



Le gel de la politique gouvernementale : les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement par Robert Howse



Le problème des risques moraux et ses conséquences sur la protection des « attentes légitimes » dans le cadre de la norme du traitement juste et équitable

par Jonathan Bonnitcha

Réformer les traités commerciaux et d'investissement des Etats-Unis pour gagner en stabilité financière : Le cas du

contrôle des capitaux par Kevin P. Gallagher

Quand les règles internationales interagissent : le droit international des investissements et le droit des conflits armés par Freya Baetens

Egalement dans ce volume: Le point des négociations sur la transparence dans le règlement d'arbitrage de la CNUDCI; Nouvelles de la requête d'amicus curiae dans Pac Rim c. El Salvador; et analyse de RoInvestCo c. Fédération de Russie

tables des matières

3 **Articles**

Le gel de la politique gouvernementale : les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement
Robert Howse

6

Le problème des risques moraux et ses conséquences sur la protection des « attentes légitimes » dans le cadre de la norme du traitement juste et équitable
Jonathan Bonnitcha

9

Réformer les traités commerciaux et d'investissement des Etats-Unis pour gagner en stabilité financière :
Le cas du contrôle des capitaux
Kevin P. Gallagher

11

Quand les règles internationales interagissent : le droit international des investissements et le droit des conflits armés
Freya Baetens

13

Nouvelles en bref : La transparence dans le règlement d'arbitrage de la CNUDCI; Requête d'Amicus curiae dans Pac Rim c. El Salvador; Lead Producer introduit une demande d'arbitrage contre le Pérou; Des organisations canadiennes envoient une pétition au Parlement européen sur le pacte d'investissement

16

Sentences et décisions : RoInvestCo c. Fédération de Russie; Nations Energy Inc. et autres c. République du Panama; Cemex c. Venezuela; Mohammad Ammar Al-Bahloul c. République du Tadjikistan

19

Publications et Évènements

Investment Treaty News Quarterly est publié par
L'institut International pour le Développement Durable.
Maison International de l'Environnement 2
Chemin de Balaxert 9, 5e étage
1209 Châtelaine, Genève, Suisse.

Tel +41 22 917-8748
Fax +41 22 917-8054
Email itn@iisd.org

Président et chef de la direction
Franz Tattenbach

Directeur et Représentant Européen, Section Commerce et Investissement de l'IIDD
Mark Halle

Responsable du Programme Investissements étrangers au service du Développement Durable
Nathalie Bernasconi

Rédacteur en chef
Damon Vis-Dunbar

Rédacteur, Version française
Henrique Suzy Nikema

Traduction française
Isabelle Guinebault

Rédacteur, Version espagnole
Fernando Cabrera

Traduction Espagnole
Maria Candeli Conforti

Design:
The House London Ltd.
Web: www.thehouselondon.com

Le gel de la politique gouvernementale : les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement

Par Robert Howse

article 1

Le débat relatif aux termes de la mondialisation et sa relation avec l'État réglementant est passé, dans une importante mesure, de l'Organisation mondiale du commerce au monde des traités d'investissement et des arbitrages. En général, les traités d'investissement confèrent aux investisseurs étrangers le droit d'attraire devant un tribunal arbitral un pays d'accueil n'ayant prétendument pas respecté différentes obligations substantielles, parmi lesquelles l'obligation de d'indemnisation en cas d'expropriation, d'un traitement juste et équitable et du traitement national. .



Les critiques du droit d'investissement ont avancé que les traités d'investissement sont indûment détournés en faveur des intérêts des investisseurs, et que, notamment à travers leur interprétation par des arbitres pro-investisseurs, les clauses relatives à l'expropriation et au traitement juste et équitable de ces traités ont entraîné l'obligation d'indemniser les investisseurs même en cas de changement de réglementation d'intérêt public, notamment les réglementations environnementale et sociale. Ceux qui défendent les accords en question avancent que, en réalité, dans la plupart des cas où les investisseurs ont reçu une indemnisation, les gouvernements ont agi par opportunisme réglementaire, attirant les investisseurs dans le pays en leur promettant un cadre réglementaire stable et favorable, seulement pour altérer ce cadre au détriment de l'investisseur, ou menacer de le faire afin de les forcer à une renégociation des termes et conditions de l'investissement, après établissement de l'investissement.

Alternativement, ou en plus d'un traité d'investissement, les investisseurs et les pays d'accueil peuvent négocier dans le contrat l'impact du risque relatif à la réglementation. Ils peuvent notamment inclure dans les contrats des gouvernements d'accueil des clauses de stabilisation, par lesquelles les gouvernements s'engagent à ne pas modifier leur cadre réglementaire dans le but de réduire la viabilité économique de l'investissement. En outre, ces contrats peuvent être rendus applicables dans le cadre d'un arbitrage international, évitant ainsi de dépendre des systèmes judiciaires nationaux du pays d'accueil.

Malgré l'importante controverse au sujet des TBI et de leurs effets sur la liberté normative, très peu d'attention a été portée aux clauses de stabilisation. Pourtant ces clauses sont largement utilisées, notamment dans le cas d'investissement dans le secteur des industries extractives, des infrastructures et de l'énergie.

Clauses de stabilisation et gel de la réglementation

L'examen le plus approfondi des clauses de stabilisation se trouve dans une étude de 2008 menée à bien par John Ruggie

et la Société financière internationale (SFI) de la Banque mondiale¹. Le rapport Ruggie/SFI considère les problèmes de stabilisation principalement comme un compromis entre le besoin en capital des pays en développement, qui engendre une volonté de prendre de tels engagements envers les investisseurs, et l'autonomie politique que ces gouvernements aimerait avoir pour mettre en œuvre les mesures sociales, environnementales et autres répondant aux besoins de leurs citoyens dans le temps. L'étude présuppose que, avec des capacités de négociation renforcées, des citoyens mieux informés et une pression exercée sur les entreprises multinationales pour qu'elles agissent de manière socialement et environnementalement responsable, les gouvernements des pays en développement seront capables d'obtenir des clauses de stabilisation « plus justes » et équilibrées, permettant de protéger leur pouvoir fondamental de réglementation tout en s'occupant des principales préoccupations des investisseurs quant à la stabilité. Le rapport Ruggie/SFI met en avant la nature beaucoup plus équilibrée et nuancée des clauses de stabilisation incluses dans les contrats d'investissement auxquels sont parties les membres de l'OCDE ; le rapport suggère que les gouvernements disposant de capacités de négociation élevées sont capables de parvenir à un accord avec les investisseurs tout en évitant les clauses générales de « gel » ou « d'équilibre total », qui limitent le pouvoir de réglementation dans un éventail large ou illimités de domaines réglementaires. Toutefois, l'écart entre les pays

“

Malgré l'importante controverse au sujet des TBI et de leurs effets sur la liberté normative, très peu d'attention a été portée aux clauses de stabilisation.

”

de l'OCDE et les pays en développement, notamment ceux d'Afrique subsaharienne pourrait s'expliquer par une plus grande incertitude politique et législative dans ces pays ; les investisseurs se sentent bien moins capables de prédire le type de changements réglementaires ou politiques futurs qui pourraient affecter la valeur de l'accord initial avec l'État.

En général, compenser les acteurs privés pour les changements réglementaires n'est pas efficace – point largement discuté dans l'article classique de Louis Kaplow, « Analyse légale des transitions économiques »². Dans cette étude, Kaplow étudie la plupart des logiques d'indemnisation liées au marché et à l'échec du gouvernement, et conclut que, tout bien considéré, il est peu probable que le gouvernement fasse mieux que le marché dans l'affectation des risques liés au changement réglementaire.

En partant de la supposition de base qui veut que l'indemnisation des changements réglementaires n'est pas efficace, notre conceptualisation préliminaire d'une clause de stabilisation sera qu'elle apporte un bénéfice ou une rente à l'entreprise. Soit cette rente reflète la capture, soit elle répond à une logique de réglementation publique légitime car elle affecte le comportement de l'entreprise afin de réaliser un objectif légitime du gouvernement. Cet objectif est généralement compris, par exemple dans les documents de la Banque mondiale ventant la stabilisation, comme l'attrait du capital étranger qui a un rôle positif dans la stratégie de développement du pays. On peut alors se demander pourquoi la stabilisation est préférable à d'importantes subventions accordées à l'investisseur par exemple. Une réponse possible est que les investisseurs démontrent un penchant pour ces clauses.

En général, les actionnaires ne négocient pas les contrats d'investissement directement avec les États. Ce sont plutôt les responsables et avocats qui négocient avec les bureaucrates ou les conseils juridiques que les États engagent pour représenter les pouvoirs politiques. La recommandation générale veut que la clause de stabilisation soit demandée

“

Toutefois, les bénéfiques politiques découlant des contrats d'investissement sont souvent immédiats, ... tandis que le prix politique lié à la perte d'un espace de réglementation pourrait être payé par le gouvernement suivant.

”

comme condition à un accord d'investissement. L'étude SFI/Ruggie, qui a interviewé un large éventail de responsables et d'avocats impliqués dans la négociation de contrats d'investissement, confirme que la demande de telles clauses est considérée comme favorable aux actionnaires. L'évaluation des risques réglementaires dans le pays d'accueil par les responsables et avocats est souvent difficile et onéreuse. Aussi, intégrer dans les contrats une affectation des risques réglementaires plus affinée (environnement, droit du travail, santé, zonage, fiscalité, etc.) entre l'investisseur et l'État, comme le suggère l'étude SFI/Ruggie, pourrait s'avérer trop coûteux aux yeux des responsables et avocats. C'est particulièrement vrai pour un État ayant plusieurs niveaux d'autorités réglementaires pouvant affecter les opérations et recettes de l'investissement.

La théorie de l'« accord obsolète » veut que, avec le temps, le pouvoir de négociation du gouvernement augmente dans la mesure de celui de l'investisseur. Cela s'explique par l'effet de l'otage : compte tenu des importants coûts irrécupérables, l'investisseur ne peut pas facilement se désengager du projet si l'État souhaite renégocier le contrat à son avantage, en demandant par exemple une part plus importante des recettes du projet. Quand les parties contractantes sont privées, ce type de menace est atténué par le fait que si l'investisseur refuse de renégocier il peut toujours chercher à faire appliquer les termes du contrat devant les tribunaux ou dans un arbitrage international. Toutefois, l'État dispose d'une option non offerte aux parties privées ; il peut unilatéralement obtenir une part plus conséquente des recettes au moyen d'actions législatives. Le cas le plus courant, souvent étudié dans la littérature et observé dans la pratique, est la modification du régime fiscal imposant une taxation plus forte des recettes des investisseurs.

Le rapport SFI/Ruggie fait remarquer que les préoccupations concernant l'opportunisme réglementaire, à l'inverse de la simple incertitude réglementaire, pourraient être traitées au moyen de clauses de stabilisation très limitées, du type de celles qui entraînent une indemnisation seulement en cas d'actions réglementaires discriminatoires ou arbitraires ; elles se rapprocheraient substantiellement des obligations au titre des TBI, concernant le traitement national et le traitement juste et équitable, deux normes de non-discrimination. S'il paraît peu probable qu'un État modifie sa réglementation normalement applicable dans le but d'obtenir plus de recettes d'un investisseur ciblé, la situation devient compliquée quand il n'y a qu'un seul investisseur dans le secteur, ou quand tous les investisseurs sont étrangers et ont des contrats similaires. Cela se complique encore quand l'État de droit et les procédures administratives sont peu développés, de sorte qu'une action discriminatoire ciblée peut être difficilement différenciable de la législation ou la réglementation normalement applicable.

Si, en l'absence de clause de stabilisation, le gouvernement peut ajuster le marché des exportations ou forcer à la renégociation *retroactive*, il peut alors traiter ces asymétries d'information. En général, tout ce qui entrave la possibilité de

corriger les asymétries d'information à travers la renégociation accroît les coûts de transaction. L'entreprise est moins encouragée à retenir l'information pertinente au moment de la négociation, ou donne une mauvaise représentation de ses capacités, sachant que, ce faisant, le gouvernement dispose de l'option unilatérale de répondre en modifiant son cadre réglementaire, ou en forçant à la renégociation en menaçant de le faire. Dans ce sens, s'il y a une clause de stabilisation, les coûts de transaction pourraient être vus comme plus élevés.

Les clauses de stabilisation peuvent également supposer des risques moraux pour l'entreprise. Se sachant protégée contre les modifications réglementaires, l'entreprise peut décider de ne pas prendre de précautions contre la survenance d'événements qui, compte tenu de leur coût social, pourraient sans doute entraîner des réponses réglementaires coûteuses pour l'entreprise (par exemple certains dommages environnementaux).

Toutefois, les bénéfices politiques découlant des contrats d'investissement sont souvent immédiats, comme la promesse immédiate d'emplois et de développement économique local, tandis que le prix politique lié à la perte d'un espace de réglementation pourrait être payé par le gouvernement suivant. À l'inverse, le fait d'offrir à l'entreprise des indemnités précoces – une réponse rationnelle à l'opportunisme réglementaire permis par l'« accord obsolète » – entraîne des coûts politiques immédiats, et l'État se retrouve avec moins de ressources par lesquelles gagner en soutien politique.

Répercussions politiques et agenda de la recherche future

Un manifeste récent d'un groupe de chercheurs progressistes critiquait fortement la manière dont les traités d'investissement interfèrent avec l'autonomie réglementaire, tout en indiquant sa préférence pour les contrats d'investissement plutôt que pour les obligations au titre de traités sur la supposition apparente que les États peuvent s'assurer que les engagements pris en matière de stabilité réglementaire sont plus étroitement définis et spécifiques dans les contrats³. Toutefois, l'inverse peut être vrai aussi. Il est vrai que des obligations telles que l'exigence d'indemnisation en cas d'expropriation et du traitement juste et équitable ont été interprétées par certains tribunaux comme offrant une certaine garantie contre les risques réglementaires dommageables pour l'investisseur. Néanmoins, ces interprétations restent l'exception et non la règle. Les normes relatives à l'expropriation et au traitement juste et équitable traitent en effet des préoccupations concernant l'opportunisme réglementaire qui sont souvent citées comme les raisons des clauses de stabilisation ; mais compte tenu de la grande incertitude à savoir si un tribunal ordonnera l'indemnisation pour modification réglementaire en l'absence d'un engagement formel ou de preuves de comportements arbitraire et/ou discriminatoire de la part de l'autorité réglementaire, les traités d'investissement ne facilitent pas la capture de la réglementation par l'entreprise comme le font les clauses de stabilisation (selon la manière dont elles sont rédigées).

La négociation de clauses de stabilisation à huis clos contribue fortement au danger du gel de la réglementation, car elle offre des intérêts contraires à-, ou pouvant tester la capture, sans possibilité d'exposer ou de rejeter la capture à l'avance, alors que l'effet de la stabilisation les empêche de fonctionner pour inverser la capture de manière rétroactive. Aussi, comme le recommande l'étude SFI/ruggie, il est nettement préférable de négocier ces clauses de manière transparente. Et ces clauses doivent être approuvées par le parlement et/ou les agences réglementaires indépendantes. Le renforcement des mécanismes de gouvernance dans les pays en développement et des initiatives d'éducation et d'autonomisation populaires sont également hautement souhaitables afin de contrer la capture. D'autres analyses des différents défis posés par l'incertitude réglementaire d'une part, et l'opportunisme réglementaire d'autre part, doivent être menées à bien. Ces deux éléments constituent potentiellement des questions importantes pour les investisseurs. Mais ils pourraient avoir besoin de mécanismes contractuels de gestion ou autres mécanismes distincts.

“

La négociation de clauses de stabilisation à huis clos contribue fortement au danger du gel de la réglementation.

”

Auteur :

Robert Howse est professeur de droit international Lloyd C. Nelson à la Faculté de droit de l'Université de New York. Cet article est tiré d'un plus grand projet en cours relatif aux clauses de stabilisation et à la politique publique.

Notes

¹ Ruggie, J., (mai 2008). Stabilization Clauses and Human Rights. Société financière internationale, http://www.ifc.org/ifcext/media.nsf/Content/Stabilization_Clauses_Human_Rights

² Kaplow, L., (janvier 1986). An Economic Analysis of Legal Transitions. (Analyse économique des transition légales) Harvard Law Review, 99 (3).

³ Déclaration publique sur le régime du droit international de l'investissement, http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement/

Le problème des risques moraux et ses conséquences sur la protection des « attentes légitimes » dans le cadre de la norme du traitement juste et équitable

Par Jonathan Bonnitcha

article 2



Si les concepts de souveraineté, de droits humains, d'environnement et de l'État de droit sont souvent évoqués dans le débat public relatif aux traités internationaux d'investissement (TII), il y a très peu de discussion sur les effets économiques de tels traités¹. L'une des protections juridiques les plus puissantes fournies par les TII est la protection des « attentes légitimes » des investisseurs étrangers dans le cadre des dispositions du traitement juste et équitable (TJE), communes à la plupart des TII. Cet article s'appuie sur la théorie économique — en particulier la notion de risque moral — pour expliquer certains problèmes posés par une interprétation plus large de la doctrine des attentes légitimes.

Le concept d'efficacité

Le concept d'efficacité est essentiel à l'analyse économique des politiques publiques, et notamment à l'analyse économique des règles de droit. L'efficacité représente la maximisation des bénéfices économiques nets ; une politique améliore l'efficacité si ses bénéfices économiques surpassent ses coûts². Les économistes ont été critiqués parce qu'ils se concentrent exclusivement sur la maximisation de l'efficacité au détriment d'autres valeurs³. Si ces critiques sont importantes et bien fondées, il n'en reste pas moins que l'efficacité devrait être l'un des critères d'évaluation des règles de droit. Dans le contexte de l'interprétation des TII, il est particulièrement important d'évaluer leur efficacité avec rigueur car ceux-ci sont souvent justifiés par le fait qu'ils génèrent des bénéfices économiques.

L'influence des TII sur l'efficacité

Les TII affectent principalement l'efficacité économique en influençant les décisions des investisseurs étrangers. Une décision d'investir plus efficace génère de plus grands bénéfices économiques nets, quels que soient les bénéficiaires de ces bénéfices. La rentabilité d'un projet d'investissement est la première estimation des gains en efficacité que représente ce projet, car les profits représentent l'excès de bénéfices économiques de la production par rapport aux coûts économiques⁴. C'est la base de l'argument économique majeur en faveur des TII — c'est-à-dire qu'ils rassurent les investisseurs potentiels quant à la protection à l'étranger de leur propriété et de leurs droits contractuels, ce qui les encourage à réallouer leur capital des projets moins rentables sur leur marché national vers des projets plus rentables disponibles ailleurs⁵.

Mais cet argument s'appuie sur un modèle d'activité économique fortement simplifié. Un modèle plus sophistiqué permettrait de

reconnaître que, souvent, des coûts et bénéfices externes de la production ne reviennent pas à l'investisseur. Comme nous le verrons plus avant, ces effets externes signifient que la (non-) rentabilité d'un projet n'implique pas nécessairement son (in) efficacité.

Le problème posé par les risques moraux et comment ils réduisent l'efficacité

Les risques moraux font référence à une situation dans laquelle les acteurs économiques prennent des décisions qui maximisent leurs profits mais qui sont inefficaces, car ils sont capables d'éviter les coûts associés à leur conduite. Le problème des risques moraux est souvent associé aux assurances — quand une personne souscrit une assurance contre un type de dommage, elle n'est plus encouragée à prendre des mesures prudentes (efficaces) pour réduire les risques de survenance de ce dommage. En pratique, les protections contenues dans les TII fonctionnent comme une assurance contre un type de dommage causé aux investisseurs par la conduite future du gouvernement du pays d'investissement. Cela augmente la probabilité de risque moral - c'est-à-dire que les investisseurs pourraient entreprendre des projets sans évaluer correctement les effets externes créés par ces projets, et le risque associé que les gouvernements pourraient compenser ces effets externes quand ils commenceront à se cristalliser.

Ce problème a été étudié en détail dans la littérature économique. Le principal élément significatif de cette littérature est que le fait de protéger les investisseurs contre le coût de nouvelles mesures gouvernementales améliorant l'efficacité aura tendance à générer des décisions d'investir inefficaces⁶. Aussi, les investisseurs ne devraient pas être protégés contre les modifications réglementaires efficaces, même si cela rend l'investissement non viable. De telles protections juridiques assureraient les investisseurs contre les changements de politiques étatiques, leur permettant de faire fi du risque posé aux investissements concernés par les changements politiques promouvant l'efficacité⁷.

Il est facile d'illustrer ce scénario par un exemple. Il serait inefficace pour un investisseur d'injecter du capital dans la construction d'une usine réalisant des profits de USD 1 000 par an en rejetant des produits polluants dans une rivière, causant ainsi USD 2 000 par an de dommage à une industrie huîtrière située plus en aval. La décision d'investir la plus efficace serait pour l'investisseur de ne pas réaliser l'investissement initial et d'allouer ce capital à un autre projet. Sachant que les gouvernements futurs seraient libres d'interdire le rejet de produits polluants sans le dédommager, un investisseur serait moins susceptible de se lancer dans un tel projet. En revanche, s'il sait que le gouvernement futur devrait lui payer une compensation pour l'interdiction des rejets, il sera bien plus enclin à entreprendre ce projet.

Dans l'exemple précédent, une interdiction de rejeter des produits polluants améliore l'efficacité car les bénéfices de l'interdiction excèdent les coûts. Dans les cas présentés aux tribunaux arbitraux, il est parfois extrêmement difficile de déterminer, sur la base des preuves, si les mesures d'un gouvernement donné améliorent l'efficacité. Je ne suggère pas que les tribunaux devraient tenter de se prononcer sur ce point au cas par cas. Mais j'estime plutôt que les éléments les plus étendus de la jurisprudence actuelle en matière d'« attentes légitimes » sont

susceptibles d'entraîner la compensation des investisseurs pour les pertes occasionnées par des conduites gouvernementales améliorant l'efficacité. Aussi, ces interprétations plus larges de la doctrine des attentes légitimes suscitent un risque moral pour les investisseurs.

La jurisprudence existante sur la protection des « attentes légitimes » dans le cadre de la norme du traitement juste et équitable

Il est maintenant largement reconnu que les dispositions sur le traitement juste et équitable (TJE), que l'on trouve dans la grande majorité des TII, protègent les attentes légitimes des investisseurs⁸. Malgré ce consensus apparent, les tribunaux arbitraux ont adopté des opinions très diverses sur les types d'attentes potentiellement « légitimes ». J'ai identifié quatre opinions distinctes dans les décisions arbitrales contemporaines⁹.

L'interprétation la plus étroite semble exiger d'une attente qu'elle soit basée sur un droit juridique spécifique accordé à un investisseur étranger au titre de la loi nationale du pays d'accueil pour que cette attente soit légitime. Par exemple, dans *LG&E c. Argentine*, le tribunal a décidé qu'une attente devrait « exister et être applicable selon la loi » pour mériter d'être protégée¹⁰. Selon cette interprétation, la doctrine fonctionne comme une couche internationale de protection supplémentaire des droits existants, plutôt que comme une source de nouveaux droits¹¹. Une deuxième opinion est qu'une attente légitime ne doit pas nécessairement être basée sur les droits juridiques de l'investisseur, si elle est basée sur des représentations unilatérales spécifiques faites par un représentant du gouvernement¹². Cela semble également être l'opinion dominante des universitaires¹³. Cet ensemble de décisions intègre également une limite, c'est-à-dire que les attentes doivent être raisonnables compte tenu des circonstances politiques et économiques du pays d'accueil pour être protégées par la norme du TJE¹⁴.

Un troisième ensemble de décisions suggère qu'un investisseur peut légitimement attendre que le régime réglementaire en vigueur au moment de l'investissement reste le même, même si un gouvernement ne s'est pas engagé à maintenir ce régime réglementaire et que l'investisseur n'a aucun droit au titre du droit national à la pérennité dudit régime¹⁵. Dans ces décisions, l'accent est mis sur la protection des attentes qui sont « essentielles » à la décision d'investir¹⁶ ; mais la question de savoir si les attentes essentielles en question étaient raisonnables ou non au vu des circonstances n'est pas si importante¹⁷.

Il existe dans la jurisprudence un quatrième groupe de cas dans lesquels les investisseurs ont obtenu gain de cause pour violation de leurs attentes légitimes, bien que l'attente identifiée n'était pas basée sur un droit juridique du demandeur au titre du droit national, ni sur des représentations faites par le pays d'accueil ou sur les régimes réglementaires en vigueur au moment de l'investissement. Une telle décision est celle de *Bau c. Thaïlande*¹⁸. Ici, le tribunal a reconnu que l'investisseur attendait un « taux raisonnable de retour [sur investissement] », alors que l'attente ne se basait que sur le plan d'affaire de l'investisseur au moment de l'investissement¹⁹.

Les conséquences du problème des risques moraux pour la doctrine des attentes légitimes

Le fait d'étendre la protection juridique aux attentes basiques soutenant le plan d'affaires d'un investisseur – comme dans le

cas *Bau* – est susceptible d'engendrer des risques moraux. La responsabilité d'un État, au titre de cette interprétation de la doctrine des attentes légitimes, ne concerne pas le fait de savoir si la conduite d'un État visait l'amélioration de l'efficacité (explicite ou de facto). Elle donne plutôt à l'investisseur un niveau d'assurance contre les actions du gouvernement réduisant la rentabilité de l'investissement, que ces actions soient efficaces ou non. C'est précisément le type de règle de droit susceptible de décourager les investisseurs d'intégrer dans leur plan d'affaires les risques posés par une conduite future du gouvernement améliorant l'efficacité.

Le fait de protéger les attentes générales de stabilité réglementaire est également susceptible d'entraîner de gros problèmes de risque moral. Les décisions arbitrales ayant appliqué cette interprétation de la doctrine des attentes légitimes ont déterminé la responsabilité en évaluant si la réglementation modifiée avait été « essentielle » à la décision d'investir de l'investisseur. Cette approche rejette l'argument économique de l'amélioration de l'efficacité du changement réglementaire pour favoriser l'évaluation de l'impact de ce changement sur les intérêts de l'investisseur. Une telle protection étendue est injustifiable du point de vue économique. Un investisseur devrait supporter le risque de changement réglementaire efficace, car ce risque joue un rôle important en décourageant les investisseurs d'entreprendre des investissements socialement non-désirables. Et ceci est vrai même dans les cas où le changement réglementaire est ruineux pour l'investissement.

Conclusion

Cet article soutient que deux des interprétations les plus larges de la doctrine des attentes légitimes sont susceptibles de réduire l'efficacité économique si le risque moral est supporté par les investisseurs étrangers. Ceci s'explique par le fait que des interprétations plus larges de la doctrine donnent trop de protection aux investisseurs étrangers contre les changements réglementaires et politiques. La théorie économique montre que le fait de laisser les investisseurs étrangers être exposés au risque de certains types de changements politiques joue un rôle crucial pour, à la fois les décourager d'entreprendre certains projets qui ne sont pas dans l'intérêt public, et les encourager à structurer des projets leur permettant ainsi de minimiser les coûts externes. Il s'agit d'une conclusion importante qui illustre bien que de telles protections juridiques plus fortes pour l'investissement étranger ne sont pas nécessairement bonnes économiquement ; en effet, elles sont parfois totalement indésirables.

Il peut y avoir d'autres raisons permettant de critiquer (ou de défendre) une protection large des attentes d'un investisseur. Cet article ne prétendait pas évaluer ces arguments. En laissant de côté les arguments relatifs à l'environnement et aux droits humains, je ne prétends pas suggérer qu'ils sont moins importants que les arguments économiques, ni suggérer que le rejet de pollution dans une rivière n'est récusable que s'il freine éventuellement un investissement plus lucratif en aval. Au contraire, j'espère démontrer que le débat sur les TII ne se réduit pas nécessairement à un argument sur l'importance du développement économique versus l'importance de la protection de l'environnement et la réalisation des droits humains. Mon opinion personnelle est qu'une interprétation plus étroite des principales dispositions des TII serait préférable pour des motifs économiques, de droits humains, environnementaux et de la règle de droit²⁰.

Auteur :

Jonathan Bonnitcha est avocat, boursier Rhodes et doctorant à l'Université d'Oxford. Il est diplômé en Lettres et sciences humaines (hon.) et en BCL (hon.) de l'Université d'Oxford et a également une licence en droit (hon.) et en économie de l'Université de Sydney. Les commentaires et critiques concernant cet article peuvent être envoyés directement à l'auteur à jonathan.bonnitcha@law.ox.ac.uk.

Notes

1 À l'exception de la littérature empirique qui cherche à déterminer si le fait de signer un traité bilatéral d'investissement augmente l'investissement direct à l'étranger dans les États signataires ; voir CNUCED, Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct, (Nations Unies, Genève 2009).

2 Il s'agit d'une définition familière de l'efficacité de Kaldor-Hicks. Quand les économistes évaluent les règles de droit sur la base de leur efficacité, ils utilisent invariablement la notion d'efficacité de Kaldor-Hicks. R. Posner, *Economic Analysis of Law* (Aspen Publishers, New York 2007)

3 G. Calabresi, 'The Pointlessness of Pareto' (1991) 100 (1211) *Yale Law Journal* ; A. Sen, 'The Impossibility of a Paretian Liberal' (1970) 78 *Journal of Political Economy* 152.

4 L. Blume et D. Rubinfeld, 'Compensation for Takings: An Economic Analysis' (1984) 72 *California Law Review* 569

5 A. Van Aaken, 'Perils of Success? The Case of International Investment Protection' (2008) 9 *European Business Organization, Law Review* 1; E. Aisbett, L. Karp et C. McAusland, 'Compensation for Regulatory Taking in International Investment Agreements: Implications of National Treatment and Rights to Invest' (2011, à paraître) *Journal of Globalization and Development*

6 L. Blume, D. Rubinfeld et P. Shapiro, 'The Taking of Land: When Should Compensation Be Paid?' (1984) 99 (1) *The Quarterly Journal of Economics* 71 ; T. Miceli et K. Segerson, 'Regulatory Takings: When Should Compensation Be Paid?' (1994) 23 *Journal of Legal Studies* 749

7 E. Aisbett, L. Karp et C. McAusland, 'Police powers, regulatory taking and the efficient compensation of domestic and foreign investors' (2010) 86 *The Economic Record* 367; J. Stiglitz, 'Regulating Multinational Corporations: Towards principles of cross-border legal frameworks in a globalized world balancing rights with responsibilities' (2008) 23 *American University International Law Review* 451

8 C. Schreuer et U. Kriebaum, 'At What Time Must Legitimate Expectations Exist?' dans J. Werner et AH. Ali (eds) *A. Liber Amicorum: Thomas Wälde Law Beyond Conventional Thought* (Cameron May, London 2010); A. Von Walter, 'The Investor's Expectations in International Investment Arbitration' (2008); E. Snodgrass, 'Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle' (2006) 21 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1; A. Newcombe et L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009); R. Dolzer et C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, Oxford 2008); I. Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment* (Oxford University Press, Oxford 2008)

9 Il s'agit d'une présentation largement réduite de la taxinomie des décisions en matière d'attentes légitimes développée dans mon mémoire de doctorat. J. Bonnitcha 'A normative framework for evaluating interpretations of interpretations of investment treaty protections' (Université d'Oxford, à paraître en avril 2011)

10 *LG&E Energy c. Argentine*, Cas CIRDI n° ARB/02/1, Décision du 25 juillet 2007, [130]. Également, *MCI Power Group c. la République d'Equateur* Cas CIRDI n° ARB/03/6, décision du 31 juillet 2007, [278]; *BG Group c. La République d'Argentine* Décision finale du 27 décembre 2007, [305]-[308]; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona et Vivendi Universal c. la République d'Argentine*, Cas CIRDI n° ARB/03/19 et *AWG Group c. la République d'Argentine*, Décision relative à la responsabilité, 30 juillet 2010, [79]-[80]

11 Selon cette interprétation, la doctrine des attentes légitimes fonctionne un peu comme une clause parapluie, dans le sens qu'elle protège les droits des investisseurs au titre des contrats conclus avec le pays d'accueil. Toutefois, les effets juridiques de cette interprétation diffèrent d'une clause parapluie strictement définie, car une violation suffisamment sérieuse des attentes basées sur les droits juridiques des investisseurs constituerait une violation des attentes légitimes.

12 *International Thunderbird Gaming c. États Unis du Mexique*, décision arbitrale du 26 janvier 2006, [147], [196]; *National Grid c. la République d'Argentine*, décision du 3 novembre 2008, [173]; *Duke Energy Electroquil Partners c. la République d'Equateur*, Cas CIRDI n° ARB/04/19, décision du 18 août 2008, [340]

13 R. Dolzer, 'Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties' (2005) 39 *The International Lawyer* 87; C. Schreuer, 'Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice' (2005) 6 *The Journal of World Investment and Trade* 357; Snodgrass; S. Fietta, 'Expropriation and the "Fair and Equitable Treatment" Standard' dans F. Ortino and others (eds) *Investment Treaty Law: Current Issues II* (British Institute of International and Comparative Law, Londres 2007); S. Westcott, 'Recent Practice on the Fair and Equitable Treatment' (2007) 8 *The Journal of World Investment and Trade* 409; M. Kinnear, 'The Continuing Development of the Fair and Equitable Treatment' dans A. Bjorklund, I. Laird et S. Ripinsky (eds) *Investment Treaty Law: Current Issues III* (British Institute of International and Comparative Law, London 2009); J. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (Oxford University Press, Oxford 2010).

14 *Biwater Gauff c. République Unie de Tanzanie*, Cas CIRDI n° ARB/05/22, décision du 24 juillet 2008, [601]; *Saluka Investment BV c. République Tchèque*, décision partielle du 17 mars 2006, [305]; *Continental Casualty c. La République d'Argentine*, Cas CIRDI n° ARB/03/9, décision du 5 septembre 2008, [261]

15 *CME c. La République Tchèque*, décision partielle du 13 septembre 2001, [611]; *Occidental Exploration et Production Company c. La République d'Equateur*, Cas LCIA n° UN3467, décision finale du 1er juillet 2004, [184]; *Enron Corporation c. La République d'Argentine*, Cas CIRDI n° ARB/01/3, décision du 22 mai 2007, [267]

16 *Técnicas Medioambientales Tecmed c. Les États Unis du Mexique*, Cas CIRDI n° ARB(AF)/00/02, décision du 29 mai 2003, [154]

17 Selon cette interprétation, la doctrine des attentes légitimes fonctionne un peu comme une clause de stabilisation, dans le sens qu'elle protège les investisseurs des changements du régime juridique protégeant un investissement. Toutefois, les effets juridiques de cette interprétation diffèrent d'une clause de stabilisation largement définie, car seules les modifications des règlements « fondamentaux » à la décision d'investir constitueraient une violation des attentes légitimes.

18 *Bau c. La Royaume de Thaïlande*, décision du 1er juillet 2009, [12.3]. Également, *Bogandov c. la République de Moldavie*, décision arbitrale du 22 septembre 2005, 17; *MTD c. Chili*, Cas CIRDI n° ARB/01/7, décision du 21 mai 2004, [163]

19 La tribunal a affirmé que :

Bien qu'il n'y ai pas de garantie de la part du défendeur d'un taux de retour sur investissement précis, le Tribunal considère qu'un taux de retour sur investissement raisonnable – raisonnable en toute circonstance, notamment à la signature du MoA2 – faisait partie des attentes légitimes du demandeur et que leur non-satisfaction constitue une violation des obligations du défendeur.

20 Cet argument est développé en détail dans ma dissertation de doctorat, J. Bonnitcha 'A normative framework for evaluating interpretations of interpretations of investment treaty protections' (Université d'Oxford, à paraître en avril 2011)

Réformer les traités commerciaux et d'investissement des États-Unis pour gagner en stabilité financière :

Le cas du contrôle des capitaux

Par Kevin P. Gallagher

article 3

Ce bref essai examine de nouvelles preuves dans le domaine économique démontrant que les contrôles des capitaux sont des mesures prudentielles au niveau macro économique à la disposition des pays pour éviter et atténuer les crises financières. Cette publication est importante car elle permettra de démontrer que les traités commerciaux et d'investissement des États-Unis ne reflètent pas le consensus émergent sur le contrôle des capitaux. Alors que les États-Unis finalisent leur nouveau modèle de traité bilatéral d'investissement (TBI) et que leur négociation d'un Accord de partenariat trans-pacifique (TPP) avancent avec de nombreux États de la zone Pacifique, une opportunité unique de rectifier ce problème se présente. En outre, le vote imminent du Congrès au sujet des accords commerciaux conclus sous l'administration Bush, tels que ceux conclus avec la Corée du Sud, la Colombie et le Panama, représente une autre opportunité de réforme.

Les nouvelles recherches sur le contrôle des capitaux et la stabilité financière

Les flux de capitaux – c'est-à-dire les investissements directs transfrontaliers non-étrangers – peuvent contribuer à la croissance des pays. En effet, de nombreux pays en développement n'ont probablement pas les réserves ou les institutions financières permettant le financement de leur activité économique. Le capital étranger peut combler cette lacune. Aussi, dans des circonstances normales, plus les flux de capitaux vers un pays en développement sont importants, plus le pays en tire parti. Toutefois, les flux de capitaux transfrontaliers sont en général cycliques : trop de capital entre dans les pays en temps favorables, et trop de capital s'évapore pendant un ralentissement.

Une caractéristique clé de la crise financière mondiale est l'importante fluctuation des flux de capitaux dans le monde. En effet, les positions internationales en matière d'investissement surpassent dorénavant la production mondiale. Les marchés émergents et en développement connaissent également ces flux. Quand la crise a frappé, les capitaux ont rapidement quitté les pays en développement pour retrouver la « sécurité » du marché des États-Unis. Dans leur tentative de récupération, de nombreuses nations industrialisées, notamment les États-Unis, ont eu recours à des politiques monétaires vagues caractérisées par de faibles taux d'intérêts. Des taux d'intérêts relativement plus élevés et une récupération plus forte ont entraîné une nouvelle arrivée des capitaux vers les pays en développement. Les conséquences sont une préoccupation grandissante concernant l'appréciation des devises, les bulles spéculatives et même l'inflation.

Dans de telles circonstances, le contrôle des capitaux peut contribuer à atténuer les entrées et sorties de capitaux et à protéger les économies en développement. La plupart de ces contrôles concernent les flux de capitaux à très court terme, généralement entrepris à des fins spéculatives.

Par exemple, le contrôle des capitaux mené en 2007 par la Colombie exigeait des investisseurs étrangers qu'ils bloquent un pourcentage de leur investissement à la banque centrale, ce qui a permis au pays d'éviter certaines conséquences de la crise financière mondiale¹. Le Chili et la Malaisie, deux nations parties aux négociations du TPP, ont utilisé le contrôle des capitaux avec succès dans les années 1990 afin d'éviter les pires effets des crises de cette décennie².

Dans le sillage de la crise financière, des nations telles que le Brésil, l'Indonésie, la Corée du Sud, Taïwan et la Thaïlande ont toutes utilisé le contrôle des capitaux pour empêcher l'arrivée massive des capitaux des investissements spéculatifs dans leurs économies et la dévastation de leurs taux de change et de leur marchés financiers. Par exemple la Corée du Sud, où le won s'est apprécié de 30 % depuis 2008, a imposé des limites directes à la spéculation étrangère sur la devise, et a également levé une taxe sur les gains de capitaux provenant des achats étrangers de titres de l'État et quittant le pays.

Une étude révolutionnaire du FMI montre que de tels contrôles des capitaux ont permis par le passé aux pays en développement d'échapper à l'appréciation de leur devise et aux bulles spéculatives³. En outre, cette étude du FMI montre que le contrôle des capitaux a permis, dans certains pays en développement, d'atténuer certains des pires effets de la crise financière. Au regard de ces conclusions, le FMI soutient dorénavant l'utilisation du contrôle des capitaux comme une mesure politique de macro-économie envisageable. Pendant la crise, le FMI a autorisé l'Islande, l'Ukraine et la Lettonie à contrôler les capitaux⁴ sortants, et a récemment recommandé⁵ aux pays tels que le Brésil, la Colombie et l'Inde de contrôler les capitaux entrants pour contenir les afflux massifs des capitaux concentrés sur les marchés émergents en 2009-2010. En 2010, le FMI est allé plus loin en recommandant la mise en place d'un système mondial de coordination du contrôle des capitaux ; cette initiative sera reprise par le G-20 en 2011⁶.

Le contrôle des capitaux et les traités des États-Unis

À l'inverse des traités de nombreux autres pays industrialisés, le modèle des traités commerciaux et d'investissement des États-Unis ne leur laisse qu'une marge de manœuvre limitée pour utiliser le contrôle des capitaux afin d'éviter et d'atténuer les crises financières⁷. Les traités des États-Unis considèrent fondamentalement les restrictions sur les mouvements de capitaux spéculatifs comme une violation de leurs dispositions. Les sauvegardes contenues dans les traités des États-Unis ne visaient pas à couvrir le contrôle des capitaux.

Cette carence des traités des États-Unis a récemment été au cœur d'importantes controverses. En janvier 2011, 250 économistes des États-Unis et du monde entier, notamment un lauréat du prix Nobel, deux anciens représentants du FMI, deux anciens ministres des finances ainsi que des membres de groupes de réflexion pro-commerce tels que le Peterson Institute for International Economics ont adressé un courrier au gouvernement américain lui demandant de régler ce déséquilibre des traités commerciaux américains⁸. Ce courrier fut suivi d'une lettre de rejet signée par de nombreux groupements d'entreprises lobbyistes des États-Unis, et est maintenant devenu une question importante des traités et négociations en cours⁹.

Les traités commerciaux et d'investissements des États-Unis posent clairement que les contrôles des capitaux sont des mesures pouvant faire l'objet d'un arbitrage investisseur-État. La disposition relative aux transferts contenue dans les chapitres sur l'investissement des traités commerciaux, ou dans les TBI, spécifie que les capitaux doivent circuler « librement et sans délai » entre les partenaires commerciaux. Elle est renforcée par le chapitre sur les services financiers des traités commerciaux qui précise souvent que les nations ne sont pas autorisées à imposer « des limitations sur la valeur totale des transactions ou d'actifs sous forme de quotas numériques » entre les frontières.

Les chapitres relatifs aux services financiers des traités commerciaux des États-Unis, ainsi que les TBI américains, comportent en général une section sur les « exceptions ». L'une d'entre elles, communément appelée « l'exception prudentielle », a une formulation similaire à celle-ci, tirée du traité commercial Pérou-États-unis :

Chapitre sur les services financiers : Article 12.10 : Exceptions

À l'exception de toute autre disposition de ce Chapitre ou du Chapitre 10 (Investissement), 14 (Télécommunications), ou 15 (Commerce électronique), notamment spécifiquement les Articles 14.16 (Liens avec les autres chapitres) et 11.1 (Étendue et couverture) concernant la prestation de services financiers dans le territoire d'une partie par un investissement couvert, une partie ne devrait être interdite d'adopter ou de maintenir des mesures prudentielles, notamment la protection des investisseurs, déposants, détenteurs politiques, ou personnes auxquelles il est dû un devoir fiduciaire par une institution financière ou un prestataire de services financiers transfrontaliers, ou pour garantir l'intégrité et la stabilité du système financier. Lorsque ces mesures ne sont pas conformes aux dispositions de l'Accord mentionné dans ce paragraphe, elles ne devraient pas être utilisées par une partie en vue d'échapper à ses engagements ou obligations au titre de ces dispositions.

Le contrôle des capitaux n'est pas aussi facilement permis au titre de cette exception. Ceci a été communiqué par le représentant au commerce des États-Unis ainsi que par le témoignage de 2003 du Sous-secrétaire au Trésor pour les affaires internationales au congrès américain¹⁰. Cela s'explique par le fait que l'expression « raisons de prudence » est généralement interprétée de manière plus restrictive, relevant des institutions financières individuelles. D'aucun ont également manifesté leur inquiétude quant à la dernière phrase, qui du fait qu'elle a un effet « d'auto-annulation », rend de nombreuses mesures non utilisables.

L'exception prudentielle des chapitres sur les services ou des TBI est généralement suivie d'une exception relative à la politique monétaire comme celle-ci (de nouveau extraite du traité Pérou-États-Unis) :

2. Rien dans ce Chapitre ou dans le Chapitre 10 (Investissement), 14 (Télécommunications), ou 15 (Commerce électronique), notamment spécifiquement les Articles 14.16 (Liens avec les autres chapitres) et 11.1 (Étendue et couverture) concernant la prestation de services financiers dans le territoire d'une partie par un investissement couvert, ne s'applique aux mesures non-discriminatoires de portée générale adoptées par une entité publique dans le cadre de politiques monétaires, de crédit ou de taux de change. Ce paragraphe ne doit pas affecter les obligations d'une partie au titre de l'article 10.9 (Exigences de performance) concernant les mesures couvertes par le Chapitre 10 (Investissement) ou au titre des articles 10.8 (Transferts) ou 11.10 (Transferts et paiements).

Cette deuxième exception ne pourrait être considérée comme donnant aux pays la flexibilité de poursuivre une politique monétaire et de taux de change nécessaire (dont fait parti le contrôle des capitaux). Pourtant, la dernière phrase du paragraphe exclut clairement les transferts.

Ces dispositions ont été très controversées dans le cadre des traités commerciaux Chili-États-Unis et Singapour-États-Unis au début des années 2000. Les partenaires commerciaux des États-Unis ont demandé à plusieurs reprises l'inclusion d'une sauvegarde couvrant le contrôle des capitaux, mais les États-Unis s'y sont toujours opposés. Quelques fois, les négociateurs des États-Unis ont convenu d'annexes spéciales permettant aux partenaires commerciaux des États-Unis de bénéficier d'une période de grâce plus longue avant la possibilité de déposer des plaintes investisseur-État concernant le contrôle des capitaux, ainsi que des limites concernant certains types de contrôles.

Ces annexes demeurent inadéquates dans le sillage de la crise financière pour au moins quatre raisons. Tout d'abord, les annexes permettent toujours les plaintes investisseur-État concernant le contrôle des capitaux, mais exige des investisseurs d'attendre avant d'introduire des demandes de compensation. Un investisseur doit attendre une année pour déposer une demande concernant le contrôle des capitaux visant à éviter et à atténuer les crises, mais cette demande peut concerner une mesure prise durant l'année de réflexion. L'éventualité de telles affaires investisseur-État pourrait décourager l'utilisation de contrôles potentiellement bénéfiques pour la stabilité financière. Deuxièmement, les traités de nombreuses autres nations autorisent le contrôle des capitaux. En effet, l'ALE Canada-Chile, l'ALE Corée-UE, le TBI Japon-Pérou et le TBI Corée-Japon, pour ne citer qu'eux, offrent tous une plus grande flexibilité dans le contrôle des capitaux. Cela encourage les pays à appliquer des contrôles de manière discriminatoire (contrôler les investisseurs de l'UE mais pas ceux des États-Unis). Ensuite, le FMI a exprimé son inquiétude quant aux restrictions sur le contrôle des capitaux dans les accords américains – même ceux comportant des annexes spéciales – qui pourraient être conflictuelles avec la capacité du FMI à recommander le contrôle des capitaux dans les programmes de certains pays, comme de l'Islande ou de plusieurs autres pays. Enfin, la procédure spéciale de règlement des différends incluse dans les ALE Chili-États-Unis et Singapour-États-Unis n'est pas devenue une règle classique des accords américains. Elle ne figure pas dans l'ALÉAC, ni dans aucun TBI américain, ou dans l'ALE Corée-États-Unis en attente.

Réformer les traités américains au nom de la stabilité financière

Ce problème devrait être corrigé. Il est dans l'intérêt des États-Unis et de leurs partenaires commerciaux de disposer de la marge de manœuvre politique suffisante pour éviter et atténuer les crises financières. Différentes options (non-exclusives) sont envisageables. Tout d'abord, certains représentants du FMI ont été jusqu'à recommander l'omission des capitaux spéculatifs sous forme de produits dérivés et autres « innovations »

financières, de la définition de l'investissement dans les traités¹¹. Cette option a également été mise en avant dans le modèle de traité d'investissement de l'Institut international pour le développement durable. Une autre option, soutenue plus récemment par le FMI, consiste à proposer une formulation uniforme pour les sauvegardes pouvant être utilisée par tous les pays¹². Finalement, et plus spécifiquement aux traités américains, la formulation des « exceptions » contenues dans ces derniers pourrait être élargie pour offrir spécifiquement la flexibilité d'utiliser le contrôle des capitaux et d'autres mesures actuellement considérées comme prudentes pour éviter et atténuer une crise.

Le paragraphe sur « les exceptions prudentielles » pourrait intégrer une note de pied de page comportant une liste non-exhaustive clarifiant que les mesures prudentielles incluent, entre autres, le contrôle des capitaux. La dernière phrase de ce paragraphe pourrait être effacée (comme c'est le cas dans l'Accord de libre-échange nord-américain), tout comme l'omission des « transferts » dans la dernière phrase de l'exception sur la « politique monétaire » également citée plus haut.

Cette question devrait être rectifiée dans les accords commerciaux en attente avec la Corée du Sud, la Colombie et le Panama. En outre, elle devrait également être rectifiée dans le modèle de TBI américain en attente d'une révision prochaine, et mise en avant dans les négociations de TPP par ailleurs.

La crise financière a mis en évidence que d'accorder à nos partenaires commerciaux la flexibilité d'utiliser des politiques légitimes pour prévenir et atténuer les crises financières est également positif pour les États-Unis. Quand ces partenaires commerciaux sont affectés par une crise financière, les États-Unis perdent des marchés d'exportation et donc des emplois dans le secteur des exportations. Le contrôle des capitaux peut contribuer à la stabilisation des taux de change, ce qui est favorable aux investisseurs à long terme et aux exportateurs et importateurs des États-Unis. Quand les pays étrangers ne peuvent pas contrôler les bulles financières qui augmentent la valeur des devises, les consommateurs américains peuvent être affectés par les prix à la hausse des produits importés. Comme nous ne le savons tous que trop bien, dans une économie globalisée, l'instabilité financière peut être contagieuse, et rapidement revenir aux États-Unis.

Auteur :

Kevin P. Gallagher est professeur associé du Département de relations internationales de l'Université de Boston et chercheur sénior au Global Development and Environment Institute de l'Université Tufts. En 2009, il a été membre du sous-comité sur l'investissement du Comité consultatif sur les politiques économiques internationales du Département d'État américain.

Notes

1 Coelho, B., Gallagher K.P. (2010, janvier). Capital Controls and 21st Century Financial Crises: Evidence from Colombia and Thailand. Document de travail PERI n° 213. Source : http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/KGCapControlsPERIJan10.html

2 Magud N., Reinhart, C. (2006, janvier) Capital Controls: An Evaluation. Document de travail NBER n° 11973. Source : <http://www.nber.org/papers/w11973>

3 Ostry J., Ghosh, A., Habermeier, K., Chamon, M., Qureshi, M., Reinhardt D., (2010, février). Capital Inflows: The Role of Controls. Fonds monétaire international. Source : <http://www.imf.org/external/pubs/ft/spn/2010/spn1004.pdf>

4 Département de la stratégie, des politiques et de l'évaluation (2009, septembre). Review of Recent Crisis Programs. Fonds monétaire international. Source : <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/091409.pdf>

5 IMF backs capital controls in Brazil, India. Agence-France Presse (2011, 6 janvier). Source : <http://www.deccanherald.com/content/127011/imf-backs-capital-controls-brazil.html>

6 G-20 to Address Hot Money. The Wall Street Journal (2011, 12 février). Source : <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704629004576136080912756002.html>

7 Gallagher, K.P. (2010, mai). Policy Space to Prevent and Mitigate Financial Crises in Trade and Investment Treaties. Document de discussion, Nations Unies. Source : http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/CapControlsG24.html

8 Economists Issue Statement on Capital Controls and Trade Treaties (2011 January 11). http://www.ase.tufts.edu/gdae/policy_research/CapCtrlsLetter.htm#9 John Sfakianakis, Turki A. Al Hugaib and Daliah Merzaban, Saudi Arabia Economics - Pressure on Prices, Banque Saudi Fransi, August 2010

9 USCIB Pushes Back Against Efforts to Permit Capital Controls Under FTAs (8 février 2011). United States Council for International Business. <http://www.uscib.org/index.asp?DocumentID=4052A>

10 Financial Services and Capital Transfer Provisions in Recent Free Trade Agreements (1er avril 2003). John B. Taylor, Témoignage du Sous-secrétaire au Trésor pour les affaires internationales devant le Sous-comité pour la politique monétaire nationale et internationale, Comité du commerce et de la technologie pour les services financiers, Chambre des représentants des États-Unis. Source : [http://www.stanford.edu/~johnhtay/taylorspeeches/Financial%20Services%20and%20Capital%20Transfer%20Provisions%20\(1%20Apr%2003\).doc](http://www.stanford.edu/~johnhtay/taylorspeeches/Financial%20Services%20and%20Capital%20Transfer%20Provisions%20(1%20Apr%2003).doc)

11 Transferts de fonds (2000), Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement durable. Source : UNCTAD/ITE/IIT/20. <http://www.unctad.org/en/docs/psiteitd20.en.pdf>

12 The Funds Role Regarding Cross-border Capital Flows (2010, November 15). Préparé par le Département de la stratégie, des politiques et de l'évaluation et par le département juridique du Fonds monétaire international. Source : <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/111510.pdf>

Quand les règles internationales interagissent : le droit international des investissements et le droit des conflits armés

Freya Baetens

article 4



Les deux dernières décennies ont connu une croissance exponentielle des différends arbitraux entre investisseurs et États au titre des traités internationaux d'investissement. La CNUCED fait état de 357 affaires enregistrées à fin 2009 ; parmi celles-ci, 202 affaires, soit 57 %, ont débuté avant 2004¹. À présent, les tribunaux indépendants spécialisés dans les questions des investissements rendent régulièrement des décisions contraignantes concernant la violation éventuelle pas des États des normes de protection des investissements offertes au titre de différents traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux ; ce phénomène a fait du droit international des investissements l'un des domaines les plus dynamiques du droit public international.

Toutefois, si l'attention se porte de plus en plus sur les normes de protection des investissements contenues dans les traités internationaux d'investissement, peu de discussions ont porté sur l'interaction entre le droit international des investissements et d'autres sous-domaines du droit international. Mais plutôt que d'opérer seul, le droit international des investissements a d'importantes implications sur d'autres règles du droit international – notamment les droits humains et le droit commercial international – et pour des sources de droit régional tel que le droit européen, tout en étant affecté par elles.

Ce court essai étudie en détail l'une de ces relations interactives particulièrement opportune compte tenu des soulèvements au Moyen-Orient et au nord de l'Afrique : le droit des investissements étrangers et le droit applicable aux conflits armés. Aucune conclusion définitive ne sera avancée ; cet article vise plutôt à donner des pistes de discussion future.

La norme de « la protection et sécurité intégrales »

Il n'existe pas de lien évident ou explicite entre le droit international des investissements et le droit applicable aux situations de conflits armés ou d'hostilités. Pourtant, les règles relatives à la protection des investisseurs étrangers ne sont pas automatiquement suspendues dès la survenance d'un conflit armé ; au contraire, les traités bilatéraux d'investissement (TBI) contiennent souvent des clauses spécifiques à ces situations, souvent appelées clauses de « la protection et sécurité intégrales » ou de « la protection et sécurité constantes »². Ces clauses ont été interprétées et appliquées par les tribunaux arbitraux. Dans *Amco c. la République d'Indonésie*, le partenaire local de l'investisseur (PT Wisma) s'était emparé du projet d'investissement (un hôtel) par la force avec le soutien des forces armées indonésiennes³. Le tribunal décida que, même si la prise par la force n'était pas attribuable à l'Indonésie, il s'agissait bien d'un non-respect de ses obligations internationales car le pays n'avait pas protégé l'investisseur contre cette prise par les citoyens indonésiens. De la même manière, dans *AMT c. Zaïre*, le tribunal décida que le Zaïre avait violé ses obligations en n'empêchant pas le pillage de l'investissement par les forces armées⁴.

L'interprétation des clauses de « la protection et sécurité intégrales » a notamment été étendue au-delà de la sécurité physique pour garantir un certain degré de sécurité juridique. Des exemples incluent les affaires *CME c. la République Tchèque* et *Lauder c. la République Tchèque*, où deux tribunaux ayant évalués les mêmes faits (la résiliation d'un contrat), ont abouti à une conclusion différente mais étaient d'accord sur le fait que la norme de « protection et sécurité intégrales » inclue la protection des droits juridiques, notamment l'accès au système judiciaire⁵. Toutefois, cette norme ne recommande que la diligence requise et n'impose pas d'obligation inconditionnelle. En outre, au cours d'un conflit armé, les investisseurs étrangers peuvent également être protégés au titre des obligations du traité d'investissement, par exemple de l'expropriation ou du traitement national, selon la formulation du TBI en question.

Conflits de normes : protection de l'investisseur ou droit des conflits armés, lequel prévaut ?

Le droit international des investissements implique une tension entre son existence en tant que droit spécial principalement basé sur les traités, et sa prétention à être une projection du droit international général. Ceci est conforme à la logique interne du droit international des investissements, qui veut que seules les règles relatives à la protection de l'investissement devant céder le pas au droit des conflits armés devraient le faire. Pourtant, dans un ordre juridique international où même certains droits humains fondamentaux sont sujets à dérogation dans des situations de conflits armés, certaines questions doivent inmanquablement être posées. Il est vrai que le droit international des investissements transcende ses origines en tant que régime initialement autonome ; et il y a en effet des domaines où le droit des investissements a largement puisé, par analogie, dans le droit international humanitaire, comme par exemple pour la protection des étrangers. Toutefois, les effets des conflits armés sur le droit international général (et, en particulier, sur le droit des traités) restent importants, et une pratique largement répandue hors du domaine du droit des investissements explique l'effet du droit humanitaire sur le droit international général. Aussi, toute demande de maintien de l'application du droit des investissements quand le droit humanitaire international prévaut sur le droit international général doit être examinée avec un certain scepticisme.

Circonstances exceptionnelles : nécessité ou force majeure

Au titre des règles internationales relatives à la responsabilité des États, ceux-ci peuvent justifier une « conduite internationalement illicite » en s'appuyant sur les circonstances

“

Les règles relatives à la protection des investisseurs étrangers ne sont pas automatiquement suspendues dès la survenance d'un conflit armé.

”

excluant une telle illicéité, principalement la « nécessité » et la « force majeure ». Ces justifications de droit international général s'appliquent également dans le contexte du droit international des investissements. Dans *AAPL c. le Sri Lanka*⁶, la nécessité d'une intervention militaire a notamment été évaluée par le tribunal à travers l'examen de la conduite des forces de sécurité sri-lankaises au cours d'une opération visant à contrer des insurgés qui détruisaient alors un investissement

(une ferme d'élevage de crevettes). Toutefois, le tribunal décida que la force déployée par les forces armées avait été excessive et déclara le Sri Lanka responsable.

La nécessité a également été invoquée dans des affaires impliquant une crise économique, comme dans *CMS c. Argentine*, *Enron c. Argentine*, *LG&E c. Argentine* et *Sempra c. Argentine*⁷. Toutefois, les tribunaux dans ces affaires ont été très réticents à accepter une telle justification – à l'exception du tribunal *LG&E* (une procédure d'annulation est toujours en cours). Finalement, même si un tribunal accepte la justification de la « nécessité » ou de la force majeure, cela ne libère pas nécessairement l'État en question de l'obligation de payer une indemnisation pour perte matérielle, ou n'empêche pas l'illicéité pour violation de normes péremptoires du droit international général, que la conduite soit réalisée par le gouvernement sortant ou par le mouvement insurrectionnel formant le nouveau gouvernement, conformément au principe de la continuité de l'État.

Pas de droits sans obligations : quand les investisseurs sont impliqués dans les conflits armés

Prendre en compte seulement la protection de l'investisseur pendant un conflit armé ne donne qu'une partie de l'image ; il est également capital de protéger les intérêts des communautés civiles affectées par le conflit armé. Ces communautés ont besoin d'être protégées non seulement des effets immédiats du conflit armé, mais également des personnes ou entités qui tirent les ficelles car la plupart des conflits armés modernes sont étroitement liés aux – voire basés sur les – intérêts économiques des parties belligérantes. Les entreprises commerciales maintenant des relations commerciales avec des partenaires ou des entités engagés parallèlement dans des conflits armés (internes) peuvent être indirectement impliquées dans la réalisation de crimes graves. En fournissant des ressources financières à des groupes armés régionaux par exemple, ou en exploitant des ressources naturelles dans des zones de conflit, les acteurs commerciaux internationaux peuvent même être pénalement responsables

“

L'interprétation des clauses de « la protection et sécurité intégrales » a notamment été étendue au-delà de la sécurité physique pour garantir un certain degré de sécurité juridique.

”

s'ils savent que leurs ressources sont utilisées pour fournir à ces groupes des armes utilisées plus tard contre les civils. Les crimes commis peuvent représenter des crimes internationaux comme des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou même des génocides. Dans ces cas (extrêmes), les acteurs commerciaux peuvent même être examinés par le Tribunal pénal international pour leur participation à de tels crimes, si la responsabilité individuelle de la (des) personne(s) qui contrôlent ces transactions financières au nom d'une entreprise peut être établie.

Conclusion

Quoiqu'apparemment improbable de prime abord, les règles du droit international des investissements et du droit des conflits armés interagissent dans la pratique. Cela n'est apparu que trop clairement aux investisseurs étrangers en Lybie et dans d'autres pays du nord de l'Afrique et du Moyen-

Orient, où les personnes et les propriétés (notamment celles d'origine étrangère) connaissent violence et destruction. Cela soulève une question : les investisseurs étrangers en Lybie peuvent-ils attirer le gouvernement libyen (l'actuel ou le futur) pour perte de profits ou de propriété suite à une violation de l'obligation de « protection et sécurité intégrales » ? La Lybie n'a actuellement que 13 TBI en vigueur (dont 6 conclus avec des États membres de l'UE), mais d'autres pays connaissant des troubles (c'est peu dire) pourraient en avoir beaucoup plus — l'Égypte est par exemple partie à plus de 70 TBI. La bonne nouvelle pour l'investisseur, bien sûr, est que ces traités restent en vigueur malgré les changements radicaux de gouvernement. Les obligations internationales sont donc maintenues et le gouvernement insurrectionnel qui deviendra par la suite le gouvernement légitime peut être tenu responsable des violations survenues pendant l'insurrection. Les conséquences pratiques de cet état de fait ne sont toutefois pas claires.

Cet article a montré un exemple de la manière dont les développements « d'autres domaines du droit international » influencent le développement du droit international des investissements, mais l'inverse également, les développements dans le droit des investissements ont un impact sur l'évolution d'autres domaines du droit international. Cela met en exergue la nécessité d'étudier comment les concepts, principes et règles développés dans le contexte d'autres sous-domaines pourraient (ou devraient) guider le contenu du droit des investissements. En outre, certaines solutions conçues pour résoudre des problèmes dans ces autres contextes pourraient servir d'exemple pour faire face aux problèmes actuels du droit des investissements. Cela peut par la suite servir de guide pour déterminer si le droit international des investissements est ouvert aux développements dans d'autres sous-domaines du droit international, ou s'il évolue vers un régime juridique autonome*.

Auteur :

La Dr. Freya Baetens est professeure assistante de Droit public international à l'Université de Leiden. Cet article inclut des thèmes suggérés par les membres du panel sur « L'investissement international et les conflits armés » (Mme Meg Kinnear, Dr. Gleider Hernandez, le Juge (Ret.) Koorosh Ameli et le Dr. Philipp Ambach) lors de la conférence sur « L'interaction du droit international des investissements avec d'autres domaines du droit public international » (Leiden, 8-9 avril 2011) ; voir ci-dessous pour de plus amples informations sur la conférence. Toutefois, les questions abordées dans cet article sont celles de l'auteur et ne sont pas nécessairement partagées par tous les panelistes.

* Les personnes intéressées dans la poursuite de cette discussion sont invitées à participer à la conférence sur « L'interaction du droit international des investissements avec d'autres domaines du droit public international », organisée les 8 et 9 avril 2011 à l'Université de Leiden aux Pays-Bas. La conférence rassemblera des experts du domaine du droit international des investissements et des académiciens et praticiens de renom d'autres sous-domaines du droit international. Le projet de programme et l'enregistrement en ligne sont disponibles sur la page suivante : <http://www.law.leiden.edu/research/news/conference-iii.html>

Pour toutes questions, merci de contacter la Dr. Freya Baetens à f.baetens@law.leidenuniv.nl

Notes

1 "Latest Issues in Investor-State Dispute Settlement", Questions sur les AII, note n° 1 (2010), CNUCED : http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20103_en.pdf

2 Pour une analyse complète, voir C. Schreuer, 'Full Protection and Security', *JIDS* (2010) 1–17.

3 *Amco Asia Corporation and Others v The Republic of Indonesia*, décision, 20 novembre 1984, 1 CIRDI Rep 413 ; voir également *Rumeli v Kazakhstan*, décision, 29 juillet 2008 ; *Saluka Investments BV (Les Pays-Bas) c la République Tchèque*, décision partielle, 17 mars 2006 ; *Eastern Sugar c. la République Tchèque*, décision partielle, 27 mars 2007.

4 *AMT v Zaire*, décision, 21 février 1997, 5 CIRDI Rep 11.

5 *CME c. la République Tchèque*, décision partielle, 13 septembre 2001, 9 CIRDI Rep 121 ; *Ronald S. Lauder c. la République Tchèque*, décision, 3 septembre 2001, 9 CIRDI Rep 66.

6 *AAPL c. le Sri Lanka*, décision, 21 juin 1990, 4 CIRDI Rep 246.

7 *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, décision, 12 mai 2005 ; *Enron Corporation et Ponderosa Assets, LP c. Argentine*, décision, 22 mai 2007 ; *LG&E Energy Corp et ors c. Argentine*, décision relative à la responsabilité, 3 octobre 2006 ; *Sempra c. Argentine*, décision, 28 septembre 2007.

Nouvelles en bref

Le groupe de travail avance gentiment vers un accord sur la transparence dans le règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Un groupe de travail de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) s'est réuni du 7 au 11 février dernier à New York pour discuter de l'accès public aux informations relatives aux différends entre investisseurs et États relevant du règlement d'arbitrage de la CNUDCI. La réunion constituait la deuxième rencontre des délégations gouvernementales qui travaillent à l'obtention d'un accord sur la question de la transparence dans le règlement d'arbitrage des Nations Unies, largement utilisé dans les arbitrages investisseur-État.

Les discussions se sont concentrées sur trois grands domaines interdépendants : (1) la forme de tous les travaux produits par le groupe de travail ; (2) leur applicabilité ; et (3) leur contenu. Alors que les membres du groupe de travail de la CNUDCI semblaient d'accord sur plusieurs points de ces trois catégories, des différences ont persisté sur plusieurs questions fondamentales. La session du groupe de travail s'est conclue sans qu'aucune décision définitive n'ait été prise et sans la conclusion des débats.

Les progrès sont croissants, mais un fossé demeure

La réunion de février 2011 a connu des avancées sur certaines questions étudiées à l'automne dernier. Sur la question de la forme par exemple, la majorité semblait rassemblée sur l'idée que le groupe de travail devrait élaborer des règles claires sur la transparence, et non pas des lignes directrices ou des principes obscurs.

Concernant le contenu de ces règles, de nombreuses délégations ont appelé à une plus grande transparence à différentes étapes des différends investisseur-État. Des propositions pour que le public soit au moins averti de l'existence des différends investisseur-État, pour que des tiers soient autorisés à soumettre des dossiers dans certaines circonstances, et pour que les décisions soient rendues publiques ont notamment reçu un fort soutien.

Les délégations ont exprimé des opinions plus divergentes sur d'autres sujets, comme par exemple si certains documents soumis aux tribunaux (comme les conclusions des parties, les déclarations de témoins et les preuves) devaient être rendus publics, et si oui lesquels.

D'autres points clés du débat concernaient la délimitation et la disponibilité des exceptions aux nouvelles règles sur la transparence, et à l'applicabilité de toute nouvelle règle sur la transparence aux litiges survenant dans le cadre des traités existants et futurs.

Les parties étaient apparemment unanimes quant à la nécessité de créer une exception à la publication d'informations confidentielles, privilégiées ou autres au titre du droit applicable. Un accord général a également été trouvé sur le fait qu'une exception visant à protéger « la maniabilité des procédures d'arbitrage » pourrait être trop large, et ainsi absorber la règle générale autorisant la publication. Toutefois, certaines délégations étaient en faveur de laisser aux tribunaux la discrétion de s'éloigner des règles sur la transparence afin de « protéger l'intégrité du processus arbitral ». Cette exception était décrite comme permettant aux tribunaux de protéger la sécurité physique et de prévenir l'intimidation des témoins. Cependant, des préoccupations concernant

une possible interprétation trop large de l'exception relative à « l'intégrité du processus arbitral » ont entraîné des objections à son inclusion si celle-ci n'est pas reformulée en des termes plus spécifiques.

Concernant l'application des règles sur la transparence aux différends survenant dans le cadre de traités futurs, les délégations étaient pour ou contre. Les premiers décidèrent que si et lorsque de nouvelles règles sur la transparence seront adoptées, elles devraient apparaître comme un instrument distinct ou unique applicable seulement si et lorsque les États font le choix de se rallier aux règles sur la transparence dans les traités futurs. Une référence au règlement de la CNUDCI dans un traité n'inclurait donc pas les nouveaux éléments sur la transparence. Dans un tel scénario, le règlement de la CNUDCI par défaut serait la règle générale de la « non transparence ».

La position du groupe opposé était que les dispositions relatives à la transparence devaient être adoptées dans le cadre du règlement général d'arbitrage de la CNUDCI ; et que les références à ce règlement d'arbitrage général dans les traités futurs intégreraient automatiquement les règles sur la transparence, sauf si les pays spécifient le contraire (ou s'ils s'en désengagent) dans leurs traités. Dans ce cas, les parties au traité conservent la possibilité de ne pas se soumettre aux nouvelles règles, mais doivent le préciser explicitement.

La question probablement la plus délicate concernait l'application du nouveau règlement aux différends survenant au titre de traités existants. Il a été souligné que si de nouvelles dispositions sur la transparence étaient intégrées au règlement

“

La question probablement la plus délicate concernait l'application du nouveau règlement aux différends survenant au titre de traités existants.

”

d'arbitrage général de la CNUDCI, les références à ce règlement dans les traités existants (à l'inverse de références plus spécifiques comme par exemple "le règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976") pourraient être interprétées comme incluant tout amendement au règlement d'arbitrage de la CNUDCI, notamment les nouvelles dispositions sur la transparence.

Certaines délégations semblaient d'accord avec, voire même soutenir, l'idée qu'une référence au règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans un traité existant pourrait entraîner l'application des nouvelles règles en matière de transparence aux différends survenant au titre de traités existants ; pourtant, d'autres délégations ont objecté qu'une telle application des dispositions sur la transparence aux différends survenant au titre de traités existants conduirait à une application

« rétroactive » inacceptable ou abusive des règles sur la transparence.

Afin de concilier les différents points de vue sur la question, le groupe de travail a discuté l'élaboration de "solutions créatives" comme une convention, une interprétation ou une déclaration multilatérale que les pays pourraient adopter ou signer pour clarifier leur position quant aux conditions d'application des dispositions sur la transparence aux différends survenant au titre de traités existants.

Le groupe de travail a demandé au secrétariat de la CNUDCI d'élaborer différentes options de rédaction incluant ces "solutions créatives". Il a également demandé au secrétariat d'élaborer différentes possibilités de règles reflétant les propositions faites quant au contenu. Ces textes seront étudiés par le groupe de travail lors de sa prochaine réunion, prévue en octobre 2011 à Vienne en Autriche.

Un groupe de la société civile formule une demande d'amicus dans l'affaire Pac Rim c. El Salvador

Le Centre pour le droit international de l'environnement a formulé une demande, au nom de La Mesa Nacional Frente a la Minería Metálica de El Salvador (Table ronde du Salvador sur les mines) auprès du secrétariat du CIRDI pour agir en tant qu'amicus curiae dans une affaire opposant une entreprise minière des États-Unis au gouvernement du Salvador.

Les organisations qui agiront éventuellement comme amici incluent une coalition d'organisations communautaires, des instituts de recherche, ainsi que des organisations environnementales, des droits de l'homme et confessionnelles à but non-lucratif partageant des préoccupations sur l'industrie minière au Salvador.

Cette demande d'amici intervient en réponse à un arbitrage en matière d'investissement contre le Salvador d'un montant de 77 millions USD, Pac Rim c. la République d'El Salvador. Pac Rim Cayman LLC, la filiale américaine de l'entreprise canadienne Pacific Rim Mining Corp, prétend que le Salvador a injustement rejeté la demande de permis nécessaires à l'exploration et au développement d'opportunités de mines d'or, notamment d'un site pour le projet de mine El Dorado. Ce différend intervient dans le cadre de l'Accord de libre-échange d'Amérique centrale (ALÉAC).

En 2002, les ministères de l'économie et de l'environnement du Salvador ont émis des permis d'exploration à Pacific Rim afin de déterminer le potentiel aurifère du pays. Peu de temps après que l'entreprise ait débuté l'exploration, les membres de la communauté se sont inquiétés de la pollution de l'eau et du sol engendrée par l'eau cyanurée utilisée dans le processus d'exploration aurifère. La Mesa a travaillé activement à sensibiliser la population aux dangers potentiels des mines pour l'environnement salvadorien.

Pacific Rim prétend avoir investi 77 millions USD pour acquérir, moderniser et maintenir l'exploration et les droits d'exploration. Toutefois, le gouvernement salvadorien a mis fin à l'autorisation d'exploration pendant la réalisation d'une étude d'impact de l'exploitation minière sur l'environnement.

Les zones d'exploration minières convoitées par Pac Rim se trouvent toutes dans le bassin du Rio Lempa, le plus grand d'El Salvador, et source d'eau potable pour environ la moitié de la population d'El Salvador, d'un total de 6 millions de personnes. Selon les organisations qui agiront peut-être comme amici,

les personnes vivant à proximité des activités d'exploration minière ont observé des impacts négatifs liés à l'exploration minière dès 2004. Les communautés situées à proximité du site d'El Dorado ont fait état d'un accès restreint à l'eau, d'une eau polluée et de problèmes agricoles et sanitaires. Les conséquences négatives éventuelles sur l'environnement d'une exploitation complète du projet pourraient être bien pires.

Les communautés ont commencé à organiser leur opposition aux activités minières et ont présenté leurs préoccupations à d'autres personnes, organisations et représentants du gouvernement. En 2005, les membres de la communauté ont créé le Comité de Cabañas pour l'environnement (Comité Ambiental de Cabañas), qui s'est ensuite joint à d'autres organisations de la société civile pour former La Mesa comme organisation faîtière nationale.

La résistance accrue de la communauté a progressivement attiré l'attention du gouvernement salvadorien. En 2008, le Président de l'époque, Elías Antonio Saca, a affirmé que l'exploitation minière des métaux au Salvador ne pouvait se poursuivre sans la réalisation d'une étude approfondie sur les impacts potentiels sur l'environnement et l'élaboration de lois plus strictes relatives à l'exploitation minière. En janvier 2010, le Président Carlos Mauricio Funes a mis en place une « évaluation environnementale stratégique du secteur minier métallurgique au Salvador ». En mai 2011, le Département des hydrocarbures et des mines du ministère de l'environnement finalisera un rapport sur l'évaluation stratégique de l'environnement.

Les parties amici soutiennent que toutes les conséquences sur l'environnement n'ont pas été identifiées dans l'étude d'impact environnemental (EIE) réalisée par Pac Rim. Un expert en hydrogéologie a révisé l'EIE et déclaré que les agences réglementaires des pays développés la qualifiaient d'insuffisante. Bien qu'il comporte 1 400 pages, le rapport manque presque complètement de données de référence concernant la qualité et la quantité d'eau, empêchant ainsi toute comparaison et évaluation future significative. Les parties amici affirment que la juridiction du tribunal du CIRDI au titre de l'article 25 ne couvre que les « différends juridiques », et que l'article 10.1 de l'ALÉAC ne s'applique qu'aux différends concernant des « mesures ». Selon les amici, ces limitations jouent un rôle critique dans la détermination de la juridiction, et cette terminologie reconnaît que la politique publique générale est hors des limites de la fonction judiciaire et ne constitue pas une source de « différends juridiques ».

En outre, les amici soutiennent que même si Pac Rim prétend avoir formulé sa demande contre la République d'El Salvador, le cœur du différend oppose Pac Rim aux communautés indépendantes organisées et potentiellement affectées par le projet de mines. Pac Rim utilise le processus CIRDI pour obtenir un « avantage illégitime » contre leur opposition dans le différend interne de politique nationale du Salvador relatif aux mines.

Le plus grand producteur de plomb d'Amérique du Nord formule un avis d'intention d'arbitrage contre le Pérou

Le producteur de plomb Renco Group a entrepris des démarches pour obtenir un arbitrage contre le Pérou en décembre 2010. En son nom propre et de sa filiale Doe Run Peru (DRP), Renco affirme que la conduite du Pérou l'a injustement exposé à des responsabilités pour réhabilitation de l'environnement, dommages environnementaux, et dommages

personnels, le forçant à stopper ses opérations de fonte et de raffinage.

Renco avance que la conduite du Pérou viole divers accords contractuels ainsi que l'Accord de promotion des échanges commerciaux Pérou-États-Unis (PTPA).

Renco réclame, à titre de compensation, au moins 800 millions USD en dommages et intérêts. En outre, Renco cherche à obtenir une décision déclarant le Pérou exclusivement responsable des différentes demandes civiles portées contre Renco et DRP par les résidents de la zone proche des installations de DRP au Pérou.

Le différend concerne La Oroya, une ville d'environ 30 000 habitants, située en altitude dans les Andes, et née de l'installation en 1922 de centres de fonte et de raffinage du métal dans la région. Des années d'utilisation de produits toxiques pour les opérations de fonte et de raffinage ont laissé de fortes concentrations de polluants dans l'air, l'eau et le sol de la région¹. Selon Renco, quand DRP a racheté l'exploitation en 1997, le gouvernement péruvien s'était engagé à nettoyer « une grande partie » de cette contamination préexistante à La Oroya et dans la région alentour².

Plus tard DRP a demandé plusieurs extensions du délai imparti pour la gestion environnementale et le travail de nettoyage. Selon Renco, ceci s'explique par le fait que le gouvernement péruvien a sous-estimé au départ le travail nécessaire et a étendu les obligations imposées à DRP, et par les difficultés financières liées au marché du métal³.

Toutefois, en juillet 2010, après le dépassement, par DRP, du délai imparti pour démontrer qu'il avait les moyens financiers de redémarrer les opérations et de terminer les opérations de nettoyage, son autorisation d'opérer a été suspendue. Cette situation a attiré l'attention de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), qui a émis une pétition en 2009. Celle-ci affirme que quand le gouvernement péruvien a accordé un délai supplémentaire à DRP pour terminer le travail de réhabilitation environnementale, il a abusivement permis à l'entreprise de reporter un nettoyage environnemental essentiel⁴. Les pétitionnaires, c'est-à-dire

“

Des années d'utilisation de produits toxiques pour les opérations de fonte et de raffinage ont laissé de fortes concentrations de polluants dans l'air, l'eau et le sol de la région

”

les résidents de La Oroya, se plaignent du fait que l'État a permis à des activités économiques de prendre le pas sur les préoccupations de santé publique.

Des organisations canadiennes envoient une pétition au Parlement européen concernant les dispositions du pacte commercial relatives à l'investissement

Une coalition d'organisations canadiennes s'inquiète des mécanismes de protection des investisseurs en cours de négociation dans l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'UE. L'AECG vise à libéraliser le commerce et l'investissement entre le Canada et l'Europe, tout en renforçant leur relation économique. Pourtant, les opposants à l'AECG affirment que celui-ci résultera en un déficit important pour le Canada, une perte d'emplois et un mépris pour le bien-être social.

Un cadre similaire à celui du chapitre 11 de l'ALENA a inspiré les normes de l'AECG visant à protéger les investisseurs. Les précédents accords commerciaux européens excluaient ces protections substantielles des investisseurs et ces méthodes d'arbitrage.

Les partisans de l'accord soutiennent que celui-ci est une promesse d'arrangements économiques favorables aux deux parties. Les gouvernements canadien et européen mettent en avant la capacité potentielle de l'accord à promouvoir l'investissement, la mobilité des travailleurs et une coopération en matière de régulation.

Mais dans une lettre adressée au Parlement européen, les opposants canadiens remettent en cause les dispositions relatives à la protection des investisseurs, d'une portée considérable. Ils avancent que les mesures amoindriront la capacité des États à s'autoréguler, et craignent que les dispositions similaires à celles de l'ALENA ne placent les intérêts économiques des investisseurs avant le bien-être public.

Les dispositions de l'ALENA relatives à la protection des investisseurs visaient initialement à empêcher la victimisation des investisseurs par des systèmes légaux inadéquats, l'AECG peut adopter une approche différente de la protection des investisseurs ; les organisations canadiennes – qui incluent des syndicats de travailleurs et des groupes de réflexion – avancent que le Canada et l'UE ont tous deux des canaux judiciaires adéquats pour soutenir les demandes des investisseurs.

Les opposants à l'AECG pointent du doigt les 157 millions CAD\$ déjà perdus par le Canada dans des demandes d'arbitrage au titre de l'ALENA. Ils affirment que l'AECG entraînera d'autres pertes financières et freinera les politiques sociales progressistes car il placera la protection des investisseurs avant l'intérêt des citoyens.

Notes

1 Patrick J. McDonnell, *Town Built on Lead Weighs the Fallout*, Los Angeles Times, 18 juin 2007, <http://www.latimes.com/news/nationworld/world/la-fg-peru18jun18,0,1472010.story?page=2>

2 Avis d'intention d'arbitrage, para. 3.

3 Avis d'intention d'arbitrage, para. 30-31.

4 Pétition de Earthjustice de 2006 adressée à la CIDH, p.67, voir pied de page 1

Sentences et décisions

Une entreprise du Royaume-Uni gagne contre la Russie, mais les dommages et intérêts accordés sont très inférieurs à ceux réclamés *RosInvestCo c. la Fédération de Russie, Cas SCC n° Arb. V079/2005*
Lise Johnson

Le 12 septembre 2010, le tribunal de l'affaire RosInvestCo c. la Fédération de Russie a rendu une décision déclarant que la Fédération de Russie avait illégalement exproprié RosInvestCo, mais rendant la victoire du demandeur amère en ne lui allouant que 3,5 millions USD sur les 232,7 millions réclamés.

La décision est particulièrement remarquable compte tenu de son traitement de la disposition de la Nation la plus favorisée (NPF), et notamment de la mesure dans laquelle la disposition permet aux investisseurs d'invoquer le bénéfice des dispositions des TBI les plus favorables tout en évitant les dispositions susceptibles de réduire les droits offerts par ces clauses.

La question de la portée de la clause NPF s'est d'abord posée dans la décision du tribunal relative à la juridiction, datée d'octobre 2007. Dans cette décision, le tribunal a déterminé qu'à lui seul, le traité bilatéral d'investissement (TBI) Royaume-Uni-Union Soviétique en vigueur ne lui donnait pas le pouvoir d'entendre l'affaire ; toutefois, le tribunal conclut que RosInvestCo pouvait utiliser la clause NPF du traité Royaume-Uni-Union Soviétique pour inclure une disposition relative au règlement des différends plus étendue, contenue dans le TBI passé entre le Danemark et la Russie.

Dans la décision de 2010, le tribunal s'est encore intéressé à la capacité de RosInvestCo de se baser sur la disposition relative au règlement des différends plus étendue du TBI Danemark-Russie. Cette fois, le tribunal examina s'il devrait également prendre en compte les limitations de la disposition relative au règlement des différends du TBI Danemark-Russie, et notamment l'exclusion des différends concernant des questions fiscales.

Dans sa décision, le tribunal a effectivement ignoré ces limitations, même s'il affirmait ne pas avoir à se prononcer de manière définitive sur la question.

Contexte

Au début du mois de décembre 2003, les autorités fiscales russes ont commencé à réévaluer les impôts à payer par Yukos Oil Corporation, pour finalement lui réclamer des milliards de dollars d'arriérés et d'intérêts de retard. Le 16 novembre 2004, ces évaluations fiscales s'élevaient à environ 15 milliards USD et le gouvernement avait entamé des démarches pour récupérer cet argent.

Alors que la valeur des parts de Yukos s'effondrait, RosInvestCo, une entreprise anglaise, a acheté un total de 7 millions de parts en fin d'année 2004, supposément sur la base du fait que le marché avait surestimé les risques encourus par Yukos.

Toutefois, la Russie poursuivit ses efforts de recouvrement des impôts et intérêts annexes, qui à la mi-décembre 2004, s'élevaient à environ 20 milliards USD. Le 19 décembre 2004, la Russie commença par proposer aux enchères une partie clé des actifs de Yukos. Les actifs restants furent ensuite liquidés dans une série de vente aux enchères, la dernière s'étant tenue le 15 août 2007.

RosInvestCo déposa une demande d'arbitrage en octobre 2005, affirmant que les évaluations fiscales, les intérêts, et les actions mises en œuvre expropriaient RosInvestCo en violation du TBI Royaume-Uni-Union Soviétique en vigueur.

La Russie avançait plusieurs arguments, notamment que les mesures n'étaient pas expropriatrices car elles constituaient un exercice légitime de ses pouvoirs fiscaux et de police; et que

les actions du gouvernement n'avaient pas entraîné de pertes substantielles ou permanentes pour l'investisseur, ni interféré avec aucune de ses attentes légitimes.

Analyse de la décision

Le tribunal considéra que les évaluations fiscales, intérêts et actions mises en œuvre par la Russie ne constituaient pas une expropriation si elles étaient (1) menées de bonne foi, (2) étaient non-discriminantes, et (3) non-confiscatrices.

Le tribunal décida que « certains des arguments et explications du défendeur [sa justification des évaluations fiscales et actions mises en œuvre] semblaient plausibles »¹, que la vente aux enchères du 19 décembre 2004 semblait « avoir été conduite dans les limites de la discrétion accordée par le droit russe »², et que les ventes aux enchères suivant la faillite de l'entreprise semblaient conformes avec le droit russe et même avec « les normes les plus élevées devant être appliquées au titre de l'APPI »³.

Finalement, le tribunal conclut que « les mesures du défendeur, considérées pour leur effet cumulatif sur Yukos », ne répondaient pas aux critères de bonne foi, de non-discrimination et de non-confiscation, et constituaient donc une expropriation⁴. Toutefois, le tribunal refusa de déterminer si l'une des mesures en cause, prise seule, pourrait constituer une violation du TBI.

Concernant l'argument russe relatif aux attentes légitimes et pertes supposées de RosInvestCo (ou, plus exactement, l'absence des deux), le tribunal décida que ces questions concernaient le montant des dommages et intérêts devant être alloués, et non pas de savoir s'il y avait eu expropriation dans les faits. Le tribunal a trouvé l'argument russe sur ces points convainquant, et cela se reflète dans sa décision de n'allouer à RosInvestCo qu'une fraction de ce qu'elle réclamait.

L'analyse exhaustive du bien-fondé dans la décision est notable, pour son traitement de questions comme les limites de la capacité de réglementation du gouvernement, les éléments constitutifs d'une demande d'expropriation, et la détermination du montant des dommages et intérêts. Pourtant, la décision est particulièrement remarquable pour son traitement de la juridiction, et de la question spécifique de savoir si et comment une clause excluant « la taxation » de la portée du TBI Danemark-Russie, pourrait affecter la capacité du tribunal à se baser sur les dispositions de l'accord relatives au règlement des différends (en lien avec l'article sur la NPF du TBI Royaume-Uni-Union Soviétique) pour entendre la demande de RosInvestCo.

Analyse : le tribunal autorise l'investisseur à bénéficier de la clause NPF

Comme mentionné précédemment, dans sa décision de 2007 sur la juridiction, le tribunal affirma qu'à lui seul, TBI Royaume-Uni-Union Soviétique ne lui donnait pas le pouvoir de déterminer s'il y avait eu expropriation ou non. Toutefois, le tribunal décida qu'il pouvait exercer sa juridiction sur l'affaire en utilisant la clause NPF du TBI Royaume-Uni-Union Soviétique pour intégrer une disposition relative au règlement des différends plus large, contenue dans le TBI Danemark-Russie.

Après la publication de la décision sur la juridiction, la Russie affirma que même si le TBI Danemark-Russie contenait une disposition relative au règlement des différends plus large, cette disposition était limitée par l'article 11.3 qui excluait la fiscalité de la portée de l'accord. Aussi, selon la Russie, le tribunal n'avait pas juridiction sur l'affaire compte tenu que (1) le TBI Danemark-Russie sur lequel le tribunal avait basé sa juridiction n'autorisait pas l'arbitrage de différends investisseur-État relatifs à des questions de « fiscalités », et que (2) la demande de RosInvestCo était fondée sur la politique fiscale de la Russie.

En réponse, RosInvestCo tenta de formuler sa demande de manière à exclure les évaluations fiscales du cœur du différend. Elle avança que les évaluations fiscales étaient des prétextes à l'expropriation, mais ne constituaient pas en elles-mêmes une expropriation. Selon le demandeur, sa propriété avait été expropriée à travers les ventes aux enchères organisées pour collecter les montants des évaluations fiscales. RosInvestCo cita également la décision de Renta 4 S.V.S.A. c. la Fédération de Russie pour soutenir sa demande. Dans cette affaire, Renta avait essentiellement avancé le même argument concernant l'impact de l'exception relative à la « fiscalité » de l'article 11, telle que dans RosInvestCo. Toutefois, le tribunal de l'affaire Renta le rejeta de manière non équivoque, déclarant que « le fait de croire que dix mots apparaissant dans une diversité de dispositions secondaires à la fin du TBI Danemark-Russie offraient une manière d'échapper aux obligations essentielles de la protection des investissements était absurde »⁵.

Le tribunal de l'affaire RosInvestCo reconnaissait que bien qu'il se soit déjà prononcé quant à sa juridiction sur la base de l'article 8 du TBI Danemark-Russie, « il était envisageable que ... le tribunal soit tenu d'importer l'article 8 dans son contexte, c'est-à-dire, soumis à l'article 11. »⁶. Pourtant, plutôt que d'accepter ou de rejeter un tel argument, le tribunal décida de laisser la question en suspens en déclarant qu'il « n'était pas pertinent » de traiter cette question⁷. Le tribunal expliqua que, au moment d'évaluer la responsabilité de la Russie, il n'avait pas cherché à savoir s'il y avait eu « expropriation au moyen d'impôts » mais plutôt si « l'accumulation » des mesures fiscales et des ventes aux enchères successives constituait une expropriation de RosInvestCo⁸. Selon le tribunal, une telle approche « globale des circonstances » subsumant les mesures fiscales dans un groupe plus important de conduites remises en cause, lui évitait la nécessité de se prononcer sur l'impact – ou l'absence d'impact – de l'exception relative à la fiscalité de l'article 11 sur sa juridiction.

Les cas RosInvestCo et Renta relancent le débat sur la portée appropriée de la clause NPF. En effet, ces deux décisions permettent aux investisseurs couverts par le TBI « de base » Royaume-Uni-Union Soviétique d'utiliser la clause NPF de ce traité pour bénéficier des protections d'un « super traité » qui n'existe pas, un traité contenant seulement les dispositions les plus favorables des autres accords existants, et d'éviter les limitations spécifiquement imposées par les pays dans ces accords.

Incontestablement, en permettant à un investisseur britannique de bénéficier des dispositions relatives au règlement des différends plus favorables du TBI Danemark-Russie, tout en étant protégé des exceptions relatives à la fiscalité et autres de ce même accord, l'investisseur britannique bénéficierait alors d'un traitement plus favorable qu'un investisseur danois couvert par le TBI Danemark-Russie. Cela soulève une question : si un investisseur danois voulait formuler une plainte au titre du TBI Danemark-Russie, pourrait-il avancer le traitement actuellement accordé aux investisseurs britanniques pour contourner l'exception relative à la fiscalité de l'article 11 ?

On peut soutenir que l'approche effectivement permise dans l'affaire RosInvestCo (et explicitement sanctionnée dans l'affaire Renta) fait de la clause NPF – en principe un moyen d'éviter la discrimination entre investisseurs étrangers de différents pays – un outil augmentant les protections des traités bien au-delà des intentions des parties contractantes.

Notes

1 Paras. 97, 520, 524, 557, 567, 612.

2 Para. 522.

3 Para. 535.

4 Para. 633 (emphase ajoutée) ; voir également para. 498, 525, 557, 575.

5 Renta 4 S.V.S.A. c. la Fédération de Russie, Décision sur les objections liminaires, 20 mars 2009, para. 74.

6 Para. 270(a).

7 Para. 271.

8 Para. 271.

Le Panama est acquitté de toutes les demandes formulées par des investisseurs des États-Unis dans un différent relatif à une centrale électrique Nations Energy Inc., et al. c. la République de Panama, Cas CIRDI n° ARB/06/19 Jennifer Donofrio

Dans un arbitrage CIRDI, un groupe d'investisseurs américains a été condamné à payer 4,6 millions USD au Panama à titre de compensation partielle pour les coûts et dépenses subit par le pays.

Dans sa décision du 24 novembre 2010, rédigée en espagnol, la majorité du tribunal composé de trois membres a rejeté toutes les demandes formulées par Nation Energy Inc., Jaime Jurado et Electric Machinery Enterprises, Inc, un consortium d'investisseurs américains dans une centrale électrique panaméenne.

Les demandeurs avaient des parts dans COPESA, un groupe de fourniture d'énergie panaméen sous contrat pour la construction et l'opération d'une centrale électrique. La construction de la centrale COPESA a débuté en 1998, au moment où une loi fiscale panaméenne particulièrement favorable aux investisseurs étrangers était en vigueur. Le Panama a toutefois abrogé cette loi en 1999.

Plusieurs années plus tard, les investisseurs ont cherché à vendre leurs parts ainsi qu'à garantir le transfert de leurs crédits d'impôts. Selon les demandeurs, les échanges avec la DGI (la direction générale des impôts du Panama) semblaient indiquer que le transfert des crédits d'impôts pourrait être permis. Cette approbation est intervenue en réponse à la requête des demandeurs concernant les crédits d'impôts liés aux prêts accordés par une banque. La requête des demandeurs ne mentionnait pas les investissements indirects ou la possibilité par COPESA d'émettre les parts et les crédits d'impôts y relatifs.

La requête spécifique des demandeurs, concernant COPESA et le transfert des crédits d'impôts, a été rejetée en 2005 conformément au droit panaméen en vigueur à l'époque. Selon les demandeurs, compte tenu de l'interdiction de transférer les crédits d'impôts, la vente des parts et des actions était quasiment impossible et a contribué à la ruine financière de COPESA.

Au titre du TBI États-Unis-Panama, les demandeurs ont invoqué le traitement injuste et inéquitable et l'expropriation indirecte dont ils ont fait l'objet suite à l'interdiction du transfert des crédits d'impôts à des tiers. Ils réclamaient au Panama 62 millions USD en dommages et intérêts, en plus de remboursement des coûts, des honoraires des avocats et des intérêts.

En rejetant l'argument du traitement injuste et inéquitable, le tribunal a remarqué que le TBI n'autorisait les demandes formulées pour des « raisons fiscales » que dans le cadre de circonstances précises, telles que l'expropriation alléguée. Le tribunal a déterminé que les politiques fiscales n'étaient pas incluses dans les paramètres d'une demande formulée au titre du traitement juste et équitable.

Ensuite, le tribunal a cherché à savoir si le refus du Panama d'autoriser les demandeurs à transférer les crédits d'impôts à des tiers constituait une expropriation au titre du TBI. Le tribunal a décidé qu'un « droit hypothétique » à transférer les crédits d'impôts ne représentait pas un « véritable attribut » de la propriété permettant de formuler une demande pour expropriation. Le tribunal a donc rejeté la demande pour expropriation.

Dans une opinion divergente, José Maria Chillón Medina, l'arbitre nommé par les demandeurs, a exprimé son désaccord concernant certaines des décisions adoptées par ses collègues, les arbitres Claus von Wobeser (nommé par le Panama) et Alexis Mourre (le président du tribunal). Il n'était pas d'accord avec les décisions adoptées par la majorité concernant le traitement juste et équitable, les crédits d'impôts et les coûts de l'arbitrage.

Medina considérait la clause du TBI relative au traitement juste et équitable comme imposant un standard de justice, même dans les domaines relatifs à la fiscalité. Il avançait que sans cela, une grande partie d'un traité, à savoir la protection des investissements, pouvait facilement devenir vide de sens.

En outre, Medina a souligné que les crédits d'impôts étaient en vigueur quand les demandeurs ont commencé leur investissement. Il reconnaissait l'importance de la souveraineté de l'État en matière de politique financière, mais arguait qu'un État pouvait modifier ses lois tout en préservant les droits accordés au titre d'une législation précédente.

De plus, Medina argumentait que les demandeurs avaient une attente légitime relative à un cadre légal stable les protégeant contre la perte de valeur de leur investissement. Selon lui, la décision du tribunal entravait l'investissement et violait les règles en matières de responsabilité internationale.

Finalement, Medina n'était pas d'accord pour que les demandeurs assument seuls les coûts de l'arbitrage. Il signala que les défendeurs avaient également formulé des demandes rejetées par le tribunal. Aussi, les demandeurs n'auraient pas dû supporter seuls les coûts de l'arbitrage car les deux parties avaient formulées des demandes finalement rejetées par le tribunal.

Des demandeurs hollandais soulèvent un obstacle juridictionnel dans une demande contre le Venezuela *Cemex c. Venezuela, Cas CIRDI n° ARB/08/15* **Jennifer Donofrio**

Un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements (CIRDI) a décidé que la loi vénézuélienne de 1999 relative aux investissements ne reconnaissait pas l'arbitrage du CIRDI. Ce tribunal a toutefois décidé qu'il avait juridiction pour entendre la demande des investisseurs hollandais au titre du TBI Venezuela-Pays-Bas.

Cemex Caracas et Cemex Caracas II se sont plaint de l'expropriation sans compensation de leur usine de ciment, dont ils sont indirectement les propriétaires.

Le premier demandeur, Cemex Caracas Investments BV, et sa filiale en propriété exclusive, Cemex Caracas II Investments BV, ont toutes deux été constituées aux Pays-Bas.

Cemex Caracas II possédait la totalité des parts d'une entreprise des Îles Cayman, Vencement Investments, qui possédait à son tour 75,7 % des parts de Cemex Venezuela (CemVen), une entreprise cimentière constituée et opérant au Venezuela (les demandeurs, ci-après « Cemex »).

Cemex prétendait que le tribunal CIRDI avait juridiction pour entendre l'affaire au titre de la loi vénézuélienne relative à l'investissement et au titre du TBI Venezuela-Pays-Bas. Les demandeurs faisaient notamment référence à l'article 22 de la loi vénézuélienne relative à l'investissement, avançant qu'elle autorisait les arbitrages internationaux avec les investisseurs étrangers. Ces deux demandes ont été contestées par le Venezuela.

Le Venezuela arguait que le TBI exigeait que l'investissement soit celui des demandeurs. Toutefois, l'investissement en jeu était réalisé à travers une entreprise des Îles Cayman ; aussi, selon le Venezuela, l'investissement dans CemVen ne satisfaisait pas ce critère.

Le tribunal a cherché des éclaircissements en examinant l'intention de l'État au moment d'adopter la loi relative aux investissements. Au moment de l'adoption de la loi, le Venezuela avait déjà ratifié 17 TBI. Les TBI précédents, rédigés dans un langage simple, offraient soit un consentement inconditionnel à l'arbitrage du CIRDI ou un consentement au CIRDI à la demande de l'État concerné.

Le tribunal conclut que si le Venezuela avait l'intention de donner son consentement à l'arbitrage du CIRDI, les rédacteurs de l'article 22 l'aurait fait de manière explicite.

Aussi, il estima que la loi vénézuélienne relative aux investissements ne reconnaissait pas la juridiction du CIRDI.

Toutefois, le tribunal admit que le TBI couvrait les investissements indirects. Pour conforter ses conclusions sur la juridiction, le tribunal s'appuya sur des interprétations similaires de TBI dans des affaires précédentes relatives à une propriété indirecte, telles que Siemens c. Argentine. Le tribunal décida que le TBI donnait le droit à Cemex de formuler une demande pour violations alléguées du traité de leur investissement indirect.

Il s'agit du deuxième tribunal du CIRDI à déterminer que l'article 22 n'ouvre pas la porte à l'arbitrage du CIRDI. Une conclusion similaire a été rendue dans une décision relative à la juridiction du 10 juin 2010 impliquant des filiales d'Exxon-Mobil et le Venezuela⁹.

Le tribunal a reporté sa décision quant aux coûts de la procédure à une étape ultérieure de l'arbitrage.

Notes

⁹ Mobil c. la République bolivarienne du Venezuela, Cas CIRDI n° ARB/07/27

Le gouvernement tadjik viole le Traité sur la charte de l'énergie, mais la demande des investisseurs est rejetée *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan, SCC Case No. V (064/2008) (ECT)* **Jennifer Donofrio**

Un tribunal de la Chambre du commerce de Stockholm a rejeté la demande d'un investisseur australien dans une affaire impliquant le Tadjikistan concernant des licences d'exploitation de l'énergie, bien qu'il ait décidé que le gouvernement tadjik avait violé le Traité sur la Charte de l'énergie (TCE).

L'investisseur, Mohammad Ammar Al-Bahoul, est entré en négociation avec le gouvernement tadjik en 1998 concernant l'exploration pétrolière et gazière. Bien que les licences n'aient pas été définitivement accordées, l'exploration énergétique avait démarré.

M. Bahoul prétendait avoir régulièrement demandé les licences et permis nécessaires, régulièrement promis par le gouvernement tadjik. À la suite du montage technique et administratif, le demandeur a cessé les opérations. Le demandeur a également découvert que d'autres organisations protégeaient l'accès aux zones d'exploration qui lui avait été proposées de manière exclusive.

Une décision partielle de septembre 2009 – rendue publique récemment – affirmait que le gouvernement tadjik violait le TCE en n'accordant pas les licences d'exploration promises. Cette décision a été réaffirmée dans la décision finale du 8 juin 2010.

Pourtant, alors que le demandeur avait requis du tribunal qu'il exige l'émission de ces licences d'exploration du Tadjikistan, cette requête avait été considérée comme irréalisable compte tenu du manque de disponibilité et de coopération du Tadjikistan dans la procédure, compte tenu du temps écoulé depuis la demande initiale de licences des demandeurs, et de la présence d'autres entreprises sur la zone concernée par les licences.

En lieu et place de cette exécution spécifique, le demandeur réclamait des dommages et intérêts d'environ 230 millions USD et près de 240 millions USD à titre d'intérêts. Mais le tribunal estima que le demandeur avait fait ses calculs sur la base de prédictions hypothétiques de profits, et rejeta la demande de dommages et intérêts.

Toutefois, le tribunal ordonna au gouvernement tadjik de payer une partie des coûts de représentation et d'arbitrage des demandeurs. Il laissa également la possibilité au demandeur de formuler des demandes pour des coûts éventuellement encourus « lors de circonstances futures » compte tenu de la « violation continue » par le Tadjikistan de ses obligations au titre du TCE.

Publications et Évènements

Nouvelle série de publications de la CNUCED sur les problèmes dans les Accords internationaux d'investissement II

« Délimitations et définition », CNUCED, mars 2011

Une nouvelle étude la CNUCED intitulée « Délimitations et définition » révisé la manière dont les concepts d'« investissement » et d'« investisseur » ont été définis dans les accords internationaux d'investissement (AII), et comment les différentes définitions ont affecté les pays accueillant l'investissement étranger direct (IED). L'étude note qu'il y a une tendance dans les AII récents à restreindre la définition de ces deux termes, possiblement en réaction aux interprétations de ces termes faites par les tribunaux arbitraux par le passé. Le document conclut avec une section sur les différentes options politiques offertes aux négociateurs d'AII. L'étude avance que l'ajout d'une dimension de politique de développement à la définition technique de l'investissement permettrait de placer les préoccupations en matière de développement au cœur des objectifs des accords, et au premier plan des considérations des tribunaux (c.-à-d. avant même qu'ils n'entrent dans l'évaluation substantielle des mesures nationales contestées). Selon la CNUCED, l'adoption d'une telle pratique constituerait un jalon important pour obtenir des AII qu'ils contribuent à la durabilité économique. L'étude est disponible sur : <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intltemID=5885&lang=1>

« Traitement de la Nation la plus favorisée », CNUCED, janvier 2011

Cet article de la CNUCED fait le point sur l'évolution des dispositions relatives au traitement de la Nation la plus favorisée (NPF) dans les AII, et explique le traitement NPF ainsi que d'autres points clés soulevés lors de la négociation des Accords, notamment la délimitation et l'application du traitement NPF à la libéralisation et la protection des investissements étrangers dans la pratique récente des traités. Ensuite, le document analyse si et dans quelles conditions l'application des dispositions relatives au traitement NPF contenues dans les AII peut être utilisée par les tribunaux arbitraux pour modifier la protection et les conditions substantives des droits accordés aux investisseurs au titre des AII pour pénétrer et opérer dans un pays d'accueil. L'article suggère également des options politiques concernant l'application traditionnelle du traitement NPF et identifie différentes réactions des États face à l'utilisation large et inattendue du traitement NPF. Il propose également plusieurs options pour la rédaction, comme par exemple spécifier ou restreindre la délimitation de l'application du traitement NPF à certains types d'activités ; clarifier la nature du « traitement » au titre des AII ; clarifier la comparaison qu'un tribunal arbitral doit effectuer ainsi que la qualification de la comparaison « dans les circonstances similaires » ; ou exclure son utilisation dans les affaires investisseur-État. L'étude est disponible sur : <http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=14358&intltemID=5821&lang=1>

« Accords fonciers en Afrique : qu'y a-t-il dans ces contrats ? », Lorenzo Cotula, IIED, février 2011

Cet article de Lorenzo Cotula de l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED) analyse douze contrats fonciers de différentes régions d'Afrique et leurs contextes légaux au sens large. Il examine les questions contractuelles sur lesquelles l'attention publique devrait se porter en priorité, et vise à promouvoir l'organisation de débats publics éclairés sur ces contrats. Les questions clés identifiées dans cet article sont liées au processus de négociation des contrats, à l'équité économique entre l'investisseur et le pays d'accueil, à la répartition des risques, aux coûts et bénéfices pour le pays d'accueil, au degré de prise en compte des préoccupations sociales et environnementales et à la mesure dans laquelle l'équilibre entre les considérations économiques, sociales et environnementales peut évoluer sur des durées de contrat souvent très longues. L'étude affirme que plutôt que de se presser à signer des contrats fonciers, les gouvernements devraient promouvoir des débats publics transparents et

dynamiques sur le futur de l'agriculture dans leurs pays. Les organisations de producteurs doivent avoir une place centrale dans ce débat, et la surveillance de la part de la société civile peut contribuer à mettre l'intérêt renouvelé dans l'agriculture au service d'un développement durable généralisé. Cette recherche vise à offrir une base empirique pour ces processus et à contribuer à suivre cette direction. Le rapport est disponible sur : <http://pubs.iied.org/12568IIED.html?a=Cotula>

« L'investissement direct étranger en temps de crise », Lauge Skovgaard Poulsen et Gary Clyde Hufbauer, Peterson Institute for International Economics, Série de documents de travail WP11-3, janvier 2011

Cet article compare la récession actuelle de l'investissement étranger direct (IED) à la réponse de l'IED aux crises économiques passées. Il affirme que bien que les flux de capitaux sortant des pays développés ont été aussi fortement affectés que les principaux pays développés après des crises passées, les fonds sortants semblent revenir plus lentement cette fois-ci. À l'inverse du déclin général de ces dernières années, les fonds entrants dans les pays émergents sont souvent restés stables au cours des crises économiques précédentes. Ces deux tendances indiquent que le caractère mondial des crises actuelles a engendré une réponse plus importante de l'IED qu'après des crises passées localisées au niveau national. En comparaison aux ralentissements économiques connus depuis les années 1970, la récession actuelle de l'IED a également été caractérisée par une plus grande magnitude. L'exception est le plongeon de l'IED au début des années 2000, malgré une crise économique moins importante à l'époque. L'étude recommande aux législateurs de ne pas seulement accentuer la libéralisation des régimes d'IED – comme l'indique le mécanisme typique des crises précédentes – mais plutôt de profiter du ralentissement pour repenser les politiques d'IED en promouvant davantage un « IED durable ». L'étude est disponible sur : <http://ideas.repec.org/p/iie/wpaper/wp11-3.html>

Évènements 2011

Avril 8-9

L'INTERACTION DU DROIT INTERNATIONAL EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT AVEC D'AUTRES DOMAINES DU DROIT PUBLIC INTERNATIONAL. Leiden, Pays-Bas, <http://law.leiden.edu/research/news/conference-iii.html>

Mai 3-5

MINES ET MINÉRAUX: QUEL RÔLE DANS UN FUTUR DURABLE? CEPMLP, University of Dundee, http://www.buyat.dundee.ac.uk/browse/extra_info.asp?compid=2&prodid=89&modid=2

Mai 6

CONFÉRENCE PUBLIQUE DE L'ITF: Y A-T-IL UNE ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER DE L'INVESTISSEMENT? London, United Kingdom, <http://www.biicl.org/events/view/-/id/561/>

Mai 20

L'ARBITRAGE INTERNATIONAL AU XXIÈME SIÈCLE : TENDANCES, DÉVELOPPEMENTS ET DÉFIS. Los Angeles, États-Unis, <http://www.lacba.org/showpage.cfm?pageid=12469>

Juin 9-10

CONFÉRENCE SUR 10 ANS D'ARBITRAGE DU TRAITÉ DE LA CHARTE DE L'ÉNERGIE ORGANISÉE PAR SCC, le CIRDI et le secrétariat de la Charte de l'Énergie. Stockholm, <http://www.chamber.se/?id=33813>

Juin 14-15

6ÈME CONFÉRENCE ANNUELLE SUR L'ARBITRAGE ET LA MÉDIATION INTERNATIONALES. New York, États-Unis, http://law2.fordham.edu/ihtml/cal-2uwcpcalendar_viewitem.ihtml?idc=11690

Octobre 26-27

6ÈME CONFÉRENCE INTERNATIONALE SUR L'INVESTISSEMENT DE L'UNIVERSITÉ DE COLUMBIA : « LE BOOM DES RESSOURCES ET DE L'IDE EN AFRIQUE », Faculty House, Université de Columbia, New York, États-Unis



© 2011 Institut international du développement durable (IIDD)

Publié par l'Institut international du développement durable

Les documents de l'IIDD, y compris les images, ne peuvent être publiés de nouveau sans l'autorisation écrite expresse de l'Institut. Pour obtenir l'autorisation, veuillez contacter info@iisd.ca et inclure une liste des renseignements que vous souhaitez publier de nouveau ou un lien y conduisant.

L'IIDD contribue au développement durable en formulant des recommandations sur les politiques concernant le commerce les investissements internationaux, les politiques économiques, les changements climatiques, la mesure et l'évaluation, la gestion des ressources naturelles, et le rôle habilitant des technologies de l'information dans ces domaines. Nous rendons compte des négociations internationales et partageons le savoir que nous avons acquis lors de projets collaboratifs. Cela se traduit par une recherche plus rigoureuse, un développement des capacités dans les pays en développement, des réseaux de meilleure qualité entre le Nord et le Sud ainsi que de meilleures connexions à l'échelle mondiale entre les chercheurs, praticiens, citoyens et décideurs.

L'IIDD a pour vision un mieux-vivre durable pour tous, et pour mission d'assurer un avenir durable aux sociétés en favorisant l'innovation. L'IIDD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'Internal Revenue Code des États-Unis. Il bénéficie de subventions de fonctionnement de base du gouvernement du Canada, qui lui sont versées par l'Agence canadienne de développement international (ACDI), le Centre de recherche pour le développement international (CRDI) et Environnement Canada, ainsi que du gouvernement du Manitoba. Des fonds de projets lui sont également accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations et des entreprises privées.

ITN Quarterly reçoit volontiers les soumissions de travaux originaux non publiés. Les demandes doivent être adressées à Damon Vis-Dunbar à itn@iisd.org

Pour souscrire à ITN Quarterly, veuillez vous rendre à la page :
https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english

L'Institut international de développement durable
Maison internationale de l'environnement 2
9, Chemin de Balxert,
5ème étage, 1219 Châtelaine,
Genève, Suisse

Tel: +41 22 917-8748
Fax: +41 22 917-8054
Email: itn@iisd.org