

Avocat (Barreau du Québec), fellow doctoral Horizon Europe Marie Skłodowska-Curie et récipiendaire d'une bourse d'études supérieures du Canada en l'honneur de Nelson Mandela. Centre of Excellence for International Courts and Governance (iCourts), Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet; École supérieure d'études internationales, Université Laval; Faculté de Droit et de Criminologie, Université Libre de Bruxelles. ORCID 0000-0002-6339-4364



Le rôle des individus dans la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États

Anthea Roberts et Taylor St John, «Complex Designers and Emergent Design: Reforming the Investment Treaty System» (2022) 116:1 Am J Intl L 96

Anthea Roberts et Taylor St John, «The Originality of Outsiders: Innovation in the Investment Treaty System» (2022) 33:4 Eur J Intl L 1153

Recent Contributions to the Literature Focusing on Actors and their Legal Socialization to Understand Different Approaches to International Dispute Mechanisms

Guillaume François Larouche

Le rôle des individus dans l'évolution de l'architecture du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) fait l'objet d'un intérêt grandissant dans la recherche en droit international économique. Dépassant les approches s'intéressant strictement à l'évolution du droit, ce courant émergent de la recherche offre les clés nécessaires pour faire la lumière sur le fonctionnement des institutions et les rapports qui existent entre les différents acteurs du RDIE, une réalité parfois négligée par la doctrine juridique conventionnelle. Cette recension s'intéresse à deux articles contribuant à ce courant rédigés par Anthea Roberts (Australian National University) et Taylor St John (University of St Andrews et University of Oslo). L'un insiste sur la manière dont la trajectoire des individus influence leurs préférences dans la réforme du RDIE

tandis que l'autre suggère que les individus adaptent leurs préférences aux structures existantes et aux mécanismes de récompense qu'elles entraînent dans le contexte du Groupe de travail III¹. Le courant auquel participent les articles recensés est nourri par une approche interdisciplinaire à laquelle ont contribué des chercheurs formés en droit, en science politique, en relations internationales ainsi qu'en sociologie². Il est à noter que les deux autrices sont des chercheuses multidisciplinaires.

Les contributions récentes à ce courant se sont très souvent penchées sur le rôle des arbitres d'investissement dans l'évolution du RDIE. Des auteurs ont notamment démontré — à l'aide de données quantitatives et qualitatives — la mainmise d'un petit groupe formé de professionnels de l'arbitrage composé majoritairement de ressortissants occidentaux, incluant un important contingent de nationaux de l'Union européenne et d'autres pays européens, sur l'évolution du droit dans ce domaine³. Par exemple, Langford, Behn et Lie se sont plus largement penchés sur la place qu'occupent les professionnels de l'arbitrage comme les avocats d'investissement, les experts ainsi que les secrétaires de tribunaux d'investissements dans la gouvernance du RDIE⁴.

Dans les articles recensés⁵, Roberts et St John braquent plutôt la lumière sur les délégués d'États et/ou des parties prenantes comme des organisations internationales ou non gouvernementales. Plus spécifiquement, elles s'intéressent au rôle des individus qui participent au Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

1 Anthea Roberts et Taylor St John, «The Originality of Outsiders: Innovation in the Investment Treaty System» (2022) 33:4 Eur J Intl L 1153; Anthea Roberts et Taylor St John, «Complex Designers and Emergent Design: Reforming the Investment Treaty System» (2022) 116:1 Am J Intl L 96 à la p 116.

2 Voir notamment Sergio Puig, «Social Capital in the Arbitration Market» (2014) 25:2 Eur J Intl L 387; Joost Pauwelyn, «The Rule of Law Without the Rule of Lawyers? Why Investment Arbitrators are from Mars, Trade Adjudicators from Venus» (2015) 109:4 Am J Intl L 761; Malcolm Langford, Daniel Behn et Runar Hilleren Lie, «The Revolving Door in International Investment Arbitration» (2017) 20:2 J Intl Econ L 301.

3 Puig, *supra* note 2; Langford, Behn et Lie, *supra* note 2.

4 Langford, Behn et Lie, *supra* note 2.

5 Roberts et St John, «Complex Designers and Emergent Design», *supra* note 1; Roberts et St John, «The Originality of Outsiders», *supra* note 1.

(CNUDCI), où est discutée la possible réforme du RDIE. Ces deux articles s’inscrivent dans un projet de recherche plus vaste mené par les autrices sur l’évolution du système des traités d’investissement dans le contexte du processus de réforme du RDIE mené à la CNUDCI depuis 2017⁶. En plus des deux articles qui font l’objet de cette recension, plusieurs publications découlent de ce projet de recherche⁷, auxquels s’ajoutent de nombreux billets publiés sur le blogue EJIL:Talk!⁸.

Portée des deux articles et contributions

Le choix de s’intéresser d’abord aux individus qui composent le système des traités d’investissement — pour étudier son évolution — constitue une approche audacieuse permettant une meilleure compréhension des dessous de la réforme du RDIE. En mettant l’accent sur les individus, Roberts et St John accordent une agentivité importante aux délégués qui participent au Groupe de travail III, malgré les nombreuses contraintes institutionnelles et structurelles qui pèsent sur eux, parmi lesquelles le fait d’être des fonctionnaires ou des représentants d’organisations internationales ou non gouvernementales⁹. En ce sens, Roberts et St John dépassent les canons de la littérature en droit international économique et placent les individus — et non pas les États — au premier plan de la fabrique du droit de l’investissement et de ses institutions¹⁰. Ce choix est très certainement motivé par l’étude ethnographique qu’elles ont menée et les différents outils méthodologiques qu’elles ont utilisés.

6 Anthea Roberts et Taylor St John, « ISDS Reform » (dernière consultation le 18 janvier 2025), en ligne: <isdsreform.com> [perma.cc/PE8U-T4GF].

7 Voir la liste de publications: Anthea Roberts et Taylor St John, « Related Publications » (dernière consultation le 18 janvier 2025), en ligne: <isdsreform.com> [perma.cc/FRE9-ZJLM].

8 Dans ces billets, publiés de façon contemporaines à leurs séances d’observation, Roberts et St John consignent leurs réflexions portant sur les observations qu’elles effectuent et leur démarche empirique. Anthea Roberts et Taylor St John, « EJIL:Talk! » (dernière consultation le 18 janvier 2025), en ligne (blogue): <ejiltalk.org> [perma.cc/S4QA-YE62].

9 Roberts et St John, « Complex Designers and Emergent Design », *supra* note 1 aux pp 110–11.

10 *Ibid* à la p 97.

La valeur des données empiriques récoltées durant l'étude menée par Roberts et St John est significative. Les données faisant l'objet de ces deux articles sont le fruit d'une impressionnante et rigoureuse démarche para-ethnographique inspirée des travaux de Susan Block-Lieb et Terence C Halliday, qui ont aussi mené des recherches ethnographiques à la CNUDCI¹¹. Il est à noter que l'approche para-ethnographique adoptée par Roberts et St John se distingue d'autres démarches ethnographiques en raison de leur participation active au processus de réforme qu'elles ont observé¹². Cette approche méthodologique se traduit dans le regard qu'elles posent sur les sujets de leur étude, c'est-à-dire les délégués participant au Groupe de travail III. Elles considèrent ces délégués comme des « partenaires épistémiques »¹³ et non pas seulement comme de simples participants à une étude ethnographique. Cela leur permet de s'immerger à un point tel dans le processus de réforme du RDIE qu'elles peuvent y distinguer plus finement les différentes variations (et contradictions) derrière les discours officiels des États et des parties prenantes, de sorte à faire émerger le rôle des individus dans ce système et à identifier les schémas de leurs préférences dans la réforme du RDIE.

Effectivement, les articles de Roberts et St John sont nourris par une collecte de données principalement basée sur les séances d'observation participante au Groupe de travail III et de nombreux entretiens semi-dirigés avec les délégués. En date de publication de ces articles, Roberts et St John avaient assisté à toutes les séances du Groupe de travail III depuis le début de ses travaux en 2017¹⁴. En parallèle à leur participation aux séances du Groupe de travail III, les deux chercheuses ont mené de façon continue plusieurs

11 Susan Block-Lieb et Terence C Halliday, *Global Lawmakers: International Organizations in the Crafting of World Markets*, Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

12 Voir George E Marcus et Douglas R Holmes, « Para-Ethnography » dans Lisa M Given, dir, *The SAGE Encyclopedia of Qualitative Research Methods*, Thousand Oaks, SAGE Publications, 2008, 595.

13 Roberts et St John, « The Originality of Outsiders », *supra* note 1 à la p 1158.

14 *Ibid* à la p 1157. Roberts a assisté aux séances comme membre académique indépendante de la délégation du Commonwealth d'Australie. Pour sa part, St John a assisté aux séances à titre de membre de la délégation du Centre of Excellence for International Courts and Governance (iCourts) basé à la Faculté de droit de Copenhague. Il est à noter que l'auteur de cette recension

dizaines d'entrevues, que ce soit en marge des séances ou en correspondant avec les délégués entre les rencontres du Groupe de travail III¹⁵.

L'évolution du système des traités d'investissement constitue l'angle conceptuel principal du projet de recherche mené par Roberts et St John. Mobilisant la notion de système, elles considèrent les délégués dans leurs interactions avec d'autres acteurs (parmi lesquels, les États, les investisseurs, les organisations internationales, les firmes, les organisations non gouvernementales) et différentes structures (parmi lesquelles, les traités, les institutions, les nombreuses sentences arbitrales)¹⁶. Elles conceptualisent cette diversité d'acteurs, de structures et d'interactions comme un système adaptatif complexe (*complex adaptive system*), dans lequel s'entrechoquent des visions différentes qui provoquent des mutations non planifiées¹⁷.

Les deux articles qui font l'objet de cette recension analysent le rôle des individus dans la réforme de ce système et la capacité de ces derniers à innover dans le contexte du processus de réforme. Dans «Complex Designers and Emergent Design: Reforming the Investment Treaty System», Roberts et St John se penchent sur la question de l'évolution des institutions du RDIE dans le système des traités d'investissement à l'aune de l'étude des systèmes complexes (*complexity theory*)¹⁸. Elles suggèrent qu'il existe une logique et une cohérence dans le processus de réforme du RDIE dans la mesure où les initiatives de réformes menées par les délégués qui participent au Groupe de travail III sont guidées par des principes partagés, permettant aux délégués d'œuvrer à l'instar d'un collectif¹⁹. Malgré les désaccords existant parmi les délégués quant au bien-fondé des différentes options de réforme du RDIE, Roberts et St John suggèrent que les participants demeurent malgré tout unis par un désir de créer de nouvelles institutions avec des structures flexibles (*flexible structures*) et un régime offrant une balance entre la protection des

participe également aux séances du Groupe de travail III à titre de membre de la délégation de iCourts depuis le mois de mars 2024.

15 *Ibid* aux pp 1157–58.

16 Roberts et St John, «Complex Designers and Emergent Design», *supra* note 1 aux pp 99, 109–10, 114–15.

17 *Ibid* aux pp 99, 117.

18 *Ibid* à la p 97.

19 *Ibid* à la p 99.

investissements et le droit des États de réglementer (*balanced content*) et d'adopter des processus de gestion adaptés (*adaptive management processes*)²⁰. Les autrices situent l'action de ces participants dans un ensemble complexe, dynamique et largement décentralisé²¹. Elles appellent à analyser les schémas de comportements qui émergent et la capacité de chacun à s'adapter à l'écosystème dans lequel ils évoluent²².

Dans «The Originality of Outsiders: Innovation in the Investment Treaty System», les autrices posent plutôt leur regard sur les conditions de l'innovation dans le système des traités d'investissement à la lumière de la littérature interdisciplinaire sur l'innovation²³. Elles montrent que les trajectoires professionnelles des délégués des États ou des différentes parties prenantes — que ces délégués soient ou non des initiés du RDIE — influencent les positions prises par leurs États dans le contexte de la réforme du RDIE²⁴. Leurs études de cas portent plus particulièrement sur les délégués de l'Union européenne, des États-Unis d'Amérique, du Brésil et du Bahreïn²⁵. Roberts et St John suggèrent que plus les délégués ont évolué en dehors du RDIE, plus ils sont prompts à proposer des options de réformes rompant avec le traditionnel recours à l'arbitrage *ad hoc* investisseur-État comme moyen de résolution des différends et se montrent plus ouverts à des méthodes alternatives de règlement des différends²⁶.

Dans ces deux articles, Roberts et St John révèlent l'existence d'une catégorie composite d'individus impliqués dans le processus de réforme du RDIE entamé sous l'égide du Groupe de travail III, soit les délégués des gouvernements et des parties prenantes qui y négocient le futur du règlement des différends entre investisseurs et États. Les deux articles résonnent l'un avec l'autre, dans la mesure où ils concluent que les délégués impliqués dans

20 *Ibid* aux pp 99–100, 128–46.

21 *Ibid*.

22 *Ibid* à la p 109; Joost Pauwelyn, «At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed» (2014) 29:2 ICSID Rev 372 à la p 372.

23 Roberts et St John, «The Originality of Outsiders», *supra* note 1 à la p 1156.

24 *Ibid*.

25 *Ibid* à la p 1157.

26 *Ibid* aux pp 1155, 1179–80.

la réforme du RDIE sont autant influencés par leur trajectoire professionnelle que par l'écosystème auquel ils appartiennent.

Bien que Roberts et St John retracent les origines professionnelles diversifiées des délégués au Groupe de travail III, elles ont tendance à sous-estimer la compétition qui existe parmi ceux-ci pour définir le futur du RDIE²⁷. Cela s'explique par le choix des métaphores qu'elles emploient pour illustrer leur conclusion. Par exemple, dans «Complex Designers and Emergent Design», elles comparent les délégués à des «architectes» ou à des «jardiniers»²⁸. Dans cet article, elles suggèrent que les délégués s'apparentent à des architectes parce qu'ils conçoivent de «nouvelles structures en ayant les utilisateurs à l'esprit» (*new structures with users in mind*) ou encore à des jardiniers parce qu'ils «sèment et récoltent diverses options de réforme»²⁹. Ce qui est manquant dans leur version de l'histoire c'est la question des rapports de force parmi lesdits «jardiniers» ou «architectes»³⁰.

Il est à noter que dans l'article «The Originality of Outsider», Roberts et St John proposent une analyse qui tient davantage compte du contexte dans lequel opère cette compétition. Elles observent que les délégués soutiennent les options de réforme qui sont les plus à même de leur offrir des avenues professionnelles alléchantes après le processus de réforme du RDIE complété³¹. Cependant, dans cet article, la trajectoire et le rôle

27 Roberts et St John, «Complex Designers and Emergent Design», *supra* note 1 à la p 97.

28 *Ibid* aux pp 116–28.

29 *Ibid* à la p 118. [Notre traduction].

30 *Ibid* à la p 129. À ce sujet, St John et Roberts reconnaissent l'importance de la prise en compte de la répartition du pouvoir au Groupe de travail III, mais ne l'analysent pas au-delà de l'observation que: «No actor has the power to insist upon its approach being accepted as the only approach.».

31 Par exemple, Roberts et St John suggèrent que, parce que les délégués de l'UE ont seulement rejoint le système des traités d'investissement en 2009 avec l'avènement du *Traité de Lisbonne*, ils voient peu d'intérêt à proposer de conserver l'arbitrage investisseur-État, dans la mesure où ils ne souhaitent pas retourner à la pratique privée après la réforme. La situation est tout autre pour les délégués des États-Unis d'Amérique par exemple, dont la délégation est entre autres composée de fonctionnaires autant que de professionnels de l'arbitrage œuvrant dans des firmes privées ou des lobbyistes. Selon Roberts et St John, ces derniers ont davantage intérêt à proposer et soutenir des options de réforme qui maintiennent le régime d'arbitrage investisseur-État comme ils ont bénéficié ou bénéficieront présentement de ce marché spécialisé de services juridiques, ou espèrent pouvoir en (re)bénéficier dans le futur. Roberts et St John, «The Originality of Outsiders», *supra* note 1 aux pp 116–66, 1180.

des différents délégués dans la réforme du RDIE sont analysés en silo et la vue d'ensemble de leurs interactions sociales demeure par conséquent absente de l'analyse.



Pour conclure, les deux articles de Roberts et St John intéresseront autant les chercheurs qui étudient spécifiquement le processus de réforme du RDIE mené à la CNUDCI, qu'ils susciteront un intérêt épistémique et méthodologique chez les chercheurs qui s'intéressent au rôle des individus dans la fabrique du droit international et le fonctionnement de ses institutions. Ces deux articles doivent être lus simultanément, car ils mettent tous les deux de l'avant l'agentivité des individus qui participent à la réforme du RDIE.

Il demeure que les deux articles s'abreuvent à la même source de données empiriques, c'est-à-dire les séances d'observations qu'ont menées les autrices au Groupe de travail III. Cela permet à Roberts et St John de présenter des preuves convaincantes démontrant que les individus participant à la réforme du RDIE sont conscients de leur capacité à influencer, de façon plus au moins autonome, les résultats des négociations quant à son futur³². Cet enseignement confirme le potentiel de l'approche qui s'intéresse aux individus pour mieux comprendre la fabrique du droit international et de ses institutions. Les représentants des États et des différentes parties prenantes ont compris qu'ils pouvaient dépasser la logique des institutions et du droit pour peser dans la balance du processus de réforme. Alors, dans ce contexte, ces deux articles devraient aussi être lus comme une invitation adressée aux chercheurs en droit pour qu'ils se mettent eux aussi de la partie pour décrypter les trajectoires des individus qui fabriquent le droit international et façonnent ses institutions afin d'offrir une explication intelligible des positions qu'ils adoptent et des actions qu'ils posent lorsqu'ils représentent des États ou des organisations.

Enfin, la lecture de ces deux articles offre un regard unique sur les trajectoires des individus et permet de mieux comprendre comment ils

32 *Ibid* aux pp 1156, 1180–81.

participent — de façon collective — au processus de réforme du RDIE. L'enquête empirique menée par Roberts et St John met de l'avant de façon originale le rôle des individus dans l'évolution du système des traités d'investissement. Cependant, l'analyse de leurs données empiriques bénéficierait certainement d'être étudiée à l'aune d'approches conceptuelles permettant de rendre compte avec plus de détails les rapports de force et des dynamiques de pouvoir existants parmi ces individus. La mobilisation de la théorie du champ élaborée par Pierre Bourdieu conjuguée au paradigme de recherche dégagé par Yves Dezalay et Bryant G Garth pour l'étude des champs juridiques transnationaux permettait, à cet égard, de mieux capturer les positions et les dispositions de ces individus au sein du processus de réforme comme autant d'indicateurs efficaces de leur capacité à définir le futur du RDIE³³.

33 Yves Dezalay et Bryant G Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago Series in Law and Society, Language and legal discourse, Chicago, University of Chicago Press, 1996.