationnels et les normes (spécifiquement le TJE) incluses dans les traités d'investissement généraux, en particulier la façon dont l'évolution du contrat et la renégociation affectent l'interprétation des normes de ces traités. Enfin, à travers à la fois une analyse doctrinale et jurisprudentielle, l'attention se porte spécifiquement sur ces normes des traités (à savoir le TJE) qui ont des caractéristiques qui les rendent semblables à des contrats relationnels, en appelant ainsi à appliquer certains principes de la théorie des contrats relationnels pour leur interprétation.

Il est important de souligner la nature dynamique de ce projet. De la même façon que l'interprétation des traités d'investissement est un projet « hybride » en construction, la théorie des contrats relationnels est également un domaine émergent, qui ne s'est pas encore cristallisé en un droit concret et immuable. Il ressemble de la sorte d'une certaine façon à la *lex mercatoria* et sert les besoins du *fiat* interprétatif de *common law*, souvent exercé par les tribunaux d'investissement, et menant progressivement à un précédent *de facto* (qui est par la suite formalisé, y compris par les critiques mêmes de ce précédent, quand ils formulent des normes de traité plus complètes, comme dans le cas de l'incorporation des « attentes légitimes » de la norme du TJE dans le CETA).

La nature évolutive de la théorie des contrats relationnels peut souvent la rendre difficile à appréhender complètement et à la traduire en termes pratiques et en recommandations concrètes de politiques. Néanmoins, cette thèse rend cette théorie opérationnelle en proposant deux « intermédiaires interprétatifs » spécifiques, fondés sur ses principes : le « dynamisme » et la « mutualité ». Le premier intermédiaire rend compte à la fois de la nature changeante de la relation contractuelle des parties et du caractère ouvert, tant du point de vue du texte que de la fin, des normes des traités d'investissement, appelant à ce qu'elles soient interprétées de façon également dynamique. Le second intermédiaire permet d'ouvrir la possibilité d'inclure des obligations des investisseurs dans le régime international d'investissement par le moyen de l'interprétation d'un traité qui prenne en compte les réalités du contrat sous-jacent, en particulier quand c'est la renégociation d'un tel contrat qui a elle-même donné lieu au litige.

Se servir d'une théorie évolutive pour l'interprétation tout aussi muable des normes de traités implique l'importance d'adopter une approche holistique et ouverte de tous les outils contenus dans une telle théorie interprétative. Au lieu d'adopter une réponse unilatérale (et plutôt simpliste) à des problèmes multiples (comme le principe de proportionnalité comme moyen de traiter tous les conflits d'intérêts entre investisseur et État hôte), la méthodologie de la théorie des contrats relationnels propose à la place une « conception de la gouvernance » pour l'interprétation des traités d'investissement visant à répondre à un objectif de politique concret.

L'objectif est l' « économie des coûts de transaction de la rationalité limitée et de l'opportunisme » et l' « alignement des incitations » des parties contractantes (et plus tard en conflit) qui en découle, afin de les « forcer à coopérer » tout en exécutant leur contrat dans le cadre des traités d'investissement (et du système de résolution des litiges entre État et investisseur qui y est inclus). S'appuyant sur la théorie des contrats relationnels et son accent sur un ensemble plus grand de parties prenantes impliquées dans la relation contractuelle, la conception de la gouvernance proposée voit les investisseurs étrangers (en particulier les entreprises multinationales ayant des structures de gouvernance d'entreprises transnationales complexes) comme des acteurs internationaux non traditionnels mais néanmoins puissants. Malgré le manque officiel de réglementation de ces acteurs en droit international, l'approche relationnelle peut permettre d'insérer les obligations des investisseurs dans les traités d'investissement à travers l'interprétation qui convient des normes (par nature incomplètes) qui s'y trouvent incluses, rendant ainsi le système plus équilibré, et par conséquent plus durable.

S'inscrivant dans la ligne de la tradition juridique réaliste, ce projet ne construit pas une théorie interprétative incluant toutes sortes de litiges différents fondés sur un traité d'investissement. Au contraire, fondé une méthodologie de différenciation – en adéquation avec le cadre analytique de l'économie des coûts de transaction qu'il adopte ici – il considère qu'il n'existe pas d'approche interprétative unique qui convienne à tous les litiges relatifs aux traités, qui ont souvent des caractéristiques visiblement distinctes. Ce qui est nécessaire, à la place, c'est d'une méthodologie interprétative pragmatique qui, avec discernement, fait correspondre (pour citer *Williamson*) différentes transactions et différentes structures de gouvernance. Dans ce contexte discriminant, l'accent est mis sur cette catégorie particulière de « litiges réglementaires » résultant de la « renégociation des contrats d'État » dans le secteur des infrastructures énergétiques.

Ce projet a des implications à la fois doctrinales et empiriques de grande échelle. Dans la première partie, il sème les graines d'une théorie pour la renégociation des contrats réglementaires signés et exécutés dans le cadre des traités internationaux d'investissement. Pour cela, il adopte la vision innovante de la relation (presque toujours hautement contestée) entre les deux instruments : au lieu de l'argument commun en faveur de l'impact que les traités d'investissement ont eu sur (l'internationalisation) des contrats sous-jacents, il regarde aussi l'autre côté de la médaille, c'est-à-dire, l'impact que ces contrats ont, à leur tour, sur les traités généraux.

Dans ce contexte, l'argument principal est que la théorie des contrats relationnels montre que les termes de ces contrats, à mesure qu'ils évoluent, agissent comme « remplissage » pour les « normes » vagues « par défaut » incluses dans les traités d'investissement. Étant donné l'incomplétude de telles normes (en particulier de la norme sur le traitement juste et équitable), le lien entre le traité et le contrat, dont la renégociation a donné lieu au litige, peut aider l'interprétation des normes du traité contesté d'une façon qui réalise un meilleur équilibre entre intérêts publics et privés que d'autres méthodologies.

En termes économiques, le déploiement d'une telle approche interprétative novatrice des traités d'investissement, lors de la résolution de litiges impliquant la renégociation de contrats réglementaires, a des conséquences évidentes sur l'alignement des incitations des parties contractantes, qui sont forcées de coopérer réellement au succès de la concession à long terme sous peine de voir d'autres plaintes opportunistes contre le traité rejetées par le tribunal d'arbitrage. En termes juridiques, l'application des intermédiaires et des outils de la théorie des contrats relationnels pour des raisons interprétatives a des effets clairs sur la « norme juridique applicable » pour juger « si une renégociation contractuelle a respecté le traité » ou pas.

L'incohérence des décisions arbitrales à cet égard révèle le manque d'approche cohérente d'un problème élémentaire que le droit international de l'investissement est appelé à combler : le compromis entre stabilité et prédictibilité, ou entre les principes de *pacta sunt servanda* et de *clausula rebus sic stantibus*. Cette thèse démontre les incohérences flagrantes dans le raisonnement juridique des tribunaux à propos des « effets juridiques d'une renégociation contractuelle » sur la prétendue violation d'une norme de traité. Leurs approches vont d'une demande de stabilité absolue du système juridique de l'État hôte, et de l'illégalité de la renégociation en tant que telle qui en découle, à une perspective plus relationnelle qui considère que la renégociation est juridiquement défendable dans certaines circonstances (par exemple en cas de force majeure) et que c'est le « processus » par lequel la renégociation est conduite qui entraîne une différence juridique dans le cadre du traité.

Enfin, il est important de souligner l'actualité des efforts doctrinaux et juridico-réalistes de ce projet de recherche. Son accent sur les contrats dans le secteur particulièrement sensible des infrastructures énergétiques n'aurait pas pu être plus opportun, car le nombre des litiges réglementaires dans ce domaine ne peut que croître. Entre autres, comme un rapport de l'AIE publié en juillet dernier (2017) le montre, avec la croissance exponentielle de la demande d'électricité et le financement de bien plus de 90% des investissements dans le secteur de l'électricité par des prix réglementés ou par des contrats visant à gérer les risques de revenus, les politiques des gouvernement et les nouveaux modèles économiques vont jouer un rôle prééminent en attirant plus de financements. Il est évident que toutes ces politiques énergétiques et modèles économiques gouvernementaux donneront davantage lieu à des litiges devant les tribunaux arbitraux, nécessitant ainsi des méthodes interprétatives qui réalisent un meilleur équilibre entre intérêts privés et publics, et rendant le système de résolution des litiges État-investisseur plus cohérent et plus durable.