

## Mondialisation et investissements: l'état de lieu du Japon

Yoshiaki KOHARI  
Hiroshima University Law School

### Intoruduction

Comme souligne le rapport de la Commission du commerce international du Parlement européen du 1er juin 2015, le commerce international et l'investissement étranger sont deux moteurs essentiels de création d'emploi et de croissance économique d'un pays<sup>1</sup>.

Le commerce international, par l'exportation des produits de surplus vers les autres pays, apporte une richesse pécuniaire et, par l'importation des pays extérieurs, apporte le peuple des produits internement en carence. Les bénéfices de commerce international est appréciés universellement depuis le temps très lointain.

Quant à l'investissement étranger, qui requiert comme le conduit de circulation monétaire, le système bancaire stable, il a commencé à développer plus tard que le commerce international, à partir de mi-19ème siècle.

Le Commerce international et l'investissement étranger necessitent des pays extérieurs. Si l'un pays exporte à un certain pays les produits massivement, pour son propre profit et en ignorant leur besoin, les industries du pays importatrice soient effondrées. Si le pays exportateur accorde les aides monétaires aux exportateurs de son pays, cette aide nationale dénatura le marché de concurrence équitable.

L'investissement étranger a également une contrepartie. Il peut stimuler mais aussi stagner l'économie de la contrepartie. Pour le pays d'accueil, il y a des risques de l'exploitation de ressources naturelles et humaines par l'investisseurs étrangers. Mais pour les investisseurs, il y a aussi des risques de l'expropriation, de la prohibition des activités commerciales, ou de l'interdiction de transfert de profit par le pays d'accueil d'investissement. De plus, il y a, même pour le pays d'origine d'investissement, des risques de sortie de entreprises de son sol et de perte des emplois dans le pays.

L'investissement étrangers nécessite une balance entre deux pays concernés et aussi

---

<sup>1</sup> Rapport de la Commission du commerce international contenant les recommandations du Parlement européen à la Commission européenne concernant les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) du 1 juin 2015 (A8-0175/2015).

entre l'investisseur et l'état d'accueil. C'est la raison pour laquelle il y a plus de 3,000 accords internationaux d'investissement<sup>2</sup>.

Pour le commerce international qui, historiquement parlant, précède l'investissement étranger, il y a l'Organisation mondiale de commerce (OMC), qui joue comme non seulement un régulateur des intérêts, mais aussi un donneur de justice pour les différends entre des pays. Mais l'investissement manque le forum pour faire balancer les intérêts des parties concernées. Dans cette situation actuelle, où se situe le Japon ?

## I Les spécificités japonaises concernant l'investissement étranger

### 1. Le nombre faible des accords signés par le Japon

Le 5 février 2016, le Japon et la République islamique d'Iran ont signé l'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements<sup>3</sup>. Cet accord est, pour le Japon, le 28ème traité de l'investissement bilatéral (TBI, en anglais, bilateral investment treaty, BIT),<sup>4</sup>. Outre que ces 28 TBIs, Japon a 15 accords de partenariat économique (APE, en anglais, economic partnership agreement, EPA) qui ont la chapitre spéciale sur l'investissement<sup>5</sup>.

Ce nombre du Japon est étonnamment peu, quand on compare celui des autres pays industrialisés. Le tableau ci-dessous montre l'évolution de nombres de TBI de quatre pays selon le temps de signature. Ce tableau nous montre, que (i) le nombre des accords du Japon est minime par rapport de la France et l'Allemagne, et que (ii) la France et l'Allemagne ont beaucoup avancé par rapport du Japon et les États-Unis<sup>6</sup> jusqu'à 1990, et que (iii) les États-Unis augmentent très rapidement pendant la période 1991-2000<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> Le rapport "IIA Issues Note, No. 1, 2015" de le CNUCED explique "The year 2014 saw the conclusion of 27 IIAs (14 BITs and 13 "other IIAs"),<sup>2</sup> bringing the total number of agreements to 3,268 (2,923 BITs and 345 "other IIAs") by year-end.

<sup>3</sup> Agreement between Japan and The Islamic Republic of Iran on Reciprocal Promotion and Protection of Investment signed on 5 February 2016.

<sup>4</sup> L'accord tripartites de Japon-Chine-Corée du sud signé le 13 mai 2012 est inclus dans ce 28 accord.

<sup>5</sup> Dans ce 15 accords, l'accord avec les pays de l'ASEAN est inclus. Cet accord entre en vigueur pour chaque pays de membre de l'ASEAN. À la fin de février 2016, avec Singapour, le Laos, le Viêt-Nam, le Myanmar, le Brunei, la Malaisie, la Thaïlande, l'accord entre en vigueur. Cet accord ne prévoit pas le règlement de différends investisseur-état.

<sup>6</sup> Les États-Unis préfèrent longtemps le type-FCN au lieu de type européen de TBI. Dans les années 1980, il y avait une discussion sur la meilleure moyen de traité d'investissement au les États-Unis et ce pays tourne vers "Preferential trade and investment agreements (PTIAs). Wolfgang Alscher, "Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law", in *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 5, No. 2 (2013), pp. 455-486.

<sup>7</sup> Les pays signataires de TBIs avec Japon sont dans l'ordre chronologique de la signature; l'Égypte, le

Tableau 1: Le nombre de TBIs selon le temps de signature

	Japon	France	Allemagne	Etas-unis
1956 ~ 1960	0	0	2	0
1961 ~ 1965	0	1	22	0
1966 ~ 1970	0	0	8	0
1971 ~ 1975	0	10	7	0
1976 ~ 1980	1	11	9	0
1981 ~ 1985	1	10	9	6
1986 ~ 1990	1	10	15	7
1956 ~ 1990	3	42	72	13
	11%	37%	46%	28%
1991 ~ 1995	1	27	30	24
1996 ~ 2000	4	21	29	8
1991 ~ 2000	5	48	59	32
	19%	42%	38%	68%
2001 ~ 2005	3	13	16	1
2006 ~ 2010	4	9	9	1
2011 ~ 2015	12	1	0	0
2001 ~ 2015	19	23	25	2
	70%	20%	16%	4%
Total	27	113	156	47
	100%	100%	100%	100%

Note: Ce tableau est fait selon les renseignements donnés sur "International Investment Agreements Navigator" de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED ou en anglais UNCTAD).

C'est bien connu, que, depuis longtemps, la relation économique entre deux pays était réglée par un traité d'amitié, de commerce et de navigation (en anglais, friendship, commerce and navigation treaty, FCN). Au lendemain de la fin de deuxième guerre mondiale un nouveau type de traité plus simple et limité était introduit dans le monde d'investissement étranger pour minimiser le temps de négociation. Le premier traité de ce type est celui entre l'Allemagne fédérale et le Pakistan de l'année 1959. Ce traité n'a pas encore la clause de règlement de différend entre investisseur-état (RDIE). En 1965, la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats a été signée et l'année suivante le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI, en anglais, International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) a été constitué. Mais on a dû attendre jusqu'à 1968 pour voir l'article concernant l'arbitrage entre

---

Sri Lanka, la Chine, la Turquie, Hong-Kong, le Bangladesh, la Russie, la Mongolie, le Pakistan, la Corée du sud, le Viêt-Nam, le Cambodge, le Laos, l'Ouzbékistan, le Pérou, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, le Koweït, l'Iraq, la Chine et la Corée du sud (un accord tripartite), le Myanmar, le Mozambique, la Colombie, l'Arabie-Saoudite, le Kazakhstan, l'Uruguay, l'Ukraine, l'Oman et l'Iran. Les pays signataires d'APIs sont: Singapour, le Mexique, la Malaisie, le Chili, la Thaïlande, le Brunei, l'Indonésie, les Philippines, la Suisse, le Viêt-Nam, l'Inde, Pérou, l'Australie, la Mongolie et l'ASEAN.

l'investisseur d'un pays contractant et l'autre pays<sup>8</sup>. Et on doit attendre jusqu'au 1987 pour voir la première affaire de l'arbitrage au sein de CIRDI<sup>9</sup>. Le Japon a pour la première fois signé l'accord avec Égypte dès 1977, mais reste très inactif pendant longtemps. On doit poser une question sur la raison de cette inactivité.

(1) Première explication: la tradition de faiblesse de la présence d'investissement étranger

Dans le contexte historique, Professeur Fukushima explique la tradition de non-dépendance de l'investissement direct étranger des entreprises japonaises. La première collecte de fonds étrangers du Japon était faite par l'émission de titre obligataire en 1870 au marché de Londres pour la construction de chemin de fer entre Tokyo et Yokohama. Et depuis, la majeure partie de collecte de fonds a été faite par ce manière. La raison de ce choix était surtout d'éviter le contrôle des étrangers de l'entreprise du pays<sup>10</sup>. L'analyse similaire a été faite par Professeur Shinomiya. Il souligne que le gouvernement de l'ère Meiji est s'efforcé d'éviter l'éventuelle colonisation par les occidentaux par la moyen de l'investissement<sup>11</sup>.

Ce deux chercheurs expliquent tous les deux que, entre deux guerres, on a vu l'augmentation de fonds étrangers, surtout de la part des entreprises américaines, mais que toujours le pluspart de collecte de fonds était faite par l'émission de titres obligataires et que la part de l'investissement direct ne dépasse pas 10% de fonds étrangers totaux. Depuis, le long temps a passé, mais la non-dépendance semble rester une tradition des entreprises japonaises.

---

<sup>8</sup> L'accord de coopération économique entre le Royaume des Pays-bas et le gouvernement de la République d'Indonésie signé le 7 juillet 1968. Son article 11 prévoit que la partie contractante sur le territoire de laquelle un ressortissant de l'autre partie contractante effectue ou a l'intention d'effectuer un investissement accédera à toute demande dudit ressortissant, et celui-ci se conformera à toute demande de la partie contractante mentionnée en premier lieu qui tendrait à porter devant le CIRDI aux fins de la conciliation ou de l'arbitrage.

<sup>9</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/87/3, 27 June 1990) . La convention entre le gouvernement de la Grande Bretagne et l'Irlande du Nord et le gouvernement de République démocratique socialiste du Sri Lanka pour la promotion et protection d'investissement signé le 13 février 1980. À voir son article 8 (1).

<sup>10</sup> Masanori FUKUSHIMA, "Wagakuni-gaishi-seisaku no jishshouteki-kennkyuu (Étude démonstrative sur la politique de fonds étrangers)" in *Keiei to Keizai* (Administration et économie) No. 63(4) (1984), pp. 1-22.

<sup>11</sup> Masachika Shinomiya, "Senzen-nihon niokeru kigyo-keiei no kindaika to gaishikei-kigyo (La modernisation de l'administration d'entreprise et les entreprises étrangères avant la deuxième guerre mondiale)" in *Keieishi-gaku* (Revue de l'histoire des affaires), Vol. 29, (1994), No. 3, pp. 35-72.

(2) Deuxième explication: le Japon investit plus que accueille.

Les tableaux ci-dessous nous montrent le montant total (stock) de les investissements sortant et entrant du Japon et de la France.

Tableau 2: La répartition géographique de l'investissement étranger direct

de Japon aux pays étrangers (en mio US\$)			de France aux pays étrangers (en milliard Euro)		
reg ion ou pays	2010	part	reg ion ou pays	2014	part
As ie	212,708	25.6%	U.E.	610.5	57.9%
Et at-un is	251,805	30.3%	Et as-un is	188.8	17.9%
Europe	193,499	23.3%	Canada	14.8	1.4%
Fr ance)	16,212	2.0%	Japon	23.2	2.2%
Al lem agne)	15,316	1.8%	Suisse	41.6	3.9%
Autres	172,452	20.8%	autres	162.0	15.4%
Total	830,464	100.0%	Total	1,053.5	100.0%

  

de pays étrangers au Japon (en mio US\$)			de pays étrangers en France (en milliard Euro)		
reg ion ou pays	2009	part	reg ion ou pays	2014	part
As ie	17,336	8.7%	U.E.	447.3	74.5%
Et as-un is	75,003	37.5%	Et as-un is	62.6	10.4%
Europe	83,945	42.0%	Canada	2.7	0.4%
Fr ance)	15,208	7.6%	Japon	11.4	1.9%
Al lem agne)	7,168	3.6%	Suisse	50.4	8.4%
Autres	23,707	11.9%	autres	23.3	3.9%
Total	199,991	100.0%	Total	600.6	100.0%

source: Pour le Japon, Jetro et pour la France, Banque de France<sup>12</sup>

D'ici d'abord nous pouvons constater qu'en ce qui concerne le Japon, l'investissement sortant est quatre fois plus grand que l'investissement entrant. Ce n'est pas le cas de la France qui investisse dans les pays extérieurs mais aussi importe les fonds extérieurs. La deuxième constatation possible est que pour le Japon, les États-unis occupe la première place pour l'investissement sortant et la deuxième derrière l'Europe pour l'entrant. La troisième constatation possible est que les investissements entrant au Japon ont, pour l'origine, les pays industrialisés (les États-unis et pays de l'U.E.).

Dans ce situation, pour le Japon, le rôle des accords d'investissements ne soient pas si grand, puisque TBI a été introduite pour promouvoir l'investissement entre les pays avancés et les pays en voie de développement.

(3) Troisième explication: La liaison étroite avec les États-unis

Le tableau ci-dessus nous montre aussi l'étroitesse de liaison entre Japon et les États-unis dans le domaine économique. Le Japon a conclu avec les États-unis une traité

<sup>12</sup> Banque de France, rapport annuel 2014, Balance des paiements et position extérieure de la France.

d'amitié, de commerce et de navigation le 2 avril 1953, dans laquelle la promotion de commerce avantageux et l'encouragement de l'investissement mutuel se figure<sup>13</sup>. La relation entre deux pays est si étroite qu'elle mérite une analyse profonde. Un rapport du Congressional Research Service américain explique ainsi :

In the 1980s, Japan became the largest source of FDI (foreign direct investment) in the United States, surpassing the United Kingdom, the traditional leader.....By necessity, the United States and Japan have long given their bilateral economic relationship high priority.....Japan's dependence on the United States for national security, especially during the Cold War; the dependence of Japanese manufacturing industries—autos, consumer electronics, and others - on exports to the United States; and the reliance of reform-minded Japanese political leaders on U.S. pressure, *gaiatsu*, to press for economic reforms in a political system that strongly protects the status quo.

For the United States, the significance of the economic relationship with Japan has been grounded in its reliance on Japan as a critical ally; the emergence of Japan in the post-World War II period as an economic power in East Asia and, until recently, the second-largest economy (now the thirdlargest economy) in the world.....Until recently, the United States and Japan, largely at the initiative of the United States, had used special bilateral frameworks and agreements to conduct their government-to-government economic relations. Some of these mechanisms were designed to address trade and investment barriers in Japan that were product-specific - for example, semiconductors and autos - and others were designed to address “generic” barriers that affected many sectors, such as the Japanese retail distribution system<sup>14</sup>.

#### (4) Synthèse

Ces trois explications clarifient la position occupée par le Japon dans le contexte de l'investissement étranger. Dans ce situation, il ne sera pas illogique si le Japon ne recourt aux TBIs pour son activité économique étrangère.

---

<sup>13</sup> Treaty of friendship, commerce and navigation between the United States of America and Japan, together with a protocol relating thereto signed at Tokyo on April 2, 1953.

<sup>14</sup> William H. Cooper (Specialist in International Trade and Finance), "U.S.-Japan Economic Relations: Significance, Prospects, and Policy Options", in *Congressional Research Service*, February 18, 2014 (<https://www.fas.org/sgp/crs/row/RL32649.pdf>).

## 2. Le nombre faible de cas de RDIE

D'après la donnée établie par CIRDI pour les affaires d'arbitrage qu'il administre, il n'y a qu'un seul cas dont l'entreprise japonaise est impliquée. Cet affaire est, sur la base du traité sur la charte de l'énergie, soulevé par une entreprise japonaise, JGC Corporation, contre le Royaume d'Espagne (ICSID Case No. ARB/15/27). Ce pays change en novembre 2013 le politique de l'énergie et, depuis, plus de 20 procédures de l'arbitrage sont enregistrées contre ce pays.

Il y a encore un autre cas où une entreprise japonaise est concerné, pas directement mais comme une actionnaire ultime de l'investisseur-claimant. Ce cas a été arbitré par les arbitres *ad-hoc* en suivant le règlement de l'arbitrage de CNUDCI (UNCITRAL)<sup>15</sup>.

Le tableau suivant montre le nombre des cas d'arbitrage selon la nationalité de l'investisseur (comme claimant) et selon le pays d'accueil d'investissement (comme répondant).

Tableau 3: Le nombre de arbitrages investisseur-état

pays	com m e c l a i m a n t	com m e r e p o n d a n t
Et at- u n i s	138	15
P a y s- b a s	80	0
R o y a u m e- U n i e	59	1
A l l e m a g n e	51	3
C a n a d a	39	25
E s p a g n e	34	29
F r a n c e	31	1
I t a l i e	30	5
J a p o n	1	0
A r g e n t i n e	3	59
V e n e z u e l a	1	36
C z e c h	3	33
E g y p t e	2	26
R u s s i e	12	21
source: UNCTAD ISDS Database		

On doit s'étonner encore de faiblesse de nombre de cas où le Japon est impliqué dans RDIE, soit comme le pays d'origine d'un investisseur-claimant, soit comme répondant.

<sup>15</sup> Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17March 2006. Le tribunal arbitrale décide que le gouvernement Czech abuse l'obligation de traitement juste et équitable. Ce conflit a été résolu par le compromis entre les parties.

(1) Première explication: La mentalité des entreprises japonaises

Un avocat japonais spécialisé dans les affaires internationales a indiqué, pour la raison, comme suivant<sup>16</sup>:

If a businessman fails to prevent a difference in opinion from growing into a dispute or, at minimum, fails to find a solution once a dispute has arisen, thereby necessitating the intervention of a third party for settlement of such dispute, this is regarded as a gross failure by the businessman in the performance of his duties.....It goes without saying that this view is widely accepted in Japanese society, not only because of the monetary cost involved in dispute resolution, but also because of the strong Japanese social stigma attached to the failure to avoid disputes.....Japanese mentality has led Japanese businessmen to make every effort to understand the people in the foreign countries where their companies have made investments and to find solutions for differences of opinion or interests, without resorting to third-party dispute resolution mechanisms.

Bien sur, on ne peut pas attribuer une seule cause mentale pour expliquer le comportement des entreprises si nombreuses. Il doit y avoir les autres raisons.

(2) Deuxième explication: La dépendance de l'intervention ministérielle

Deux avocats dont un est japonais analysent le comportement des grandes entreprises japonaises lors de conflits d'investissement<sup>17</sup>. Les auteurs nous expliquent comme suit:

Although in recent years an increasing number of disputes between foreign investors and host countries have gone to international arbitration, Japanese investors almost never appear as claimants.....The figures suggest that the absence of Japanese investors in arbitrations cannot be explained by the absence of Japanese investments in dispute-prone industries or countries.....Japanese investors are not passive bystanders when disputes develop with host countries. But they do typically appear ready to compromise..... Like their American counterparts, when disputes occur, Japanese investors sometimes turn to their

---

<sup>16</sup> Shuji Yanase, "Bilateral Investment Treaty of Japan and Resolution of Disputes with Respect to Foreign Direct Investment", in *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Kluwer Law Int., 2003, pp426-443.

<sup>17</sup> Wells, L. T., Jr., and Chieko Tsuchiya, "Japanese Multinationals in Foreign Disputes: Do They Behave Differently, and Does It Matter for Host Countries?" In *The Yearbook on International Investment Law and Policy 2010/2011*, Oxford University Press, 2011, pp. 715-739.



government for help. A METI (le ministère de l'économie, du commerce et de l'industrie du Japon) official confirmed what is widely believed: That Japanese MNEs (entreprises multinationales) maintain close contacts with Japanese embassies in countries where they operate and that embassies commonly send letters to host countries on behalf of investors when disputes arise, even though MNEs request that the letters not mention their names....Nationality can matter. U.S. investors are by far the most frequent claimants in arbitration. On the other hand, the observed willingness of most Japanese firms - diversified or not - to adjust the terms under which they operate appears to be sufficiently robust that a government might give them some credit on this count.

### (3) Synthèse

Les deux explications sont assez persuasives. Mais les affaires ne sont pas des choses affectives. La raison de l'inactivité des entreprises japonaises dans RDIE n'est pas attribuée uniquement aux causes mentales. Il y a aussi quelque problème inherent de RDIE, par exemple, un risque de l'inefficacité de sentence arbitrale et l'insuffisance de nombre des avocats au Japon capables de traiter les affaires internationales. Également on doit dire que l'arbitrage, non seulement RDIE mais aussi dans les opérations internationales privés, n'est pas considéré comme une meilleure façon. Les deux avocats, qui indiquent la dépendance de l'intervention ministérielle, expliquent que les entreprises japonaises préfèrent l'organisation juridictionnelle étatique à l'institution arbitrale, parce que le coût est moins cher, que la cour décide plus rapidement et surtout "(Japanese) had much more trust in their government and in their judges than do Americans in theirs". Cette constatation est aussi persuasive.

## 3. La politique d'investissement du gouvernement japonais et les réactions

### (1) La politique générale d'investissement du gouvernement japonais

Le 21 décembre 2004, le gouvernement japonais a émis la politique d'investissement. Dans ce texte, le gouvernement met l'accent sur l'importance de la promotion des accords de partenariat économiques (APEs), car APEs vont contribuer, dans le monde en cours de mondialisation, pour le développement des relations économiques extérieures et la protection des intérêts nationaux. Il souligne aussi que APEs apportent un environnement international politico-diplomatique plus efficace par la promotion de la construction d'une communauté économique.

En ce qui concerne le Partenariat Trans-pacifique (PTP), le gouvernement japonais a annoncé son intention d'y participer en novembre 2011 et se met à la table de négociation

en juillet 2013, alors la négociation entre 11 pays était en cours.

En juin 2013, le gouvernement a annoncé les stratégies plus concrètes pour relever l'économie du Japon (Japan is back). Dans ce stratégie, le gouvernement considère APEs, TBIs et les conventions fiscales comme le moyen de la croissance, et indispensables pour attirer l'investissement étranger. Le gouvernement a établi des objectifs numériques, tel que la part du commerce avec les pays avec lesquels le Japon a APE ou TBI va atteindre 70% jusqu'à 2018 contre 19% actuel. Pour arriver cet objectif, le gouvernement souligne la indispensabilité de la conclusion de PTP. En même temps, il place une objective de doubler le montant cumulatif de l'investissement direct étranger jusqu'à 2020, et pour cela il établit l'aide fiscale pour les entreprises étrangères qui veulent constituer un centre de recherche de haute valeur-ajouté.

## (2) Les réactions des groupes d'intérêt japonais

À l'annonce de participation gouvernementale dans la négociation de PTP, 48 groupes d'intérêt, soit association industrielles, soit groupes de consommateurs, soit la fédération de métiers, ont réagi en présentant leurs opinions en 2012. En général, les associations industrielles, comme la Fédération des affaires japonaises (Keidanren), la Chambre de commerce japonaise (Nihon shoko kaigisho) et l'Association japonaise des constructeurs d'automobile (Nihon jidosha kogyo kai) sont pour de la participation. Par contre, l'Union centrale de coopératives agricoles (Zenkoku nogyo kyodo kumiai chuokai), les plusieurs fédérations de producteurs agricoles ou laitiers, et la fédération du pêcheurs manifestent leur opposition absolue. De plus, l'Association médicale du Japon (Nihon ishi kai), les associations de consommateurs remarquent le menace possible de PTP sur le système d'assurance maladie. En ce qui concerne RDIE, on ne trouve pas beaucoup de remarque dans les opinions des groupe d'intérêts. Le Centre japonais pour le commerce et investissement de machinerie (Nihon kikai yushutu kumiai) et la Chambre de commerce japonaise estime la clause de RDIE nécessaire dans PTP et un seul groupe, la Fédération japonaise de coopératives de consommateurs (Nihon seikatsu kyodo kumiai rengokai) soulève la possible entrave de RDIE sur les mesures nationales administratives de santé publique, environnement et le droit de l'homme. En juillet 2013, la Fédération des association du barreau japonaise (Nihon bengoshi rengoukai) a présenté son opinion, indépendamment, et exprime la crainte similaire. Elle a aussi indiqué, à la manière plus concrète, le problème de coût que le gouvernement doit charger en cas de défaite de RDIE et l'ambiguïté des articles de la prohibition de expropriation et du traitement juste et équitable.

Le gouvernement japonais apprécie le système RDIE positivement. Dans son rapport, le

ministère de l'économie, du commerce et de l'industrie du Japon (METI) explique que l'arbitrage de RDIE assure la neutralité de décision et que RDIE peut faire éviter ce que le différend privé devienne un conflit diplomatique<sup>18</sup>. En décembre 2015 le ministère des affaires étrangères du Japon se fait l'écho de cet appréciation. Toutefois le rapport de METI, en même temps, remarque les problèmes du système actuel du RDIE. Il note, (i) le temps et le coût nécessaire pour la procédure, (ii) la violation éventuelle de la sentence arbitrale par l'état d'accueil, (iii) les difficultés d'exécution de la sentence arbitrale (immunité souveraine) et (iv) ce que le pays d'accueil s'efforce d'éviter le RDIE<sup>19</sup>.

## II Les réponses aux questions sur l'investissement direct étranger

Sur la base de considération ci-dessus, les réponses sont comme suivant:

Question 1.1: Votre pays participe-t-il à l'un de ces accord dits de nouvelle génération ?

Quels ont été les arguments mis de l'avant et comment votre opinion publique y a-t-il réagi?

Comme indiqué ci-dessus, PTP est un instrument tout nouveau de ce genre et avant de l'aboutissement de négociation, le débat concernant les produits agricoles/laitiers avait lieu, mais il n'y a pas beaucoup de débats sur RDIE.

Question 1.2: Accord de libre-échange Nord-américain (ALÉNA), Accord d'économie et commercial global (AECG), Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), Partenariat Trans-pacifique (PTP), etc...À l'échelle internationale et nationale, les réactions sont très contrastées vis-à-vis de ces méga-accord. L'essentiel des critiques tourne surtout autour de l'éventualité réelle ou supposée d'une limitations de la marge de manoeuvre réglementaire des États en matière de régulation des IDÉ. Ce débat a-t-il lieu dans votre pays et comment s'est-il traduit dans vos réformes législatives respectives?

Comme indiqué ci-dessus, seules la Fédération japonaise de cooperatives de consommateurs et la Fédération des association de barreau ont soulevé ce problème, mais sans réaction de la part du gouvernement.

Question 1.3: Malgré la libéralisation de l'investissement, on note dans de nombreux

---

<sup>18</sup> METI, "2013 Report on Compliance by Major Trading Partners with Trade Agreements -WTO, EPA/FTA and IIA", p. 953.

<sup>19</sup> Monsieur Yanase écrit dans son article cité dessus, "It appears that the Japanese Government has not devoted much attention to the conciliation or arbitration procedures that may take place under the BOTs or to whether such procedures provide adequate protection to a Japanese company. In Japan, it appears to be assume that the rules in the BITs in and of themselves establish and adequate framework to govern the behaviour of and the relationship among all relevant parrties."

pays une tendance à un resserrement des règles en matière de procédures d'agrément des fusion-acquisitions internationales. Les États semblent vouloir exercer un plus grand contrôle et opérer une certaine sélectivité des entreprises susceptibles d'être admises sur leur territoire. Observez-vous cette tendance dans votre pays? Comment se manifeste-t-elle?

Chaque pays a la législation nationale sur l'admissibilité d'entrée de fonds étrangers dans les industries stratégiques ou sensibles du pays. Le Japon a la loi de change étrangères et commerce extérieur (Gaikoku kawase oyobi gaikoku boueki hou), dans laquelle certains branches d'industrie sont fermés aux personnes physiques ou morales étrangères. Globalement parlant, ce restriction est assez similaire à celle de la France. Le cas récent de la société Sharp, un producteur de l'électroménager, qui est un cible d'acquisition par une entreprise taiwanaise, mérite quelque mot. Les employés manifestent l'inquiétude de l'emploi, mais le gouvernement est jusqu'à ce jour muet à ce problème.

Question 1.4: À défaut d'une organisation mondiale apte à harmoniser les règles en matière d'IDÉ, plusieurs États semblent démunis par rapport à certaines formes de mobilité des capitaux. Dans les récents accords signés par votre gouvernement, la question de l'harmonisation fiscale et de paradis fiscaux est-elle abordée? Dans quelle mesure sentez-vous concernés par ce débat?

Les entreprises, surtout les entreprises de moyen-petite taille estiment que PTP est un enjeu pour leur développement et, de ce point de vue, elles demandent élargissement de réseau de traités fiscaux.

Question 1.5: Dans quelle mesure votre gouvernement a recours à la fiscalité, soit pour attirer les investisseurs étrangers, soit pour les dissuader d'investir dans des secteurs jugés stratégiques, soit pour influencer sur le cours des opérations d'investissement?

Le taux de l'impôt sur les sociétés est apprécié très important. Le gouvernement actuel du Japon considère que la réduction de taux de l'impôt des sociétés est indispensable.

Question 1.6: Est-ce que le recours aux subventions est considéré par votre pays comme une mesure d'attraction raisonnable de l'IDÉ?

Comme expliqué ci-dessus, le gouvernement a établi une institution de l'aide pour un genre très limité et précis.

Question 1.7: Le récent accord de libre-échange entre Canada et l'Union européenne (AECG) a soulevé de multiples débats dont notamment la question de l'arbitrage investisseur État. Alors que la Convention CIRDI a établi un mécanisme d'arbitrage investisseur État depuis 1965 et que tous les pays (industrialisé ou non) y recourent, pensez-vous que le maintien de ce mode de règlement des différends demeure légitime

notamment dans le contexte de pays dits développés?

Ce question est, pour l'Union européenne en cours de négociation de TTIP, inévitable. Pour ce qui concerne PTP, on ne voit pas beaucoup de débats sur ce problème au Japon. La raison n'est pas si claire, mais on peut citer, pour une des raisons, le fait que le Japon n'est jamais impliqué dans RDIE comme répondant. Par ailleurs, le Japon n'a pas le problème que les pays de l'UE ont. C'est-à-dire le chevauchement de TBI et TTIP<sup>20</sup>, la compétence exclusive de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation des traités européens et sur la validité et l'interprétation des actes (Traité de fonctionnement de l'Union Européenne Article 267) , et aussi la non-compétence d'un tribunal arbitral de renvoi à la Cour de justice de l'UE pour titre préjudiciel<sup>21</sup>.

À l'heure actuelle, au Japon publiquement il n'y a pas beaucoup de arguments sur ce point, mais les chercheurs et les personnes des ministères concernés ne l'ignorent pas<sup>22</sup>.

### III Des fonds souverains

Les fonds souverains étant investisseur de grande ampleur, déjà octobre 2008 le groupe de travail composé par l'FMI sur l'échelle mondiale (IWG) a mis un jour un rapport sur le code de conduite des fonds souverains. Le rapport décrit comme suivant:

As well-established institutional investors, SWFs have been undertaking cross-border investing for many years. Their investments have helped promote growth, prosperity, and economic development in capital-exporting and -receiving countries.....The IWG recognizes that SWF investments are both beneficial and critical to international markets. For that purpose, it will be important to continue to demonstrate—to home and recipient countries, and the international financial markets—that the SWF arrangements are properly set up and investments are made on an economic and financial basis. The generally accepted principles and practices (GAPP), therefore, is underpinned by the following guiding objectives for SWFs:

- i. To help maintain a stable global financial system and free flow of capital and investment;
- ii. To comply with all applicable regulatory and disclosure requirements in the

---

<sup>20</sup> Règlement (UE) No 1219/2012 du Parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers.

<sup>21</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV, aff. C-126-97.

<sup>22</sup> Au sein de l'UE, il y a aussi une discussion sur la légitimité de "Third Party Financing", dont le problème, par contre au Japon, n'est pas tout-à-fait reconnu.

countries in which they invest;

iii. To invest on the basis of economic and financial risk and return-related considerations; and

iv. To have in place a transparent and sound governance structure that provides for adequate operational controls, risk management, and accountability.

En ce qui concerne le Japon, qui est l'exportateur de fonds d'investissement, il n'y a pas d'argument approfondi sur les fonds souverains. Par conséquent, il n'y a pas de commentaires à faire aux questions posés, sauf les questions suivantes.

Question 2.2.2: Dans les cas où une législation existe relativement aux fonds souverains dans votre pays, quelle est la qualification juridique conférée à ce mécanisme original d'IDÉ. Ceux-ci sont-ils considérés comme tels et/ou bénéficient-ils d'un régime juridique particulier?

À l'heure actuelle, il n'y a pas de argument de différenciation entre les fonds souverains et les autres investisseurs privés.

Question 2.2.4: Selon vous, la nature particulière des fonds souverains justifierait-elle l'érection d'un régime juridique particulier dérogatoire au droit commun en matière d'encadrement des investissements internationaux?

D'autant que les fonds souverains demeurent un investisseur qui vise uniquement le profit maximum sans aucune intention de contrôler l'entreprise dont les fonds sont actionnaires, il n'y a pas de nécessité de différencier les investisseurs.

Question 2.2.5: Plus globalement, comment vous situez-vous par rapport au débat relatif à la possibilité ou non pour ces fonds d'attirer l'État étranger sur le territoire duquel ils ont investi devant une juridiction d'arbitrage en vertu du traité conclu entre les États parties, et prévoyant une clause d'arbitrage? Dans la mesure où l'offre d'arbitrage vise en principe les investisseurs privés de l'autre État partie au traité et non l'État lui-même, comment envisagez-vous ce type de différends?

Ce question est difficile à répondre, parce que le fonds publiques ne détiennent pas nécessairement 100% de l'action de l'entreprise ciblée. Le fonds publiques peuvent investir avec collaboration des autre fonds ou entreprises privées. La distinction entre privé/publique n'est pas facile. De fermer la porte de le recours à l'arbitrage aux fonds publics est une solution possible, mais il y a également les autres solutions. Par exemple, de mettre les problème politiques publiques hors de champs de RDIE, de limiter l'investissement susceptible de RDIE, ou de définir l'investisseur susceptible de RDIE plus étroitement.

## Conclusion

En 2003, un rapport de CNUCED nous informe que la méthode de l'arbitrage international était considérée, par les gouvernements de pays industrialisés, comme une meilleure moyen que le jugement fait par un tribunal national. Par contre les gouvernements des pays d'accueil d'investissement étranger la considère comme un signe de peu de confiance en leurs lois et leur système juridictionnel<sup>23</sup>.

À l'heure actuelle, la position des pays industrialisés n'est pas la même. Aujourd'hui c'est les pays industrialisés qui demandent la réforme de système de RDIE. Par exemple le 16 septembre 2015, la Commission de l'UE propose un nouveau système juridictionnel des investissements dans le cadre du TTIP et des autres négociations européennes sur les échanges et les investissements<sup>24</sup>.

En 2015, CNUCED a mis au jour une proposition de la réforme de gouvernance de l'investissement international<sup>25</sup>. Ce proposition analyse d'abord l'état actuel de traités d'investissement et tire trois leçons des traités d'investissement. À savoir:

Lesson 1: IIAs (international investment agreements) bite and may have unforeseen risks – take safeguards

The language used in IIAs has generated unanticipated (and at times inconsistent) interpretations by arbitral tribunals, and has resulted in a lack of predictability as to what IIAs actually require from States. As a result, there is today a broadly shared view that treaty provisions need to be clear and detailed, and drafted on the basis of a thorough legal analysis of their actual and potential implications....

Lesson 2: IIAs have limitations as an investment promotion and facilitation tool, but also underused potential

IIAs cannot substitute for sound domestic policies and regulatory and institutional frameworks. IIAs alone cannot turn a weak domestic investment climate into a strong one, like other treaties, they cannot guarantee market outcomes in the form of inflows of foreign investment

Lesson 3: IIAs have wider implications for policy and systemic coherence, and

---

<sup>23</sup> UNCTAD, "Dispute Settlement: Investor-State", UNCTAD/ITE/IIT/30, 2003, p.13.

<sup>24</sup> À voir [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5651\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_fr.htm). L'analyse plus détaillée est trouvée dans le rapport du Directorate general for international policies du Parlement européen, "Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU", 2014.

<sup>25</sup> UNCTAD, "chapitre IV: Reforming the International Investment Regime: An Action Menu", *World Investment Report 2015*. pp. 119-174.

## capacitybuilding

De ce point de vue, CNUCED accentue surtout la nécessité de réforme du système de RDIE comme suivant:

### (ii) Reforming investment dispute settlement

Originally modelled on the system of ad hoc confidential commercial arbitration between private parties, today, the ISDS system suffers from a legitimacy crisis. There are concerns that the current mechanism exposes host States to additional legal and financial risks, often unforeseen at point of entering into the IIA and in circumstances beyond clear-cut infringements on private property, without necessarily bringing any benefits in terms of additional FDI (foreign direct investment) flows; that it grants foreign investors more rights as regards dispute settlement than domestic investors; that it can create the risk of a “regulatory chill” on legitimate government policymaking; that it results in inconsistent arbitral awards; and that it is insufficient in terms of ensuring transparency, selecting independent arbitrators, and guaranteeing due process. IIA reform needs to address these concerns.

Et CNUCED propose trois options pour la réforme de RDIE.

### (1) Fixing existing ISDS (RDIE) mechanisms

1. Improving the arbitral process, e.g. by making it more transparent and streamlined, discouraging submission of unfounded claims, addressing ongoing concerns about arbitrator appointments and potential conflicts.
2. Limiting investors’ access, e.g. by reducing the subject-matter scope, circumscribing the range of arbitrable claims, setting time limits, and preventing abuse by “mailbox” companies
3. Using filters for channelling sensitive cases to State-State dispute settlement
4. Introducing local litigation requirements as a precondition for ISDS

### (2) Adding new elements to existing ISDS mechanisms

1. Building in effective alternative dispute resolution
2. Introducing an appeals facility (whether bilateral, regional or multilateral)

### (3) Replacing existing investor-State arbitration

1. Creating a standing international investment court
2. Replacing ISDS by State-State dispute settlement



### 3. Replacing ISDS by domestic dispute resolution

Les trois options méritent à être étudiées attentivement. La première solution semble plus facile à faire, mais pratiquement, la négociation entre des pays sera dure. La deuxième, surtout la permission de l'appel, va apaiser la crainte des investisseurs en différend, mais la réalisation n'est pas facile. Le premier de la troisième solution (création de tout nouveau tribunal international) est actuellement discuté entre l'UE et les États-Unis concernant TTIP. Cette solution est également prise pour la négociation entre l'UE et le Japon à propos de la traité de partenariat économique.

Dans le contexte international, le ministère des affaires étrangères du Japon souligne la nécessité de la primauté du droit<sup>26</sup>. Pour atteindre ce but, le Japon joue certain rôle aux forums internationaux, comme, entre autres, l'OMC. De ce fait, il semble raisonnable à penser que le Japon va suivre l'évolution des discussions au sein des organisations internationales et va les étudier. Le Japon n'est pas le pays qui précède les autres pays pour montrer le chemin à suivre.

À la fin, s'il est permis d'exposer une opinion personnelle, l'auteur veut dire que la solution proposée par CNUCED de la création de nouveau tribunal international semble raisonnable. On se souvient les questions de Singapour dans lesquelles les ministres des pays membres de l'OMC ont décidé à la Conférence ministérielle de Singapour de 1996 d'établir les groupes de travail pour examiner les questions, entre autres, commerce et investissement. Finalement cette initiative a été abandonnée en septembre 2003 à cause de l'opposition des pays en développement. Mais depuis, les problèmes inhérents de RDIE devient une connaissance commune et les pays industrialisés se trouvent aussi dans la position de répondants de RDIE. La solution de la réforme de RDIE peut être faite sur le modèle du commerce international, comme on a espéré dans les questions de Singapour. La pratique de commerce international précède depuis longtemps l'investissement étranger. Si, dans le monde du commerce international, il existe une organisation équipée avec le système de règlement de conflit international, il peut y avoir un même type de système de règlement de conflit d'investissement. Ce système peut imiter l'exemple de l'accord de règlement de différend de l'OMC.

---

<sup>26</sup> À voir: [http://www.mofa.go.jp/policy/other/bluebook/2009/html/h3/h3\\_02.html](http://www.mofa.go.jp/policy/other/bluebook/2009/html/h3/h3_02.html)