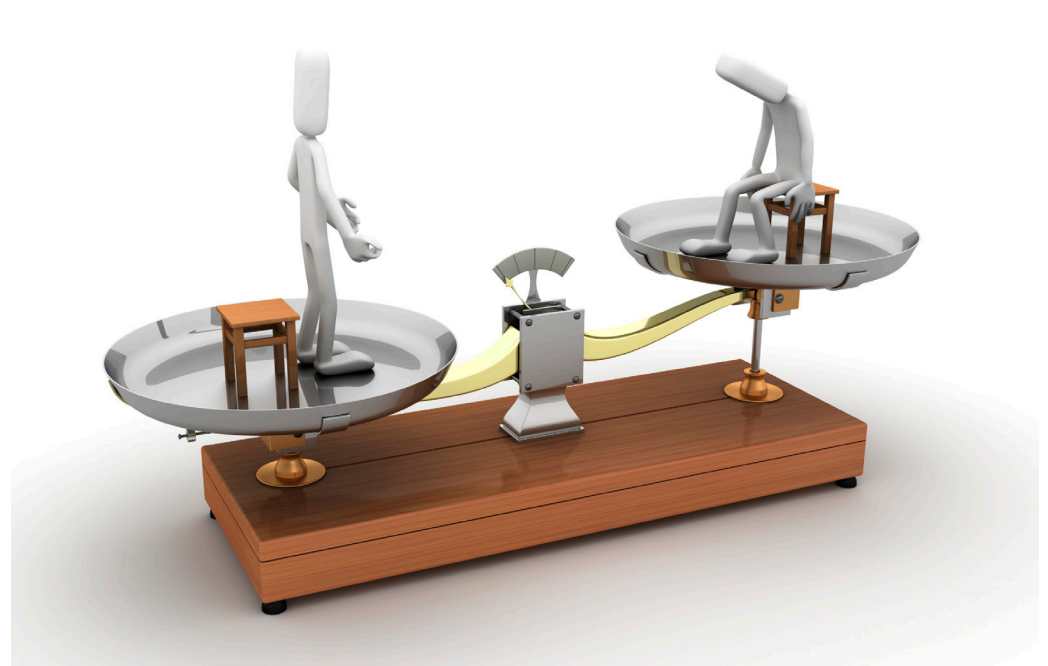




Une distinction qui ne fait pas de différence? L'interprétation du traitement juste et équitable au titre du droit international coutumier par les tribunaux saisis en matière d'investissement

par Matthew C. Porterfield



Autoriser des affaires risquées: Les droits de l'homme et le rôle du financement des échanges et des assurances d'investissement bénéficiant d'un soutien public
par Matthias Sant'Ana

Comment intégrer les obligations relatives aux droits humains dans les traités bilatéraux d'investissement?
par Patrick Dumberry et Gabrielle Dumas Aubin

Les réparations dans l'arbitrage investisseur-État: La perspective de l'intérêt public
par Margaret B. Devaney

Accaparement des terres versus sécurité alimentaire : La réglementation internationale peut-elle faire face à ce dilemme?
par Christian Häberli et Fiona Smith

Le rôle des arbitres dans la récente flambée des arbitrages en matière d'investissement par Cecilia Olivet et Pia Eberhardt

Egalement dans cette édition: Vanessa Ventures Ltd. c. la République bolivarienne du Venezuela; TTeinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. la République d'Argentine; Burlington Resource Inc. c. la République d'Equateur; Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation c. Canada

tables des matières

- 3 **Articles**
Une distinction qui ne fait pas de différence ?
L'interprétation du traitement juste et équitable
au titre du droit international coutumier par les
tribunaux saisis en matière d'investissement
par Matthew C. Porterfield
- 6 Autoriser des affaires risquées : Les droits
de l'homme et le rôle du financement des
échanges et des assurances d'investissement
bénéficiant d'un soutien public
par Matthias Sant'Ana
- 9 Comment intégrer les obligations relatives
aux droits humains dans les traités bilatéraux
d'investissement ?
*par Patrick Dumberry et Gabrielle Dumas
Aubin*
- 11 Les réparations dans l'arbitrage investisseur-
État : La perspective de l'intérêt public
par Margaret B. Devaney
- 14 Accaparement des terres versus sécurité
alimentaire : La réglementation internationale
peut-elle faire face à ce dilemme ?
par Christian Häberli et Fiona Smith
- 16 Le rôle des arbitres dans la récente flambée
des arbitrages en matière d'investissement
par Cecilia Olivet et Pia Eberhardt
- 19 **Nouvelles en bref :**
De nouvelles règles sur la transparence dans
l'arbitrage investisseur-État de la CNUDCI sont
adoptées à New York; Le président équatorien
demande la résiliation du TBI Équateur-
États-Unis; L'Inde suspend les négociations
sur les traités bilatéraux d'investissement;
La Nouvelle-Zélande souhaite mettre en
place une réglementation sur l'emballage
des cigarettes, mais attend les résultats des
affaires juridiques contre l'Australie; Le nombre
d'affaires du CIRDI atteint de nouveaux
sommets en 2012;
- 21 **Sentences et décisions :**
Vannessa Ventures Ltd. c. la République
bolivarienne du Venezuela; TTeinver S.A.,
Transportes de Cercanías S.A. et Autobuses
Urbanos del Sur S.A. c. la République
d'Argentine; Burlington Resource Inc. c. la
République d'Equateur; Mobil Investments
Canada Inc. and Murphy Oil Corporation c.
Canada
- 27 **Ressources et évènements**

Investment Treaty News Quaterly
est publié par
The International Institute for
Sustainable Development
International Environment House 2,
Chemin de Balexert, 5th Floor
1219, Chatelaine, Geneva, Switzerland

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

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
Suzy H. Nikièma

Traduction française
Isabelle Guinebault

Rédacteur, Version espagnole
Fernando Cabrera

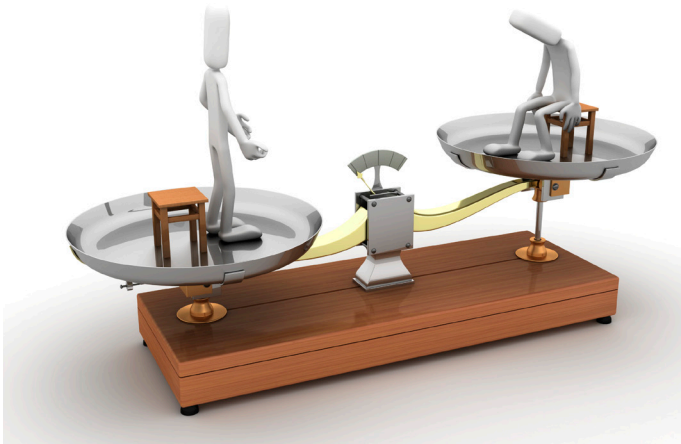
Traduction Espagnole
Maria Candeli Conforti

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

Une distinction qui ne fait pas de différence? L'interprétation du traitement juste et équitable au titre du droit international coutumier par les tribunaux saisis en matière d'investissement

par Matthew C. Porterfield

article 1



Les interprétations larges de la norme du traitement juste et équitable (TJE) par les tribunaux saisis en matière d'investissement sont devenues une source de controverse croissante¹. Certains pays – notamment les États-Unis et le Canada – ont répondu en tentant de limiter le TJE à la norme de protection au titre du droit international coutumier (DIC), fondé sur « la pratique générale et cohérente des États » que les États observent parce qu'ils s'y sentent légalement obligés (*opinio juris*)². À l'inverse, l'Union européenne, qui exerce cette nouvelle autorité en matière d'investissement au titre du Traité de Lisbonne, semble vouloir maintenir des principes du TJE qui ne seraient pas limités au DIC. Ces approches divergentes du TJE sont un sujet de dispute dans les négociations de l'Accord économique et commercial global Canada-UE (AECG), et devront également être résolues dans les négociations de l'Accord de libre-échange États-Unis-UE, qui devraient débiter dans l'année.

En théorie, associer le TJE au DIC génère une norme de protection plus respectueuse de l'autorité réglementaire des gouvernements que la norme "autonome" de l'UE. Une norme associée au DIC devrait également jouir de plus de légitimité compte tenu qu'elle se fonde sur la pratique réelle des États, qu'ils considèrent comme reflétant leurs obligations juridiques internationales plutôt que comme de simples déclarations de tribunaux statuant en matière d'investissement.

Toutefois, dans la pratique, ces tribunaux continuent d'interpréter même les dispositions du TJE basé sur le DIC comme imposant des limitations larges à l'autorité gouvernementale, en acceptant, sans informations relatives à la pratique ou l'*opinio juris* de l'État, les déclarations de tribunaux précédents comme preuve formelle de la norme au titre du DIC. La sentence de l'affaire *Railroad Development Corp. v. Guatemala*³ (RDC), illustre cette approche, qui rend l'association entre le TJE et le DIC largement inutile. La réticence des tribunaux saisis en matière d'investissement à baser leur interprétation du DIC sur la pratique réelle et l'*opinio juris* des États suggère que des approches plus

agressives pourraient être nécessaires afin de dissuader les tribunaux d'adopter des interprétations toujours plus larges du TJE.

Associer le traitement juste et équitable au droit international coutumier

Les dispositions du traitement juste et équitable sont un élément classique des traités d'investissement depuis que l'Allemagne et le Pakistan ont signé le premier TBI en 1959⁴. Ces dispositions, généralement incluses dans les articles relatifs au « standard minimum de traitement », ont été largement interprétées par les tribunaux comme incluant le droit à un environnement commercial et réglementaire « stable et prévisible » qui permet aux investisseurs de demander une compensation pour les changements dans les législations fiscale et réglementaire⁵. Conséquence de ces interprétations larges, les dispositions du TJE sont devenues à la fois la norme importante de protection la plus fréquemment invoquée mais également la plus controversée dans les arbitrages investisseur-État.

La majeure partie du débat sur le TJE concerne sa relation à la norme du droit international coutumier relative à la protection des étrangers. Même s'il y a toujours eu des incohérences parmi les traités d'investissement au sujet de la formulation des dispositions du TJE, le contraste entre les approches basées sur le DIC et les approches autonomes du TJE font l'objet d'une attention croissante depuis que les États-Unis, le Canada et le Mexique ont publié en 2001 une interprétation formelle de l'article de l'ALENA sur le standard minimum de traitement, précisant que le standard minimum de traitement et son élément de TJE se limitaient à la norme du droit international coutumier relative à la protection des étrangers⁶.

Les États-Unis et le Canada ont continué d'associer le TJE au DIC dans leurs accords internationaux d'investissements suivants et ont été rejoints dans la pratique par d'autres pays, notamment l'Australie et la Nouvelle-Zélande⁷. En théorie, une norme du TJE réellement fondée sur la pratique coutumière des États ne devrait pas porter à controverse, puisqu'elle serait limitée au niveau de protection que les États offrent généralement aux investisseurs étrangers.

Toutefois, les TBI des principaux pays européens exportateurs de capital contiennent généralement des dispositions autonomes du traitement juste et équitable qui ne se limitent pas à la norme de protection du droit international coutumier⁸. Même si le Parlement européen a manifesté son soutien à l'association de la norme du TJE au DIC dans les futurs accords d'investissements de l'UE⁹, la Commission européenne a indiqué que de tels accords devraient inclure les normes de protection les plus élevées des TBI des États membres, notamment, l'on suppose, les dispositions sur le TJE¹⁰. Le Groupe de travail États-Unis-UE de haut-niveau sur l'emploi et la croissance souhaite également un accord États-Unis-UE

incluant « des dispositions en matière de libéralisation et de protection des investissements basées sur les plus hauts niveaux de libéralisation et sur les normes les plus élevées de protection que les deux parties ont négocié jusqu'à présent »¹¹.

Le débat relatif à l'association du TJE au DIC sera probablement une question d'importance dans les négociations relatives à l'ALE entre les États-Unis et l'UE. Cette question est déjà devenue une source de controverse dans les négociations relatives à l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'UE. Un document ayant filtré de la Commission européenne indique que l'insistance du Canada à vouloir que l'AECG inclue une norme du TJE limitée au DIC « est un problème pour l'UE, car cela pourrait réduire de manière significative le niveau ou la protection de l'investissement offert par la norme même du TJE¹².

L'association du TJE au DIC limite-t-elle effectivement son interprétation ?

Bien que le DIC soit sensé se fonder sur la pratique réelle et l'opinio juris des États, en pratique les arbitres ont tendance à définir les normes du TJE associées au DIC de la même manière que la norme autonome : en référence aux précédentes sentences arbitrales et documents universitaires, sans preuve concernant la pratique ou l'opinio juris des États¹³. La sentence récente rendue dans l'affaire *RDC v. Guatemala* illustre bien ce phénomène : le tribunal de l'affaire a rejeté les arguments du Guatemala mais également de trois autres parties à l'ALEAC notamment les États-Unis, selon lesquels la norme du TJE associée au DIC contenue dans l'ALEAC devrait être définie en référence à la pratique réelle et l'opinio juris de l'État.

Le différend est né d'un contrat conclu en 1997 entre RDC et FEGUA, une entreprise appartenant au Guatemala, et visant à fournir des services ferroviaires dans le pays pendant 50 ans. RDC a avancé en 2005 que FEGUA avait violé ses obligations contractuelles en délogeant des squatters du droit de passage des voies de chemin de fer et en réalisant des paiements à un fonds en fiducie de la compagnie des chemins de fer. En 2006, le Guatemala a mis fin au contrat garantissant à RDC le droit d'utiliser les chemins de fer de FEGUA au motif qu'il était contraire à l'intérêt national. RDC a présenté une demande au titre de l'Accord de libre-échange Amérique centrale - République Dominicaine - États-Unis (ALEAC), arguant que le Guatemala avait violé plusieurs dispositions du chapitre de l'ALEAC relatif à l'investissement¹⁴. Le tribunal a conclu qu'en mettant fin au contrat, le Guatemala n'avait pas offert à RDC un traitement juste et équitable, en violation de l'article 10.5 de l'ALEAC, qui stipule que « chacune des parties devra offrir aux investissements couverts un traitement conforme au droit international coutumier, notamment un traitement juste et équitable... »¹⁵.

L'approche utilisée par le tribunal pour identifier la norme pertinente de protection au titre du DIC était bien plus intéressante que sa décision quant à la violation de la norme par le Guatemala. Le Guatemala a avancé

que RDC avait la charge de démontrer la norme pertinente au titre du DIC, et qu'en lui retirant cette charge, il ne pouvait pas simplement s'appuyer sur les sentences précédentes des tribunaux saisis en matière d'investissement pour représenter ou prouver la pratique de l'État¹⁶. Trois autres parties à l'ALEAC, les États-Unis, El Salvador et le Honduras, ont présenté des mémoires des parties tierces dans lesquels elles soutiennent la position du Guatemala selon laquelle RDC avait la charge de démontrer la norme pertinente au titre du DIC basée sur la pratique et l'opinio juris de l'État plutôt que sur les sentences arbitrales¹⁷.

“ La réticence des tribunaux saisis en matière d'investissement à baser leur interprétation du DIC sur la pratique réelle et l'opinio juris des États suggère que des approches plus agressives pourraient être nécessaires afin de dissuader les tribunaux d'adopter des interprétations toujours plus larges du TJE. ”

Le tribunal RDC n'a toutefois pas basé ses conclusions quant à la norme applicable du TJE sur un examen de la pratique et de l'opinio juris de l'État. Il a au contraire adopté la formulation large utilisée par le tribunal de l'affaire *Waste Management II*, un arbitrage en matière d'investissement au titre du chapitre 11 de l'ALENA, qui stipulait que la norme du TJE incluait une procédure régulière, la transparence et la « justice naturelle »¹⁸. Le tribunal de l'affaire RDC a reconnu que la caractérisation de la norme TJE dans l'affaire *Waste Management II* elle-même se basait sur des sentences précédentes au titre de l'ALENA plutôt que sur la pratique de l'État.

Le tribunal a concédé que « les sentences arbitrales ne constituaient pas la pratique de l'État »¹⁹ mais caractérisaient leur utilisation pour définir le DIC comme « efficace ». L'argument utilisé pour justifier le fait de s'appuyer sur des sentences arbitrales pour déterminer le consentement du DIC n'est pas convainquant. Même si les sentences arbitrales peuvent constituer une source « efficace » de témoignages d'opinion quant au consentement du DIC, elles n'ont qu'une valeur probante limitée lorsque, comme dans l'affaire RDC, elles ne se basent pas ou ne sont pas soutenues par des preuves de la pratique et de l'opinio juris de l'État²⁰. En outre, si la norme pertinente du TJE au titre du DIC peut être établie sur la base des sentences arbitrales sans référence à

la pratique et à l'opinio juris de l'État en question, cela rendrait la distinction entre les normes du TJE associées au DIC et les normes autonomes largement inutile.

Options visant à éviter les interprétations excessivement larges du TJE

La sentence de l'affaire RDC et d'autres affaires similaires pourrait inciter les négociateurs à envisager des approches alternatives visant à restreindre la formulation du TJE. Parmi les éventuelles options :

a. Les dispositions sur le TJE pourraient inclure une formulation stipulant qu'un investisseur prétendant qu'un État a violé une obligation du droit international coutumier a la charge de démontrer que l'obligation existe sur la base de preuves de la pratique réelle et de l'opinio juris de l'État, et stipulant qu'une telle obligation ne peut être établie seulement sur la base de sentences arbitrales ou de sources secondaires.

b. Les dispositions sur le TJE pourraient préciser que les affirmations des États au cours de la procédure de l'arbitrage (en tant que défendeurs et en tant que tierces parties) sur la norme de protection au titre du DIC constituent une opinio juris pertinente et démontrent donc la norme pertinente.

c. Les dispositions du TJE pourraient inclure « une liste exhaustive des obligations de l'État au titre du TJE », comme l'a suggéré la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED)²¹.

d. Les dispositions sur le TJE pourraient être tout simplement exclues des accords d'investissement à venir (une autre option identifiée par la CNUCED)²².

Compte tenu des approches du TJE adoptées par les États-Unis et l'UE, les négociations de l'ALE États-Unis-UE sont l'occasion d'explorer certaines de ces options. Il est probable que la disposition relative au TJE soit tout simplement omise de l'accord États-Unis-UE, mais une ou plusieurs des alternatives décrites ci-dessus pourraient à la fois imposer une limitation nécessaire à l'interprétation du TJE par les tribunaux, et restaurer un certain degré de contrôle de l'État quant à son consentement.

Auteur

Matthew C. Porterfield est assistant senior et professeur adjoint à l'Institut Harrison pour le droit public de la faculté de droit de l'Université de Georgetown.

Notes

1 Voir CNUCED, RAPPORT SUR L'INVESTISSEMENT DANS LE MONDE 2012: VERS UNE NOUVELLE GÉNÉRATION DE POLITIQUES DE L'INVESTISSEMENT, disponible sur <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>, page 139 (« Certains tribunaux ont fait une interprétation extensive des disciplines de la clause TJE, qui pèsent sur chaque État, mais plus particulièrement sur les pays en développement et les pays les moins avancés ; un manque de précision subsiste quant au niveau approprié de responsabilité » - traduction non officielle).

2 Voir Cour internationale de justice, Affaire *Continental Shelf (Jamahiriya arabe libyenne v. Malte)*, Jugement, para. 27 (3 juin 1985) (« Il est évident que le droit international coutumier doit être d'abord recherché dans la pratique réelle et l'opinio juris des États... » - traduction non officielle), disponible sur www.icj-cij.org/docket/files/68/6415.pdf.

3 *Railroad Development Corporation (RDC) v. la République du Guatemala*, Affaire CIRDI n°ARB/07/23, Sentence (29 juin 2012) (ci-après « la sentence RDC »), disponible sur <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=viewCase&reqFrom=Home&caselid=C116>.

4 Voir Accord entre la République fédérale d'Allemagne et la République islamique du Pakistan pour la promotion et la protection réciproques des investissements, art. 2.2 (1959), disponible sur <http://www.pakistanembassy.de/index.php?id=198>.

5 Voir, par ex., Occidental Exploration & Prod. Co. v. la République d'Equateur, Sentence finale, paras. 180-92 (1^{er} juillet 2004) (Le changement politique de l'Equateur relative à l'évaluation de la taxe sur la valeur ajoutée violait les droits d'Occidental à un environnement juridique stable et prévisible, « élément essentiel » du TJE).

6 Commission du libre-échange de l'ALENA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11* (31 juillet 2001), disponible sur http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp.

7 Voir par ex., Accord portant création de la zone de libre-échange ANASE-Australie-Nouvelle-Zélande, ch. 11, art. 6(2)(c) (27 févr. 2009), disponible sur <http://www.dfat.gov.au/fta/aanzfta/chapters/chapter11.html#r6>. (« Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » n'exigent aucun traitement supplémentaire ou allant au-delà de celui requis par le droit international coutumier, et ne créent pas de droits substantiels supplémentaire ».)

8 Voir Mahnaz Malik, Best Practices Series *Bulletin #3 — Fair and Equitable Treatment (septembre 2009)* (« Les pays européens ont traditionnellement choisi une norme inconditionnelle du traitement « juste et équitable » qui est au cœur de l'incertitude »), disponible sur http://www.iisd.org/pdf/2009/best_practices_bulletin_3.pdf.

Toutefois, certains membres de l'UE ont lié le TJE au DIC dans leur TBI récents. Voir, Parlement européen, Direction générale des politiques externes, Département thématique, *L'approche européenne de la politique en matière d'investissement international après le Traité de Lisbonne*, page 35 (octobre 2010) (notant que le TJE a été associé au DIC dans « Les TBI conclus récemment par l'Allemagne et ceux conclus entre le Canada et la Lettonie, la Slovaquie, la République tchèque et la Roumanie... ») disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/inta/studiesdownload.html?languageDocument=FR&file=33992>

9 *Résolution du Parlement européen du 6 avril 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux*, page 4 (2010/2203(INI)) (« les futurs accords d'investissement qui seront conclus par l'Union européenne devront reposer sur les bonnes pratiques issues des expériences des États membres et comporter... le traitement juste et équitable, défini en fonction du niveau de traitement établi par le droit coutumier international »), disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0141&language=FR>.

10 « L'Union doit s'inspirer des meilleures pratiques qui existent, de sorte qu'aucun investisseur de l'UE ne soit moins bien loti qu'il ne le serait dans le cadre de TBI conclus par les États membres. » Commission européenne, *Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au comité économique et social européen et au comité des régions, Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux*, COM(2010) 343 finale, page 13 (7 juillet 2010), disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0343:FIN:FR:PDF>.

11 Voir, le Rapport final du Groupe de travail États-Unis-UE de haut-niveau sur l'emploi et la croissance, page 3 (11 février 2013), disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc_150519.pdf.

12 Voir Commission européenne, *EU Canada Comprehensive Trade Agreement - landing zones*, page 9, para. 7(6) (6 novembre 2012), disponible sur http://theyee.ca/Documents/2012/11/27/EU_Postion_Nov2012.pdf.

13 Une exception significative est la sentence rendue dans l'affaire au titre du chapitre 11 de l'ALENA *Glamis Gold v. États-Unis*, Sentence (8 juin 2009), disponible sur <http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf>. Le tribunal de Glamis a indiqué que la charge d'établir que la norme pertinente de protection au titre du DIC se basait sur la pratique et l'opinio juris de l'État revenait au demandeur. Voir *id.* paras. 600-605.

14 Le tribunal a rejeté l'argument de RDC selon lequel le Guatemala avait indirectement exproprié son investissement et lui avait renié son droit au traitement national. Sentence de l'affaire RDC, paras. 152, 155.

15 Sentence de l'affaire RDC, para. 212, citant l'article 10.5 de l'ALEAC.

16 Sentence de l'affaire RDC, para. 159-60.

17 Sentence de l'affaire RDC, para. 207 - 211.

18 Sentence de l'affaire RDC, para. 219, citant *Waste Management, Inc. v. les États-Unis du Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, sentence du 30 avril 2004, para. 98.

19 Sentence de l'affaire RDC, para. 217.

20 Voir REAFFIRMATION (troisième) DE LA LOI DES ÉTATS-UNIS RELATIVE AUX RELATIONS EXTÉRIEURES § 103, cmt. a (1987) (les sentences arbitrales constituent simplement « une preuve secondaire... pouvant être démentie par des preuves primaires, telles que le droit international coutumier par exemple, qui démontre ce qu'est la pratique réelle de l'État ».)

21 Voir CNUCED, RAPPORT SUR L'INVESTISSEMENT DANS LE MONDE 2012: VERS UNE NOUVELLE GÉNÉRATION DE POLITIQUES DE L'INVESTISSEMENT, disponible sur <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>, page 139.

22 La CNUCED a également plaidé pour cette approche. *Id.* Voir également, Format du modèle de Traité bilatéral d'investissement de la Communauté de développement d'Afrique australe et son commentaire (juillet 2012), disponible sur <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>. (« La disposition relative au traitement juste et équitable... est largement controversée. Le comité de rédaction s'est prononcé contre son inclusion dans un traité en raison de ses larges interprétations dans différentes décisions arbitrales ».)

Autoriser des affaires risquées: Les droits de l'homme et le rôle du financement des échanges et des assurances d'investissement bénéficiant d'un soutien public

par Matthias Sant'Ana

article 2



En 1919, le gouvernement britannique a mis en place le premier régime d'assurance-crédit à l'exportation « afin de lutter contre le chômage et de restaurer le commerce extérieur, interrompu par la guerre »¹. D'autres nations industrialisées ont rapidement suivi, créant leurs propres agences afin de combler la défaillance du marché privé dans le domaine du crédit à l'exportation, de contrer les subventions concurrentielles des autres États, de soutenir la politique industrielle nationale et de stimuler les exportations dans un contexte de crises financière et autres, au plan national et à l'étranger. Ces agences de crédit à l'exportation (ACE) devaient en principe se tourner progressivement vers des secteurs de niche au fur et à mesure que les acteurs financiers privés gagneraient en importance, s'intégreraient au niveau mondial, et s'avèreraient plus performants dans l'évaluation et la dispersion des risques.

Le début de la crise financière a toutefois bouleversé ces prévisions, et les ACE sont intervenues pour combler le vide laissé par les institutions financières privées. Toutefois, le rôle étendu joué par les ACE dans le soutien du financement des échanges ne s'est pas accompagné de règles plus fortes traitant les effets des projets financés par les ACE sur les droits humains. Compte tenu des faibles réglementations qui s'appliquent actuellement aux ACE, ce court article avance qu'il faut faire plus pour s'assurer que les projets financés par les ACE n'affectent pas les pays d'accueil.

Le rôle des ECA dans le financement des échanges

L'importance du financement du commerce ne peut guère être sous-estimée. Quatre-vingt à quatre-vingt-dix pour cent des transactions commerciales impliquent un type de crédit, d'assurance ou de garantie². Une évaluation récente des effets de la crise mondiale des crédits sur le financement des échanges estimait la valeur totale des arrangements financiers dans le commerce international à 15,9 trillions USD, desquels environ un dixième transite directement par les ACE³. Selon les données compilées par l'Union de Berne (UB), l'association internationale d'agences de crédits à l'exportation, l'exposition financière de ses membres s'élevait à plus de 1,7 trillions USD en 2011,

parmi lesquels environ 10 % sont des assurances d'investissement, et 37 % des crédits à l'exportation à moyen et long terme⁴.

Les agences de crédits à l'exportation et d'assurances d'investissement⁵ revêtent différentes formes et opèrent de diverses manières, mais quelques caractéristiques communes les différencient des autres parties-prenantes des secteurs du financement du commerce et de l'assurance d'investissement. Sur le plan *formel*, certaines ECA sont incorporées en droit interne comme des services administratifs relevant des ministères, d'autres sont des institutions publiques semi-autonomes, et d'autres encore des entités privées. Parmi ces dernières, certaines sont totalement ou partiellement propriété de l'État, tandis que d'autres sont autorisées par la loi à opérer comme agents de mise en œuvre des politiques publiques spécifiques de crédit à l'exportation, et réalisent une partie de leurs activités pour leur propre compte, et une autre pour le compte du gouvernement. Leur dénominateur commun est que toutes ces agences peuvent compter sur le soutien explicite ou implicite du gouvernement. Ce soutien comporte deux volets : d'une part, par le biais des ACE, il transfère le risque de perte de l'exportateur aux contribuables ; d'autre part, il fait en sorte que les plaintes formulées par ces agences envers les entreprises ou États étrangers soient gérées par le gouvernement, ce qui accroît les chances de recouvrement de la dette. Sur le plan *fonctionnel*, même si les ACE offrent une grande variété de types de transactions, elles ont tendance à se spécialiser dans les opérations à moyen et long terme et à se concentrer sur les risques politiques, plutôt que commerciaux. Elles complètent l'engagement du secteur privé dans les crédits à l'exportation à court terme, généralement moins risqués du fait de leur caractère « auto-liquidant »⁶.

Quatre raisons principales peuvent être avancées pour expliquer l'engagement de l'État dans le secteur des crédits à l'exportation et des assurances d'investissement⁷. La première est liée aux effets qu'ont l'asymétrie et la disponibilité de l'information sur la volonté des marchés privés à assurer des transactions à l'étranger. Au milieu du vingtième siècle, les gouvernements étaient mieux à même de collecter et d'analyser les informations relatives aux risques à l'étranger, et d'influencer d'autres gouvernements. La deuxième raison était liée à la taille des marchés de capitaux, relativement plus petits et segmentés. Les agences de crédit à l'exportation gérées par les gouvernements n'avaient pas à prendre en compte les besoins en capitaux et en devises et pouvaient absorber même d'importantes pertes en les payant avec les deniers publics et en étalant le remboursement sur la durée. En outre, les ACE pouvaient compter sur « le soutien politique » de leur pays d'origine : les États d'origine des ACE pouvaient faire leurs demandes formulées contre des entreprises ou des États étrangers en défaut de paiement. Dans le contexte de la restructuration de la dette, les dettes détenues

par les ACE avaient en pratique un statut préférentiel. La troisième raison était que les États utilisaient les ACE pour soutenir leur politique industrielle et gérer leur niveau d'emploi, ainsi qu'éviter les difficultés liées à la balance des paiements ou soutenir les industries émergentes. Le financement privé manquait, et manque toujours, d'incitants pour *préférer* les exportateurs nationaux à d'autres investissements éventuellement plus lucratifs. Finalement, les États ont créé les ACE pour qu'elles répondent positivement à la contraction du crédit offert par le secteur privé pendant les périodes de crises.

“ Le rôle étendu joué par les ACE dans le soutien du financement des échanges ne s'est pas accompagné de règles plus fortes traitant les effets des projets financés par les ACE sur les droits humains. ”

Les deux premières raisons avancées ont pu perdre quelque peu de leur importance du fait de l'intégration accrue des marchés de capitaux, de la meilleure capacité de la part du secteur privé à évaluer des risques, de l'accroissement des acteurs financiers mondiaux et de l'amélioration du cadre juridique pour l'exécution forcée des accords transnationaux par le biais de l'arbitrage. Mais le rôle des ECA reste essentiel en ce qui concerne les deux derniers objectifs. Depuis le début de la crise, le G20 s'est appuyé sur les agences de crédit à l'exportation et d'assurances d'investissement pour combler le vide laissé par les institutions financières privées contraintes de poursuivre un désendettement accéléré, apportant des garanties publiques à hauteur de 250 milliards USD – rien que pour les années 2009 et 2010 – pour soutenir le commerce international⁸. Cela a entraîné une exposition financière croissante des ECA, qui atteint à présent 1,7 trillions USD, comme nous l'avons déjà mentionné. Ces initiatives se sont accompagnées d'un ensemble de mesures de lutte contre la crise au niveau multilatéral : l'Agence multilatérale de garantie des investissements a presque doublé ses garanties depuis 2008 pour atteindre 5,2 milliards USD en 2011⁹, tandis que les transactions de la Société financière internationale ont augmenté de 35% depuis 2008, pour atteindre 15 milliards USD¹⁰. Les réactions régionales ont été encore plus importantes, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement et la Banque européenne d'investissement avaient mis 27 milliards d'euros à disposition à la fin 2010¹¹.

La réglementation des ACE

Malgré l'importance des ACE dans le soutien de

l'investissement et du commerce mondiaux, la réglementation de leurs activités ne concerne qu'un ensemble limité de questions. Ceci est problématique car les ACE offrent un soutien financier soumis à des conditions, et pour des projets pour lesquels les assureurs privés ne peuvent pas offrir une couverture équivalente, pour des raisons de capacité ou de volonté. Elles assurent les investissements les plus risqués, réalisés dans les régions politiquement et économiquement les plus instables du monde. En tant qu'entités publiques ou entités privées jouissant d'un mandat public, ces agences pourraient devoir rendre des comptes, tant aux institutions démocratiques nationales que, dans une certaine mesure, aux organes internationaux de surveillance, et ce plus facilement que d'autres institutions financières.

C'est pour répondre à la question des subventions concurrentielles que les États ont commencé à envisager de réglementer les ACE dans les années 1960. Les subventions à l'exportation n'étaient en effet pas un domaine important de réglementation avant la création de l'OMC, même si les négociateurs étaient conscients du fait que les bénéfices des réductions des barrières tarifaires seraient annulés si l'on permettait aux États d'imposer des subventions qui fausseraient également le jeu de la libre concurrence. C'est donc dans un souci de garantir un environnement commercial compétitif que l'OCDE a entamé des discussions sur la question des « crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public », menant à l'adoption, en 1978, d'un *gentleman's agreement* sur la question¹². Cet accord a considérablement évolué depuis¹³ et a été « incorporé » par référence dans l'Accord de Marrakech qui institue l'OMC aux points (j) et (k) de la « liste exemplative de subventions à l'exportation » figurant à l'annexe I de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC)¹⁴. Pour résumer, les disciplines internationales en matière de crédits à l'exportation se concentrent sur deux questions : d'une part, la « règle d'équilibrage » interdit aux ACE d'avoir des déficits persistants impliquant que les pertes des ACE soient systématiquement supportées par les contribuables. D'autre part, les ACE ne peuvent offrir des subventions pour les taux d'intérêt en-dessous des niveaux prévus par les accords de l'OCDE, ce qui interdit aux États de subventionner les taux d'intérêts de leurs ACE en-dessous des taux pratiqués par les marchés de capitaux sur des périodes prolongées. Ces deux restrictions visent à instaurer des règles équitables dans les échanges internationaux, et à éviter la répétition de guerres « de subvention des taux d'intérêt ».

Les ACE et les droits de l'homme – la nécessité d'une réglementation plus stricte

Bien que le cadre de l'OCDE ait été récemment renforcé par l'adoption de lignes directrices et d'accords non-contraignants sur les normes relatives à l'environnement¹⁵ et au financement durable¹⁶, ces arrangements n'ont contribué que très peu à dissiper les inquiétudes selon lesquelles les ACE promeuvent des formes néfastes d'exportation et d'investissement. Même si certaines ACE sont aujourd'hui réglementées

de manière plus stricte à l'échelon national, et même si elles ont fait l'objet d'un meilleur examen public que leurs homologues du secteur privé, le caractère résiduel et complémentaire de leur activité principale signifie que les projets les plus risqués soit sont financés par ces agences, soit ne sont pas financés du tout¹⁷. La surveillance nationale des critères de sélection et d'admissibilité utilisés par les ACE est donc de la plus haute importance afin d'assurer que les prêts et garanties souscrits par les contribuables ne finissent pas par soutenir des transactions et des projets dommageables pour le développement humain et la viabilité future de la dette des États importateurs, ainsi que pour la jouissance des droits humains dans ces pays.

Il est permis de douter que les mesures de crise adoptées par les ACE individuelles ou les agences multilatérales ont bien pris en compte les effets socio-économiques ou la viabilité de la dette à moyen et à long terme. Leur précipitation à combler le manque de financement du commerce soulève des inquiétudes concernant le fait que les critères de sélection et d'éligibilité utilisés par les ACE – déjà considérés par la plupart des commentateurs comme trop peu nombreux et faiblement appliqués – n'aient été que trop peu respectés. Cela pourrait entraîner une augmentation, dans la composition des transactions souscrites par les contribuables, des exportations et des projets d'investissement irréflechis et accroître le risque pour les économies en développement et émergentes de se retrouver aux prises avec une dette impayable et contreproductive. Le caractère exceptionnel des mesures adoptées depuis 2008 ne fait qu'exacerber ce qui est en réalité un problème de la position contradictoire occupée par ces agences dans la gouvernance économique mondiale : en tant que instruments de la politique industrielle, ces institutions s'emploient à éviter les difficultés économiques au niveau national, sans grande considération pour les effets que leurs prêts et garanties ont dans les pays importateurs de produits et de capitaux. Toutefois, à l'inverse des acteurs purement privés, les ACE et le soutien qu'elles apportent à des transactions potentiellement néfastes à l'étranger peuvent engager la responsabilité de leur État d'origine en matière de respect des droits humains.

Comme nous l'avons montré ailleurs¹⁸, la Charte des Nations Unies et le droit international des droits humains peuvent être interprétés comme exigeant des États qu'ils s'assurent, au minimum, que la réglementation économique du commerce et de l'investissement mondiaux n'entrave pas le développement et n'entraîne pas d'effets négatifs prévisibles et évitables sur les droits humains à l'étranger. Il s'agit également d'une obligation de « *due diligence* ». En effet, les agences de crédit à l'exportation s'appuyant sur une garantie publique explicite ou implicite devraient s'assurer que la procédure de sélection évalue l'impact des projets sur les droits humains et leurs résultats sur le développement en général. Cependant, d'un point de vue plus général, il vaut la peine de se demander quelle

politique réglementaire les États devraient mener lors de la définition des mandats de leurs propres ACE. L'approche étroite consistant à poursuivre « l'équité commerciale » par temps de stabilité et à « combler le vide de financement du commerce » par temps de crise n'a pas bien fonctionné, et a, de surcroît, annulé la plupart des bénéfices de l'aide officielle au développement¹⁹. Il est temps d'évaluer correctement le coût des externalités des politiques industrielles des pays développés et de faire face à leurs effets distributifs internes et internationaux.

Auteur

Matthias Sant'Ana est chercheur doctorant au Centre de droit international et européen et chercheur associé au Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain.

Notes

1 Delio E. Gianturco, *Export Credit Agencies: The Unsung Giants of International Trade and Finance*. Westport, CT: Greenwood Publishing Group, 2001, p. 41.

2 M. Auboin, 'Restoring Financial Trade During a Period of Financial Crisis: Stock-Taking of Recent Initiatives', *Document de travail de l'OMC* (ERSD-2009-16), 2009, disponible sur <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535309> (visionné le 26 mars 2012), p. 2.

3 J.P. Chauffour et M. Malouche (eds), *Trade Finance During the Great Trade Collapse*. Washington : Publications de la Banque mondiale, 2011, p. 4.

4 Union de Berne, *Statistiques 2007-2011*, disponible sur <<http://www.berneunion.org/pdf/Berne%20Union%202012%20-%20Charts%20and%20numbers%20for%20website.pdf>>

5 Les agences de crédit à l'exportation et les agences d'assurance d'investissement sont parfois regroupées dans une seule entité, et parfois gérées par des agences aux statuts juridiques différents. Aux États-Unis par exemple, la Banque d'import-export des États-Unis (Eximbank) gère les crédits à l'exportation tandis que l'Overseas Private Investment Corporation (OPIC) offre des assurances contre les risques politiques aux investisseurs américains cherchant à garantir leur investissement étranger direct. Afin de simplifier l'article, nous faisons indistinctement référence à ces deux types d'agences sous le même sigle.

6 M. Auboin, 'International regulation and Treatment of Trade Finance: What are the Issues?', *Document de travail de l'OMC* (ERSD-2010-09), février 2010, p. 1.

7 Malcolm Stephens, *The Changing Role of Export Credit Agencies*, Washington : Fonds monétaire international, 1999, pp. 29-30, (qui répertorie 10 raisons la « sagesse conventionnelle » de l'implication de l'État).

8 M. Auboin, 'Restoring Financial Trade During a Period of Financial Crisis: Stock-Taking of Recent Initiatives', *Document de travail de l'OMC* (ERSD-2009-16), disponible sur <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535309>

9 AGIM, *rapport annuel 2011*, Washington : Publications de la Banque mondiale, p. 4.

10 SFI, *rapport annuel 2012*, Washington : Publications de la Banque mondiale, p. 25.

11 BERD, BEL, BM, *Final Report on the Joint IFI Action Plan*, mars 2011, disponible sur <http://www.ebrd.com/downloads/news/Final_Report_on_Joint_IFI_Action_Plan_Feb_2011.pdf>, pp. 12-16.

12 OCDE, *Arrangement sur les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public*, 1978.

13 La dernière édition de l'Arrangement a été adoptée en janvier 2013. Cependant, et c'est là le plus important, d'autres accords de l'OCDE concernent les mesures applicables à des secteurs spécifiques (aéronautique, etc.) ou offrent des directives précises concernant les normes liées à l'environnement, la corruption ou les prêts durables. Ces accords peuvent être consultés à l'adresse <<http://www.oecd.org/fr/tad/xcred/>>.

14 *Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, 15 avril 1994, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, Annexe 1A, 1869 R.T.N.U. 14.

15 OCDE, *Recommandation du Conseil sur des approches communes concernant l'environnement et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public* [TAD/ECG(2012)5].

16 OCDE, *Principes et lignes directrices favorisant des pratiques de financement soutenable dans les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public accordé aux pays à faible revenu*, 22 avril 2008 [TAD/ECG(2008)15].

17 J'ai abordé cette question plus en détails dans 'Risk Managers or Risk Promoters? The impacts of export credit and investment guarantee agencies on human development and human rights', in Olivier De Schutter, Johan Swinnen, Jan Wouters (eds), *Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International Investment* (New York: Routledge, 2013), pp. 189-232.

18 *ibid.*, pp. 208ff.

19 Voir à ce sujet, Eurodad, *Responsible Finance Charter*, 2011, disponible à l'adresse suivante <http://eurodad.org/uploadedfiles/whats_new/reports/charter_final_23-11.pdf>, p. 3.

Comment intégrer les obligations relatives aux droits humains dans les traités bilatéraux d'investissement?

par Patrick Dumberry et Gabrielle Dumas Aubin

article 3



Les traités bilatéraux d'investissement (TBI) sont, dans leur forme actuelle, essentiellement asymétriques. Les investisseurs étrangers se voient ainsi accorder des *droits* considérables en vertu de ces traités sans pour autant être soumis à des *obligations* spécifiques. Dans ce contexte, une question de plus en plus abordée par les universitaires et la société civile consiste à se demander s'il ne faut pas un plus grand équilibre dans les TBI entre les intérêts légitimes des investisseurs et ceux des pays d'accueil. Cette question s'inscrit dans un débat plus large par rapport à la question de savoir comment devaient être traitées les violations des droits humains commises par les entreprises réalisant des activités lucratives à l'étranger. Certains instruments internationaux, tels que les traités internationaux relatifs aux droits humains, abordent directement la question des activités des entreprises. Les obligations contenues dans ces instruments ne sont toutefois contraignantes que pour les États contractants et non pour les entreprises elles-mêmes¹. Le droit international n'impose actuellement aucune obligation juridique directe aux entreprises². Le droit international n'empêche cependant pas les pays de signer des traités (tels que les TBI) qui imposeraient aux entreprises des obligations en matière de droits humains.

Ce bref article étudie une option prometteuse, soit celle d'imposer directement aux entreprises des obligations relatives aux droits humains et autres droits dans les TBI³. Très peu de TBI font directement référence à la question des droits humains. Or, lorsque c'est le cas, ils n'imposent aucune obligation contraignante aux entreprises étrangères. Par conséquent, dans le contexte de procédures d'arbitrage dans le cadre d'un TBI⁴, les préoccupations en matière de respect des droits humains ne peuvent être soulevées devant les tribunaux arbitraux que dans des circonstances très limitées. Nous présentons ci-dessous une analyse concrète sur la manière de rédiger (ou de modifier) les TBI afin d'y intégrer d'autres obligations que celles relatives à l'investissement.

La première question consiste à savoir dans quelle section du TBI devrait-on inclure les obligations relatives aux droits humains imposées aux investisseurs. Faire référence aux responsabilités des entreprises dans le préambule du TBI aurait sans doute un effet positif. Le préambule est en effet une partie importante du traité car, en plus de donner des informations sur son contexte, il permet d'indiquer l'objet et la finalité de celui-ci. Une simple référence aux droits humains dans le préambule ne serait cependant pas

suffisante pour créer d'importantes obligations pour les investisseurs. Une alternative plus prometteuse consiste à créer et mentionner expressément les obligations relatives aux droits humains dans le texte du TBI. Une autre question toute aussi importante est celle des termes qui devraient être utilisés. Le simple fait d'*encourager* les investisseurs à faire quelque chose s'est avéré inefficace par le passé et rien ne laisse présager qu'il puisse en être autrement dans l'avenir. Il est donc essentiel d'inclure une disposition créant des obligations juridiques qui contraignent les entreprises à adopter un certain comportement. Cette disposition devrait également prévoir un mécanisme permettant à un tribunal arbitral de sanctionner efficacement le non-respect de ces obligations.

Une approche pragmatique milite en faveur de limiter la portée des obligations imposées aux entreprises dans les TBI à celles relevant des domaines suivants du droit : les droits humains, le droit du travail, la protection de l'environnement ainsi que la lutte contre la corruption. Mais comment devrait-on incorporer ces obligations dans les TBI ? Les parties pourraient décider elles-mêmes des obligations qu'elles souhaitent inclure dans le TBI dans le cadre des négociations du traité. Le désavantage d'une telle solution est que de telles négociations seraient probablement très longues et donneraient lieu à de nombreuses controverses ce qui diminue les chances d'en arriver à un accord. Une solution plus simple serait que les TBI fassent directement référence aux cinq instruments internationaux suivants que les entreprises devront respecter : *la Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948), *le Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques* (1966), *la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail* (1998), *la Convention des Nations Unies contre la corruption* (2003) et *la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* (1992).

Voici quelques arguments qui militent en faveur de cette façon de faire. Premièrement, ces instruments ont été ratifiés ou adoptés par un nombre important d'États. Il est en effet plus facile de convaincre des États d'intégrer des obligations relatives aux droits humains quand les principes contenus dans ces quelques instruments ne portent pas à controverse et sont soutenus par la grande majorité d'entre eux. En fait, les dispositions de certains de ces instruments sont considérées comme relevant du droit international coutumier. Deuxièmement, ces cinq instruments sont déjà acceptés par un grand nombre d'entreprises comme principes directeurs de conduite pour la réalisation de leurs activités à l'étranger. Dans une étude menée auprès des représentants des entreprises multinationales, John Ruggie, l'ancien Représentant spécial des Nations Unies pour les droits de l'homme et les entreprises, en arrive à la même conclusion⁵. Aussi, pas moins de 8 700 entreprises et autres parties prenantes provenant de plus de 130 pays se sont engagées à respecter les dix principes universels tirés des cinq instruments déjà mentionnés, dans le cadre du « Pacte mondial des Nations Unies », une initiative non-contraignante⁶. Ces dix principes ont également été acceptés par un nombre considérable d'États par le biais d'une résolution de 2010 de l'Assemblée générale des Nations Unies⁷. À notre avis, les États seront plus enclins à l'imposition d'obligations juridiques internationales aux entreprises si celles-ci bénéficient d'un large soutien au sein du monde des affaires, comme c'est le cas pour ces cinq instruments.

Ces cinq instruments internationaux ne sont certainement pas les seuls pouvant être mentionnés dans les TBI. On pourrait également faire référence, par exemple, à certains instruments de droit non-contraignants (« soft law ») adoptés par certains États, comme par exemple la *Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales ou les Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales*. Le problème évident d'une telle proposition est la nature non-contraignante de ces instruments. S'il est vrai que ces instruments incluent *certain*s principes contenus dans d'autres traités internationaux contraignants pour les États, les autres principes qui y sont inclus n'imposent toutefois aucune obligation aux parties. Aussi, il est peu probable que les États soient d'accord pour "transformer" ces instruments de *soft law* en normes juridiques contraignantes par leur simple incorporation dans des TBI.

La mention expresse de certains traités internationaux imposant des obligations aux entreprises dans un TBI n'est que la première étape à envisager lorsqu'on souhaite renforcer la protection des droits humains dans le cadre d'un TBI. La clause du traité relative au règlement des différends investisseur-État doit également inclure une disposition indiquant spécifiquement comment les obligations en matière de droits humains imposées aux entreprises peuvent être concrètement mises en œuvre par un tribunal arbitral. Cette disposition doit stipuler clairement qu'un tribunal arbitral a compétence par rapport aux allégations de violations des droits humains commises par les entreprises. Au moins trois modalités d'exécution peuvent être envisagées dans une clause de règlement des différends investisseur-État. Nous avons déjà proposé par ailleurs des exemples spécifiques de rédaction pour chacune d'elles⁸.

D'abord, le respect des obligations relatives aux droits humains par un investisseur pourrait être fixé comme condition préalable à la protection qui lui est offerte au titre d'un TBI. Il s'agit de la doctrine des « mains propres »⁹. Les parties contractantes sont en effet libres de limiter le consentement à l'arbitrage aux différends respectant des critères précis. Aussi, rien ne les empêche de conditionner l'attribution de protections importantes à l'investisseur à son respect des obligations relatives aux droits humains fondamentaux. Si un tribunal conclut qu'une entreprise a violé les droits de l'homme, allant ainsi à l'encontre de ses obligations au titre du TBI, il pourrait déclarer irrecevable la demande de l'investisseur. En fait, plusieurs tribunaux arbitraux ont déjà utilisé, d'une certaine manière, la doctrine des mains propres et se sont déclarés incompétents ou ont jugé une requête irrecevable au motif que la conduite d'un investisseur était illégale, comme par exemple dans des cas de fausse représentation, de fraude ou de corruption. À notre avis, la solution qui a prévalu jusqu'à présent dans les cas de corruption devrait, *a fortiori*, s'appliquer lorsqu'un tribunal conclut qu'une entreprise a commis des violations des droits humains contraires à ses obligations au titre d'un TBI.

Une deuxième possibilité consiste à autoriser un investisseur à formuler une demande même en cas de violation des droits humains, mais à également autoriser l'État défendeur à soulever ces allégations dans le cadre de sa défense au cours de la procédure arbitrale. Il s'agit de l'option de « l'atténuation des dommages ». Un tribunal tiendrait donc compte de ces allégations dans sa décision quant au fond du différend. De telles allégations devraient également influencer le tribunal dans son évaluation des dommages demandés par un investisseur à titre de compensation. Une troisième possibilité, « la demande reconventionnelle

», est en fait une variante de la précédente option. En vertu de cette option, un investisseur-demandeur serait autorisé à présenter une demande même en cas de violations des droits humains, mais l'État défendeur serait autorisé à présenter une demande reconventionnelle afin de réclamer des dommages en raison des violations des droits humains commises par l'investisseur. La possibilité de présenter de telles demandes reconventionnelles pour un État devraient être expressément autorisée dans la clause relative au règlement des différends investisseur-État d'un TBI.

À l'heure actuelle, la perspective d'une nouvelle génération de TBI équilibrant les droits et les obligations des entreprises reste incertaine. Il ne semble pas y avoir de volonté politique claire de la part des États à cet égard. En fin de compte, tous les pays, tant développés qu'en développement, gagneraient beaucoup à exiger de tels changements dans les traités futurs. Nous pensons que les pays émergents (qui se trouvent le plus souvent dans la position de l'État d'accueil) seront de plus en plus conscients des avantages de telles propositions de changements, puisqu'elles leur offrent des munitions supplémentaires dans leur défense dans le cadre d'arbitrage intentés par des investisseurs étrangers. Les objections à ces propositions de changements pourraient venir des pays exportateurs de capital qui cherchent, en signant des TBI, à offrir d'importantes protections juridiques à leurs investisseurs nationaux investissant à l'étranger. Pourtant, les préoccupations quant aux éventuels effets négatifs des activités des entreprises sur les populations locales, en matière de droits humains, se font de plus en plus entendre. Nous pensons qu'une façon simple et appropriée pour les États exportateurs de capital de répondre à ces récriminations d'une partie de la société civile serait de conclure des TBI imposant aux entreprises des obligations en matière de droits humains.

Auteur

Patrick Dumberry est professeur à la Faculté de droit (Section droit civil) de l'Université d'Ottawa (Patrick.dumberry@uottawa.ca). Gabrielle Dumas-Aubin est étudiante à l'École du Barreau du Québec.

Notes

1 « Les entreprises et les droits de l'homme : analyse des normes internationales relatives à la responsabilité sociale et à la transparence des entreprises », Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, M. John Ruggie, UN Doc. A/HRC/4/035 (9 février 2007), para. 44.

2 À l'exception notable des normes péremptoires du droit international (normes *jus cogens*) au titre desquelles les entreprises peuvent être tenues directement responsables.

3 Patrick Dumberry et Gabrielle Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations under Investment Treaties?", 4 *Yearbook on International Investment Law and Policy* (2011-2012), p. 569-600.

4 Patrick Dumberry et Gabrielle Dumas-Aubin, "When and How Allegations of Human Rights Violations Can Be Raised in Investor-State Arbitration", 13(3) *Journal of World Investment & Trade* (2012), p. 349-372.

5 « Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises », John Ruggie, E/CN.4/2006/97 (22 février 2006), p. 34.

6 Nations Unies, le Pacte mondial – Les dix principes, disponible sur http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/dix_principes.html (dernière visite le 2 février 2013).

7 Nations Unies, le Pacte mondial, résolution 64/223 de l'AG des NU, 25 mars 2010.

8 Dumberry et Dumas-Aubin, *supra* note 3, p. 589 ff.

9 Patrick Dumberry et Gabrielle Dumas-Aubin, "The Doctrine of "Clean Hands" and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law", *Transnational Dispute Management Special Issue: Aligning Human Rights and Investment Protection* (2013), 10(1).

Les réparations dans l'arbitrage investisseur-État

La perspective de l'intérêt public

par Margaret B. Devaney

article 4



« Il serait en effet étrange que les conséquences de l'acceptation d'un traité bilatéral d'investissement prennent la forme de responsabilités « susceptibles d'entraîner des répercussions catastrophiques pour les moyens d'existence et le bien-être économique des populations » de l'État d'accueil ».

Cette citation de l'opinion divergente du Professeur Brownlie sur les problèmes lors de la phase de la détermination du montant de l'indemnisation de l'affaire *CME v. la République Tchèque*¹ souligne les effets potentiellement délétères d'une décision relative aux dommages et intérêts lors d'un arbitrage investisseur-État, et plus généralement, met en lumière le croisement potentiel entre les réparations accordées au titre de l'arbitrage investisseur-État et les questions d'intérêt public². Si un important corpus littéraire présente les tensions entre la souveraineté réglementaire et la protection des investissements dans le droit international des investissements, et analyse l'équilibrage des intérêts publics et privés dans la pratique arbitrale, seule une poignée de ces ouvrages mentionnent les considérations d'intérêt public lors de la phase de la réparation du processus de l'arbitrage investisseur-État³. A l'inverse, la littérature relative à la réparation accordée dans l'arbitrage investisseur-État vise principalement à décrire les mécanismes des méthodes complexes d'évaluation appliquées par les tribunaux arbitraux au titre des traités d'investissement lors de l'évaluation des dommages et intérêts plutôt qu'à considérer le rôle éventuel des considérations d'intérêt public dans la phase de la réparation.

À quelques exceptions près, cette tendance semble être similaire à celle de la pratique arbitrale. Les concepts d'intérêt public, d'autonomie réglementaire ou de développement durable n'ont été que trop rarement mentionnés par les tribunaux investisseur-État à l'heure de déterminer le montant des dommages et intérêts ou de l'indemnisation accordée aux investisseurs-demandeurs⁴. Les mentions existantes renient en général la pertinence de telles considérations lors de la phase de la réparation, en tous cas dans les

circonstances spécifiques de l'affaire en question⁵. Cela est vrai pour les deux normes existantes de « la juste valeur marchande » pour les expropriations licites et « la réparation intégrale » pour les expropriations illicites, qui proviennent des règles relatives à la responsabilité de l'État au titre du droit international.

Par exemple, à l'heure de déterminer le montant de l'indemnisation à accorder pour une expropriation licite, sur la base de la norme de la « juste valeur marchande », le tribunal de l'affaire *Santa Elena v. Costa Rica* a remarqué que le fait que la propriété ait été prise à des fins publiques légitimes, en l'occurrence la protection de l'environnement, n'altérerait pas le montant de l'indemnisation devant être payé. Le même tribunal remarqua également que la source internationale de l'obligation de protéger l'environnement n'avait aucun effet sur le montant de l'indemnisation à payer⁶.

De la même manière, pour ce qui est de « la réparation intégrale » ou la norme de *Chorzów Factory*⁷ applicable aux violations illicites, la seule reconnaissance explicite et substantielle des considérations d'intérêt public ont été mentionnées à travers la distinction faite entre l'expropriation licite et illicite dans *ADC v. Hongrie* et les décisions suivantes⁸. Avant la décision de l'affaire *ADC*, les tribunaux arbitraux appliquaient généralement la norme du traité relative à l'expropriation licite afin de déterminer le montant des dommages et intérêts pour les expropriations illicites, même en cas de multiples violations du traité⁹. Toutefois, dans l'affaire *ADC v. Hongrie*, c'est la norme de la réparation intégrale qui a été appliquée et non celle présente dans le traité d'investissement en question. L'investisseur détenait un ensemble de droits relatifs au développement de l'aéroport de Budapest, expropriés juste au moment où le trafic de passager allait augmenter de manière importante. Puisque la valeur de l'investissement avait augmenté entre la date de l'expropriation et celle de la sentence, un montant supplémentaire a été accordé conformément à la norme de « la réparation intégrale ». Le tribunal de l'affaire *ADC* a toutefois remarqué qu'une telle augmentation de valeur entre la date de l'expropriation et celle de la sentence était inhabituelle, peut-être même unique.

Malgré le manque actuel de références aux considérations d'intérêt public lors de la détermination du montant des dommages et intérêts ou de l'indemnisation devant être accordée à l'investisseur-demandeur, il existe un lien étroit entre la conception et l'application d'une réparation et la manière dont ces droits protégés par la réparation s'équilibrent avec les objectifs de politique publique¹⁰. Cette fonction sociale de la réparation a été reconnue dans les affaires de droit public dans les systèmes juridiques nationaux, dans lesquelles l'équilibre entre les droits de la partie lésée et ceux des intérêts publics se fait généralement dans la détermination du montant de la réparation devant être accordée¹¹. Dans l'arbitrage investisseur-État, si certains (mais certainement pas tous) tribunaux reconnaissent

qu'il faut équilibrer les intérêts de l'État d'accueil et de l'investisseur pour évaluer la responsabilité lors de l'examen quant au fond, et ont appliqué le test de proportionnalité à cette fin, ce choix normatif n'a pas sensiblement affecté l'approche de ces tribunaux pour l'évaluation du montant des dommages et intérêts ou de l'indemnisation devant être payé par l'État d'accueil.

J'avance qu'afin de garantir un équilibre optimal entre les intérêts de l'État d'accueil et ceux de l'investisseur, la base normative jugée appropriée lors de la phase de l'examen quant au fond devrait en fait être conservée également pour la phase de la détermination de la réparation¹². Cela donnerait aux tribunaux une plus grande flexibilité pour tenir compte des nuances existant dans la relation entre l'investisseur et l'État d'accueil plutôt que d'exiger d'eux une approche de la responsabilité de type « tout ou rien ». Une telle flexibilité est absolument nécessaire compte tenu que le manque de flexibilité démontré par les arbitres lors de l'interprétation des contrats à long-terme et des traités d'investissement lorsqu'ils font face à des changements fondamentaux dans les circonstances (comme par exemple des problèmes économiques) a été identifié comme un facteur clé à l'origine du retour de bâton contre l'arbitrage en matière d'investissement¹³.

En fait, la phase de la réparation peut être considérée comme « la phase naturelle » pour l'équilibrage des intérêts puisque les tribunaux statuant sur des affaires relevant d'un traité d'investissement jouissent d'une marge de discrétion beaucoup plus importante lors de la phase de la réparation que d'autres phases de l'arbitrage. Cela permet aux tribunaux d'évaluer approximativement une indemnisation ou des dommages et intérêts ou de s'appuyer sur des « considérations équitables » ou des « principes équitables » pour justifier une sentence spécifique¹⁴. Par exemple, dans *AMT v. Zaire*, le tribunal nota qu'il exerçait « son pouvoir discrétionnaire et souverain pour déterminer le montant de l'indemnisation... en tenant compte des circonstances du cas d'espèce »¹⁵. De la même manière, dans *Santa Elena v. Costa Rica*, le tribunal « a procédé au moyen d'un processus d'approximation » basé sur la communication par les parties de la valeur de la propriété à la date de l'expropriation¹⁶.

Dans tous les cas, l'application des normes de « la juste valeur marchande » et de « la réparation intégrale » implique un élément significatif de discrétion arbitrale¹⁷. Par exemple, les tribunaux statuant sur les traités d'investissement doivent déterminer communément la « juste valeur marchande » d'un bien unique que le vendeur ne souhaite pas vendre et pour lequel aucun acheteur potentiel ne se manifesterait après une expropriation¹⁸, ce qui signifie que la valeur marchande du bien doit être évaluée en référence à d'autres facteurs. De la même manière, la norme de « la réparation intégrale » implique d'imaginer le cours alternatif des événements qui aurait eu lieu si l'acte illicite ne s'était pas produit pas produit : un exercice qui exige de laisser aux arbitres une certaine marge de discrétion¹⁹.

Aussi, les normes d'évaluation actuelle de la « juste valeur marchande » et « la réparation intégrale » devraient être examinées d'un œil critique afin de déterminer la mesure dans laquelle elles peuvent tenir compte des considérations d'intérêt public, étant donné la discrétion que les arbitres peuvent exercer lors de l'application de ces normes et lors de l'évaluation des dommages et intérêts ou de l'indemnisation. Ces normes d'évaluation ont l'avantage d'apporter une dose de certitude au processus d'évaluation (au moins en théorie) et cela ne devrait donc pas être sacrifié allègrement. Il se pourrait par exemple que les difficultés économiques de l'État d'accueil soient prises en compte, dans la plupart des cas, lors du calcul des dommages et intérêts ou de l'indemnisation conformément à ces normes. Aussi, en appliquant la norme de « la réparation intégrale », la situation hypothétique de l'investisseur si l'acte illicite n'avait pas eu lieu, aurait été affectée (certainement de manière négative) par les conditions économiques de l'État d'accueil et cela doit apparaître dans le calcul des dommages et intérêts. De la même manière, les conditions économiques de l'État d'accueil au moment de l'expropriation affecteront en général la « juste valeur marchande » du bien exproprié²⁰.

“ La littérature relative à la réparation accordée dans l'arbitrage investisseur-État vise principalement à décrire les mécanismes des méthodes complexes d'évaluation appliquées par les tribunaux arbitraux. ”

Concernant les possibilités d'Accords internationaux d'investissement (AII), nouveaux ou renégociés, il est intéressant de noter que le nouveau Cadre directeur pour l'investissement au service du développement durable de la CNUCED (IPFSD)²¹ inclut différentes options liées à la phase de la réparation parmi les options de formulation à l'intention des législateurs, plusieurs d'entre elles exigeraient une dérogation des normes actuelles prévalant en matière d'évaluation. L'IPFSD suggère par exemple une option politique stipulant que le montant de l'indemnisation doit être « équitable compte tenu des circonstances de l'affaire », et suggérant que des règles spécifiques relatives aux dommages et intérêts en cas de violation du traité pourraient être définies, comme par exemple l'exclusion de la possibilité de récupérer les dommages punitifs et/ou moraux, limiter la récupération des profits perdus (jusqu'à la date de la sentence) ou garantir que le montant des dommages et intérêts à payer est raisonnable au vu du niveau de développement du

pays²². L'IPFSD suggère également que les AIIs futurs pourraient stipuler que le non respect des normes universellement reconnues, telles que la Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales²³, les Principes directeurs des Nations Unies pour les entreprises et les droits de l'homme²⁴, ou des normes applicables en matière de responsabilité sociale des entreprises²⁵, peuvent être prises en compte par les tribunaux lors de l'interprétation et de l'application des dispositions du traité et lors de la détermination du montant des dommages et intérêts dus à l'investisseur²⁶.

Certaines suggestions de l'IPFSD devraient s'avérer plus pratiques que d'autres, et plusieurs d'entre elles pourraient être considérées comme affaiblissant trop la protection offerte aux investisseurs étrangers au titre des AIIs. En outre, puisque ce n'est pas là le rôle de l'IPFSD, aucune directive ou suggestion n'est offerte sur la manière dont les réformes des AIIs à venir et affectant les différentes étapes de l'arbitrage pourraient s'interconnecter, et notamment, comment les réformes liées à la phase de l'examen quant au fond pourraient interagir sur les dispositions relatives à la réparation. Toutefois, l'inclusion de suggestions relatives à la réparation dans le menu d'options politiques de l'IPFSD doit être saluée car elle ouvre le débat sur le rôle de la réparation dans l'arbitrage investisseur-État du point de vue de l'intérêt public/du développement durable.

Pour conclure, malgré le corpus littéraire grandissant sur l'équilibre des intérêts publics et privés dans l'arbitrage investisseur-État et une conscience croissante de la part des tribunaux arbitraux qu'il faut tenir compte des intérêts publics lors de l'application et de l'interprétation des droits des investisseurs, la phase de la réparation reste largement ignorée de ce point de vue. De la même manière, l'équilibrage ou non des intérêts publics et privés lors de la phase de la réparation pourrait atténuer certaines difficultés liées à l'équilibrage de ces intérêts lors de l'examen quant au fond, qui n'ont pas été traitées en détail. Nous estimons qu'il vaudrait la peine d'examiner ces questions dans le cadre d'une approche intégrée de la promotion des préoccupations en matière de développement durable dans l'arbitrage investisseur-État et, plus généralement, dans le droit international des investissements.

Auteur

Margaret Devaney est doctorante au Centre d'étude du droit commercial, de l'Université Queen Mary de Londres.

Notes

1 Professeur Ian Brownlie, Opinion distincte sur les problèmes lors de la phase du montant de la réparation de l'affaire CME v. la République Tchèque, 13 mars 2003, paragraphe 78 ; voir également paragraphes 31, 32, 58 et 74-80.

2 Dans cet article, « les considérations d'intérêt public » font référence à l'autonomie réglementaire de l'État d'accueil ainsi que les objectifs publics légitimes qui sous-tendent la réglementation de l'État d'accueil dans des circonstances où les mesures législatives sont remises en cause au titre des traités d'investissement.

3 Voir, par exemple, Ursula Kriebaum, 'Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State', (2007) 8(5) Journal of World Investment and Trade 726 ; Laura Liberti, 'The Relevance of Non-Treaty Investment Obligations in Assessing Compensation' dans Pierre-Marie Dupuy et al. (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford University Press, 2009) 557-564 ; T. W. Wälde et B. Sabahi, 'Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law',

4(6) Transnational Dispute Management ; M. Toral et T. Schultz, 'The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox considerations' dans Michael Waibel, Asha Kaushal, et al (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration* (Kluwer Law International, 2010), 582-583 ; Filip Balcerzak, 'Determination of compensation in investor-state arbitrations: is there a place for human rights arguments?', Article présenté lors de la Première conférence des diplômés et jeunes professionnels/universitaires de la Society of International Economic Law, Hamburg, 27 et 28 janvier 2012 ; Ioana Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment* (Oxford University Press, 2008), chapitre 7 ; Andreas Kulick, *Global Public Interest in International Investment Law* (Cambridge University Press, 2012), chapitre 5 ; Diane Desierto, 'Human Rights and Investment in Economic Emergencies: Conflict of Treaties, Interpretation, Valuation Decisions', présenté lors de la 3^{ème} conférence mondiale biennale de la Society of International Economic Law (SIEL), juillet 2012.

4 Dans cet article, le terme « indemnisation » sera utilisé pour faire référence au paiement monétaire réalisé suite à une expropriation réalisée dans l'intérêt public, de manière non-discriminatoire et conformément à une procédure régulière (une « expropriation licite ») et le terme « dommages et intérêts » pour faire référence aux paiements monétaires réalisés suite à un comportement illicite, notamment les expropriations illicites.

5 Voir, par exemple, *Siemens v. Argentine*, Sentence et opinion distincte, Affaire CIRDI n°ARB/02/8, IIC 227, paragraphes 349-354.

6 Affaire CIRDI n°ARB/96/1, 17 février 2000, paragraphes 71-72.

7 Cour permanente de justice internationale, *Case Concerning the Factory at Chorzów*, jugement, Séries A, n.7, 13 septembre 1928, 47.

8 Affaire CIRDI n°ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006, paragraphe 496 ; voir également *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. v. la République d'Argentine*, Affaire CIRDI n°ARB/97/3, Sentence du 20 août 2007 de l'affaire présentée de nouveau, 243, paragraphe 8.2.3 et seq.

9 Voir, par exemple, *Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. Les États-Unis du Mexique*, Affaire CIRDI n°ARB(AF)/99/2 et *Metalclad v. Mexique*, Affaire CIRDI n°ARB(AF)/97/1 (ALENA), Sentence du 30 août 2000.

10 Anne van Aaken, 'Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: a Functional and Comparative view' dans Stephan W. Schill (ed.) *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press, 2010) 721-754 pages 722-723 ; Borzu Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice* (Oxford University Press, 2011), 186 ; Dinah Shelton, 'Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility' (2002) 96 Am. J. Int'l L. 833 page 845.

11 Irmgard Marboe, 'State Responsibility and Comparative State Liability for Administrative and Legislative Harm to Economic Interests' dans Stephan W. Schill (ed.) *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford University Press, 2010) 377-408.

12 Voir Christopher Serkin, 'The Meaning of Value: Assessing Just Compensation for Regulatory Takings' 99 NW. U. L. REV. 677, 742 (2005) qui présente un argument similaire lié à l'évaluation de l'indemnisation pour la saisie de propriété dans la jurisprudence américaine.

13 Louis T Wells, 'Backlash to Investment Arbitration: Three Causes' dans Michael Waibel, Asha Kaushal, et al (eds) *The Backlash against Investment Arbitration* (Kluwer Law International, 2010) 341-352.

14 Sergey Ripinsky et Kevin Williams, *Damages in International Investment Law* (British Institute of International and Comparative Law, 2008) 124-126 ; voir également *Aminoil v. Kowait*, 21 ILM 976, 24 mars 1982, paragraphes 78 et 142, *Santa Elena v. Costa Rica*, Affaire CIRDI n°ARB/96/1, 17 février 2000, paragraphes 92 et 103.

15 Affaire CIRDI n° ARB/93/1, Sentence, 5 CIRDI Rep. 11, paragraphe 7.16.

16 Affaire CIRDI n° ARB/96/1, 17 février 2000, paragraphes 92-103.

17 Christopher Serkin, 'The Meaning of Value: Assessing Just Compensation for Regulatory Takings', 99 NW. U. L. REV. 677, 725-27 (2005) ; Diane Desierto, 'Human Rights and Investment in Economic Emergencies: Conflict of Treaties, Interpretation, Valuation Decisions', présenté lors de la 3^{ème} conférence mondiale biennale de la Society of International Economic Law (SIEL), juillet 2012, 46.

18 Mark Kantor, 'Valuation for Arbitration: Uses and Limits of Income-Based Valuation Methods' 4(6) Transnational Dispute Management 15.

19 Irmgard Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law* (Oxford University Press, 2009) paragraphes 3.335-3.338 ; voir Mark Kantor, *Valuation for Arbitration* (Kluwer Law International 2008), 135-137 citant Sergey Ripinsky, 'Damnum Emergens and Lucrum Cessans: Is it Relevant?', présenté lors du 8^{ème} Investment Treaty Forum, British Institute of International and Comparative Law, 11 mai 2007 ; observation selon laquelle certains tribunaux se seraient engagés dans une dynamique contraire selon laquelle un résultat "juste" équilibrant les intérêts de l'État d'accueil et de l'investisseur est d'abord envisagé, puis le raisonnement pour atteindre ce résultat est développé.

20 Diane Desierto, 'Human Rights and Investment in Economic Emergencies: Conflict of Treaties, Interpretation, Valuation Decisions', présenté lors de la 3^{ème} conférence mondiale biennale de la Society of International Economic Law (SIEL), juillet 2012, 46.

21 Commission des Nations Unies pour le commerce et le développement, Cadre directeur pour l'investissement au service du développement durable (IPFSD), (4 juillet 2012).

22 IPFSD, 57.

23 Organisation internationale du travail, « Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale » (4^{ème} édition)(1 janvier 2006).

24 Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » (21 mars 2011).

25 Rapport de la sous-commission sur la Promotion et la protection des droits de l'homme, Commission des droits de l'homme, « Rapport du Haut-commissariat des Nations-Unies aux droits humains sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises », Doc. des N.U. E/CN.4/2005/91, 15 février 2005, paragraphe 7.

26 IPFSD, 58.

Accaparement des terres versus sécurité alimentaire: La réglementation internationale peut-elle faire face à ce dilemme? par Christian Häberli et Fiona Smith

article 5

Il est maintenant clair que pour nourrir plus de 9 milliards de personnes d'ici à l'année 2050, il faudra bien davantage de recherche et de développement technologiques, d'investissement dans la production agricole mais également accroître le commerce international. Nombre de pays devront compter sur une source clé d'investissement, l'investissement étranger direct (IED) : ce sont des opérateurs étrangers, souvent des fonds d'investissement, qui investissent dans des actifs à des fins productives. L'une de ses formes les plus abjectes consiste, pour l'investisseur étranger, à acquérir de larges portions de terres afin d'y installer des cultures, au mépris total des droits fonciers traditionnels, et grâce au consentement et au soutien écrit ou tacite du gouvernement d'accueil – ce que l'on appelle « l'accaparement des terres ».

Si les questions relatives à l'IED ne se limitent pas seulement à l'accaparement des terres, les difficultés dans le domaine agricole ont été largement commentées par les ONG et les médias : le déplacement des producteurs nationaux et des populations autochtones afin de laisser le champ libre à l'investisseur, l'utilisation excessive des ressources en eau (« accaparement de l'eau ») et l'exportation de la production agricole depuis ces zones en déficit alimentaire ne sont que quelques uns de ses problèmes, notamment dans des États dotés de faibles structures de gouvernance. Dans un tel scénario, la sécurité alimentaire de l'État d'accueil peut se voir sapée plutôt que soutenue par l'investissement, même s'il permet d'atteindre une augmentation substantielle de la productivité. Ceci pose un problème car l'État d'accueil a, au titre des droits humains internationaux et régionaux, le devoir de faire respecter les droits de ses citoyens, en particulier leur droit à l'alimentation et le droit des peuples autochtones à utiliser leur terre et à exploiter leurs ressources naturelles disponibles sur ces terres afin de s'auto-sustenter.

Ces aspects négatifs ne doivent toutefois pas porter ombrage au fait que l'IED peut avoir de très positives répercussions, notamment pour les pays présentant un déficit alimentaire. Soigneusement géré, l'investissement étranger pourrait permettre de cultiver jusqu'à 6 millions d'hectares supplémentaires d'ici à 2030. Même s'il exporte la totalité de la production, l'investisseur peut en effet apporter des devises et des recettes fiscales que l'État peut utiliser pour acheter des denrées alimentaires sur le marché mondial, ou les réinvestir en vue d'accroître la production de cultures vivrières. Les producteurs locaux pourraient également conclure des accords de partenariat ou des contrats de production avec un investisseur, pour des cultures telles que la canne à sucre ou les oléagineux par exemple.

L'IED dans l'agriculture est donc une arme à double tranchant : il n'apportera des bénéfices en termes de denrées alimentaires que s'il est géré correctement. La structure actuelle mondiale de gouvernance de l'IED dans l'agriculture distribue toutefois les droits et obligations de manière inégale entre l'État d'accueil, l'investisseur et le pays d'origine de l'investisseur, de telle manière que l'investisseur ne se voit imposer qu'une obligation difficilement exécutoire du point de vue juridique (à l'échelon régional et international) de mener son investissement de manière à ne pas

affecter la sécurité alimentaire de l'État d'accueil ; et les obligations légalement exécutoires – ou juridiquement contraignantes – de l'État d'origine de l'investisseur de renforcer le comportement « éthique » de ses investisseurs à l'étranger sont également très limitées.

Solides droits des investisseurs versus obligations de l'État d'accueil

Paradoxalement, c'est le faible État d'accueil qui se voit soumis aux obligations et responsabilités les plus contraignantes juridiquement. Une fois l'investissement réalisé, le droit des investissements étrangers considère que l'équilibre des pouvoirs bascule de l'investisseur vers l'État d'accueil puisque celui-ci conserve son droit souverain à modifier ses lois, ou à agir de manière à rendre l'investissement non viable économiquement pour l'investisseur. Le droit international des investissements considère que l'investisseur doit être protégé de toute expropriation directe ou indirecte. Si l'État d'accueil tente d'adapter sa législation afin de faire face aux problèmes posés par l'investissement, en promouvant par exemple un plus grand usage des partenariats entre l'investisseur et les producteurs locaux, ou en imposant des plafonds pour l'extraction de l'eau directement des rivières pour l'irrigation dans le cadre de sa politique de sécurité alimentaire, il peut alors violer les droits de l'investisseur de telle manière que ses actions pourraient être considérées comme une expropriation formelle de l'investissement, donnant ainsi à l'investisseur le droit à une indemnisation.

De nombreux contrats conclus entre un investisseur et un État contiennent également des clauses dites de stabilisation qui obligent l'État d'accueil à maintenir sa législation nationale telle qu'au moment de l'investissement. À moins que le droit à l'alimentation et les droits fonciers ne soient pleinement consacrés dans la législation nationale avant la réalisation de l'investissement, cela peut devenir très problématique pour un État d'accueil soucieux de protéger les droits locaux à la sécurité alimentaire et de respecter ses obligations internationales en matière de droit à l'alimentation. Les producteurs locaux déplacés ne peuvent pas formuler de demande au titre d'un TBI, et un tribunal arbitral n'a pas l'obligation d'examiner d'autres aspects du droit, comme par exemple le Pacte international des Nations Unies relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels.

Même si l'État d'accueil arrivait à imposer des obligations légalement exécutoires à un investisseur sur la base d'une étude d'impact préalable à l'investissement, afin que celui-ci soit réalisé conformément aux besoins en matière de sécurité alimentaire, les États d'accueil faibles manquent souvent de la capacité institutionnelle nécessaire au contrôle du comportement de l'investisseur, et de la capacité à s'assurer que leur sécurité alimentaire ne sera pas menacée par l'investissement. Un contrôle inapproprié de l'IED dans l'agriculture peut conduire l'État d'accueil à violer ses obligations juridiques internationales vis-à-vis de ses citoyens et de leur droit à l'alimentation.

Des règles faibles concernant le comportement des investisseurs

À l'inverse, à l'échelon international, le comportement

de l'investisseur et son contrôle par son État d'origine ne sont régis que par des codes de conduite volontaires, dont certains visent à limiter les effets négatifs de l'IED sur la sécurité alimentaire de l'État d'accueil. Par exemple, pour l'investisseur, les Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale exigent des acteurs non-étatiques, comme les investisseurs à grande échelle, de « respecter les droits de l'homme et les droits fonciers légitimes ». Ces droits sont respectés si l'investisseur réalise des évaluations appropriées de la gestion au cours de l'investissement afin de vérifier en permanence que ses activités ne violent pas ces droits, et s'il met en place des procédures de plaintes afin que chaque détenteur local de droits fonciers puisse formuler une plainte. Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales de 1976 (5^{ème} révision en 2011) imposent également des obligations positives aux entités investissant dans l'agriculture et étant des entreprises multinationales (EM) de respecter les droits humains de tous les producteurs locaux et peuples autochtones affectés par leurs activités. Les EM investissant dans l'agriculture devraient « encourager le renforcement local des compétences » en travaillant étroitement avec la communauté locale ; maximiser les opportunités d'emploi local ; ne pas chercher à utiliser les lacunes des TBI pour se protéger de la législation nationale relative aux droits humains, et mettre en place leurs propres systèmes de surveillance afin de vérifier leur adhésion aux principes. Les EM devraient avoir leurs propres politiques en matière de droits humains stipulant leur façon de gérer les cas de violations des droits et de mener à bien leurs activités de manière à ne pas les violer. Les EM doivent également exercer « une diligence raisonnable en matière de droits humains » tout au long de la chaîne d'approvisionnement.

Au titre des Principes directeurs de l'OCDE, le pays d'origine de l'investisseur est tenu de mettre en place des points de contact nationaux (PCN) habilités à recevoir les plaintes liées aux activités d'IED de leurs EM. Cette obligation inclut de promouvoir l'existence des Principes directeurs et de leurs objectifs. Mais surtout, elles exigent que les PCN résolvent les problèmes liés aux activités des EM et publient les informations concernant les activités menées par les EM à l'étranger. Le succès des PCN a toutefois été inégal, ce qui peut s'expliquer par le fait qu'ils soient généralement affiliés aux ministères de l'Économie, qui ne disposent pas de connaissances en matière de droits humains, et encore moins de la participation d'autres agences ou d'ONG. Il semble que le respect des recommandations des PCN sera plus grand si l'EM y trouve un intérêt. Cela pourrait bien être le cas, par exemple, si un investisseur remarque que ses redevances ou loyers n'arrivent jamais aux villages situés autour de l'exploitation et desquels il emploie les ouvriers ou paye des droits d'accès à l'eau. Le fait que les PCN ne puissent apparemment pas faire grand-chose si les EM décident de ne pas respecter les Principes réduit la capacité de ces derniers à limiter efficacement les effets pervers de l'IED sur la sécurité alimentaire. Il semblerait que certains investisseurs fassent l'objet de pression morale dans leur pays d'origine afin d'agir de manière éthique à l'étranger. Pourtant, jusqu'à présent, le Royaume-Uni a par exemple

limité son action extraterritoriale à la législation de lutte contre la corruption et à une série de codes de conduite non-contraignants.

Conclusion

En substance, les investisseurs étrangers dans le secteur agricole ne sont pas suffisamment réglementés dans le cadre actuel du droit international des investissements, des directives volontaires et des législations nationales en matière d'investissement fragmentées, et sont trop protégés par les traités régionaux et bilatéraux d'investissement et la réglementation nationale. Il existe bien des instruments informels et de droit mou, mais ils sont peu efficaces pour contrôler l'impact de l'investisseur sur la sécurité alimentaire de l'État d'accueil. Ceci est particulièrement problématique pour les obligations internationales de l'État d'origine en matière de sécurité alimentaire, car celui-ci offre non seulement une protection juridique à l'investisseur, mais promeut également l'IED à travers différentes mesures. Cette dichotomie se produit souvent à travers l'Aide officielle au développement offerte en parallèle d'un projet d'investissement (c.-à-d. des infrastructures, des écoles et hôpitaux), d'un financement à des conditions de faveur, et de mécanismes d'assurance d'investissement, notamment à travers l'Agence multilatérale de garantie des investissements et le Centre international de règlement des différends en matière d'investissement de la Banque mondiale.

Que pouvons-nous et devons-nous faire ? Nous pensons que trois domaines devraient interpellier les législateurs et opérateurs, et tous incluent, dans différentes mesures, les agences multilatérales et les institutions financières internationales. Tout d'abord, la capacité réglementaire de l'État d'accueil doit être renforcée, puisque la majorité des investissements dans les terres arables est réalisée dans des pays à faible gouvernance foncière. Ensuite, le respect des directives internationales par l'IED dans l'agriculture exige plus que la simple élaboration de rapport par les investisseurs, en particulier dans les États faibles où il faut prévoir un contrôle indépendant, notamment par les ONG et les médias. Enfin, les États d'origine ne doivent pas rester inactifs lorsque leurs obligations internationales et leur réputation sont en jeu. Ils devraient, au minimum, conditionner leur soutien aux projets d'IED dans l'agriculture à la réalisation d'études d'impact préalables et postérieurs à l'investissement, et à un contrôle, quelle que soit sa forme. Plus généralement, ils devraient réexaminer leurs réglementations et politiques en matière d'IED, leurs TBI, et leurs accords commerciaux, afin de garantir l'intérêt public lié à la sécurité alimentaire.

Auteur

Christian Häberli est chercheur sénior à l'Institut du commerce international et Fiona Smith est maître de conférence à la Faculté de droit du University College de Londres. La recherche pour cet article a été financée par une bourse accordée par le Fonds national suisse de la recherche scientifique au Pôle national de recherche sur la réglementation commerciale, basé à l'Institut du commerce mondial de l'Université de Bern (Suisse).

Le rôle des arbitres dans la récente flambée des arbitrages en matière d'investissement

par Cecilia Olivet et Pia Eberhardt

article 6

Dans le rapport *Profiting from Injustice* (Tirer parti de l'injustice), publié en 2012 conjointement par l'Observatoire de l'Europe industrielle et le Transnational Institute, nous affirmions avec audace que les cabinets juridiques, les arbitres et les fonds de financement tiers au litige ont contribué à conserver un système d'arbitrage favorable aux investisseurs, et ont alimenté la flambée des différends investisseur-État au cours des vingt dernières années¹. Certaines critiques ont contesté le rapport en affirmant que si le système d'arbitrage était favorable aux investisseurs, le problème venait seulement de la formulation des normes de fond relatives à la protection, contenues dans les Traités bilatéraux d'investissement (TBI). Selon cet argument, les arbitres se contentent d'appliquer les règles qui leur sont présentées, et ne devraient donc pas être montrés du doigt.

Cet argument n'est qu'en partie exact.

Certaines règles relatives aux investissements ont une portée trop large, sont formulées de manière vague et contiennent des dispositions permettant aux entreprises de poursuivre des gouvernements même si les actions de ces derniers visent à protéger les droits fondamentaux de leur citoyens ou l'environnement. Il ne fait aucun doute que les pays exportateurs de capital, les institutions internationales et les groupes d'intérêts économiques contribuent à façonner l'architecture du droit international des investissements. Mais les gouvernements ont en effet la responsabilité ultime de signer des traités biaisés. Nous avons cependant pu constater que les arbitres, notamment une poignée d'entre eux, ont une responsabilité considérable dans la promotion et le maintien d'un régime d'investissement en pleine expansion, qui offre un traitement favorable aux investisseurs tout en générant une activité très lucrative pour les arbitres eux-mêmes.

En adoptant différents rôles d'avocat-conseil, d'universitaire, de conseiller politique, de lobbyiste ou de commentateur médiatique, un petit groupe d'avocats spécialisés dans l'investissement a pris des positions d'influence lui permettant d'avoir un rôle direct dans le façonnage d'une tendance mondiale en faveur de la signature de traités d'investissement. Ces arbitres influencent la direction du système d'arbitrage en matière d'investissement de manière à en étendre la portée, permettant à un plus grand nombre de parties-prenantes d'être considérés comme des investisseurs et de formuler des demandes à l'encontre des États.

Les arbitres négocient des traités favorables aux investisseurs

Certains arbitres d'élite jouant le rôle de conseiller gouvernemental ont en fait négocié des traités d'investissement incluant de très larges clauses sur la protection des investisseurs. Par exemple, l'arbitre français Jan Paulsson a été conseiller auprès du gouvernement mexicain dans les années 1990 pendant les négociations des règles relatives à la protection des investissements (chapitre XI) de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA)². Un autre arbitre de renom, l'américain Daniel Price a mené les mêmes négociations pour les États-Unis. On a par la suite appris que Price avait contribué à persuader le gouvernement

mexicain d'accepter l'arbitrage investisseur-État³, incitant ainsi le gouvernement mexicain à abandonner une disposition de la constitution mexicaine selon laquelle seuls les tribunaux nationaux ont compétence pour entendre les affaires présentées par des investisseurs étrangers (la doctrine dite de Calvo).

Ces deux avocats ont par la suite bénéficié de nominations à des postes juteux, après que des entreprises aient poursuivi le Mexique pour violation des règles de l'ALENA.

Les arbitres font pression pour empêcher la réforme de la formulation des clauses relatives à la protection des investissements

Les clauses relatives à l'investissement qui manquent de précision donnent aux entreprises la possibilité d'ester dans un éventail de situations, ce qui n'aurait pas été autrement possible. La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement a lancé un avertissement : « Une interprétation extensive des dispositions minimalistes du traité peut entraîner un manque de prévisibilité quant à l'application de la norme. Cela peut alors saper l'intervention légitime de l'État à des fins de développement économique, social, environnemental et autres »⁴.

Malgré cela, les arbitres se sont toujours opposés aux tentatives des gouvernements de réformer ou de reformuler certaines dispositions des TBI existants. L'arbitre américain d'élite Charles Brower a exprimé clairement sa position : « J'avance que toute proposition visant à modifier les éléments fondamentaux de l'arbitrage international constitue une agression inacceptable contre l'institution elle-même [...]. À l'inverse, toute proposition ne cherchant pas à attaquer ces éléments fondamentaux, mais plutôt à les renforcer, devrait être examinée avec soin et pourrait représenter une amélioration du processus »⁵. Il est intéressant de noter que le discours de Brower a été nominé par le *Global Arbitration Review*, un service d'information qui fait foi au sein du secteur juridique, comme « Meilleur discours ou conférence de l'année 2012 »⁶.

Les États-Unis ont été poursuivis plusieurs fois par des entreprises canadiennes au titre des règles relatives à la protection des investissements de l'ALENA, modifiées en 2004 à l'occasion de l'examen du modèle de TBI américain de 1994. Le texte modifié incluait une nouvelle formulation donnant aux États-Unis plus de marge de manœuvre politique pour réglementer, notamment dans les domaines de la santé et de l'environnement. Mais les arbitres internationaux ont vivement réagi face à cette décision des États-Unis, même si les changements proposés n'étaient pas jugés appropriés par les organisations de défense de l'environnement et du travail. Un arbitre américain éminent (et ancien juge de la Cour internationale de justice) Stephen Schwebel a condamné les changements proposés⁷. Daniel Price s'est prononcé contre l'affaiblissement des dispositions contenues dans le modèle de TBI des États-Unis⁸. Un autre arbitre américain, William W. Park, a jugé ce changement politique comme « éminemment diplomatique », ajoutant que ce changement aurait au final « d'importantes conséquences pour les intérêts américains à l'étranger »⁹.

Lors de la campagne présidentielle de 2009, Barack Obama lui-même avait fait le vœu de réviser le modèle de TBI de 2004 afin d'y renforcer les obligations en matière d'emploi et d'environnement. Quand la révision finale a été publiée en 2012, aucun changement de fond n'avait finalement été effectué¹⁰. Le juge Schwebel faisait partie du comité consultatif du gouvernement, et, avec les groupes d'intérêts économiques, il a plaidé contre l'affaiblissement des mesures relatives à la protection des investissements¹¹. Il semble qu'il ait obtenu ce qu'il voulait.

L'influence des arbitres est également apparue clairement après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, ouvrant la voie pour l'éventuelle réforme des traités d'investissement de l'Union européenne (UE). Le Parlement européen (PE) a publié une résolution exprimant « sa profonde inquiétude face au degré de discrétion accordé aux arbitres internationaux pour procéder à une interprétation large des clauses relatives à la protection de l'investisseur », qui, selon le PE, entraîne « l'exclusion de réglementations publiques légitimes ». Le PE a ensuite invité la Commission européenne à « établir des définitions claires des normes de protection de l'investisseur afin d'éviter de tels problèmes dans les nouveaux accords d'investissement »¹².

Certains arbitres ont fait connaître leur opinion à ce sujet.

L'arbitre canadien Marc Lalonde s'est dit préoccupé par le fait que la nouvelle politique d'investissement de l'UE pourrait affaiblir la protection des investisseurs. Il stipule qu'il serait avantageux pour le Canada de négocier un TBI unique avec l'UE plutôt que 27 TBI, mais avertit : « Une condition préalable serait que nous ne finissions pas avec un accord de deuxième catégorie ou plus faible que celui actuellement disponible lorsque nous négocierons de manière bilatérale avec les pays individuels »¹³.

Le mandat de négociation finalement approuvé par le Conseil européen au sujet des chapitres relatifs à la protection des investissements dans les accords de libre-échange avec le Canada, l'Inde et Singapour ignorent les recommandations du PE¹⁴.

L'arbitre français Emmanuel Gaillard s'est dit préoccupé quant à la proposition de la Commission européenne visant à progressivement éliminer les TBI entre les États membres de l'UE (TBI intra-UE)¹⁵. Gaillard a prévenu, malgré l'absence de preuves, que les « efforts visant à créer un pied d'égalité pour les investissements en Europe auront la conséquence imprévue d'inciter les entreprises souhaitant investir en Europe à le faire en dehors de l'Union européenne »¹⁶.

Les arbitres choisissent des interprétations extensives du droit des traités d'investissement

Une étude réalisée par le Professeur Gus van Harten montre que les tribunaux arbitraux ont tendance à choisir une interprétation extensive (favorable au demandeur) des dispositions des traités d'investissement¹⁷. Cela renforce « la promesse de compensation du système envers les demandeurs et, donc le risque de responsabilité des États défendeurs », écrit Van Harten. Une observation similaire a récemment été faite par le Président de la Cour suprême de Singapour Sundaresh

Menon, qui notait qu'il « était de l'intérêt de l'arbitre d'entreprise d'adopter de larges décisions quant à sa compétence puis de se prononcer en faveur de l'investisseur sur le fond car cela accroît les perspectives d'affaires à venir, et donc son activité »¹⁸.

Les arbitres mettent en avant les « avantages » des traités d'investissement

Les arbitres utilisent souvent une rhétorique passionnée afin d'encourager les pays à signer des traités d'investissement, mettent en avant la politique économique du laissez-faire, et vantent les avantages de l'investisseur et de l'arbitrage.

L'arbitre d'élite Stephen M. Schwebel a affirmé que les « TBI représentent un progrès énorme dans le domaine et devraient être soutenus et chéris plutôt que dénoncés et minés ». Il a également prévenu que « la disparition des TBI représenterait un recul pour les investisseurs, les États et la communauté internationale »¹⁹.

William W. Park défend les droits économiques des entreprises transnationales. Il écrit : « Dans le monde hétérogène actuel, les investissements transfrontières vont ralentir si les pays ne sont pas disposés à accepter l'arbitrage ». Selon Park, les arbitres (comme lui) sont politiquement neutres. Il prétend que l'arbitrage est une alternative face à l'appréhension selon laquelle les juges du pays d'accueil pourraient être biaisés. L'arbitrage offre « un forum plus neutre que les tribunaux du pays d'accueil, tant du point de vue politique que de la procédure »²⁰.

L'argument selon lequel les accords d'investissement attirent l'Investissement étranger direct (IED) n'est pas corroboré par les faits. Une économiste expérimentée du Département de recherche de la Banque mondiale, Mary Hallward-Driemeier, avait déjà prévenu en 2003 que l'analyse des données portant sur 20 années des flux d'IED des pays de l'OCDE vers les pays en développement ne « démontrait pas clairement que les TBI avaient stimulé des investissements supplémentaires »²¹. D'autres études plus récentes montrent également que les traités d'investissement ne sont pas un facteur décisif dans une décision d'investir à l'étranger²².

D'autres arbitres ont choisi d'utiliser la peur.

« Si l'arbitrage international disparaît, les échanges économiques internationaux vont grandement en pâtir. Rien ne pourra le remplacer »²³, avait averti Jan Paulsson. « Si les pays ne signent pas de TBI, ils n'auront rien à offrir et perdront les investissements, comme cela s'est très souvent vu »²⁴, avertissait l'arbitre chilien (et ancien ambassadeur sous la dictature de Pinochet), Orrego-Vicuña.

Ces avertissements apocalyptiques n'ont en réalité aucun fondement. Par exemple, le Brésil n'a jamais signé de TBI mais bénéficie de l'investissement étranger direct le plus important de tous les pays d'Amérique latine.

Les arbitres protègent leurs propres intérêts personnels

Les arbitres ont un intérêt financier et professionnel dans le renforcement de la protection des investisseurs²⁵. Les plus influents d'entre eux gèrent le plus grand

nombre d'affaires liées à des traités d'investissement, et la plupart des grosses affaires en termes de montants demandés par les investisseurs-demandeurs. Un tout petit groupe d'arbitres, 15 personnes dans le monde, ont siégé dans les tribunaux de 55 pour cent des 450 différends au titre d'un traité d'investissement connus à ce jour. Et ils gagnent de coquettes récompenses. À la différence des juges, ils n'ont pas de salaire annuel forfaitaire. Leurs honoraires varient d'environ 375 USD à 700 USD de l'heure en fonction du montant demandé, du lieu et du règlement utilisé lors de l'arbitrage²⁶. La somme totale gagnée par un arbitre par affaire dépend largement de la durée et de la complexité de l'arbitrage, mais les honoraires peuvent facilement représenter plusieurs centaines de milliers de dollars US par affaire.

En plus des honoraires des arbitres, qui restent minimes par rapport à ce que peut gagner un avocat, le rôle d'arbitre peut aider les cabinets juridiques et les chambres de commerce, auxquels les arbitres sont affiliés, à gagner de nouveaux clients. Cela constitue d'importantes sources de revenus supplémentaires directement pour les arbitres ou leur cabinet.

La concentration des affaires dans si peu de mains suggère que ces arbitres ont un intérêt professionnel significatif dans le système. Si les gouvernements commençaient à limiter la formulation des traités d'investissement, ou pire encore, à annuler ces traités, le nombre d'affaires traitées par les arbitres diminuerait à une vitesse alarmante. Cela suggère que si des règles laxistes et vagues sont le principal problème des traités d'investissement, les arbitres qui défendent les bénéficiaires privés plutôt que les droits des populations et l'environnement font eux-mêmes partie du problème.

Même dans le système existant, des choses peuvent être faites afin de diminuer le pouvoir du secteur de l'arbitrage. Le rapport appelle à se tourner vers des organismes juridictionnels indépendants et transparents, qui garantissent l'indépendance et l'impartialité des arbitres ; à introduire des réglementations strictes qui préservent des conflits d'intérêts ; à un plafonnement des frais de représentation ; et à une plus grande transparence dans la pression exercée par le secteur sur les gouvernements.

Ces étapes ne suffiront toutefois pas à transformer le système d'arbitrage investisseur-État. Si les gouvernements ne tournent pas le dos à l'arbitrage relatif aux investissements, le système restera biaisé en faveur des grosses entreprises et du secteur très lucratif de l'arbitrage.

Auteur

Cecilia Olivet est responsable de projets au sein du Programme de justice économique au Transnational Institute. Pia Eberhardt est chercheur et militante à l'Observatoire de l'Europe industrielle basé à Bruxelles.

Notes

¹ Cet article se base sur le chapitre 4 du rapport *Profiting from Injustice* de l'Observatoire de l'Europe industrielle et du Transnational Institute, <http://www.tni.org/briefing/profitting-injustice>

² Paulsson, Jan (1995) *Arbitration Without Privity*, 10(2) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, p. 248

³ Patel, Bimal (2006/2007) *Multiple Roles for a Unified Continent: Negotiating NAFTA*, p. 3, <http://www.thepresidency.org/storage/documents/Vater/Patel.pdf> et Wilkinson, Suzanne M. (2002) *ALENA, Mexique & Metalclad*, thèse de master, p.76-79, <https://circle.ubc.ca/handle/2429/13062> [17-02-2013].

⁴ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) (2012), *Fair and equitable treatment: a sequel*, Séries de la CNUCED sur la question des Accords internationaux d'investissement II, New York et Genève, p. 21.

⁵ Ross, Alison (2012) *London: Build on the classic model, urges Brower*, *Global Arbitration Review*, Volume 7 - Issue 3, 21 mai, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/30558/london-build-classic-model-urges-brower> [17-02-2013]

⁶ Prix 2013 du GAR – la sélection est rendue publique <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/31155/gar-awards-2013-shortlist-unveiled/> [17-02-2013]

⁷ Schwebel, Stephen M. (2009) *A critical assessment of the US model BIT*, *Discours d'ouverture lors de la 12ème conférence publique ITF*, Londres, 15 mai, http://www.biicl.org/files/4253_schwebel-biicl15may2009speech_cor2.pdf [17-02-2013].

⁸ Alvarez, J.E. (2011) *The Return of the State*, *Minnesota Journal of Int'l Law*, 20:2, p.241, <http://www.minnjl.org/wp-content/uploads/2011/07/Alvarez-Final-Version.pdf> [17-02-2013].

⁹ Park, W. et Alvarez, G (2003) *The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11*, *Journal du droit international de Yale*, vol. 28, p. 395.

¹⁰ *Global Arbitration Review* (2012) *The new US model BIT: not so very different from the old version*, 21 avril, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/30488/the-new-us-model-bit-not-so-different-old-version> [17-02-2013]

¹¹ Département d'État des États-Unis, (2009) *Rapport du sous-comité sur l'investissement et Comité consultatif sur la politique économique internationale au sujet du modèle de traité bilatéral d'investissement : annexes*, <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/2009/131118.htm> [17-02-2013].

¹² Parlement européen (2011), *Résolution sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux* (2010/2203(INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0141&language=FR> [17-02-2013].

¹³ *Global Arbitration Review* (2010) *BITs after Lisbon: what mark will the new EU treaty leave?* 15 avril, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/28287/bits-lisbonmark-will-new-eu-treaty-leave> [17-02-2013].

¹⁴ *European Member States refuse necessary reform, ignore the will of the European Parliament and insist that future EU investment agreements copy their bad practices*, http://www.s2bnetwork.org/fileadmin/dateien/downloads/S2B_Statement_approval_investment_mandates_110915.pdf [18-02-2013].

¹⁵ von Krause, Christophe (2010) *The European Commission's Opposition To Intra-EU BITs And Its Impact On Investment Arbitration*, *Kluwer Arbitration Blog*, 28 septembre, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/09/28/the-european-commissions-opposition-to-intra-eu-bits-and-its-impact-on-investment-arbitration> [17-02-2013].

¹⁶ Ross, Alison (2011) *Killing off intra-EU BITs: how the European Commission plans to level the playing field for investors*, *Global Arbitration Review*, Volume 6 - Issue 5, 17 octobre, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/29884/killing-off-intraeu-bits-european-commission-plans-level-playing-field-investors> [17-02-2013].

¹⁷ Van Harten, Gus, *Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration* (19 avril 2012). *Osgoode Hall Law Journal*, à paraître ; *Osgoode CLPE Research Paper No. 41/2012*. <http://ssrn.com/abstract=2149207> [17-02-2013].

¹⁸ Menon, Sundaresh (2012) *Speech International Arbitration: The Coming of a New Age for Asia (and Elsewhere)*, Congrès 2012 du CICA, http://www.arbitration-icca.org/media/0/13398435632250/ags_opening_speech_icca_congress_2012.pdf [18-02-2013]

¹⁹ *Global Arbitration Review* (2010) *Le juge Schwebel à 81*, Volume 5 - Issue 2, 12 mai, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/28402/judge-schwebel-81> [17-02-2013].

²⁰ Park, W. et Alvarez, G (2003) voir note de pied de page 9, p. 369, 396.

²¹ Hallward-Driemeier, Mary (2003), *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ... and They Could Bite*, Document de travail de la recherche politique de la Banque mondiale, p. 22, <http://elibrary.worldbank.org/content/workingpaper/10.1596/1813-9450-3121> [17-02-2013].

²² Poulsen, Lauge Skovgaard *The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence*, dans : K. Sauvart, ed., *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009/2010* (New York: Oxford University Press, 2010). http://works.bepress.com/lauge_poulsen/4/ [17-02-2013].

²³ Paulsson, Jan (2008) *International Arbitration is Not Arbitration*, *Stockholm International Arbitration Review*, p. 3.

²⁴ Ross, Alison (2010) *From ICCA to the icecaps: an interview with Francisco Orrego Vicuña*, *Global Arbitration Review*, Volume 5 - Issue 4, 1 septembre, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/28666/from-icca-icecaps-interview-francisco-orrego-vicuena> [17-02-2013].

²⁵ Van Harten, Gus (2010) *Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law*, Chapter 20, dans Ed. Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford University Press, <http://www.oxfordjournals.org/view/10.1093/acprof:oso/9780199589104.001.0001/acprof-9780199589104-chapter-20> [17-02-2013].

²⁶ Au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements – CIRDI, les honoraires sont fixés à 3 000 USD par jour, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&ScheduledFees=Tru&year=2012&language=English>. La Cour d'arbitrage international de Londres (LCIA) fixe le tarif horaire à 700 USD (£450), http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Costs.aspx. [17-02-2013]. D'autres institutions arbitrales calculent les honoraires de l'arbitre comme une partie du montant en jeu dans le différend (CIC).

Nouvelles en bref

De nouvelles règles sur la transparence dans l'arbitrage investisseur-État de la CNUDCI sont adoptées à New York

Un groupe de travail des Nations Unies a convenu en février de nouvelles règles qui rendront plus transparents au moins une partie des arbitrages menés au titre du règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Le règlement de la CNUDCI a longtemps été critiqué car il permet aux arbitrages investisseurs-États d'être menés en secret. Les nouvelles règles sur la transparence, forgées au cours de deux années de négociations, donneront au public un bien meilleur accès aux procédures d'arbitrage et aux documents y relatifs ; toutefois, telles qu'elles sont actuellement présentées, elles ne s'appliqueront pas à tous les arbitrages investisseurs-État au titre du règlement de la CNUDCI.

Dans les dernières phases des négociations, le groupe de travail s'est en effet affronté sur la question de l'application et de l'entrée en vigueur des nouvelles règles sur la transparence. Au titre de l'une des approches proposées, les règles sur la transparence ne s'appliqueraient qu'aux traités d'investissement conclus après l'entrée en vigueur du nouveau règlement sauf si les États ou les parties au différend en décident autrement. À l'inverse, au titre de l'approche du « retrait », le nouveau règlement pourrait s'appliquer aux traités existants s'ils le permettent.

Lors de la réunion tenue à New York du 4 au 8 février dernier, le groupe de travail s'est déclaré en faveur de la première approche. Aussi, le règlement ne s'appliquera que : a) lorsque les parties au différend conviennent de leur application pour leur propre arbitrage ou, b) lorsque les États parties à un traité y consentent spécifiquement après l'adoption du nouveau règlement.

Les procédures d'arbitrage qui appliquent le nouveau règlement seront considérablement plus ouvertes que celles menées sous l'ancien règlement. Au titre des règlements (non-transparents) de 1976 et de 2010, l'une ou l'autre des parties au différend peut demander que les procédures se tiennent à huis clos. De la même manière, de son propre chef ou sur demande de l'une des parties au différend, un tribunal peut bloquer la divulgation des documents écrits relatifs aux procédures. Autre élément particulièrement important, aucune des parties au différend ne peut publier la sentence sans l'accord de l'autre partie, ce qui donne en pratique le droit de veto à chacune des parties quant à la publication de la sentence.

À l'inverse, le nouveau règlement exige que les audiences orales soient ouvertes au public, que les parties au différend soient d'accord ou non. Les documents écrits relatifs aux procédures, comme l'avis de différend, les plaidoiries, et les sentences, seront également rendus public.

Le groupe de travail s'est manifesté en faveur d'un lieu unique de dépôt pour ces documents, géré de préférence par le secrétariat de la CNUDCI. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale – qui gère déjà un registre public de ses propres affaires – ainsi que la Cour permanente d'arbitrage de la Haye ont proposé de gérer le registre si le secrétariat de la CNUDCI s'avérait incapable de rendre ce service.

La réunion de février a également cherché à savoir si un tribunal devait accepter les communications des États

non-parties au différend mais parties au traité relatives à l'interprétation du traité, ou si cette question devait être laissée à la discrétion du tribunal. Finalement, le groupe de travail a convenu que les tribunaux arbitraux devaient accepter ces communications tant qu'elles n'alourdissent pas inutilement les procédures ou portent un préjudice injuste à l'une des parties au différend.

Un autre domaine important de négociation concernait les exceptions à la transparence, c.-à-d. les éléments pouvant être tenus secrets. Certains membres du groupe considéraient que les exceptions devaient être déterminées unilatéralement, ce qui permettrait à une partie au différend de retenir des informations « qu'elle considère comme pouvant gêner l'application de la loi, ou être contraires à l'intérêt public, ou à son intérêt essentiel de sécurité ». Mais de nombreux autres membres considéraient qu'une règle déterminée unilatéralement donnait aux parties au différend trop de marge de manœuvre pour imposer le secret.

Au final, le groupe a convenu que les types d'informations suivants pouvaient être considérés comme « confidentiels ou protégés » et pouvaient être tenus secrets : les informations commerciales confidentielles, les informations devant être tenues secrètes au titre du traité, les informations devant être tenues secrètes au titre de la législation du défendeur (dans les affaires où l'information est liée au défendeur) ou de toute autre législation ou règles que le tribunal considère comme applicable, et les informations pouvant gêner l'application de la loi.

Le groupe de travail a également convenu d'insérer une disposition (que l'on retrouve dans nombre de traités d'investissement) qui précise qu'aucun élément du règlement n'exige « d'un défendeur qu'il rende public ce qu'il considère comme étant relevant de ses intérêts essentiels de sécurité ».

Le secrétariat de la CNUDCI doit maintenant préparer la version finale du règlement qui sera présenté à la Commission de la CNUDCI pour approbation, en juillet à Vienne.

Il a également été demandé au secrétariat de préparer plusieurs textes modèles pouvant être utilisés par les gouvernements pour affirmer leur consentement aux règles sur la transparence dans les traités d'investissement existants. Ce consentement peut prendre la forme d'une convention, évitant ainsi la nécessité d'entamer des négociations bilatérales afin d'amender chacun de leurs traités d'investissement, et de déclarations types.

Le président équatorien demande la résiliation du TBI Équateur-États-Unis

Dans un courrier du 6 mars, le président équatorien demande au président de l'Assemblée nationale (la branche législative du pays) de dénoncer le traité bilatéral d'investissement Équateur-États-Unis.

L'Équateur s'est défendu dans nombre d'arbitrages relatifs à l'investissement, et a déjà résilié 9 TBI et s'est retiré du CIRDI. Dans l'un des principaux coups portés au pays, l'Équateur a été condamné à payer en septembre dernier 1,77 milliards USD de dommages et intérêts par la majorité d'un tribunal du CIRDI – il s'agit de la sentence la plus importante de toute l'histoire de l'arbitrage du CIRDI – après que le tribunal l'ait déclaré coupable d'avoir exproprié l'investissement réalisé par Occidental Petroleum Corporation dans le pays.

Selon un rapport du Wall Street Journal, le président

de l'Équateur, Rafael Correa, a annoncé en mars que le gouvernement allait mettre en place une commission chargée de réaliser un audit des TBI du pays¹. M. Correa a annoncé que l'audit serait réalisé par des représentants des mouvements sociaux, ainsi que par des experts locaux et internationaux.

Pour traiter avec les investisseurs étrangers, M. Correa a mis en avant sa préférence pour une approche régionale. D'après le WSJ, M. Correa aurait affirmé que « Individuellement, elles (les entreprises multinationales) peuvent écraser nos pays, et imposer leur abus. Au niveau régional, nous leurs imposons nos conditions. L'UNASUR et l'ALBA répondront en notre nom ». L'Équateur avait proposé en 2009 que l'Union des nations d'Amérique du Sud (UNASUR) crée un centre d'arbitrage comme alternative régionale au CIRDI. Le pays a également pris l'initiative de proposer un règlement pour le nouveau centre d'arbitrage².

L'Inde suspend les négociations sur les traités bilatéraux d'investissement

Inside US Trade a rapporté en février que l'Inde avait suspendu toutes les négociations des traités bilatéraux d'investissement alors qu'elle réalise un examen de son propre modèle de TBI.

Citant un fonctionnaire du gouvernement resté anonyme, l'examen de son modèle de TBI a commencé en septembre, suite à différentes demandes récentes d'investisseurs à l'encontre de l'Inde.

Certaines sources du secteur privé supposaient que l'examen se centrerait sur les dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État et à la nation la plus favorisée.

La clause NPF est un élément central du succès d'un demandeur australien, White Industries, dans une affaire s'étant conclue en novembre 2011 par une sentence de 4,08 millions AUD contre l'Inde. White Industries s'était appuyé sur la clause NPF pour bénéficier de l'obligation de « fournir les moyens efficaces de présenter des demandes et de réclamer des droits », contenue dans le TBI Inde-Koweït.

L'Inde a également été la cible de demandes récentes par des investisseurs russes et norvégiens, relatives à une décision de la Cour suprême de révoquer des licences dans le domaine des télécommunications.

La Nouvelle-Zélande souhaite mettre en place une réglementation sur l'emballage des cigarettes, mais attend les résultats des affaires juridiques contre l'Australie

Le gouvernement de Nouvelle-Zélande a convenu de légiférer pour l'emballage neutre des produits du tabac. Notant toutefois qu'une loi australienne similaire a entraîné des contestations juridiques, le Cabinet a décidé de retarder sa mise en œuvre en attendant les conclusions des demandes contre son voisin.

La Nouvelle-Zélande a manifesté son accord « de principe » en avril 2012 pour l'adoption d'une loi sur l'emballage neutre, après la tenue de consultations publiques. En février dernier, le gouvernement a annoncé que les résultats des consultations « confirmaient que l'emballage neutre était un moyen efficace de réduire l'attrait du tabagisme ».

Cependant, la ministre associée de la santé, Tariana Turia, a ajouté que « le gouvernement reconnaît qu'il faudra faire face à quelques risques juridiques, comme cela a été le cas en Australie ».

« Pour ce faire, le Cabinet a décidé que le gouvernement attendrait de connaître l'évolution des affaires contre l'Australie, et si nécessaire, la promulgation de la législation et/ou de la réglementation néozélandaise pourrait être reportée dans l'attente de ces résultats ».

L'entreprise de tabac Philip Morris a demandé un arbitrage contre l'Australie en novembre 2011, prétendant que la législation sur l'emballage du tabac adoptée par le gouvernement viole le TBI Hong-Kong-Australie. Dans cette affaire, les audiences devraient commencer en février 2014.

L'Australie a également essuyé des plaintes à l'Organisation mondiale du commerce des gouvernements du Honduras, d'Ukraine et de la République Dominicaine, qui prétendent que la législation sur l'emballage neutre viole les règles commerciales sur la propriété intellectuelle.

Le nombre d'affaires du CIRDI atteint de nouveaux sommets en 2012

Le CIRDI a reçu 50 nouvelles affaires en 2012, le plus grand nombre de son histoire. Il faut comparer ce chiffre de 2012 aux 38 affaires reçues en 2011 (alors le plus élevé de l'histoire du CIRDI), et aux 26 affaires en 2010.

Au 31 décembre 2012, le CIRDI avait accepté un total de 412 affaires depuis sa création.

En 2012, les pays d'Europe de l'est et d'Asie centrale représentaient 26 % des affaires, suivis de près par ceux d'Amérique latine qui représentent 24 % des affaires. Le Venezuela est le pays ayant fait face au plus grand nombre de demandes, avec 9 nouvelles affaires présentées en 2012.

Historiquement, ce sont les pays d'Amérique du Sud qui ont face à la plus grande partie des affaires.

67 % des demandes de 2012 ont été présentées au titre de traités bilatéraux d'investissement, 13 % au titre de contrats investisseur-État, 12 % au titre de la législation sur l'investissement du pays d'accueil, 4 % au titre de l'ALENA, et 4 % au titre du Traité sur la Charte de l'énergie. Ces chiffres s'approchent de la moyenne historique de 63 % des demandes présentées au titre de traités bilatéraux d'investissement, 20 % au titre de contrats investisseur-État, 6 % au titre de la législation sur l'investissement du pays d'accueil, 4 % au titre de l'ALENA, et 4 % au titre du Traité sur la Charte de l'énergie.

Résultats également conformes aux années précédentes, la majorité des arbitres nommés dans les affaires du CIRDI sont originaires d'Europe occidentale (42 %) et d'Amérique du Nord (24 %).

Les statistiques relatives aux affaires du CIRDI sont disponibles ici : <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>

Notes

¹ "Ecuador Plans to Audit Bilateral Investment Treaties," par Mercedes Alvaro, Wall Street Journal, 11 mars 2013, <http://online.wsj.com/article/BT-CO-20130311-708469.html>

² Pour de plus amples renseignements sur le centre d'arbitrage de l'UNASUR, voir « Un centre d'arbitrage de l'UNASUR : principales caractéristiques de la proposition équatorienne », par Silvia Karina Fiezzoni, Investment Treaty News, 12 janvier 2012, www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_january_2012_fr.pdf

Sentences et décisions

La demande contre le Venezuela est rejetée ; l'État a agi en toute légitimité face aux violations du contrat
Vannessa Ventures Ltd. v. la République bolivarienne du Venezuela, Affaire CIRDI n°ARB(AF)04/6

Damon Vis-Dunbar

Une demande présentée par Vannessa Ventures contre le Venezuela a été rejetée sur le fond, et le tribunal est parvenu à une décision le 16 janvier 2013 selon laquelle le Venezuela avait répondu de manière adéquate suite à des violations du contrat. L'entreprise canadienne avait demandé plus d'un milliard USD de dommages et intérêts, arguant que ses parts nouvellement acquises dans une opération minière vénézuélienne avaient été expropriées.

Contexte

Vannessa a acquis des parts dans le projet minier d'une autre entreprise canadienne, Placer Dome, pour un montant nominal de 50 USD. Plus tôt, Placer Dome avait conclu un accord de co-entreprise avec Corporación Venezolana de Guayana (CVG), une agence de l'État. Au titre de la convention entre actionnaires, Placer Dome et CVG formait une entreprise, MINCA, d'exploration et d'extraction de l'or de la mine Las Cristinas.

Peu de temps après l'inauguration de la mine en 1999, Placer Dome a cherché à suspendre le projet au motif qu'il n'était pas économiquement rentable à une époque où le prix de l'or était bas. CVG a convenu d'une suspension temporaire tout en cherchant un nouvel investisseur. Cette recherche s'est toutefois révélée difficile et les parties n'ont pas trouvé d'investisseur désireux de s'impliquer.

La période de suspension temporaire du projet touchant à sa fin, Placer Dome a entamé des négociations avec Vannessa Ventures, une entreprise basée à Vancouver. CVG n'a pas été consulté au sujet de ces négociations, et a été informé seulement après qu'un accord ait été atteint.

L'accord avec Vannessa offrait à Placer Dome une part des profits de l'exploitation de Las Cristinas par Vannessa. L'accord promettait notamment à Placer Dome une part de tout dommage et intérêt accordé à Vannessa dans le cas où cette dernière poursuivrait le Venezuela pour violation du contrat.

CVG considéra l'accord comme « désagréable et hypocrite », et, listant diverses violations du contrat, entama une action afin de mettre fin au contrat de travail et aux concessions liées à la mine Las Cristinas. Après un ensemble de procédures juridiques dans les tribunaux vénézuéliens, Vannessa a présenté une demande au CIRDI pour violations du TBI Canada-Venezuela en 2004.

Compétence

La majorité du tribunal a accepté compétence sur l'affaire, tandis qu'un membre du tribunal dont on ignore l'identité l'a rejetée. En rejetant la compétence, cet arbitre inconnu a conclu que l'investissement de Vannessa n'avait pas été réalisé de « bonne foi » comme l'exige la loi vénézuélienne. Toutefois, au sens de la majorité, la question de la bonne foi devait plutôt être examinée lors de la phase de la procédure de l'examen quant au fond.

Malgré leur divergence d'opinions sur la compétence, les trois membres du tribunal ont signé la sentence finale. L'arbitre à l'opinion divergente a expliqué que si le tribunal avait compétence, alors la demande devait être rejetée pour les raisons décrites par le tribunal au cours de l'examen quant au fond.

Expropriation et TJE

Lors de l'examen quant au fond, le tribunal a examiné la demande Vannessa, qui se basait sur le fait que le Venezuela aurait violé les dispositions du TBI relatives à l'expropriation et au traitement juste et équitable.

Vannessa a avancé que les droits contractuels pouvaient être considérés comme expropriés quand « l'État est allé au-delà de son rôle de simple partie au contrat et s'est appuyé sur son pouvoir gouvernemental supérieur ». Le tribunal a toutefois ajouté que pour « équivaloir à une expropriation au titre du droit international, il faut que la conduite de l'État aille au-delà de celle adoptée par une partie contractante ordinaire ».

En étudiant des faits de l'affaire, le tribunal a conclu que CVG avait répondu en toute légitimité aux violations du contrat. Il a souligné que Placer Dome était tenu de coopérer avec CVG dans la sélection d'un nouvel investisseur, mais l'entreprise avait plutôt « lancé en secret des négociations et le transfert des parts avec Vannessa, et n'avait informé CVG qu'après les faits... ».

Le tribunal mit en avant que CVG avait choisi Placer Dome avec soin pour son expertise et ses ressources. À l'inverse, Vannessa manquait d'expérience et n'a pas réussi à mettre en œuvre un plan de développement de la mine de Las Cristinas.

Le tribunal n'a pas non eu de problèmes pour rejeter l'argument selon lequel Vannessa avait violé les dispositions du TBI sur le « traitement juste et équitable » et sur « la protection et sécurité intégrales ». Le tribunal fit remarquer que ces normes ont été interprétées de différentes manières, mais n'avaient pas été formulées en des termes pouvant soutenir la demande de Vannessa.

Les coûts

Le tribunal détermina que chacune des parties devait payer ses propres frais de représentation, et partager les coûts de la procédure, puisque Vannessa avait eu gain de cause sur la question de la compétence, mais pas sur le fond.

Les parties ont dépensé des sommes considérables – quoique bien différentes – en frais juridiques, plus de 20 millions USD pour le Venezuela, contre moins de la moitié pour Vannessa. Le tribunal nota qu'il est « regrettable » de dépenser autant pour ce qui aurait dû être « une procédure efficace et raisonnablement rapide ».

Les arbitres de l'affaire sont Vaughan Lowe (président), Charles N. Bower (nommé par le demandeur), et Brigitte Stern (nommé par le défendeur).

La décision est disponible sur : <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1250.pdf>

Un tribunal reconnaît sa compétence sur une demande formulée par des entités espagnoles ayant investi dans des compagnies aériennes d'Argentine *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. et Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. la République d'Argentine, Affaire CIRDI n° ARB/09/1, décision sur la compétence*

Larisa Babiy

Dans une décision rendue le 21 décembre 2012, un tribunal du CIRDI a reconnu avoir compétence pour entendre une affaire lancée par des demandeurs espagnols contre l'Argentine. Cette décision n'était toutefois pas unanime, et l'arbitre nommé par l'Argentine, Kamal Hossain, a joint son opinion divergente à la sentence.

Les demandeurs, agissant au titre du TBI Espagne-Argentine, arguaient que l'Argentine avait exproprié leur investissement dans deux compagnies aériennes locales. Les investisseurs dénonçaient notamment les divers désaccords avec le pays, qui ont commencé en 2004 ou plus tôt, notamment des différends relatifs à l'imposition d'un plafond sur les tarifs aériens, qui se sont soldés en 2008 par la nationalisation des compagnies aériennes. Selon les demandeurs, la conduite de l'Argentine constitue une expropriation à la fois « formelle » et « larvée ».

L'Argentine contesta la compétence du tribunal pour plusieurs raisons. Toute d'abord, le pays argua que les demandeurs n'avaient pas satisfait les conditions à l'accès à l'arbitrage établies dans le TBI. Deuxièmement, l'Argentine objecta que les demandeurs n'avaient pas de statut juridique dans le différend. Troisièmement, elle avança que le tribunal n'avait pas compétence pour entendre les arguments des demandeurs puisque la conduite contestée ne lui était pas attribuable. Finalement, l'Argentine affirma que l'investissement en question n'était pas un investissement protégé par le TBI car il était illégal à de nombreux égards.

Les parties sont en désaccord au sujet des conditions d'accès à l'arbitrage et de la clause NPF

La première des objections de l'Argentine concernait le fait que les demandeurs n'avaient pas respecté les conditions de procédure établies dans l'article 10 du TBI. Le pays affirmait notamment que les investisseurs avaient négligé leur obligation d'informer officiellement les autorités argentines compétentes de l'existence d'un différend au titre du TBI. En outre, le pays a annoncé qu'aucun des documents communiqués par les demandeurs ne prouvait qu'ils avaient entablé des négociations à l'amiable pendant six mois, comme le TBI le prescrit. Finalement, l'Argentine avança que les investisseurs avaient fait fi de l'obligation de présenter le différend aux tribunaux locaux pendant 18 mois avant d'entamer l'arbitrage.

D'un autre côté, les demandeurs prétendaient avoir respecté toutes les conditions d'accès à l'arbitrage et que, dans tous les cas, toute négociation ou différend dans les tribunaux nationaux aurait été inutile à ce stade de la procédure. En outre, les investisseurs ont invoqué la clause de la Nation la plus favorisée (NPF) du TBI pour contourner ces conditions de procédures. Le tribunal s'est penché en faveur des demandeurs. Il a d'abord affirmé qu'au sens ordinaire, l'article 10 ne suggérait aucune obligation pour les investisseurs

d'informer officiellement l'État d'accueil de l'existence d'un différend au titre du TBI. Le tribunal a ensuite examiné la jurisprudence de la Cour internationale de justice (CIJ) afin de déterminer la date exacte du début du différend entre les parties et a rappelé que « pour qu'il y ait différend, il doit trouver sa source dans de réels désaccords ».

S'il était clair que le différend relatif au plafond des tarifs aériens remontait au moins à 6 mois avant la demande d'arbitrage, il n'en était pas de même pour le désaccord relatif à l'expropriation des parts des demandeurs dans les compagnies aériennes. Le tribunal a toutefois considéré que les deux désaccords étaient « suffisamment liés », et donc que les consultations menées au sujet du premier désaccord étaient suffisantes pour satisfaire à l'obligation de négociation incluse dans le TBI.

Concernant l'obligation de présenter d'abord la demande aux tribunaux locaux, les demandeurs ont mentionné une affaire d'expropriation lancée par l'Argentine auprès des tribunaux nationaux. Le tribunal remarqua que le TBI autorisait « l'une ou l'autre des parties » à entamer une procédure nationale aux fins de l'article 10. En étudiant de nouveau la jurisprudence de la CIJ, il affirma que le fait que les tribunaux locaux se soient penchés sur « l'essence » de la demande au titre du TBI était suffisant. Le tribunal arbitral a conclu donc que cette obligation avait également été satisfaite.

Bien que le tribunal ait déjà déterminé que toutes les conditions d'accès à l'arbitrage avaient été satisfaites, il décida d'étudier l'argument controversé des demandeurs sur la clause NPF. Les investisseurs prétendaient que cette disposition leur permettait de s'appuyer sur le TBI Argentine-Australie, qui ne contient pas de conditions d'accès à l'arbitrage. Le tribunal décida que la formulation large de la clause NPF et le fait que sa portée ne soit pas limitée permettaient aux demandeurs d'invoquer la disposition sur le règlement des différends du TBI Australie-Argentine.

Le tribunal considère que le TBI couvre les demandes obliques et les demandes indirectes

L'Argentine arguait que les demandeurs n'avaient pas de statut juridique, car ils ne possédaient que des parts indirectes dans les compagnies aériennes. En fait ils détenaient leurs parts à travers une filiale, Air Comet S.A. Le tribunal rejeta toutefois l'argument de l'Argentine, décidant que la formulation du TBI (qui décrit les investissements comme « n'importe quel type d'actif ») « autorise implicitement le type de demandes présentées par les demandeurs » et « suggère que les parts obtenues de filiales » ne sont pas exclues de la couverture du TBI.

Financement d'un tiers et procédure de réorganisation

L'Argentine a également objecté au statut juridique des demandeurs en référence à leur récente procédure de réorganisation en Espagne et à l'existence d'un financement tiers. Le tribunal a toutefois souligné que la jurisprudence internationale déterminait toujours que la compétence devait être évaluée au moment de la présentation de la demande. Et puisque tous les événements cités par l'Argentine étaient postérieurs à la présentation de l'affaire, ils n'étaient pas pertinents pour déterminer la compétence du tribunal.

Se penchant sur la dernière objection de l'Argentine, le tribunal a décidé que celles relatives à l'attribution de certaines actions à l'Argentine impliquaient une analyse trop importante des faits pour être réalisée à la phase de la compétence. Il a finalement rejeté l'argument de l'Argentine relatif à l'illégalité de l'investissement des demandeurs, puisqu'aucune des allégations de l'Argentine ne faisait référence à la « réalisation » illégale de l'investissement.

L'opinion distincte

L'arbitre nommé par l'Argentine, Kamal Hossain, a d'abord critiqué la décision de la majorité de se prononcer sur l'invocation par les demandeurs de la clause NPF. Il a affirmé que puisque les questions de compétences auraient pu être résolues en s'appuyant simplement sur une disposition expresse, l'article 10 du TBI, une décision sur la clause NPF n'était pas justifiée. D'autant plus que l'interprétation et l'application de cette clause font toujours l'objet d'une controverse.

Le Dr. Hossain a ensuite exprimé des réserves quant à l'analyse juridique de la clause NPF faite par les co-arbitres, citant abondamment les publications récentes sur le droit des investissements ainsi que l'opinion divergente du Prof. Brigitte Stern dans l'affaire *Impregilo v. Argentine*.

Le Dr. Hossain n'était pas non plus d'accord avec la majorité quant au fait que les parts indirectes constituaient un investissement protégé au titre du TBI. Il considérait qu'une lecture simple du TBI indique que « les parts détenues dans une entreprise sont des parts directement détenues, sauf si les parts indirectes sont expressément incluses ». Affirmer le contraire élargit la portée du TBI « à l'infini ».

Les arbitres de l'affaire sont Thomas Buergenthal (président), Henri Alvarez (nommé par les demandeurs) et Kamal Hossain (nommé par l'Argentine).

La décision sur la compétence est disponible sur : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1090.pdf>

L'opinion distincte du Dr. Hossain est disponible sur : http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1092_0.pdf

Un investisseur américain gagne un différend CIRDI contre l'Équateur pour expropriation *Burlington Resource Inc. v. la République d'Équateur, Affaire CIRDI n°ARB/08/5*

Yalan Liu

Dans une décision du 14 décembre 2012 sur la responsabilité, un tribunal du CIRDI a déterminé que l'Équateur avait exproprié l'investissement d'une entreprise pétrolière et gazière américaine, violant le traité bilatéral d'investissement (TBI) Équateur-États-Unis. Le montant des dommages avait été reporté à une décision ultérieure.

Contexte

Burlington Oriente, une filiale du demandeur Burlington Resource Inc. (Burlington), avait conclu des Contrats de partage de production (CPP) avec l'Équateur afin d'explorer et d'exploiter les réserves de pétrole dans

plusieurs zones du pays. Au titre de ces accords, l'entreprise assumait la totalité des risques liés à l'exploitation en échange d'une part du pétrole produit.

Lorsque les prix du brut se sont envolés en 2002, l'Équateur a essayé de renégocier les termes des CPP avec Burlington. Quand ces renégociations ont échoué, l'Équateur a adopté différentes mesures visant à « restaurer l'équilibre économique » des CPP. Le pays a d'abord imposé une taxe exceptionnelle sur les profits excessifs de Burlington. Quand cette dernière a refusé de payer cette taxe, le pays a entamé une procédure pour saisir et vendre aux enchères la part de la production de pétrole revenant à Burlington afin de récupérer le paiement dû depuis longtemps.

Suite à quoi l'entreprise a suspendu les opérations au motif que l'investissement n'était plus rentable. L'Équateur a répondu en prenant possession des blocs opérés par Burlington et a finalement mis fin aux CPP.

Le tribunal décline la compétence sur la demande au titre de la clause parapluie

Dans une décision précédente sur la compétence, le tribunal avait reconnu avoir compétence sur la demande pour expropriation, mais pas sur les demandes au titre du traitement juste et équitable, de la protection et la sécurité intégrales, et l'imposition arbitraire. L'examen de la demande de Burlington au titre de la clause parapluie du TBI – dans laquelle l'entreprise affirmait que le pays avait violé les CPP et que la législation nationale violait également le traité – a toutefois été reporté à la phase de l'examen quant au fond.

Puisque c'est la filiale de Burlington qui avait signé les CPP et non Burlington elle-même, l'Équateur affirmait qu'il n'y avait aucun lien contractuel entre lui et Burlington. Aussi, l'Équateur insistait sur le fait que Burlington ne pouvait s'appuyer sur la clause parapluie pour faire exécuter des droits contractuels qu'elle ne possède pas.

Pour déterminer à qui appartenait les droits liés à l'obligation au titre de la clause parapluie, le tribunal a examiné la loi régissant les CPP (en l'espère la législation équatorienne) qui stipule que la maison-mère (non signataire) d'une partie contractante n'est pas autorisée à faire directement exécuter les droits de sa filiale. La majorité du tribunal a également noté que la majeure partie de la jurisprudence du CIRDI exige un lien contractuel entre l'investisseur et l'État d'accueil. La majorité a donc décidé que Burlington ne pouvait pas s'appuyer sur la clause parapluie pour exécuter les droits de sa filiale au titre des CPP, et donc que sa compétence sur la demande de Burlington au titre de la clause parapluie devait être rejetée.

Toutefois, le Professeur Orrego Vicuña (nommé par le demandeur) n'était pas d'accord sur ce point. Il a convenu que le lien contractuel était largement accepté par la législation nationale sur les contrats ; mais il a cependant cherché à savoir qui détenait les droits protégés par le traité. Il a souligné que le TBI États-Unis-Équateur protège expressément les investissements directs et indirects, et donc les « obligations » mentionnées dans la clause parapluie couvrent également les investissements indirects.

Concernant l'allégation de Burlington selon laquelle le non-respect de son obligation par l'Équateur constitue

une violation du traité au titre de la loi équatorienne par le biais de la clause parapluie, la majorité considéra que la loi se contentait de rappeler les obligations contractuelles du pays au titre des CPP et n'imposait pas d'obligations indépendantes.

Dans son opinion divergente, le Professeur Orrego Vicuña affirmait que l'obligation de l'Équateur au titre de sa propre loi était suffisamment spécifique pour être considérée comme distincte de l'obligation du pays au titre des CPP.

L'objet de l'expropriation

Burlington affirmait que l'investissement exproprié était les droits contractuels au titre du CPP, car elle détenait ces droits « à travers sa propriété de Burlington Oriente ». L'Équateur n'était pas en désaccord sur le fait que les droits étaient l'objet de l'expropriation au différend, et nota également que « l'investissement mis en avant par Burlington est justement la valeur de ces droits contractuels ».

Cependant, le tribunal considéra que le demandeur ne pouvait affirmer qu'il y avait eu expropriation de « parts accessoires de l'investissement » mais plutôt que l'analyse devait se pencher sur « la totalité de l'investissement ».

Il expliqua que « la totalité de l'investissement » comprenait les droits de la filiale au titre des CPP, les parts dans la filiale, les installations de production, les autres biens corporels, les contributions monétaires et les actifs réalisés pour mener à bien les opérations, et la possession physique des blocs.

La majorité détermina que la taxe exceptionnelle ne constitue par une expropriation

Burlington affirmait que différentes mesures, individuelles et combinées, équivalaient à une expropriation. Notamment l'imposition par l'Équateur d'une taxe exceptionnelle sur les profits sans que le pays n'absorbe les conséquences de l'augmentation des impôts afin de stabiliser l'équilibre économique du projet, comme il est contractuellement tenu de le faire à son sens ; la procédure visant à saisir et vendre aux enchères la part de la production de pétrole de Burlington ; la prise de contrôle de ses blocs ; et finalement la résiliation des CPP.

Le tribunal décida d'examiner les demandes en analysant d'abord et séparément chacune des mesures contestées, et s'il ne trouvait pas d'expropriation, d'examiner l'effet combiné de ces mesures.

Pour déterminer s'il y avait expropriation, le tribunal a appliqué « le test de l'effet préjudiciable » et la doctrine des pouvoirs de police. En ce qui concerne le test de l'effet préjudiciable, le tribunal a considéré qu'il fallait une privation permanente et importante de l'investissement pour équivaloir à une expropriation. Il a également cherché à savoir si les mesures pouvaient être justifiées par la doctrine des pouvoirs de police (c.-à-d. l'utilisation légitime de l'autorité gouvernementale visant à restreindre les droits privés dans l'intérêt public).

Le tribunal a d'abord étudié si la taxe exceptionnelle constituait une expropriation. Il détermina ici que les formules de participation des CPP visant à répartir la production pétrolière n'étaient pas liées au cours du brut,

et que donc l'augmentation du cours ne pouvait être considérée comme une perturbation de « l'économie » des CPP. Le tribunal nota également que les CPP contenaient des clauses contraignantes d'absorption des taxes ; à ce titre, en cas de changement de la fiscalité, le pays était tenu de prendre des mesures pour compenser Burlington des conséquences sur « l'économie » de son investissement. Le pays ne l'ayant pas fait, le tribunal décida que l'imposition de la taxe sur les profits exceptionnels combinée à la non-absorption par le pays de ses effets violait les CPP.

La majorité a toutefois considéré que si elle violait les CPP, la taxe exceptionnelle ne constituait pas une expropriation car elle ne rendait pas l'investissement de Burlington « non rentable et inutile ».

La procédure visant à saisir et vendre aux enchères la part de la production pétrolière de Burlington a connu le même sort, car l'effet des mesures n'a pas été jugé suffisamment grave pour constituer une expropriation.

Le tribunal a toutefois considéré la prise de contrôle des blocs de Burlington par l'Équateur de manière distincte. Le pays soutenait que cette mesure était une réponse légitime visant à éviter un risque économique important survenant de la suspension envisagée par Burlington de ses opérations. Le tribunal a toutefois rejeté cet argument au motif que la prise de contrôle ne respectait pas la législation nationale et que le risque n'était pas assez important. En appliquant le test, le tribunal a considéré que la prise de contrôle a entraîné pour Burlington la perte de « l'utilisation et du contrôle effectif » de son investissement sans compensation. Le tribunal a conclu donc que la prise de contrôle des blocs de Burlington constituait une expropriation illicite.

À la lumière de cette conclusion, la majorité considéra qu'il n'était pas utile d'examiner la résiliation des CPP, puisqu'elle ne faisait qu'officialiser la situation du moment, à savoir la prise de contrôle des blocs de Burlington.

Puisque l'une des mesures a permis de confirmer l'expropriation, le tribunal considéra également qu'il n'était pas utile d'étudier les effets combinés de toutes les mesures contestées par Burlington.

Dans son opinion divergente, le Professeur Orrego Vicuña arguait que les autres mesures, pas uniquement la prise de contrôle des blocs de Burlington, constituaient également une expropriation. Il indiqua que l'analyse la privation importante était une question de sagesse plutôt qu'un exercice mathématique. Il affirma que la taxe exceptionnelle allait au-delà de toute sagesse et atteignait donc un niveau important de privation.

Concernant la résiliation des CPP, il considéra qu'elle constituait un facteur aggravant de l'expropriation illicite. Dans l'ensemble, il considéra que toutes les mesures contestées étaient interconnectées et équivalaient toutes ensemble à une expropriation. Il affirmait que la majorité avait fait un raccourci en isolant ces mesures et avait donc réduit les effets de l'expropriation en considérant qu'une seule d'entre elles constituait une expropriation.

Le tribunal était composé du Professeur Gabrielle Kaufmann-Kohler (la présidente), du Prof. Francisco Orrego Vicuña (nommé par le demandeur) et le Prof. Brigitte Stern (nommée par le défendeur).

La décision est disponible sur : http://italaw.com/sites/default/files/casedocuments/italaw1094_0.pdf

L'opinion divergente du Prof. Orrego Vicuña est disponible sur : http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1095_0.pdf

Le Canada perd un arbitrage au titre de l'ALENA concernant une prescription de résultats en matière de R&D *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada, Affaire CIRDI n°ARB(AF)/07/4*

Damon Vis-Dunbar

Dans une décision rendue en mai 2012 et publiée six mois plus tard, la majorité d'un tribunal du CIRDI composé de 3 personnes a déclaré que le Canada avait violé l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) en ayant imposé des prescriptions de performance, normalement interdites, à deux entreprises pétrolières américaines.

La demande formulée par Mobile Investments Canada et Murphy Oil Corporation contre le gouvernement du Canada trouve sa source dans les prescriptions de dépense en matière de recherche et développement (R&D) en vigueur dans la province de Terre-neuve-et-Labrador.

Contexte

Les demandeurs détiennent des parts dans deux champs de pétrole dans l'atlantique nord. Pour les deux projets, les entreprises pétrolières ont été obligées de présenter des plans de développement économique et social, incluant les dépenses prévues en matière de R&D, d'éducation et de formation. Un comité est chargé d'approuver ces plans.

Le différend repose sur un nouvel ensemble de directives introduites en 2004. Contrairement aux précédentes, celles de 2004 imposent un montant fixe de dépenses en R&D, se basant sur les dépenses moyennes par secteur. Les directives de 2004 ont été mises en place suite à la baisse des dépenses en R&D, et recommandées par un commissaire public.

Les directives de 2004 ont été contestées dans les tribunaux canadiens, mais le tribunal les a considérées comme conformes à la responsabilité du comité de suivre les dépenses en R&D. Les demandeurs ont envoyé une demande d'arbitrage au CIRDI fin 2007.

Le standard minimum de traitement

Les demandeurs mettaient en avant la violation de deux articles de l'ALENA : l'article 1105, qui accorde aux investisseurs le standard minimum de traitement au titre du droit international coutumier, et l'article 1106 qui traite des prescriptions de résultat interdites.

Concernant l'article 1105, les demandeurs arguaient que le Canada avait frustré leurs « attentes légitimes » en changeant le cadre réglementaire régissant les dépenses en R&D.

La Canada a répondu qu'il n'avait pas manqué à son obligation d'offrir un environnement juridique stable, et que même si c'était le cas, le standard minimum de traitement au titre du droit international coutumier n'oblige pas les gouvernements à garantir une telle stabilité.

Après examen de la jurisprudence de l'ALENA, le tribunal a conclu que les gouvernements signataires de l'ALENA pouvaient changer les règles régissant un investissement « dans une grande ou une modeste mesure ». Pour violer l'article 1105, les changements de l'environnement réglementaire doivent être « arbitraires ou manifestement injustes ou discriminatoires ».

La question centrale pour le tribunal consistait donc à savoir si les gouvernements fédéral ou provincial « avaient fait une série de promesses explicites – par le biais de représentants – qu'ils auraient ensuite rompu ». En l'espèce, le tribunal ne trouva aucune preuve de promesse selon laquelle la réglementation relative à la R&D ne changerait pas. Il déclara donc qu'il n'y avait pas violation de l'article 1105.

Les prescriptions de résultats

Les demandeurs ont également affirmé que le Canada avait violé l'article 1106, qui interdit aux gouvernements d'imposer différentes prescriptions de résultats. Il interdit notamment les prescriptions concernant « l'achat, l'utilisation ou l'octroi d'une préférence aux marchandises produites ou aux services fournis sur son territoire, ou d'acheter des biens ou des services de personnes sur son territoire ».

Selon les demandeurs, les directives de 2004 les obligeaient à acheter des biens et des services de la province de Terre-neuve, et violaient donc les restrictions imposées par l'article 1106.

Le Canada a rétorqué que la R&D était en dehors de la portée de l'article 1106. Il a ensuite ajouté que même si la R&D était considérée comme un « service » au sens de l'article 1106, les directives n'exigeaient pas que ces services soient locaux.

Le tribunal a rejeté les arguments du Canada. Il a décidé que la recherche, le développement et l'éducation pouvaient, à juste titre, être considérés comme des « services » aux fins de l'article 1106. Le tribunal a également considéré que ces services devaient largement être achetés dans la province, malgré les efforts du Canada pour mettre en avant les éventuelles exceptions.

Ensuite, le tribunal a examiné si les directives de 2004 devaient être considérées comme exemptes des obligations du Canada au titre de l'article 1106, compte tenu de la liste des réserves du pays au sujet de l'article 1108.

Les réserves du Canada sur l'article 1108

L'article 1108 de l'ALENA autorise les parties à l'accord à conserver, et dans certaines circonstances à amender, les mesures n'étant pas conformes à leurs obligations au titre de l'ALENA. Aussi, si un gouvernement partie à l'ALENA imposait une obligation de résultat aux investisseurs avant l'ALENA, elle peut être maintenue après l'entrée en vigueur de l'ALENA si elle faisait l'objet d'une réserve. Une annexe de l'ALENA stipule que « toute mesure subordonnée » à la mesure n'étant pas en conformité sera également considérée comme exempte.

En l'espèce, les réserves du Canada incluent le statut fédéral (loi sur l'accord fédéral) ; le pays a expliqué que l'accord exige un plan de développement économique et social afin de garantir que les dépenses en matière

de recherche, développement et de formation sont disponibles dans la province.

Toutefois, un point clé de contention consistait à savoir si les directives de 2004 pouvaient être considérées comme une mesure subordonnée couverte par la réserve du Canada.

Pour prendre une décision sur la question, le tribunal a considéré différents points : les mesures subordonnées doivent-elles être mises en place avant l'entrée en vigueur de l'ALENA ? Sont-elles « sous l'autorité » de la mesure faisant l'objet d'une réserve (c.-à-d. la loi sur l'accord fédéral) ? Sont-elles « cohérentes » avec la mesure faisant l'objet d'une réserve ?

Pour la première question, le tribunal conclut que les mesures subordonnées introduites après l'entrée en vigueur de l'ALENA faisaient partie de la mesure faisant l'objet d'une réserve. Cette opinion a d'ailleurs été soutenue par des communications du Canada, des États-Unis et du Mexique.

Pour la deuxième question, le tribunal a déterminé qu'il s'agissait d'une question de législation nationale. La majorité n'a donc pas eu de mal à conclure que les directives de 2004 étaient sous l'autorité de la loi sur l'accord fédéral.

Pour la troisième question, le tribunal a jugé que la question de la « cohérence » devait être examinée au titre des législations nationale et internationale. Il a noté qu'une mesure pouvait imposer différents fardeaux supplémentaires à un investisseur, et toujours être considérée comme cohérente. Il a toutefois conclu que les directives de 2004 dépassaient un seuil approprié.

Un élément clé de cette conclusion est que la majorité exigeait la cohérence à la fois avec la mesure principale faisant l'objet d'une réserve, à savoir la loi sur l'accord fédéral, et avec les mesures subordonnées, tels que plan de développement économique et social et les décisions précédentes du comité. La principale mesure faisant l'objet d'une réserve et les mesures subordonnées constituaient le « cadre juridique » servant de base pour déterminer la cohérence. Sur ce point, Philippe Sands a émis une opinion divergente.

Depuis cette perspective, la majorité a déclaré que les directives de 2004 n'étaient pas cohérentes avec les autres mesures subordonnées. La majorité déclara que le comité avait précédemment reconnu qu'il était difficile de fournir un plan fixe pour les dépenses en R&D sur toute la durée du projet, et donc les plans de développement économique et social précédents n'avaient pas été si strictes. En introduisant plus tard des montants fixes exigés, les directives de 2004 présentaient « une approche du respect fondamentalement différente », a indiqué la majorité.

À son sens, « les effets des directives de 2004 indiquent un ensemble de prescriptions d'acheter, d'utiliser ou d'octroyer une préférence aux biens et services locaux qui ont connu une expansion importante par rapport au cadre juridique précédent ». Les directives de 2004 ne pouvaient donc pas être considérées comme « cohérentes » avec les réserves du Canada sur l'ALENA.

L'opinion divergente de Philippe Sands

Dans son opinion divergente, le Professeur Sands a rejeté la décision de la majorité selon laquelle les directives de 2004 devaient être conformes à la loi sur l'accord fédéral et aux mesures subordonnées. Il a rétorqué qu'une nouvelle mesure subordonnée – comme les directives de 2004 – devait être conforme et sous l'autorité de la mesure exclue de l'ALENA, en l'occurrence la loi sur l'accord fédéral.

À son sens, la décision de la majorité d'inclure les mesures subordonnées suivantes n'était pas conforme au sens ordinaire de l'article 1108. Elle entraîne également des problèmes pratiques en créant « une norme en évolution constante, lors de l'adoption de nouvelles mesures subsidiaires ».

Le Professeur Sands a affirmé qu'avec le temps, il sera difficile pour les investisseurs de déterminer le point de référence pour « autorité » et « cohérente », et cela aura des conséquences sur la transparence, car les nouvelles mesures subordonnées ne sont pas ajoutées à la liste des mesures de l'ALENA non-conformes d'un pays.

Les dommages et intérêts

Se trouvant en désaccord avec le Professeur Sands et ayant déterminé que le Canada avait violé ses obligations au titre de l'ALENA, la majorité s'est penchée sur la question des dommages et intérêts.

Les parties n'étaient pas d'accord sur le fait d'accorder des dommages et intérêts pour les pertes à venir. Le Canada arguait que seules les pertes réelles pouvaient être indemnisées, tandis que les demandeurs avançaient que leur obligation de réaliser des paiements futurs sur la R&D était une « perte encourue ».

La majorité a conclu qu'elle avait compétence pour déterminer les dommages et intérêts futurs. Il s'agissait donc de décider comment évaluer les dommages et intérêts pour les pertes à venir. Ici la majorité nota que le Canada n'avait pas encore demandé le paiement au titre des directives de 2004, et que donc les demandeurs n'avaient encore subi aucune perte. Aussi, 60 jours ont été accordés aux demandeurs pour qu'ils présentent d'autres preuves des dommages réels.

Concernant les paiements futurs au titre des directives de 2004, la majorité a considéré qu'ils étaient trop incertains. La majorité a décidé que les demandeurs devraient entamer une nouvelle procédure au titre de l'ALENA pour obtenir la réparation de ces pertes.

Le tribunal a décidé que la répartition des coûts de l'arbitrage et des frais juridiques serait déterminée dans la décision finale, qui sera rendue après que les demandeurs aient présenté d'autres preuves de leurs pertes dans un délai de 60 jours.

Les arbitres de l'affaire sont Hans van Houtte (président), Merit Janow (nommée par les demandeurs) et Philippe Sands (nommé par le Canada).

La décision sur la responsabilité et les principes du montant est disponible ici : <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1145.pdf>

L'opinion divergente partielle du Prof. Sands est disponible ici : http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1146_0.pdf

Ressources et événements

Ressources

L'investissement Extérieur Chinois : Un Cadre Politique Emergent

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Lise Johnson, Jianping Zhang, IISD, 2012

Cet ouvrage compile plus de 80 textes primaires en anglais sur l'investissement extérieur chinois publiés entre janvier 2010 et janvier 2012. Cette compilation rend les textes primaires accessibles et faciles à comprendre, afin de faciliter une meilleure compréhension de l'investissement extérieur chinois et de ses politiques, et surtout, elle favorise un discours et une analyse accrues de la relation entre l'investissement extérieur chinois et le développement durable. Le rapport est disponible sur : <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=1720>

La transparence

CNUCED, mars 2013

Ce rapport étudie les dispositions sur la transparence dans les accords internationaux d'investissement (AII) et présente aux parties-prenantes des AII des orientations politiques pratiques ainsi que des suggestions de formulation. Intitulée La transparence, l'étude est la dernière publication de la Collection Rose de la CNUCED sur les AII. Elle examine la manière dont la transparence est traitée dans les AII, et comment l'opinion sur la transparence a évolué depuis la publication de 2004 de la CNUCED sur ce sujet. Parmi les nouveaux développements cités se trouve l'expansion des obligations de transparence imposées aux investisseurs. Autre tendance, l'émergence des dispositions sur la transparence dans le règlement des différends investisseurs-État (RDIE). Le rapport étudie en effet l'émergence de la transparence comme condition dans le RDIE. Il examine les conséquences de ce changement de concept pour le règlement des différends. Une analyse particulière est faite de la nouvelle tendance d'incorporer aux AII des dispositions sur la transparence et la participation publique dans les procédures de règlement des différends. Il examine également les conséquences de cette approche sur le développement durable. Le rapport est disponible sur : http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=415&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment

Les perspectives de l'IED : les problèmes de l'investissement international, 2^{ème} édition

édité par Karl P. Sauvant et Jennifer Reimer, Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, novembre 2012

Cette deuxième édition des Perspectives de l'IED présente un panorama des problèmes contemporains majeurs en lien avec l'investissement étranger direct et les entreprises multinationales pour tous ceux qui s'intéressent à la question, mais ne sont pas toujours en mesure de se tenir au courant des différentes perspectives et des écrits sur les divers aspects du sujet. Les contributions sont regroupées sous les chapitres suivants : l'attrait de l'IED et ses conséquences ; l'augmentation du nombre d'investisseurs des marchés émergents ; les politiques nationales ; l'investissement international durable ; ainsi que les traités internationaux d'investissement et l'arbitrage. L'ouvrage regroupe toutes les Perspectives publiées depuis le premier de la série. Le livre électronique est disponible sur : <http://www.vcc.columbia.edu/books>

Les CVM et le développement : l'investissement et le commerce à valeur ajoutée dans l'économie mondiale,

CNUCED, février 2013

Le rapport aborde la question des réseaux commerciaux et d'investissement de plus en plus compliqués par lesquels les matières premières extraites d'un pays peuvent être exportées à un deuxième pays pour transformation, puis de nouveau exportées à une usine de fabrication dans un troisième pays, et enfin éventuellement exportées vers un quatrième pays pour leur consommation finale. Intitulé *Les CVM et le développement : l'investissement et le commerce à valeur ajoutée dans l'économie mondiale*, le rapport estime que les chaînes de valeur gérées de diverses manières par les entreprises multinationales (EM) représentent maintenant 80 % du commerce mondial. La publication annonce le lancement d'une nouvelle base de données de la CNUCED qui cartographie la distribution de la valeur ajoutée dans le commerce mondial. La base de données sur les CVM de la CNUCED-EORA, partie intégrante du Système d'information de la CNUCED sur l'IED, les EM et les CVM, présente de nouvelles perspectives sur les liens commerciaux entre les économies dans le noyau commerce-investissement. La base de données se concentre entre autres sur la distribution de la valeur ajoutée, sur les revenus et l'emploi générés par le commerce, et la manière dont l'investissement mondial attire le commerce à valeur ajoutée. La base de données couvre 187 pays, notamment presque toutes les économies en développement. Elle présente des statistiques sur tout un éventail d'industries essentielles aux pays en développement. La CNUCED envisage de s'appuyer sur les analyses préliminaires des nouvelles données présentées dans cette publication pour son Rapport sur l'investissement dans le monde 2013, qui se penchera sur les mécanismes par lesquels les CVM

peuvent contribuer au développement, ainsi que les risques pour les pays en développement. Le rapport est disponible sur : http://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=411&Sitemap_x0020_Taxonomy=Investment.

L'histoire du CIRDI

Antonio R. Parra, Oxford University Press, Août 2012

Cette publication en quatre volumes présente l'histoire de la Convention de Washington. Le premier volume examine la formulation de la Convention et analyse, article par article, les projets successifs de la Convention (les versions anglaise, française et espagnoles sont présentées en parallèle). Les documents sur l'origine et la formulation de la Convention du CIRDI sont présentés en anglais, en français et en espagnol dans les volumes 2, 3 et 4 respectivement. L'ouvrage peut être commandé sur : <http://ukcatalogue.oup.com/product/9780199660568.do>

Évènements 2013

Mars 24-25

LES DIFFÉRENDS EN MATIÈRE D'ART ET DE PATRIMOINE,

Université de Maastricht, Maastricht, Pays-Bas, <http://www.maastrichtuniversity.nl/web/Faculties/FL/Theme/ResearchPortal/Conferences/ArtAndHeritageDisputes1.htm>

Avril 4

LE RESPECT DES NORMES DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT,

Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, New York, États-Unis, <http://www.vcc.columbia.edu/content/maintaining-standards-international-investment-arbitration>

Avril 8

LE CHIEN QUI N'A PAS ABOYÉ : LES MYSTÈRES DU CHAPITRE MANQUANT DE L'ALENA SUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS,

Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, New York, États-Unis, <http://www.vcc.columbia.edu/content/dog-did-not-bark-mystery-missing-dispute-settlement-chapter-nafta>

Avril 21-23

CONVERGENCES ET DIVERGENCES DANS LA PRATIQUE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL,

Atlanta International Arbitration Society, Géorgie, États-Unis, <http://arbitrateatlanta.org/events/convergence-and-divergence-in-international-arbitration-practice/>

Mai 7

LE NOUVEAU RÈGLEMENT D'ARBITRAGE DE LA CCI 2012, CHANGEMENTS ET PREMIÈRES EXPÉRIENCES,

Chambre de commerce internationale, Vienne, Autriche, <http://www.icc-austria.org/de/Seminare/Aktuelle-Seminare/1218.htm>

Mai 22-24

LE RÔLE DE LA PSYCHOLOGIE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL,

Brunel Centre for the Study of Arbitration and Cross-Border Investment, Londres, Royaume-Uni, <http://www.brunel.ac.uk/law>

Juin 13-14

CINQUIÈME CONFÉRENCE LATINO-AMÉRICAIN D'ARBITRAGE,

Faculté de droit de l'Université de Buenos Aires, Argentine, <http://www.clarbitraje.com/v2/?lang=en>

Juin 28

L'ARBITRAGE INTERNATIONAL ET SES QUESTIONS,

Association internationale du barreau, St Petersburg, Russie, <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=D1AAE6B9-1568-4ECE-9024-A574A703A087>

Novembre 7

POINTS SAILLANTS DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL,

Université américaine, Faculté de droit de Washington, DC, États-Unis, <https://www.wcl.american.edu/arbitration/symposium.cfm>



© 2012 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 Balaxert,
5ème étage, 1219 Châtelaine,
Genève, Suisse

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