

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

Guide du
négociateur

Par
Howard Mann
Konrad von Moltke
Luke Eric Peterson
Aaron Cosby

iidd Institut international du développement durable
International Institute for Sustainable Development

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

Guide du négociateur

par

Howard Mann
Konrad von Moltke
Luke Eric Peterson
Aaron Cosby

Avril 2005

Révisé et traduit en 2006

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

© 2006 Institut international du développement durable (IIDD)

Publié par l'Institut international du développement durable

L'Institut international du développement durable contribue au développement durable en formulant des recommandations sur les politiques concernant le commerce et les investissements internationaux, les politiques économiques, les changements climatiques, la mesure et l'évaluation et la gestion durable des ressources naturelles. Nous nous servons de l'Internet pour faire rapport sur les négociations internationales et partager le savoir que nous avons acquis lors de projets exécutés en collaboration avec des partenaires internationaux; il en résulte une recherche plus rigoureuse, un développement des capacités dans les pays en développement et un meilleur dialogue entre le Nord et le Sud.

L'Institut 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 recherches pour le développement international (CRDI) et Environnement Canada, ainsi que du gouvernement du Manitoba. Des fonds de projet lui sont également accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations et des entreprises privées.

Afin d'alléger le texte du présent guide, le masculin est utilisé pour désigner autant les hommes que les femmes.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable : Guide du négociateur.

ISBN 1-895536-87-1

Institut international du développement durable

161 avenue Portage est, 6^e étage

Winnipeg (Manitoba)

Canada R3B 0Y4

Tél. : +1 (204) 958-7700

Télec. : +1 (204) 958-7710

Courriel : info@iisd.ca

Site Web : <http://www.iisd.org/>

Conçu par Donald Berg

Traduit en français par Sylvie Sabourin, mai 2006.

L'édition française de ce Guide a été financée par



Imprimé sur papier entièrement recyclé post-consommateur

Remerciements

L'élaboration du Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable créé par l'Institut international du développement durable (IIDD) s'enracine dans nos travaux initiaux sur les dimensions juridique et de politique de l'investissement international et du développement durable effectués en 1997 et 1998. En 2002, il est devenu manifeste que l'orientation des négociations internationales portant sur l'investissement et les arbitrages produits par leurs résultats n'avaient plus un seul lien commun avec les objectifs de développement mondial et de développement durable réputés étayer les négociations économiques internationales.

En 2003, l'IIDD a lancé les deux projets étroitement imbriqués qui ont conduit à la présente publication. Les résultats axés sur les politiques produits par le premier projet intitulé « Southern Agenda on Investment » constituent l'un des principaux apports au présent texte. L'initiative d'élaboration d'un modèle d'accord, conçue pour donner une réalité juridique au débat sur la politique sous la forme d'un modèle d'accord international constituait le second.

Cet effort n'aurait pu être entrepris sans le soutien initial accordé par la Fondation Ford et la Fondation Mott au travail de l'IIDD sur l'investissement. La Fondation Mott nous a fourni un soutien annuel. Plusieurs donateurs, que nous remercions chaleureusement pour leur soutien, ont fourni les fonds nécessaires à la réalisation du projet de Modèle d'accord. Il s'agit des organismes suivants :

- le ministère du Logement, de l'Aménagement du Territoire et de l'Environnement des Pays-Bas;
- la Direction du développement et de la coopération (DDC) suisse;
- l'Agence danoise pour le Développement international.

Le financement du « Southern Agenda on Investment » était indispensable pour la réalisation correcte de ce projet. Nous tenons à

remercier tout aussi chaleureusement les organismes suivants :

- l'Agence suédoise de coopération internationale au développement;
- le Centre de recherche pour le développement international (CRDI);
- le Norwegian Agency for Développement Cooperation (Norad);
- la Fondation Heinrich Böll.

Les apports de divers partenaires dans différentes régions au cours des consultations sur le Programme d'action du Sud ont été précieux pour la réalisation des deux projets. Nous remercions les instituts et les auteurs qui nous ont aidés lors de ces consultations : Roberto Bouzas et Daniel Chudnovsky de la University of San Andrés en Argentine; Pedro da Motta Veiga du Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior (FUNCEX) au Brésil; Deunden Nikomborirak de l'Institut de recherche sur le développement de la Thaïlande et Trudi Hartzenberg du Centre de droit commercial pour l'Afrique australe. Nous remercions également les quelque 100 participants à ces réunions régionales dont les apports ont enrichi notre réflexion en donnant une nouvelle envergure et clarté à maints détails.

En janvier 2005, l'IIDD a parrainé, à La Haye, un atelier auquel ont assisté plus de 30 personnes venues du monde entier et représentant toutes les tendances politiques et tous les systèmes juridiques. Les participants ont passé trois jours à discuter dans ses menus détails un avant-projet de document de discussion sur le Modèle d'accord. Le fait que nous ne puissions pas, ici, les nommer tous, ne diminue en rien notre gratitude envers eux pour les efforts qu'ils ont déployés pour se rendre à La Haye et participer à une discussion fascinante qui nous a considérablement aidés. Nos remerciements les plus sincères. Nous sommes également reconnaissants pour les nombreux commentaires sur le document de discussion

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

que nous avons reçu par courrier électronique. Ils ont été examinés et pris en compte avec soin. Nous espérons continuer notre dialogue de cette façon et au moyen des efforts de diffusion prévus pour l'année à venir.

Enfin, les auteurs remercient ceux, au sein de la famille de l'IIDD, dont le soutien a été inébranlable et les apports immenses. Mark Halle est le représentant européen de l'IIDD et directeur du Programme de commerce et d'investissement. Les deux projets ont été élaborés sous sa tutelle et grâce à ses pouvoirs magiques pour lever des fonds pour les mener à bien. Pernille Fenger a été gestionnaire de projet pour les deux projets, responsable des innombrables détails liés à quatre réunions internationales, des arrangements avec tous ceux qui ont accordé des fonds ainsi qu'avec les partenaires régionaux, sans oublier les nombreuses interventions des auteurs à tous les niveaux. Ces projets n'auraient pas porté fruits sans leurs énormes apports.

David Runnalls, président de l'IIDD, nous a offert un soutien inébranlable. Le conseil

d'administration de l'IIDD a fourni un soutien opportun et enthousiaste qui nous a beaucoup encouragés dans notre tâche. Nous exprimons à David et au Conseil toute notre gratitude.

Stu Slayen a, lui aussi fait ses propres miracles, éditant et perfectionnant nos textes au fil des ans, en faisant des publications lisibles par les autres. Il a reçu le soutien constant de Dennis Cunningham et de Don Berg, notre concepteur. À cette extraordinaire équipe, nos sincères remerciements.

Enfin, nous devons absoudre tous ceux qui ont participé à la production de ce document de toute responsabilité pour ses défauts. Nous les remercions chaleureusement de leurs efforts mais nous sommes les seuls responsables du contenu final et des défauts ou erreurs qu'il pourrait contenir.

Howard Mann
Konrad von Moltke
Luke Peterson
Aaron Cosbey

Avril 2005

Introduction de l'édition française

L'IIDD a été comblé par l'enthousiasme avec lequel son Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable a été reçu depuis sa publication en avril 2005. Il est devenu un outil utile pour les gouvernements, les groupes de la société civile, les universitaires et autres personnes intéressées par le présent et l'avenir du droit international en matière d'investissement étranger. Le Modèle d'accord a suscité un débat portant sur les approches actuelles adoptées envers un certain nombre de questions liées aux traités d'investissement et a démontré qu'il existe d'autres solutions, tant au niveau de la conception générale qu'à celui de questions particulières.

Cette publication constitue la première version du Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable imprimée en français. Elle reflète la recherche d'une pensée novatrice dans ce domaine. L'IIDD est très reconnaissant envers l'Organisation Internationale de la Francophonie pour l'intérêt qu'elle porte au Modèle d'accord et pour le soutien qu'elle a offert, tant financier que sous d'autres formes, à la publication de cette édition française.

Sylvie Sabourin, à Ottawa au Canada, a fourni, avec humour et une compétence extraordinaire, des services de traduction exceptionnels. Nous lui en sommes également très reconnaissants.

Cette première édition française est fondée sur la seconde édition anglaise dont le texte n'a subi que peu de modifications depuis sa publication en avril. D'ailleurs, la plupart d'entre elles sont des corrections grammaticales mineures. La

seule modification de fond a été apportée aux articles 13, 22 et 32 qui portent sur les obligations des investisseurs, gouvernements d'accueil et d'origine en matière de lutte contre la corruption. Dans chaque cas, une brèche potentielle a été refermée en incluant dans le libellé de l'article une confirmation du fait que le versement de pots-de-vin ou autres formes de tentatives de corruption des membres de la famille ou d'autres personnes proches d'un agent public, par opposition au paiement versé uniquement à l'agent, tombe sous le coup de l'article. Cela correspond à l'intention de départ et cherche à éliminer tout doute possible quant à l'étendue des actes interdits.

La seconde édition anglaise du Modèle d'accord est dédiée à Konrad von Moltke, l'un des co-auteurs originaux. Cette dédicace s'applique également à cette édition française. C'est approprié puisque les deux éditions vont paraître même temps. Au cours de ses nombreuses années en qualité de leader dans le domaine de l'environnement, ses propres traditions pluralistes ont amené Konrad à travailler et à vivre en maints lieux, y compris à Paris, en France. Il a donné des cours et travaillé dans la plupart des principales langues européennes et serait enchanté d'assister à la naissance de cette édition française. Konrad est décédé peu de temps après la publication de la première édition anglaise. Il est profondément regretté.

Howard Mann

Avril 2006

À Konrad von Moltke



Ce volume est dédié à la mémoire du co-auteur Konrad von Moltke. Konrad, un collègue précieux pendant presque 15 ans, est décédé du cancer en mai 2005.

Konrad avait participé aux débats portant sur les règles internationales applicables à l'investissement depuis qu'il s'était joint à l'équipe commerciale de l'IIDD qui s'est rendue en Chine en 1997. Lors d'une visite à Beijing, nos collègues chinois lui avaient parlé des discussions ayant lieu à Paris sous l'égide de l'OCDE à propos de l'établissement d'un Accord multilatéral sur l'investissement. Dès son retour à Washington, il a informé des collègues de la communauté environnementale américaine de ces développements. Pendant tout le débat subséquent à propos de l'Accord multilatéral sur l'investissement, Konrad a représenté la voix du calme, soulignant la nécessité de la transparence et du dialogue entre les participants mais également la nécessité d'un ensemble de règles imposant des obligations et accordant des droits aux investisseurs.

Konrad est demeuré un observateur assidu des tendances de la politique en matière d'investissement international et, en particulier, de la croissance du nombre des traités bilatéraux d'investissement. Rendu curieux par son travail avec Howard Mann sur le Chapitre 11 de l'ALENA, il est devenu convaincu de la nécessité d'un ensemble de règles internationales qui protégeraient les investisseurs, inciteraient à la transparence et au développement durable et offriraient aux pays en développement la protection d'un régime multilatéral fondé sur des règles qui contrebalanceraient les déséquilibres inhérents aux relations bilatérales.

Konrad pensait que l'IIDD ne pourrait avoir un poids réel dans le débat sur l'investissement que s'il était en mesure de produire un avant projet de haute qualité qui pourrait résister à l'examen des meilleurs avocats internationaux et autres experts. Il a donc présidé une réunion à La Haye au début 2005 au cours de laquelle le texte a été dévoilé pour la première fois. Il m'a ensuite raconté, débordant d'enthousiasme, que c'était la meilleure réunion à laquelle il avait jamais participé. Venant d'un participant en série, le compliment était de taille. Quelques mois plus tard, il n'était plus; une poignée de semaines seulement après cette première présentation au public du fruit de son labeur dans le domaine de l'investissement.

Ce Modèle d'accord a depuis été discuté dans de nombreux fora, tant dans les pays développés que dans ceux en développement. Il est, aujourd'hui, utilisé comme référence pour les négociations d'investissement par plusieurs douzaines de pays en développement. Il a été encensé par une grande partie de la communauté des universitaires. Il a réorienté de nombreux groupes de la société civile vers un ordre du jour positif pour la mondialisation dans le domaine de l'investissement, délaissant ainsi le message étroit, réactif et négatif.

Il a été réimprimé et traduit en espagnol et en français pour répondre à cette vague d'intérêt.

Konrad en serait ravi.

Table des matières

Introduction	x
Élaboration du texte : passé, présent et futur	xi
Le rôle du Guide du négociateur	xii
Texte du Modèle d'accord et commentaires	1
Préambule	2
Partie 1 : Dispositions générales	5
Article 1 : Objectif	6
Article 2 : Définitions	6
Article 3 : Portée	9
Article 4 : Refus d'accorder des avantages	13
Partie 2 : Normes de traitement des investisseurs étrangers	15
Article 5 : Traitement national	16
Article 6 : Traitement de la nation la plus favorisée	18
Article 7 : Normes minimales internationales	20
Article 8 : Expropriation	21
Article 9 : Dirigeants et conseil d'administration	24
Article 10 : Transfert d'actifs	24
Partie 3 : Obligations et devoirs des investisseurs et des investissements	27
Article 11 : Obligations générales	28
Article 12 : Évaluation des impacts préalable à l'établissement	29
Article 13 : Lutte contre la corruption	31
Article 14 : Obligations postérieures à l'établissement	31
Article 15 : Gouvernance et pratiques d'entreprise	33
Article 16 : Responsabilité sociale de l'entreprise	34
Article 17 : Responsabilité de l'investisseur	35
Article 18 : Relation de la présente partie avec le règlement des différends	35
Partie 4 : Obligations de l'État d'accueil	39
Article 19 : Équité procédurale	40
Article 20 : Maintien de normes environnementales et autres	41
Article 21 : Normes minimales en matière de protection de l'environnement, du travail et des droits de l'homme	42
Article 22 : Lutte contre la corruption	43
Article 23 : Publication de l'information	43
Article 24 : Subventions	44

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

Partie 5 : Droits de l'État d'accueil	45
Article 25 : Droit inhérents des États	46
Article 26 : Exigences de rendement	47
Article 27 : Promotion et facilitation de l'investissement	48
Article 28 : Accès aux renseignements concernant l'investisseur	49
Partie 6 : Droits et obligations de l'État d'origine	51
Article 29 : Assistance et facilitation offertes à l'investissement étranger	52
Article 30 : Information	52
Article 31 : Responsabilités de l'investisseur dans l'État d'origine	53
Article 32 : Lutte contre la corruption	53
Partie 7 : Relation avec d'autres accords	55
Article 33 : Relation avec les autres accords et obligations en matière d'investissement	56
Article 34 : Relation avec d'autres accords internationaux	57
Partie 8 : Institutions	59
Article 35 : Autorité nationale	60
Article 36 : Conférence des Parties	60
Article 37 : Comité d'assistance technique	62
Article 38 : Mécanisme financier	63
Article 39 : Secrétariat	63
Article 40 : Organe de règlement des différends	64
Article 41 : Centre d'assistance juridique	67
Partie 9 : Prévention et règlement des différends	69
Article 42 : Prévention des différends et médiation	70
Article 43 : Différends État-État	71
Article 44 : Procédure pour l'abrogation des droits de l'investisseur ou de l'investissement	72
Article 45 : Différends investisseur ou investissement-État	73
Article 46 : Transparence de l'instance	75
Article 47 : Force exécutoire des sentences finales	75
Article 48 : Droit applicable dans le cadre des différends	76
Partie 10 : Exceptions générales	77
Article 49 : Sécurité nationale	78
Article 50 : Règles pour les mesures fiscales	78
Article 51 : Réserves et exceptions générales	79

Partie 11 : Dispositions finales	81
Article 52 : Coopération régionale	82
Article 53 : Modification	82
Article 54 : Annexes, appendices et notes	82
Article 55 : Protocoles	83
Article 56 : Entrée en vigueur	83
Article 57 : Retrait	83
Article 58 : Textes faisant foi	84
Article 59 : Dépositaire	84
Annexes	85
Annexe A : Règlement des différends investisseur-État	86
Article 1. Consultation et négociation	86
Article 2 : Soumission d'une plainte à l'arbitrage	86
Article 3 : Règles d'arbitrage	87
Article 4 : Consentement de chaque Partie à l'arbitrage	88
Article 5 : Conditions et limitations imposées au consentement de chaque Partie	88
Article 6 : Sélection des arbitres	89
Article 7 : Déroulement de l'arbitrage	89
Article 8 : <i>Amicus curiae</i>	91
Article 9 : Transparence des procédures arbitrales	92
Article 10 : Interprétation des annexes	94
Article 11 : Rapports d'expert	94
Article 12 : Jonction	94
Article 13 : Sentences	95
Article 14 : Processus d'appel	96
Annexe B : Liste des correspondants de l'autorité nationale pour tous les États Parties	98
Annexe C : Listes nationales des secteurs exclus de la portée de la totalité ou d'une partie de l'accord	99
Annexe D : Liste nationale des mesures non-conformes bénéficiant d'une clause de droits acquis et donc exclus de la portée de la totalité ou d'une partie de l'Accord	100
Annexe E : Liste nationale des secteurs comportant des droits d'établissement en faveur des investisseurs étrangers en vertu du droit national	101
Annexe F : Liste indicative des questions liées à la responsabilité sociale de l'entreprise	102

La version électronique de ce document peut être consultée à l'adresse suivante : http://www.iisd.org/investment/model_agreement.asp. L'IIDD serait heureux de recevoir vos commentaires à propos de ce Modèle d'accord. Veuillez les envoyer à l'adresse suivante : modelagreement@iisd.ca

Introduction

L'investissement international joue un rôle de plus en plus important dans de nombreuses économies. Plus crucial, peut-être, il constitue une composante essentielle d'une saine stratégie mondiale pour le développement durable. L'Institut international du développement durable (IIDD) reconnaît les liens étroits entre les flux d'investissement et le développement durable. La transition des pratiques non durables dans les secteurs de l'agriculture, de l'énergie, de l'utilisation de l'eau, de l'exploitation des ressources, de l'industrie et d'autres secteurs vers des pratiques plus durables nécessite un investissement à l'échelle nationale et internationale.

En raison de l'importance de l'investissement étranger pour le développement durable, l'IIDD étudie, depuis plus de huit ans, la nature et l'évolution des accords internationaux d'investissement (AII). Au cours de cette période, nous avons constaté une évolution des AII qui ont assumé un rôle plus vaste et une nouvelle signification en droit économique international ainsi que dans les pratiques des États, des investisseurs et des institutions internationales. D'ailleurs, l'expérience acquise au cours des quelques dernières années a montré que les AII constituent maintenant une partie importante des mécanismes juridiques et d'orientation qui sous-tendent les processus économiques actuels de mondialisation. Simplement dit, les AII relèvent du domaine de la gouvernance en vue de la mondialisation.

Depuis leurs débuts en 1959, ces accords ont accordé des droits importants aux investisseurs. L'IIDD est cependant devenue de plus en plus sceptique en ce qui concerne leurs incidences plus vastes. Le modèle actuel des accords d'investissement a été élaboré dans le contexte politique des années 1950 et 1960; période caractérisée par la crainte de la progression du communisme et les préoccupations quant aux incidences de la décolonisation sur les intérêts commerciaux dans les pays en développement ayant récemment acquis leur indépendance.

Étant donné cette origine, les accords initiaux étaient exclusivement axés sur un aspect unique du processus d'investissement : la protection du capital étranger et des investissements.

En outre, parce que les accords se sont développés sur une base bilatérale entre l'État d'origine et l'État d'accueil, aucune institution internationale pour ces accords n'a jamais vu le jour et aucun processus visant à analyser les réussites et les échecs des accords n'a jamais été élaboré. Les postulats selon lesquels la signature des accords d'investissement serait, en elle-même, un acte qui attirerait l'investissement (refrain commun pendant les années 1990) se sont avérés sans fondement. Qui plus est, on a constaté que le processus d'arbitrage élaboré pour traiter les différends suscités par les accords, axés principalement sur l'arbitrage entre l'investisseur et l'État, est, depuis quelques années, truffé de conflits d'intérêts et qu'il n'a pas satisfait aux mêmes critères fondamentaux de légitimité, de transparence et de responsabilité que ceux appliqués aux processus nationaux de règlement des différends qu'il supplante maintenant de façon routinière.

Quels qu'aient été ses mérites au moment, le modèle créé pour les AII il y a 50 ans ne répond plus aux besoins de l'économie mondiale du 21^e siècle. Maints observateurs, particulièrement ceux des groupes de la société civile du monde entier, pensent que le régime actuel d'investissement international est tellement fondamentalement vicié qu'il ne peut plus être ni réparé, ni refondu. Ils défendent une dissolution complète du régime et l'élaboration d'un régime de rechange spécifiquement axé sur les obligations des acteurs transnationaux. Alors que l'IIDD partage un grand nombre de leurs inquiétudes, nous y avons répondu en proposant une tactique différente. Nous pensons que le temps est venu de proposer un nouveau modèle pour les AII, une nouvelle orientation qui corresponde aux objectifs et aux exigences du développement durable et de l'économie mondiale du 21^e siècle.

Au cours des 20 dernières années, trois tentatives de négociation de règles multilatérales exécutoires concernant l'investissement effectuées par les Nations Unies, l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) et, plus récemment, par l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont échoué.

L'IIDD pense que ces échecs ne doivent pas justifier un abandon de la recherche de règles multilatérales. Au contraire, ils indiquent leur importance et le fait que les gouvernements n'ont pas encore déterminé d'ordre du jour des négociations approprié. Selon l'IIDD, il est donc temps d'adopter une nouvelle approche qui réponde mieux à la mondialisation rapide et à la nécessité de la promotion du développement durable.

À cette fin, l'IIDD a entrepris divers projets visant à analyser le fondement d'une telle nouvelle approche des négociations en matière d'investissement international. Nous avons travaillé seuls et avec des partenaires pour déterminer les lacunes des accords existants et pour examiner les intérêts qu'ont les pays en développement dans ces négociations. Nous avons, surtout, lancé le processus d'élaboration d'un ordre du jour positif de négociation qui :

- reconnaît qu'un accord d'investissement porte, au fond, sur une bonne gouvernance et applique une norme de bonne gouvernance à l'accord lui-même;
- veille à la protection, de façon légitime, transparente et responsable, des droits de l'investisseur et des biens publics;
- établit les aspirations des pays en développement et la promotion du développement durable à l'échelle mondiale comme un objectif clair de l'accord international;
- contient des dispositions qui créent un équilibre entre les droits de l'investisseur et une combinaison novatrice de responsabilités volontaires et obligatoires de celui-ci et les droits et obligations des deux États, tant celui d'accueil que celui d'origine de l'investissement;

- prévoit des propositions particulières pour établir un processus de règlement des différends qui « répare » le processus actuel en lambeaux d'arbitrage entre l'investisseur et l'État;
- développe une compréhension de la nécessité d'un financement approprié;
- formule un cadre institutionnel qui permette au régime d'évoluer en fonction de ses succès et de ses échecs.

L'investissement, tant national qu'international, dans diverses combinaisons d'États différents, est le pivot de toute tentative de promotion du développement durable. Cependant, les modèles actuels sont dissociés de cette réalité et sont de piètres outils de promotion de tels investissements. Nous pensons que la nouvelle approche que nous proposons fixera un ordre du jour pour l'amélioration du climat de l'investissement international, pour le placement du développement au cœur même du processus et pour l'avancement du développement durable.

Élaboration du texte : passé, présent et avenir

On peut consulter le travail d'analyse qui soutient ce projet à l'adresse suivante : www.iisd.org/investment. On y décrit également le processus complet concernant ce projet particulier. En bref, ce projet a évolué aux côtés d'un autre projet dont le but était de comprendre un Southern Agenda on Investment. Nous avons cherché à comprendre quelles sont les questions actuellement à l'ordre du jour des pays en développement ou qui, à leurs yeux, devraient l'être, et quelles leçons peuvent être tirées du récent essor de l'utilisation et de l'interprétation des actuels accords bilatéraux et régionaux d'investissement. Cette quête nous a amenés à communiquer avec de nombreux chercheurs, analystes et représentants de la société civile, des entreprises et des gouvernements, et est à l'origine de la plus grande partie du contenu du présent document. En outre, notre analyse a suggéré la nécessité de l'établissement de nouvelles orientations qui soutiennent

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

expressément le rôle que doit jouer l'investissement dans un contexte de développement durable. En l'absence de tout modèle qui pourrait soutenir ce que nous considérons comme essentiel, nous avons entrepris la préparation d'un premier document de discussion. Il a constitué la base d'une discussion intensive et détaillée lors d'un atelier qui a eu lieu à La Haye en janvier 2005. Parmi les participants se trouvaient des experts en droit international ayant des points de vue divers, des membres du barreau international de l'arbitrage, des arbitres, des économistes, des experts en matière de développement et autres. La publication du document de discussion sur l'Internet en vue d'obtenir des commentaires nous a permis de recueillir une importante rétroaction.

Les discussions qui ont eu lieu lors de la rencontre de La Haye et les commentaires d'autres personnes ont été examinés, conduisant à la version révisée du texte maintenant publiée. L'IIDD remercie tous ceux et celles qui ont pris le temps de participer, qui ont exprimé leurs opinions, leurs préoccupations et leurs critiques.

Le Modèle d'accord ci-dessous devrait être considéré comme un texte évolutif. Il offre un ordre du jour pour les négociations à venir et une perspective complète et uniforme des liens entre l'investissement et le développement durable. Le texte est conçu pour pouvoir être adapté aux négociations bilatérales, régionales et multilatérales étant donné que l'on constatera des différences entre elles et entre les différents partenaires aux négociations.

Considéré comme une approche multilatérale, le Modèle d'accord fournit également une approche unique pour aborder les défauts des quelques 2 000 accords bilatéraux et régionaux, tous plus ou moins établis selon le même modèle. Par conséquent, l'IIDD pense qu'une

approche multilatérale offre d'importants avantages par rapport à une prolifération supplémentaire des accords bilatéraux et des accords régionaux. Selon l'IIDD, les possibilités offertes aux pays en développement d'adopter une approche cohérente de la négociation des accords d'investissement se traduiront par des avantages supplémentaires importants pour l'élaboration d'un nouveau modèle d'AII.

Le rôle du Guide du négociateur

La présente publication contient tant le texte du Modèle d'accord qu'un commentaire de chaque article. Les commentaires ont les buts suivants :

- élucider les éléments clé du texte du point de vue des politiques ou juridique;
- donner une idée des options ou des autres approches applicables aux questions suscitées par le texte. Ils chercheront également à expliquer les raisons pour lesquelles nous avons choisi l'article tel qu'il est présenté.

Nous espérons que le présent Guide constituera un précieux outil pour les négociateurs, particulièrement ceux des pays en développement. Cependant, notre intention était également qu'il soit un outil théorique, un outil pour les observateurs qui ne sont pas des experts au sein de la société civile, des offices élus ou des parlements de tous les paliers de gouvernement et un outil pour ceux qui sont des experts mais qui recherchent un degré d'analyse différent et ceux qui participent, sous d'autres formes, au débat sur l'avenir des accords internationaux d'investissement.

Le but a été de faire de cette publication un outil facile à utiliser avec une place pour que le lecteur y consigne ses propres notes. Il peut être un outil pour se préparer aux négociations et un « assistant » lorsqu'elles ont lieu.

**Texte du Modèle d'accord
et commentaires**

**Institut international du
développement durable**

PRÉAMBULE



Les Parties,

Cherchant à promouvoir le développement durable à l'échelle tant nationale, régionale qu'internationale;

Comprenant que le développement durable constitue une forme de développement qui répond aux nécessités du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre à leurs propres besoins et reconnaissant les apports de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992), du Sommet mondial sur le développement durable de 2002 et des Objectifs de développement du millénaire pour notre compréhension du développement durable;

Reconnaissant que la promotion des investissements durables est essentielle au développement futur des économies nationales et mondiale ainsi qu'à la poursuite des objectifs nationaux et mondiaux pour le développement durable;

Comprenant, en outre, que la promotion de tels investissements nécessite des efforts de coopération de la part des investisseurs, des gouvernements d'accueil et des gouvernements d'origine;

Reconnaissant le développement de moyens de protections destinés aux investisseurs étrangers en droit international à ce jour;

Confirmant le développement progressif du droit international et des politiques sur les relations entre les entreprises multinationales et les gouvernements d'accueil tel qu'il a été constaté dans des instruments internationaux comme la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, et les Normes de Responsabilité en matière de droits de l'homme à l'intention des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales des Nations Unies;

Recherchant un équilibre global des droits et obligations dans les investissements internationaux entre les investisseurs, les pays d'accueil et les pays d'origine; et

Reconnaissant qu'un accord international d'investissement devrait refléter les principes essentiels de transparence, de responsabilité et de légitimité applicable à tous les participants aux processus d'investissement étranger,

Nous convenons de ce qui suit :

Commentaire

Le préambule d'un accord international, de tout accord international, joue un rôle important dans la détermination des buts de la négociation. Il est également important, et parfois essentiel, pour guider son interprétation par les Parties et par les autres personnes touchées par l'accord, y compris dans le cadre des processus de règlement des différends.

Ainsi, au cours des quelques dernières années, plusieurs arbitrages en matière d'investissement se sont axés sur les dispositions contenues dans le préambule ou les objectifs qui énoncent le but de protection des investisseurs et des investissements. Ils ont utilisé cette terminologie pour souligner cet unique élément lors de leur interprétation et application de plusieurs AII existants. Par conséquent, une nouvelle approche exige que le préambule énonce clairement les buts élargis qui sont couverts dans le cadre desquels le développement, la durabilité et la protection de l'investissement sont tous pertinents.

Préambule

Enfin, le texte suggéré ici tente de refléter le nouveau développement de deux tendances. L'une est le concept de développement durable et l'équilibre qu'il recherche au niveau des questions de développement et de durabilité. La seconde est l'évolution mondiale qui a lieu au niveau de la relation complexe entre les investisseurs, les États d'accueil et les collectivités locales. Le renvoi aux Normes des sociétés transnationales des Nations Unies dans le préambule est un renvoi tourné vers l'avenir et fondé sur un postulat, qui ne se réalisera peut-être pas, selon lequel un texte définitif sera adopté par les Nations Unies. Cela place le Modèle d'accord dans son véritable contexte d'évolution plutôt que dans celui du modèle statique des AII existants.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

Article 1 : Objectif

Article 2 : Définitions

Article 3 : Portée

Article 4 : Refus d'accorder des avantages

PARTIE 1 : DISPOSITIONS GÉNÉRALES



Article 1 : Objectif

L'objectif du présent Accord est de promouvoir l'investissement étranger qui soutient le développement durable, en particulier dans les pays en développement et les moins avancés.

Commentaire de l'article 1

Un article portant sur les objectifs a de nombreux précédents, y compris dans les accords commerciaux et dans le secteur de l'environnement. On l'utilise ici pour déclarer la raison de l'Accord. L'article aiderait également à délimiter un contexte pour l'interprétation qui est clairement différent du contexte actuel des « droits de l'investisseur » utilisé dans de nombreux arbitrages jusqu'à ce jour.

La nature simple de ce texte est essentielle. Les efforts réalisés, dans ce genre d'article, pour inclure un reflet de tous les éléments pertinents à un accord le rendront flou et le dénueront sans doute de sa signification profonde.

Article 2 : Définitions



- (A) « Société » toute entité constituée en personne morale ou organisée en vertu des lois applicables de l'État d'origine ou de l'État d'accueil, qu'elle ait, ou non, un but lucratif et qu'elle soit possédée ou contrôlée par une entité du secteur privé ou gouvernementale;
- (B) « Ressortissant » d'une Partie renvoie à une personne naturelle qui est un ressortissant de cette Partie en vertu de son droit applicable;
- (C) « Investissement »
 - i) une société;
 - ii) des actions, valeurs ou autres formes de participation au capital d'une société ainsi que les obligations et autres formes d'intérêt débiteur dans une société;
 - iii) droits contractuels tels que ceux obtenus en vertu de contrats clés en main, de construction ou de gestion, de contrats de production ou de partage des recettes, de concessions ou autres contrats similaires;
 - iv) les biens corporels, y compris les biens immobiliers et les biens incorporels, y compris les droits tels que les baux, hypothèques, privilèges et gages sur le bien immobilier;
 - v) les droits accordés conformément à la loi tels que les licences et permisà condition que
 - a) lesdits investissements ne soient pas des placements en portefeuille qui n'entreront pas dans le champ d'application du présent Accord;
 - b) l'investissement ait une présence physique importante¹ dans l'État d'accueil;

¹ Une présence physique importante n'inclut pas, par exemple, les bureaux de vente sans autres installations opérationnelles, les entreprises basées sur une boîte postale, les entreprises basées sur l'Internet ou autres genres d'entreprises ayant une présence physique très limitée dans l'État d'accueil. Pour illustrer une situation contraire, une entreprise clé en main nécessiterait normalement un investissement en capital considérable, du matériel de construction, des intérêts immobiliers et autres formes de présence physique.

- c) l'investissement dans l'État d'accueil soit réalisé conformément aux lois de ce dernier;
- d) l'investissement constitue tout ou partie d'une entreprise ou d'une exploitation commerciale²;
- e) l'investissement soit effectué par un investisseur tel qu'il est défini dans le présent Accord.



Il demeure entendu qu'un investissement n'inclut pas ce qui suit : une part du marché, quelle soit fondée ou non sur un commerce d'origine étrangère, les créances liquides découlant uniquement de contrats commerciaux pour la vente de produits et services entre le territoire d'une Partie et celui d'un autre pays ou un prêt consenti à une Partie ou à une entreprise d'État; une lettre de crédit émise par une banque ou l'octroi de crédit lié à une transaction commerciale telle que le financement des importations.

- (D) « Investisseur » un ressortissant ou une société d'une Partie étant un État d'origine qui réalise, ou est en cours de réalisation, d'un investissement sur le territoire d'une autre Partie;
- (E) « Accords internationaux d'investissement » tout accord bilatéral ou régional en vigueur qui contient des dispositions visant la protection de l'investissement étranger, ou des dispositions qui prévoient également les droits et responsabilités des investisseurs étrangers, des États d'accueil et/ou des États d'origine concernant l'investissement étranger et qui inclut des parties, chapitres ou articles provenant d'accords intégrés sur le commerce et l'investissement;
- (F) « Convention du CIRDI » la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre états et ressortissants d'autres états faite à Washington le 18 mars 1965;
- (G) « Centre » le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements établi par la Convention du CIRDI;
- (H) « Mesures » inclut toute décision juridique, administrative, législative, judiciaire ou de politique prise par l'État d'accueil, directement liée à un investissement dans le territoire de l'État d'accueil et ayant des répercussions sur ledit investissement mais n'inclut par les projets de mesures;
- (I) « État d'origine » l'État déclaré par l'investisseur et accepté par l'État d'accueil en tant que tel conformément aux règles suivantes.
 - i) Un investisseur étranger choisira sans délai son État d'origine en fonction de son principal établissement ou d'un centre principal de liens réels et soutenus avec l'économie de l'État d'origine et à partir duquel un contrôle réel de l'investissement est exercé³. Il informera l'État d'accueil de son État d'origine.
 - ii) Lorsqu'un investisseur change en ce qui concerne un investissement, il doit en informer l'État d'accueil et indiquer l'État d'origine du nouvel investisseur en fonction de son principal établissement ou d'un centre principal d'exploitation réelle étroitement lié à l'investissement.

2 Les Parties comprennent que des exploitations sans but lucratif comme des instituts de recherche et des organismes non-gouvernementaux pourraient être incluses dans cet alinéa.

3 Les « coquilles vides », les enregistrements et constitution en personne morale dans les paradis fiscaux à l'étranger et autres formes de constitution en société ou emplacement ne détermineront pas l'emplacement officiel de l'État d'origine. Le contrôle réel de l'investissement constitue ici la question centrale, correspondant à la possibilité de tenir l'État d'origine responsable, le cas échéant, conformément à l'article 17.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

- iii) Sous réserve d'un préavis et d'une consultation avec l'investisseur au moment de la réception de l'avis, une Partie peut, dans les 90 jours dudit avis, refuser d'accorder des avantages découlant du présent Accord à un investisseur d'une autre Partie qui ne satisfait pas aux exigences des paragraphes (A) ou (B) ou dont des investisseurs d'un tiers à l'Accord possèdent et contrôlent l'entreprise, et qui ne possède aucune activité commerciale importante sur le territoire de la Partie dont le droit régit sa constitution en personne morale ou son organisation.
- iv) Il demeure entendu qu'un investisseur ne peut déclarer que son État d'origine est une Partie lorsqu'il est une entreprise de ladite Partie mais qu'il ne possède aucune activité commerciale importante sur le territoire de cette dernière et que des personnes d'un tiers ou de l'État d'accueil putatif possèdent ou contrôlent l'entreprise.
- v) Lorsqu'un investisseur a son siège social ou son principal établissement dans un État partie au présent Accord, ledit État sera réputé être l'État d'origine aux fins du présent Accord lorsque les alinéas précédents n'ont pas conduit à un autre choix accepté⁴.



La sélection de l'État d'origine ne s'applique qu'aux fins du présent Accord.

(J) « État d'accueil » l'État dans lequel se situe l'investissement.

4 La note 3 s'applique ici, *mutatis, mutandis*.

Commentaire de l'article 2

Il est fondamental de comprendre la portée d'un traité. Elle est ici abordée dans deux articles, soit les Définitions et la Portée.

Les définitions constituent l'une des étapes de la détermination de la portée. Nous avons ici principalement cherché à clarifier ce qui constitue un investissement. L'objectif était de définir un investissement comme une filiale directe ou une société possédée, des actions ou autres formes d'instruments de possession d'actifs dans une telle société, ou d'autres droits importants liés à son exploitation ou entreprise dans l'État d'accueil. La définition est large à cet égard, reflétant différentes pratiques commerciales et juridiques mais elle est restreinte à d'autres égards.

Les limites découlent d'arbitrages qui ont conclu que la part du marché ou un investissement très minime tel que le bureau de ventes, suffit pour être admis en tant qu'investissement. On suggère ici que de tels niveaux d'investissement ne devraient pas être admissibles aux fins de la protection offerte par le traité. En d'autres termes, le but est d'étendre la portée aux investissements qui sont physiquement présents et actifs dans l'État d'accueil, et non pas de simples coquilles vides d'une forme ou une autre ou des investissements minimums aux fins, par exemple, de générer, dans l'État d'accueil, des ventes de produits et services provenant d'un État étranger. Nous reconnaissons que certaines de ces activités pourraient suffire pour être admissible en vertu de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). Cependant, l'AGCS porte sur le commerce des services et confère des droits limités dans le domaine de l'investissement; droits dont aucun ne peut être directement exercé par les investisseurs. Point n'est besoin que les définitions du présent Accord et celles de l'AGCS coïncident puisqu'elles poursuivent des objectifs différents.

Le placement en portefeuille est également exclu de la portée ici. Il s'agit d'une question épineuse mais, en fin de compte, nous pensons que l'absence d'un rôle et d'un intérêt de gestion directs — un élément clé du placement en portefeuille — ainsi que le fait qu'il ne serait pas pratique que des investisseurs, dont le nombre pourrait s'élever à des millions, qui choisissent le placement en portefeuille respectent les autres obligations d'un investisseur couvert par le traité ou les exigences

fixées quant aux avis, rendraient la tâche trop difficile par rapport aux avantages relativement mineurs qui en découleraient. Si le placement en portefeuille était inclus, on pourrait limiter la capacité au recours au processus investisseur-État énoncé ci-dessous pour les investisseurs réalisant des placements en portefeuille afin de limiter les possibilités d'affaires multiples et autres mésaventures. En outre, il faudrait inclure des dispositions particulières de sauvegarde des devises étrangères et pour palier à d'autres crises fiscales en puissance.

Le texte suggéré exclut également les droits de propriété intellectuelle (DPI) eux-mêmes en tant qu'investissement. Cela ne signifie pas que, dans les cas appropriés, l'Accord ne protégerait pas les DPI qui font partie intégrante d'un investissement. En revanche, cela signifie que la simple détention d'un DPI dans un pays étranger ne déclenche pas l'application des droits et obligations prévus par l'Accord. Cela respecte le précepte selon lequel les investissements devraient avoir une présence opérationnelle importante dans l'État d'accueil et non une simple part du marché sous une forme ou une autre. Les définitions précisent ce qui constitue un investissement, et non l'ensemble des droits qu'un investissement permettrait de protéger.

Les conditions incluses à la fin de la définition du terme « investisseur » garantissent la couverture d'un véritable investissement opérationnel, un qui a la capacité de contribuer aux possibilités de développement. Les actifs tels que des propriétés de vacances ou autres actifs achetés pour des raisons personnelles et non à titre d'investissements commerciaux sont également exclus.

L'exclusion expresse de la part du marché en tant qu'investissement découle de certains arbitrages qui semblent avoir étendu la notion d'investissement pour y inclure les biens vendus qui produisent un pourcentage de la part du marché. Ce sont donc la présence physique et la capacité de contribuer au développement qui sont choisis ici comme principal critère.

La définition du genre de mesures qui pourraient entrer dans le champ d'application de l'Accord est très vaste. Du point de vue de la protection de l'investisseur, il importe que le genre de mesure prise par un gouvernement ne permette pas les abus qui conduiraient à un déni des droits octroyés par l'Accord. Cependant, ne sont incluses que les mesures réellement applicables et ayant des effets sur un investissement, et non celles qui sont à l'étape de projet.

La dernière questions majeure ici est celle de la sélection de l'État d'origine. La plupart des accords ne la définissent pas. Cela a ouvert le processus aux abus au moyen de ce que l'on pourrait décrire comme un « lèche-vitrines » pour trouver le meilleur État d'origine : les investisseurs trouvent un emplacement dans lequel le droit du pays leur impose des obligations juridiques minimales mais où ils peuvent profiter au maximum des avantages offerts par un accord sur l'investissement sans tenir compte de leur lien commercial réel avec l'État d'origine. Il est arrivé que des investisseurs de l'État d'accueil aient établi avec succès des coquilles vides dans l'État d'origine comme moyen de se prévaloir des protections offertes par un AII. Le processus prévu ici exige que l'investisseur effectue expressément un choix et que ledit choix soit fondé sur l'emplacement du contrôle réel de l'investissement et là où une responsabilité peut efficacement être imposée, au besoin. Le processus soumet également le choix à un possible examen réalisé par l'État d'accueil. La disposition proposée cherche à équilibrer la nécessité de prompts décisions et celle d'offrir une certitude à toutes les Parties tout en empêchant le lèche-vitrines connexe au choix d'un État d'origine. Le dernier alinéa de ce processus garantit qu'un État d'origine est réputé être déterminé si un investisseur n'opère pas de sélection ou si une décision finale n'est pas acceptée en vertu des modalités de ce paragraphe.

Article 3 : Portée



(A) Sous réserve des paragraphes (D) et (F), le présent Accord s'applique à tous les investissements réalisés par un investisseur, que l'investissement soit réalisé avant ou après son entrée en vigueur.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

- (B) Sous réserve des paragraphes (D) et (F), le présent Accord s'applique à toute mesure prise ou maintenue par un organe gouvernemental d'un l'État d'accueil après l'entrée en vigueur dudit Accord.
- (C) Sous réserve des paragraphes (D) et (F), le présent Accord s'applique aux mesures adoptées par des organes gouvernementaux au palier national, étatique, provincial ou municipal du gouvernement d'une Partie.
- (D) Le présent Accord ne crée aucune obligation ou responsabilité rétroactive à la charge de l'investisseur. Les investisseurs qui ne se conforment pas aux obligations et responsabilités courantes tenteront de les respecter le plus tôt possible et, au plus tard, 12 mois après l'entrée en vigueur du présent Accord.
- (E) Droits de pré-établissement
- i) Malgré toute autre disposition, rien, dans le présent Accord, ne doit être interprété comme créant un droit d'établissement au profit d'investisseurs potentiels dans un État d'accueil potentiel.
 - ii) Les Parties qui souhaitent énumérer les secteurs dans lesquels elles ont, en vertu de leur droit national, supprimé les obstacles applicables aux investisseurs étrangers, y compris les secteurs de services, peuvent les énumérer à l'annexe E du présent Accord. Toute condition ou restriction applicable au droit d'établissement des investisseurs étrangers dans les secteurs énumérés sera indiquée en même temps⁵.
 - iii) Les investisseurs dans les secteurs énumérés à l'annexe E ou qui cherchent autrement à réaliser un investissement qu'ils ont le droit légal de réaliser doivent, sous réserve des restrictions ou conditions également énumérées à l'annexe E ou fixées par le droit national, entrer dans le champ d'application des dispositions du présent Accord en ce qui concerne les actes liés à l'établissement ou à l'acquisition d'un investissement.
 - iv) Les États peuvent modifier, selon leur gré, les listes compilées à l'annexe E, y compris toute condition, sous réserve de la sauvegarde des droits d'un investisseur qui, conformément au présent Accord, a entamé le processus d'établissement d'un investissement ou a établi un investissement.
- (F) Malgré toute autre disposition du présent Accord et excepté le fait que les droits, existant dans tout secteur ou connexe à toute mesure prévue par le présent paragraphe, acquis par des investisseurs antérieurs et leurs investissements conformément à des accords internationaux d'investissement antérieurs continuent à s'appliquer pendant la période prévue pour l'extinction du droit par lesdits accords internationaux⁶, et à condition que l'article 8 du présent Accord s'applique à tous les investissements, l'Accord ne s'applique à aucun investissement réalisé avant ou après son entrée en vigueur, ni à aucune mesure adoptée ou maintenue par une Partie dans les conditions suivantes.



5 Les Parties comprennent que de telles restrictions ou conditions peuvent inclure des restrictions quantitatives quant à l'investissement global comme dans les secteurs de l'exploitation des ressources naturelles ou à propos de la détermination des quantités de pollution ambiante ou spécifique. Elles peuvent également inclure des restrictions portant sur l'application d'articles particuliers du présent Accord.

6 Les accords internationaux d'investissement peuvent comporter une disposition qui étend la durée des droits liés à la protection d'un investisseur pendant une période spécifique après la fin de l'accord. Cela constitue la période d' « extinction » mentionnée dans le présent paragraphe.

- i) Secteurs : les investissements réalisés dans tout secteur économique d'un État d'accueil énuméré à l'annexe C, y compris les secteurs de service et les articles énumérés à l'annexe C avec ladite liste.
- ii) Mesures non conformes : l'application de toute mesure ou toute prévision de mesure particulière énumérée à l'annexe D, y compris à un palier non national, qui n'est pas conforme aux dispositions du présent Accord. Toutes les mesures municipales en vigueur au moment de l'entrée en vigueur du présent Accord sont réputées être incluses dans l'annexe D par renvoi au présent alinéa.
- iii) Modification des mesures non conformes : la continuation, toute modification ou autre altération, de mesures ou de toute prévision de mesure particulière énumérée à l'annexe D, à condition que ladite continuation, modification ou altération ne crée pas de degré de non-conformité supérieur à celui présenté par la mesure actuelle.



Commentaire de l'article 3

Il s'agit d'un article important à plusieurs égards. Il détermine les actes qui entrent dans le champ d'application de l'Accord (paragraphes (A) à (C) et ceux qui en sont exclus (paragraphes (D) à (F)).

Le paragraphe (A) veille à ce que les investissements réalisés avant l'entrée en vigueur de l'Accord demeurent dans son champ d'application. Il s'agit d'un élément essentiel s'il doit exister une transition entre les traités bilatéraux d'investissement et un accord multilatéral unique ou un traité régional plus vaste. Une telle transition serait impossible si les investissements couverts par les accords existants ne l'étaient plus.

Cependant, il est clair, à la lecture du paragraphe (B) que l'Accord ne s'applique qu'aux mesures édictées par le gouvernement après son entrée en vigueur. Il s'agit d'une approche adoptée par un relativement grand nombre d'AII. Les mesures antérieures devraient être abordées en vertu des accords applicables préexistants. Lu en conjonction avec le paragraphe précédent, cela signifie que les investissements qui existent déjà sont couverts mais que seuls les actes des gouvernements postérieurs à l'entrée en vigueur le sont.

Le paragraphe (C) porte sur les responsabilités incombant à tous les paliers de gouvernement de se conformer aux obligations prévues dans l'Accord. Étant donné que de nombreuses structures de gouvernements fédéraux accordent une vaste compétence aux gouvernements étatiques ou locaux, le fait de veiller à ce que les droits des investisseurs aient une véritable signification devient une nécessité pratique.

Les exclusions limitent les déclarations susmentionnées ou excluent d'une autre façon les mesures précisées de la portée de l'Accord. Le paragraphe (D) empêche une application rétroactive des obligations et responsabilités d'un investisseur. Étant donné qu'aucun AII antérieur ne comportait de telles obligations directes et qu'aucun autre traité international n'en établit, il s'agit, à notre avis, d'un élément d'équité fondamentale. Étant donné que le non-respect des obligations porte de possibles conséquences, il importe de démontrer une telle équité fondamentale.

Le paragraphe (E) aborde une question absolument cruciale. Il s'agit de savoir si, ou comment, un accord devrait aller jusqu'à créer un droit d'établissement au profit des investisseurs étrangers dans un État d'accueil. Plusieurs modèles d'accord et exigences de négociation actuels le font. L'IIDD adopte la position selon laquelle la création d'un droit d'entrée au profit des investisseurs étrangers n'est ni appropriée, ni nécessaire du point de vue d'un pays en développement. En outre, cela crée des risques importants quant à la capacité des États à assurer le développement durable des ressources et les avantages au niveau du développement national qui en découlent. La

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

solution suggérée ici constitue ce que l'on pourrait appeler une « annonce » des possibilités d'investissement en vertu du droit national de chaque État. Cela permet aux Parties d'indiquer les secteurs qui sont plus ouverts à l'investissement étranger que d'autres et les conditions qui s'y rattachent. Cela permet également à chaque Partie de modifier sa liste unilatéralement tant que cela n'a d'incidence sur les droits et obligations d'aucun investisseur quant aux investissements déjà réalisés ou en cours de réalisation en vertu de la liste telle qu'elle était avant sa modification.

En pratique, cela signifie qu'une fois l'investissement réalisé par un investisseur étranger, par exemple un secteur a été privatisé et un investisseur étranger l'a pénétré, cet investissement donné doit pouvoir continuer conformément au permis, à la licence ou autre forme d'autorisation qu'il a reçu, y compris tout délai qu'il précise. Dans la plupart des cas, le fait d'annuler les droits des investisseurs existants serait soumis aux dispositions sur l'expropriation ou autres contraintes et, par conséquent, soumis à une indemnisation appropriée en vertu de l'Accord. Cependant, les futurs choix de politique ne seront pas empêchés par l'Accord sous sa forme actuelle.

L'IIDD pense que cette approche permet aux gouvernements de déterminer leurs plans nationaux d'investissement et de développement, de les modifier en fonction des besoins et cela sans la dimension superflue d'engagements permanents ou de droits des investisseurs étrangers. Une note en bas de page précise que les restrictions et conditions imposées à un secteur se trouvant sur la liste peuvent être larges et inclure l'exclusion d'articles de l'Accord à l'étape préalable à l'établissement.

Il est important de permettre une grande souplesse au niveau de la constitution de la liste et de la radiation de secteurs de ladite liste. De nombreuses négociations ont lieu dans des conditions extrêmement inégales alors que l'une des Parties peut exercer des pressions sur une autre pour qu'elle prenne, sans en comprendre tout à fait les possibles ramifications, des engagements permanents dans les faits dont le respect sera obligatoire.

Lorsqu'un secteur est inscrit sur la liste par un État Partie, les investisseurs s'attendent raisonnablement à être traités en fonction des normes prévues par l'Accord et le paragraphe (E) fonde ces attentes en droit.

Le paragraphe (F) prévoit des types plus vastes de limites rencontrées dans la plupart des AII contemporains concernant la période postérieure à l'établissement d'un investissement. À notre avis, étant donné que les investissements doivent être réalisés conformément aux lois locales et que ces lois devraient, elles, respecter l'Accord, les limites imposées à l'exploitation d'un investissement postérieure à son établissement devraient être claires et faciles à comprendre. Pour cette raison, et compte tenu du fait que les questions de droits d'établissement ne sont traitées qu'au moyen d'une approche d'énumération positive, l'IIDD suggère l'insertion, ici, d'une liste négative de secteurs exclus. Une fois qu'un investissement a reçu une autorisation sous une forme ou une autre et qu'il est en cours de réalisation, les restrictions imposées en vertu de l'Accord devraient être réduites au minimum. (La présente proposition ne contient également aucune interdiction d'imposition d'exigences de rendement, ce qui donne une meilleure marge de manœuvre aux fins actuelles.)

Le paragraphe (F) prévoit également une approche d'énumération négative concernant les mesures existantes non conformes qui doivent être exclues de la portée de l'Accord de sorte que les décisions prises en vertu de ces mesures seraient exclues en tant que fondement de réclamations en vertu de l'Accord. L'option choisie ici est, une fois encore, celle de la création d'une liste spécifique énumérant les mesures visées. Les modifications apportées aux mesures sont également incluses ici. Il existe une exclusion large, au moyen d'une énumération « réputée » de toutes les mesures municipales préexistantes afin d'éviter un examen approfondi de l'ensemble des lois, règlements, politiques et autres d'une Partie à l'échelle municipale. Cela correspond à ce qui existe dans plusieurs accords internationaux.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

Article 5 : Traitement national

Article 6 : Traitement de la nation
la plus favorisée

Article 7 : Normes minimales internationales

Article 8 : Expropriation

Article 9 : Dirigeants et conseils d'administration

Article 10 : Transferts d'actifs

Partie 2 : Normes de traitement des investisseurs étrangers

- b) ses incidences sur l'environnement local, régional ou national ou sur le patrimoine mondial de l'humanité⁷;
- c) le secteur dans lequel l'investisseur fonctionne;
- d) le but de la mesure en question;
- e) le processus réglementaire généralement appliqué concernant la mesure en question;
- f) d'autres facteurs directement liés à l'investissement ou à l'investisseur à l'égard de la mesure en question.



L'examen ne sera pas limité à un facteur, ni ne l'abordera avec un préjugé.

7 Les Parties comprennent que de telles considérations peuvent inclure les incidences cumulatives de tous les investissements réalisés sur un territoire, par exemple dans les secteurs de l'exploitation des ressources naturelles ou à propos de la détermination des quantités de pollution ambiante ou spécifique. Maintes juridictions ne permettent pas la réalisation de nouveaux investissements qui se traduiraient par un dépassement des tolérances applicables en matière d'environnement ou de santé humaine.

Commentaire de l'article 5

D'aucuns ont présenté des arguments selon lesquels il existe une sorte de droit international, général ou coutumier, à un traitement national au profit des investisseurs étrangers. Ce n'est tout simplement pas le cas. Les droits au traitement national sont ceux qui sont énoncés dans les accords d'investissement. Il importe donc de les énoncer correctement pour qu'ils ne trahissent pas les investisseurs tout en laissant aux gouvernements la capacité appropriée pour réglementer la gestion de leur économie et y participer.

Nous proposons ici une formulation relativement standard de la règle du traitement national. Le paragraphe (A) porte sur le traitement de l'investisseur étranger et le paragraphe (B) sur le traitement de l'investissement lui-même. Les deux portent sur l'étape postérieure à l'établissement d'un investissement. Le paragraphe (A) couvre également l'étape antérieure à l'établissement mais uniquement dans la mesure où il est accordé en vertu du droit national. Bien que cela n'exige pas un traitement national à l'étape préalable à l'établissement, tout comme l'approche d'énumération adoptée pour l'annexe E de l'Accord, cela a malgré tout une incidence juridique sur le fait de considérer le respect, par le gouvernement, de son droit national dans ce domaine comme une obligation juridique internationale.

Le paragraphe (C) prévoit une exclusion spécifique qui n'est peut-être pas absolument nécessaire mais qui sert à clarifier. Il s'agit d'une exclusion qui garantit que le gouvernement peut utiliser des mesures d'approvisionnement gouvernemental pour promouvoir les exigences applicables aux entreprises nationales ou au contenu national.

Le paragraphe (D) est, aujourd'hui, un renvoi standard à la façon dont une disposition s'appliquera aux décisions portant sur les paliers de gouvernement autres que national. Cela signifie que si une question est soulevée, il faut comparer l'attitude ou les mesures adoptées par un gouvernement non fédéral à d'autres attitudes et mesures émanant de ce même gouvernement et non pas examiner la façon dont d'autres gouvernements à ce palier pourraient agir. Cela semble évident mais cela a été remis en question lors de certains arbitrages.

Il faut aller au-delà d'une simple comparaison entre les investisseurs étrangers et nationaux, là réside l'essence de cet article. On doit examiner des investisseurs étrangers et nationaux se trouvant « dans des circonstances analogues ». Certains tribunaux arbitraux ont conclu que seuls des critères très généraux doivent être remplis ici; des critères tels que : « est-on en présence de deux exportateurs? » ou « opèrent-ils dans le même secteur de production? » L'IIDD pense que

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

cette approche est erronée et a conduit à des résultats inappropriés. Il faut considérer les investissements comme des choses vivantes dotées de maintes facettes et non uniquement comme de simples produits qui traversent une frontière. Les investissements possèdent des liens multiples et divers avec les gouvernements nationaux, étatiques et locaux. Il est rare qu'un même ensemble de règles s'applique à toutes les facettes de deux investissements bien que certains éléments puissent être communs. Par conséquent, le paragraphe (E) prévoit un critère plus vaste que les interprètes de l'Accord devront appliquer. Il exige l'inclusion de tous les facteurs qui pourraient être pertinents et empêchent l'interprète de se fonder sur un seul facteur tel que le fait d'être un exportateur.

La liste exige également expressément la prise en compte des buts de la mesure qui suscite la préoccupation, ce qui garantit que le critère ne comprend pas uniquement les incidences de la mesure.

Cette approche exprime de la question des circonstances analogues constitue, en partie, une réponse à certains des arbitrages et textes de doctrine qui ont adopté le point de vue traditionnel, mais qui n'est plus applicable, concernant la façon dont le droit commercial aborde le critère des « produits similaires » utilisé pour évaluer ses critères de traitement national. Le fait de se fonder, en droit commercial, sur le critère des produits concurrents comme unique mesure a été annulé dans de récentes affaires commerciales. Le fait de préciser expressément que les buts d'une mesure sont examinés, de pair avec les autres facteurs énumérés, empêchera tout autre effort visant à éliminer le but d'une mesure du champ de son examen dans le cadre d'accords d'investissement ou à n'axer l'examen que sur les comparaisons les plus larges comme éléments déterminants.

La note en bas de page porte sur une préoccupation environnementale particulière liée aux incidences cumulatives sur l'environnement ou la santé humaine tels que, si les degrés de pollution ambiante sont atteints, le fait de ne pas autoriser un investisseur étranger à s'établir ne constituera pas une violation de quelconques droits au traitement national, bien qu'un refus d'autorisation opposé à un investisseur étranger alors qu'un investisseur national en obtient une pourrait soulever des préoccupations.

Article 6 : Traitement de la nation la plus favorisée



(A) Le présent article s'applique à ce qui suit :

- a) toutes les mesures prises par une Partie couverte par le présent Accord;
- b) les dispositions de fond⁸ d'autres accords internationaux portant sur l'investissement qui entrent en vigueur après l'entrée en vigueur du présent Accord.

(B) Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à des investisseurs de toute autre Partie ou d'un tiers en ce qui concerne la gestion, la direction, l'exploitation, l'expansion et la vente ou autre aliénation d'investissements. Lorsqu'un investisseur étranger d'une Partie ou d'un tiers peut, en vertu du droit national, établir un investissement, la présente disposition s'appliquera dans la mesure où elle respecte ledit droit national en matière d'établissement ou d'acquisition d'investissements.

(C) Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements

8 Cet article ne s'applique pas aux dispositions procédurales, institutionnelles ou prévoyant le règlement des différends d'autres accords internationaux liés à l'investissement qui entreront en vigueur après l'entrée en vigueur du présent Accord.

Partie 2 : Normes de traitement des investisseurs étrangers

effectués par les investisseurs de toute autre Partie ou d'un tiers, en ce qui concerne la gestion, la direction, l'exploitation, l'expansion et la vente ou autre aliénation d'investissements.



- (D) Chaque Partie accordera aux investisseurs d'une autre Partie et aux investissements réalisés par les investisseurs d'une autre Partie, le meilleur des deux traitements suivants : celui exigé par le présent article et l'obligation de traitement national.
- (E) Les paragraphes (B) à (D) n'obligent pas une Partie à étendre aux investisseurs d'une autre Partie l'avantage de quelque traitement, préférence ou privilège contenu dans les documents suivants :
- i) tout accord douanier, de zone de libre-échange, de marché commun ou tout accord international relatif à l'environnement actuel ou futur auquel l'État d'origine de l'investisseur n'est pas partie; ou
 - ii) tout accord international ou toute entente internationale liée entièrement ou en majorité à l'imposition ou à toute législation nationale liée entièrement ou en majorité à l'imposition.
- (F) Les paragraphes (C) à (E) de l'article 5 s'appliquent, *mutatis mutandis*, au présent article.

Commentaire de l'article 6

La règle de la nation la plus favorisée (NPF) est, depuis longtemps, associée aux accords internationaux d'investissement mais est récemment devenue très controversée. Certains arbitrages ont permis aux investisseurs de « picorer » dans l'ensemble des règles internationales sur l'investissement et les lois nationales à la disposition de tout investisseur étranger, celles qui leur conviennent le mieux. Cela s'est traduit par une incertitude croissante pour les États d'accueil quant à leurs obligations en vertu d'un accord et des possibilités croissantes d'interprétation large des accords existants par les arbitres à la demande des investisseurs.

Le présent texte de règle de la NPF mettrait fin à cette situation. Il limiterait l'utilisation des principes de la NPF aux seuls accords futurs tout en maintenant un vaste éventail de couverture des mesures nationales. C'est important car toute utilisation à rebours de la disposition sur la NPF non seulement entretiendrait les possibilités de picorage mais permettrait à des AII précédents de prévaloir sur le présent Accord dans la mesure où le fait que l'État d'origine ou l'État d'accueil n'est pas partie au présent Accord ne les rend pas inapplicables. (Cette question est soulevée à l'article 34, Relation avec d'autres accords.) Sans cette nouvelle restriction, un pays ayant un grand nombre de traités internationaux bilatéraux qui n'a pas signé le présent Accord pourrait, en pratique, en rendre de grandes parties inapplicables pour un grand nombre d'États. Ainsi, si le Royaume-Uni, qui possède plus de 80 traités bilatéraux, choisissait de ne pas signer le présent Accord, les investisseurs des parties au présent Accord pourraient se fonder sur un traité international bilatéral du Royaume-Uni face à leur État d'accueil pour altérer ses droits en vertu du présent Accord si cela s'avérait plus favorable pour eux en tant qu'investisseurs. Parce que le présent Accord cherche à créer un équilibre différent des droits et obligations entre les États d'accueil et les investisseurs, cela serait fréquemment le cas.

L'utilisation de l'expression « de fond » et la note en bas de page correspondante garantissent que seules les dispositions de fond de tout accord à venir seront régies par la règle du NPF, et non les dispositions de règlement des différends ou procédurales qui pourraient être spécifiquement établies dans un contexte bilatéral ou régional.

Article 7 : Normes minimales internationales



- (A) Chacune des Parties accordera aux investisseurs ou à leurs investissements un traitement conforme au droit international coutumier, y compris un traitement juste et équitable et ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales. Cette obligation sera comprise comme correspondant à l'obligation des États d'accueil, en particulier telle qu'elle est prévue à l'article 19 du présent Accord.
- (B) Le paragraphe (A) prévoit la norme minimale internationale du droit international coutumier en matière de traitement des étrangers comme la norme minimale de traitement à accorder aux investissements. Les concepts de « traitement juste et équitable » et de « protection et sécurité intégrales » font partie intégrante de cette norme et ne créent aucun droit fondamental supplémentaire.
- (C) Chacune des Parties accordera aux investisseurs et à leurs investissements un traitement non-discriminatoire quant aux mesures qu'elle adoptera ou maintiendra relativement aux pertes subies sur son territoire, à cause d'un conflit armé ou d'une guerre civile.
- (D) Malgré le paragraphe (C), si un investisseur d'une Partie, dans les situations qui y sont mentionnées, subit une perte sur le territoire de l'autre Partie, cette dernière fournira à l'investisseur une prompte, adéquate et efficace restitution ou indemnisation sous forme facilement convertible si les faits qui n'étaient pas exigés par la nécessité de la situation qui ont causé la perte sont les suivants :
- i) la réquisition de son investissement, en totalité ou en partie, par les forces ou autorités de ladite Partie; ou
 - ii) la destruction de son investissement, en totalité ou en partie, par les forces ou autorités de ladite Partie.

Commentaire de l'article 7

L'article sur la norme minimale internationale détermine une norme de base pour le traitement que l'on attend, en fait, de la part de tout gouvernement. Il ne s'agit pas d'une disposition comparative de par sa nature comme le sont celles sur le traitement national ou la NPF. La norme ne soulevait que relativement peu de controverse jusqu'à il a quelques années lorsqu'elle est devenue le sujet de plusieurs arbitrages dans lesquels les investisseurs cherchaient à étendre sa signification pour y inclure d'autres obligations découlant des traités et plus encore.

Cette disposition retourne au concept classique de l'intention de toutes les Parties lorsque, dans le cadre de la rédaction d'une telle disposition, elles déterminent un seuil minimal de conduite qui choquerait manifestement l'observateur impartial. C'est la caractéristique de la référence au droit international coutumier. Cependant, la référence au droit international coutumier signifie également que la norme évolue au fil du temps. Aujourd'hui, elle inclurait, selon maintes personnes, certains éléments fondamentaux de transparence et d'absence de caractère arbitraire. Ces éléments sont mentionnés en référence à l'article 19 qui impose aux États d'accueil ce que l'on pourrait appeler une « obligation de degré minimal de bonne gouvernance ». Étant donné que l'article 19 indique également sans aucune ambiguïté que tous les États n'ont pas atteint les mêmes normes de gouvernance et que, par conséquent, les investisseurs ne peuvent s'attendre à un même niveau de normes de la part de tous les États d'accueil, le renvoi indique également clairement qu'elle n'a pas pour objet d'être une norme déterminée par un renvoi aux normes de bonne gouvernance de l'OCDE lorsqu'il s'agit de pays qui ne sont pas membres de cette organisation.

Article 8 : Expropriation



- (A) Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire (« expropriation »), sauf :
- i) pour une raison d'intérêt public;
 - ii) sur une base non discriminatoire;
 - iii) en conformité avec l'application régulière de la loi; et
 - iv) moyennant le versement d'une indemnité en conformité avec les paragraphes (B) à (F).
- (B) L'indemnité appropriée devra équivaloir à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié, immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu (« date d'expropriation »), et elle ne tiendra compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue. Les critères d'évaluation seront la valeur d'exploitation, la valeur de l'actif, notamment la valeur fiscale déclarée des biens corporels, ainsi que tout autre critère nécessaire au calcul de la juste valeur marchande, selon les besoins. L'indemnité pourra être ajustée pour refléter le comportement aggravant d'un investisseur ou le comportement qui ne cherche pas à limiter les dommages-intérêts.
- (C) L'indemnité sera versée sans délai et elle sera pleinement réalisable.
- (D) Si le paiement est effectué dans une devise du Groupe des Sept, l'indemnité comprendra les intérêts, calculés selon un taux commercial raisonnable pour cette devise à compter de la date d'expropriation jusqu'à la date du paiement de l'indemnité.
- (E) Si une Partie choisit de verser l'indemnité dans une devise autre qu'une devise du Groupe des Sept, la somme versée à la date du paiement, si elle est convertie en une monnaie du Groupe des Sept au taux de change du marché en vigueur à cette date, ne pourra être inférieure au montant de l'indemnité due à la date de l'expropriation si ce montant avait été converti en une monnaie du Groupe des Sept au taux de change du marché en vigueur à cette date, et que les intérêts avaient couru, à un taux commercial raisonnable pour cette monnaie du Groupe des Sept à compter de la date d'expropriation jusqu'à la date du paiement de l'indemnité.
- (F) Au moment du paiement, l'indemnité sera librement transférable. Les sentences qui imposent un fardeau considérable à un État d'accueil peuvent être acquittées sur une période de trois ans ou une période convenue par les Parties, sous réserve des intérêts au taux convenu par accord des parties ou établi par un tribunal.
- (G) Le présent article ne s'applique pas à la délivrance de licences obligatoires accordées relativement à des droits de propriété intellectuelle, ni à l'annulation, à la limitation ou à la création de droits de propriété intellectuelle, pour autant que soient respectées les dispositions applicables des accords internationaux en matière de propriété intellectuelle.
- (H) Une mesure non discriminatoire d'application générale ne sera pas considérée comme une expropriation d'un titre de créance ou d'un prêt couvert par le présent Accord au seul motif que la mesure impose au débiteur des coûts qui le forcent à faire défaut au remboursement de la dette.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

- (l) Conformément au droit des États à réglementer et les principes du droit international coutumiers concernant les pouvoirs de la police, les mesures réglementaires *bona fides* et non discriminatoires prises par une Partie qui sont conçues et appliquées pour protéger ou améliorer les objectifs légitimes de bien-être publics tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte en vertu du présent article⁹.



⁹ Par contraste, une mesure prise sous forme de législation ou d'un règlement qui approprie les titres de propriété ne serait pas incluse dans la portée du libellé sur l'expropriation indirecte.

Commentaire de l'article 8

L'inclusion d'une disposition interdisant l'expropriation sans indemnisation est commune. Il faut remarquer que l'expropriation n'est pas interdite mais que des conditions particulières doivent être remplies, y compris le caractère non discriminatoire et le versement d'une indemnisation. C'est prévu au paragraphe (A).

Le paragraphe B prévoit la règle sur l'évaluation de bien exproprié aux fins de l'indemnisation. Il suit le principe général de la juste valeur marchande mais ajoute qu'on peut tenir compte du comportement de l'investisseur qui contribue aux dommages-intérêts ou à l'absence de leur limitation. Ceci reflète des facteurs relativement largement compris en matière d'évaluation des dommages-intérêts connexes à une expropriation.

Les paragraphes (C) à (F) garantissent que l'indemnisation est réalisée promptement et efficacement du point de vue de l'investisseur.

Les paragraphes (G) et (H) reflètent les points de vue communs concernant les actes gouvernementaux qui ne sont pas considérés comme des expropriations. Il s'agit d'exclusions particulières du contenu de l'article.

Le paragraphe (I) porte sur une préoccupation fondamentale. Lorsque le bien est approprié dans sa totalité, les dispositions sur l'expropriation ne posent aujourd'hui généralement aucun problème bien que certains gouvernements et analystes soutiennent que l'expropriation de biens étrangers pourrait, dans certains cas, ne pas déclencher d'indemnisation. Nous n'adoptons pas cette position ici étant donné l'évolution du droit international au cours des quelques dernières années.

Trois questions plus épineuses apparaissent lorsque l'appropriation du titre de propriété du bien n'est pas complète. Il s'agit de ce qu'on appelle des « mesures équivalentes à l'expropriation », c'est-à-dire des mesures qui ont le même effet mais parviennent à leurs fins d'une façon moins directe. Lorsque l'effet est le même, la plupart des analystes ont convenu que le fait qu'il ne s'agisse pas d'une appropriation légale directe ne constitue pas un élément déterminant. C'est ce qui est reflété ici. La seconde question est celle de l'expropriation rampante, dans laquelle on utilise une série de mesures au lieu d'une seule pour atteindre le même résultat. Là encore, lorsque l'effet est le même, ces plusieurs mesures sont utilisées pour créer une appropriation complète de l'ensemble des droits de propriété, les analystes soutiennent généralement la thèse qu'il s'agit d'une expropriation.

La principale question apparaît lorsqu'on soutient que les règlements créent une expropriation car ils ont une incidence économique importante sur l'investisseur. La question s'est trouvée en litige dans plusieurs arbitrages dont certains sont en cours. Bien qu'une seule affaire ait été, à ce jour, fondée sur la question, nombreux sont ceux qui ont exprimé des inquiétudes, et plusieurs accords plus récents sont libellés de façon à garantir que les règlements gouvernementaux normaux ne puissent pas être considérés comme une expropriation.

Partie 2 : Normes de traitement des investisseurs étrangers

Le libellé prévu pour ce faire dans le paragraphe (I) adopte une position très claire : une mesure prise pour protéger ou améliorer le bien-être public ne sera pas considérée comme une expropriation. Ce libellé est plus rigoureux que celui du modèle américain de traité international bilatéral qui déclare que ce devrait normalement être le cas et se rapproche plus du modèle d'accord canadien.

La règle est, ici, une règle absolue, sous réserve du critère selon lequel une mesure réglementaire doit être prise « *bona fides* », critère qui peut être évalué par un tribunal arbitral. *Bona fides* est défini dans le Oxford English Dictionary comme [Traduction] « avec bonne foi (agissant avec bonne foi ou fait avec bonne foi; sincèrement; authentiquement) » ou encore [Traduction] « Bonne foi, absence d'intention de tromper. » Le Black's Law Dictionary (5^e édition) définit *bona fides* comme [Traduction] « en toute bonne foi ou avec bonne foi, honnêtement, ouvertement et sincèrement; sans tromperie ou fraude; véritablement, effectivement sans simulation ou faux-semblant » et autres formulations similaires. Ce qui importe au fond, ici, c'est la bonne foi qui sous-tend la mesure. Cette dernière ne doit pas être trompeuse ou prise avec des arrière-pensées.

Ce critère est très différent, et tout à fait délibérément, du critère de « nécessité » du droit commercial souvent employé à l'égard des mesures réglementaires. Ce critère possède une volumineuse jurisprudence qui, selon l'IIDD, ne devrait pas être incorporée ici, y compris les critères de proportionnalité, de moindre restriction du commerce et autres qui n'ont que peu de place dans ce contexte. L'IIDD pense que la norme de bonne foi utilisée dans son acception la plus simple est plus appropriée et utile.

Certains libellés tels que « serait normalement » ont été appliqués à cette question au lieu du critère absolu utilisé ici. L'IIDD pense que cette question doit également être considérée à la lumière d'autres recours disponibles en vertu de l'Accord en cas de mesures réglementaires illicites, par exemple en vertu des dispositions sur la norme minimale internationale ou du traitement national. La certitude pour les gouvernements est considérée ici comme ayant une valeur supérieure à celle des recours supplémentaires à la disposition des investisseurs à propos des mesures réglementaires de la rubrique Expropriation. Le libellé indique cependant clairement que c'est bien l'expropriation indirecte, et non l'expropriation directe, qui est visée par cette exclusion. Le renvoi à la règle des « pouvoirs de la police » étaye ce paragraphe au moyen de son renvoi au droit international coutumier dans ce domaine.

Le libellé garantit également, contrairement à certaines décisions arbitrales, que les buts de la mesure doivent être inclus dans l'analyse. Il s'agit d'un élément essentiel pour comprendre et appliquer la règle de droit international coutumier sur l'exercice des pouvoirs de la police et devrait constituer une partie importante d'un texte définitif.

Enfin, le présent texte crée ce que le langage juridique appelle une « exclusion » des règles sur l'expropriation : par définition, une telle mesure réglementaire ne constitue pas une expropriation. Un investisseur devra établir que la mesure n'a pas été prise de bonne foi, qu'elle a, par exemple, un but caché, qu'elle n'est pas pertinente à l'égard des buts déclarés, que la corruption a présidé à son adoption. C'est très différent de la notion d'une « exception » réglementaire selon laquelle les règlements seraient définis comme des expropriations à moins que l'État d'accueil ne puisse établir qu'elles tombent sous le coup d'une exception. Dans le cas d'une exclusion, le fardeau de la preuve demeure à la charge de l'investisseur, là même où il devrait se trouver en tel cas.

Partie 2 : Normes de traitement des investisseurs étrangers

- ii) l'émission, le négoce ou le commerce des valeurs mobilières;
 - iii) les infractions criminelles ou pénales;
 - iv) les rapports concernant les transferts de devises ou autres instruments monétaires; ou
 - v) l'exécution de jugements rendus à l'issue de procédures judiciaires.
- (D) Malgré le paragraphe (B), une Partie peut restreindre les transferts de bénéfices en nature dans les cas où elle pourrait par ailleurs les restreindre aux termes du présent Accord.



Commentaire de l'article 10

Cet article assure les investisseurs de leur capacité à déplacer leurs actifs du lieu de l'investissement vers l'État d'origine. Il n'empêche pas l'imposition de taxes ou autres droits, redevances ou autres frais normaux imposés par un gouvernement. La disposition est étayée par une exception portant sur la balance des paiements, énoncée à l'article 51, qui permet aux gouvernements de gérer tous les flux de devises en cas de survenance d'une telle crise sans pour autant violer le présent Accord. Il est aujourd'hui essentiel de disposer d'une forme ou une autre de cette exception étant donné le fait qu'il est probable que le nombre des crises liées aux devises et à la balance des paiements augmentera.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

Article 11 : Obligations générales

Article 12 : Évaluation des impacts
préalable à l'établissement

Article 13 : Lutte contre la corruption

Article 14 : Obligations postérieures
à l'établissement

Article 15 : Gouvernance et
pratiques d'entreprise

Article 16 : Responsabilité sociale de l'entreprise

Article 17 : Responsabilité de l'investisseur

Article 18 : Relation de la présente partie
avec le règlement des différends

PARTIE 3 : OBLIGATIONS ET DEVOIRS DES INVESTISSEURS ET DES INVESTISSEMENTS



Article 11 : Obligations générales

- (A) Les investissements sont régis par les lois et règlements de l'État d'accueil.
- (B) Les investisseurs et les investissements doivent se conformer aux mesures de l'État d'accueil qui prescrivent les formalités concernant l'établissement d'un investissement et accepter la compétence de l'État d'accueil concernant l'investissement.
- (C) Les investisseurs et les investissements s'efforceront, au moyen de leurs politiques et pratiques de gestion, de contribuer aux objectifs de développement des États d'accueil et des paliers de gouvernement local dans le ressort desquels se situe l'investissement.
- (D) Un investisseur fournira à un potentiel État d'accueil partie au présent Accord tout renseignement qu'il exigera concernant l'investissement en question aux fins de la prise de décisions liées audit investissement ou à des fins exclusivement statistiques. La Partie protégera tout renseignement d'affaire confidentiel face à une divulgation qui causerait un préjudice à la position concurrentielle de l'investisseur ou de l'investissement. Rien, dans le présent paragraphe, ne sera interprété comme empêchant une Partie d'obtenir ou de divulguer autrement des renseignements liés à l'application équitable et de bonne foi de son droit national.

Commentaire de l'article 11

L'article 11 établit la prémisse fondamentale selon laquelle les investissements étrangers sont régis par les lois de l'État d'accueil dans lequel ils entrent. Cela énonce le droit existant et non un nouveau droit ou principe.

Le paragraphe (A) présente la règle générale. Le paragraphe (B) veille à ce que la règle s'applique clairement à l'entrée d'un investisseur étranger dans un État d'accueil. Ni l'un ni l'autre n'est particulièrement exceptionnel mais ils aident à établir l'équilibre juridique entre les droits et obligations que l'Accord cherche à établir.

Le paragraphe (C) ajoute un devoir général à la charge des investisseurs. Leurs apports à l'État d'accueil et à la collectivité locale doivent correspondre à ses objectifs de développement. Le renvoi aux politiques et pratiques de gestion pousse l'obligation au-delà de la simple offre d'emplois qui, naturellement est importante, pour inclure la prise en compte des objectifs et de la planification du développement ainsi que d'instruments dont la portée pourrait être plus vaste tels que les Objectifs de développement du millénaire. Cependant, ce sont les efforts qui sont visés ici, non les résultats. Cela indique le ton et les attentes mais élimine toutes les situations, sauf les plus flagrantes, de tout contexte de règlement des différends. Il ne s'agit, en grand partie, que d'un objectif à long terme.

Le paragraphe (D) exige d'un investisseur qu'il divulgue à une Partie qui prend des décisions à propos d'un investissement, tous les renseignements dont elle pourrait avoir besoin à ces fins ou à des fins statistiques. Cela aide à garantir que les décisions prises par les États d'accueil le sont, dans la mesure du possible, en connaissance de cause. Les renseignements d'affaire confidentiels doivent toutefois demeurer protégés par un État qui les reçoit. Cette protection est, de nos jours, affaire de routine.

Partie 3 : Obligations et devoirs des investisseurs et des investissements

Article 12 : Évaluation des impacts préalable à l'établissement



- A) Les investisseurs ou l'investissement se conformeront aux critères d'examen environnemental préalable¹⁰ et aux processus d'évaluation applicables à leurs investissements proposés avant leur établissement selon les exigences, les plus rigoureuses pour l'investissement en question, des lois de l'État d'accueil ou des lois de l'État d'origine à l'égard d'un tel investissement. Dans la mesure où elles sont applicables à l'investissement en question, l'investisseur ou l'investissement respectera en tout temps les normes minimales sur l'étude d'impact sur l'environnement et l'examen préalable que les Parties adopteront lors de leur première rencontre.
- (B) Les investisseurs ou l'investissement réaliseront une étude des impacts sociaux de l'investissement potentiel. Les Parties adopteront des normes à cet effet lors de leur première rencontre de la Conférence des Parties.
- (C) Les investisseurs ou l'investissement publieront les résultats de l'étude d'impact sur l'environnement et de l'étude des impacts sociaux les mettront à la disposition de la collectivité locale et des intérêts affectés dans l'État d'accueil dans lequel l'investissement doit être réalisé. Cela aura lieu avant la réalisation complète des mesures prises par l'État d'accueil pour prescrire les formalités d'établissement d'un investissement.
- (D) Les investisseurs, leur investissement et les autorités de l'État d'accueil appliqueront le principe de prudence à leur étude d'impact sur l'environnement et aux décisions connexes à un investissement proposé, y compris toute approche d'atténuation ou de rechange de l'investissement ou l'interdiction de l'investissement si nécessaire¹¹. Les investisseurs et investissements décriront l'application du principe de prudence dans l'étude d'impact sur l'environnement qu'ils entreprennent.

10 Les critères d'examen préalable incluent les questions liées à la taille d'une entreprise, ses intrants et extrants. Chacun de ces éléments a des incidences sur l'étendue d'une évaluation qui peut s'avérer nécessaire. Ils conduiront normalement à l'exemption des petites entreprises, ainsi que de nombreuses entreprises liées au secteur des services de l'application, de tout processus d'évaluation. En revanche, les projets liés aux ressources seront rarement exemptés.

11 Le principe de prudence est défini comme suit à l'article 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement : « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement. »

Commentaire de l'article 12

Cet article fait un pas concret vers la garantie que les investissements contribuent au développement durable en imposant une obligation minimale aux investisseurs d'entreprendre une étude d'impact sur l'environnement et une étude des impacts sociaux de l'investissement proposé sous réserve de critères d'examen préalables appliqués dans le cadre de tous les processus d'évaluation. Le paragraphe (A) exige l'application des règles pertinentes en matière d'évaluation les plus rigoureuses, qu'elles émanent de l'État d'origine ou de l'État d'accueil. Le paragraphe (A) exige également que les Parties conviennent d'une norme minimale applicable à un tel processus pour étayer toute situation dans laquelle il n'existe aucun processus ou qu'un processus faible. Le paragraphe (B) est moins précis en ce qui a trait aux impacts sociaux en raison du fait qu'un

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

nombre largement inférieur de gouvernements ont établi des processus d'étude des impacts sociaux dans leur législation. Par conséquent, on s'en remet plus à l'établissement, par les Parties, d'un processus à cet effet lors de leur première rencontre.

La notion d'utilisation de la première rencontre des Parties pour adopter des normes minimales clé sur l'étude de l'impact environnemental et l'étude des impacts sociaux découle de nombreux précédents créés dans les accords multilatéraux sur l'environnement. Il est particulièrement important, ici, de veiller à ce que les normes minimales soient élaborées avec le pays en développement lors des négociations. Il s'agit d'un élément clé pour garantir l'équité, l'absence de « conditions écologiques » et le caractère acceptable de ces processus aux yeux de tous les intervenants.

Le fait d'exiger que cela soit effectué lors de la première rencontre des Parties fixe un calendrier clair qui reflète l'importance de la question. L'autre solution serait d'adopter une norme ou un processus existant tel que celui utilisé par la Société financière internationale. C'est ce que pensait l'IIDD au départ mais nous pensons maintenant que l'approche décrite ci-dessus offre provisoirement une meilleure clarté et une meilleure possibilité d'acceptation de cette responsabilité fondée sur les lois de l'État d'origine qui seront bien connues par un investisseur ou sur les lois qu'il devra appliquer dans l'État d'accueil. Enfin, nous remarquons la plus récente acceptation de cette approche dans le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques qui est entré en vigueur en 2004. Dans ce cas, l'absence d'un processus national visant à évaluer les répercussions des organismes génétiquement modifiés, ou la présence d'un processus faible à cette fin, est dépouillée par l'établissement d'exigences minimales dans le Protocole selon lesquelles les États peuvent exiger d'un importateur ou d'un exportateur potentiel de tels produits qu'il présente une demande. On suit le même principe ici.

Le paragraphe (C) prévoit une règle minimale aux termes de laquelle les renseignements recueillis et évalués doivent être rendus publics et mis à la disposition des intervenants intéressés dans la collectivité locale qui accueillera l'investissement et cela, avant que toute décision finale autorisant l'investissement ne soit prise par l'État d'accueil. En vertu de critères d'examen préalable généralement applicables, lorsque aucune évaluation n'est nécessaire, cette obligation serait, elle aussi, inapplicable. Cette obligation minimale garantit que les collectivités seront informées de façon adéquate à propos des possibles activités dans leur région et que lesdites collectivités auront une occasion de répondre, le cas échéant. À notre avis, cette fourniture initiale de renseignements est un élément du fondement de solides relations entre la collectivité et l'investisseur. Le paragraphe (C) n'exige pas d'audiences publiques ou autres procédures de participation du public qui sont généralement acceptées comme une bonne pratique. Il est cependant probable que de telles dispositions découleront soit des exigences du droit de l'État d'accueil soit de celui de l'État d'origine en matière d'évaluation. La conférence des Parties peut également relever cette question dans le cadre de son élaboration des normes minimales.

L'inclusion d'une déclaration directe portant sur l'application du principe de prudence tel qu'il est défini dans la Déclaration de Rio de 1992, met en place une importante partie du processus d'évaluation et de prise de décisions ultérieures. Le principe lui-même ne détermine pas de résultat particulier pour un processus d'évaluation donné mais il exige un examen complet des mesures de prévention lorsqu'un investissement proposé risque de causer des dommages à l'environnement. La mise en place de telles mesures lors des étapes initiales d'un investissement est largement reconnue comme plus efficace, moins onéreuse et plus avantageuse pour l'investissement, la collectivité locale, l'État d'accueil et l'environnement. L'analyse de rentabilisation, tout comme l'analyse de l'État d'accueil à cet égard, est écrasante comme l'ont reconnu des organisations telles que le World Business Council for Sustainable Development et les Dix principes énoncés dans le Pacte mondial.

Partie 3 : Obligations et devoirs des investisseurs et des investissements

Article 13 : Lutte contre la corruption



- (A) Avant ou après l'établissement d'un investissement, les investisseurs et leurs investissements n'offriront, ni ne promettent ou n'octroieront un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public de l'État d'accueil ou à un membre de sa famille, à l'un de ses associés ou à toute autre personne qui lui est proche, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir toute préférence quant à un investissement proposé ou à des licences, permis, contrats ou autre quelconque droit connexes à un investissement.
- (B) Les investisseurs et leurs investissements ne se rendront complices d'aucun acte décrit au paragraphe (A), y compris l'incitation, la complicité et la conspiration connexes à la commission ou à l'autorisation desdits actes.

Commentaire de l'article 13

Cette obligation puise ses termes dans la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003 et dans la Convention de lutte contre la corruption et autres instruments de l'OCDE qui est entrée en vigueur en 1999. Le libellé a pour but de garantir que l'éventail de conduites couvert est complet et efficace. Le but est simple : rendre les pratiques de corruption inacceptables dans la pratique commerciale. Cette obligation doit être appliquée au moyen d'obligations connexes imposées tant à l'État d'accueil qu'à celui d'origine et au moyen d'une disposition qui permet l'abrogation des droits des investisseurs ou des investissements en vertu du présent Accord s'ils ne se sont pas conformés à cette règle.

Dans la deuxième édition, on a ajouté ce qui suit au texte original : « ou à un membre de sa famille, à l'un de ses associés ou à toute autre personne qui lui est proche ». Cela referme une brèche potentielle des textes juridiques actuels à l'échelle nationale et internationale qui ne semblent pas inclure dans la limite des activités illégales couvertes les pots-de-vin versés directement à la famille ou à d'autres proches associés d'un agent public. Les termes qui ont été ajoutés éliminent totalement une telle incertitude ou ambiguïté. Un libellé similaire est ajouté aux articles complémentaires portant sur la lutte contre la corruption que sont les articles 22 et 32.

Article 14 : Obligations postérieures à l'établissement



- (A) Les investissements devront, conformément aux exigences de bonne pratique liées à la taille et à la nature de l'investissement, maintenir un système de gestion environnementale. Les sociétés employant plus de [250][500] personnes ou œuvrant dans le domaine de l'exploitation des ressources ou les entreprises industrielles à risque élevé maintiendront une certification ISO 14001 ou pour une norme de gestion environnementale équivalente. Les plans d'intervention d'urgence et de déclassement seront inclus dans le processus du système de gestion environnementale¹².

¹² La capacité de maintien d'une certification actuelle pourrait être gênée par le manque d'organismes de certification dans certaines régions. Cela pourrait être considéré comme un problème temporaire lorsque l'investissement recherche, en toute bonne foi, des solutions de rechange.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

(B) Les investisseurs et investissements devraient respecter les droits de l'homme dans le milieu de travail et dans l'État ou la collectivité dans lequel ils sont situés. Les investisseurs n'entreprendront ni ne feront entreprendre d'actes qui violent lesdits droits de l'homme. Les investisseurs et investissements ne violeront pas les droits de l'homme en raison de la complicité ou de l'assistance qu'ils apporteront à des tiers dans l'État d'accueil, y compris les pouvoirs publics, ou au cours de guerres civiles. Les Parties devront, lors de leur première rencontre, adopter une liste de droits de l'homme et d'instruments visant à protéger les droits de l'homme à l'échelle internationale pour aider les investisseurs à se conformer à la présente disposition.



(C) Les investisseurs et investissements agiront en conformité avec les normes fondamentales du travail telle que l'exige la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998¹³.

(D) Les investisseurs et investissements ne devront pas gérer ou exploiter les investissements d'une façon qui tourne les obligations internationales en matière d'environnement¹⁴, de travail et de droits de l'homme auxquels sont parties l'État d'accueil et/ou l'État d'origine.

13 Ces normes fondamentales de travail sont plus détaillées, conformément à la déclaration se trouvant dans les conventions de l'OIT portant sur la liberté d'association, l'élimination du travail forcé, l'abolition du travail des enfants et l'élimination de la discrimination dans le milieu de travail.

14 Plusieurs accords internationaux sur l'environnement portent des obligations différenciées. Un accord n'est pas tourné si les obligations différenciées de l'État d'accueil imposées en vertu d'un accord ne sont pas violées.

Commentaire de l'article 14

Ces obligations postérieures à l'établissement ne contiennent aucun principe nouveau ou n'ayant pas été testé. Elles font de l'application d'outils connus ou de normes juridiques de conduite une exigence pour les investisseurs qui leur est imposée par le présent Accord.

La première est la gestion environnementale. Il s'agit d'un reflet de ce qu'exige aujourd'hui la bonne pratique à l'échelle mondiale et cela correspond à l'approche adoptée dans la série des normes ISO 14000 et autres normes comparables. Il est reconnu que la capacité de certification peut ne pas exister dans certains pays ou certaines régions et que cela pourrait rendre la conformité plus difficile. Notre approche est, ici, d'examiner les efforts réalisés en toute bonne foi par un investisseur pour surmonter le manque de capacité par opposition à l'utilisation de ce manque de capacité comme excuse pour une absence répétée de conformité. Le nombre d'employés à utiliser comme seuil pour la certification obligatoire devrait être convenu au cours des négociations.

La deuxième obligation est une obligation d'agir conformément aux normes de respect des droits de l'homme. La relation entre les Parties du secteur privé et les droits de l'homme continue à évoluer en droit international. La plupart des instruments internationaux en matière de droits de l'homme visent les États et la nécessité pour le droit national de les mettre en œuvre. La présente proposition va plus loin, imitant en cela les Principes directeurs de l'OCDE, le Pacte mondial et la constante élaboration par les Nations Unies de Normes de Responsabilité en matière de droits de l'homme à l'intention des sociétés transnationales citées dans le Préambule du présent Accord. Elle exige des sociétés qu'elles se comportent de façon à respecter les droits fondamentaux de l'homme et qu'elles n'agissent pas d'une manière qui aide les autres à violer ces normes. Les obligations connexes imposées aux États d'accueil et d'origine sont examinés séparément.

Le libellé utilisé ici ne rend pas les sociétés responsables, par exemple, de la construction d'écoles pour respecter le droit d'un enfant à l'éducation. Il ne recouvre pas de telles exigences proactives,

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

- (D) lorsque les normes acceptées à l'échelle internationale pertinentes du genre décrit dans le présent article ne sont pas disponibles ou ont été élaborées sans la participation des pays en développement, la Conférence des Parties peut établir lesdites normes.



Commentaire de l'article 15

L'article 15 aborde une autre question émergente qui est celle de la gouvernance d'entreprise. En l'absence de normes internationales complètes, la difficulté est plus grande. Néanmoins, certaines normes minimales tirées de divers processus dans ce domaine peuvent être invoquées en vue de la divulgation de renseignements et de la transparence. Ces éléments de base fournissent des moyens supplémentaires pour combattre la corruption au sein d'une société et dans ses relations avec les tiers.

Le paragraphe (D) reconnaît qu'il n'existe pas encore un éventail suffisant de normes dans ce domaine et que maintes normes qui existent peuvent ne pas avoir été élaborées à partir d'une vaste participation. Ce paragraphe permet à la Conférence des Parties établie par l'Accord de prendre les mesures qu'elle considère nécessaires pour régler cette question.

Article 16 : Responsabilité sociale de l'entreprise



- (A) En plus de l'obligation de se conformer à l'ensemble des lois et règlements applicables de l'État d'accueil ainsi qu'aux obligations prévues par le présent Accord, et conformément à la taille, aux capacités et à la nature d'un investissement, et compte tenu des plans et priorités de développement de l'État d'accueil, des Objectifs de développement du millénaire et de la liste énumérant les principales responsabilités figurant à l'annexe F, les investisseurs et leurs investissements devraient s'efforcer de réaliser les contributions maximales possibles au développement durable de l'État d'accueil et de la collectivité locale au moyen de pratiques responsables du point de vue social à un niveau très élevé.
- (B) Les investisseurs devraient appliquer la Déclaration de principes (tripartite) sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT et sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ainsi que des normes particulières ou sectorielles de pratique responsable lorsqu'elles existent.
- (C) Lorsque les normes de responsabilité sociale de l'entreprise augmentent, les investisseurs devraient s'efforcer d'appliquer et de respecter les normes les plus rigoureuses.

Commentaire de l'article 16

Cet article prévoit les aspirations excédant la conformité de la responsabilité sociale de l'entreprise telles qu'elle est le plus souvent entendue. Les négociations portant sur des investissements à ce jour, dans la mesure où elles ont abordé de quelconques responsabilités de l'investisseur, ne l'ont fait que de façon non exécutoire. Le présent modèle commence par imposer des obligations légales minimales dans les articles précédents puis leur ajoute l'approche de responsabilité sociale de l'entreprise.

Lorsqu'ils excèdent les limites d'obligations légales particulières, les investisseurs peuvent utiliser un nombre croissant de sources et de ressources pour établir les politiques sociales appropriées à l'égard d'une interaction avec les collectivités locales. On établit une approche élargie au moyen du renvoi aux deux vastes instruments sur la responsabilité de l'entreprise destinés aux sociétés

Partie 3 : Obligations et devoirs des investisseurs et des investissements

multinationales. En incluant un renvoi à des normes sectorielles, l'article établit les textes de l'OCDE et de l'OIT comme des normes minimales devant être prises en compte par les investisseurs et les investissements. Aux fins qui nous intéressent, il faudrait comprendre la liste indicative de préoccupations énumérées à l'annexe F comme une liste très préliminaire vouée à un développement ultérieur.

Article 17 : Responsabilité de l'investisseur



Les investisseurs seront soumis à des poursuites civiles en responsabilité suivant le processus judiciaire de leur État d'origine en raison d'actes réalisés ou de décisions prises à propos de l'investissement, lorsque lesdits actes ou décisions causent des préjudices importants, des préjudices corporels ou la perte de vie dans l'État d'accueil.

Commentaire de l'article 17

La question de la responsabilité de l'investisseur revêt une grande importance aujourd'hui étant donnée la croissance des investissements étrangers, en particulier dans les secteurs où les accidents, la négligence ou les choix en matière de gestion des risques peuvent avoir des répercussions importantes. Les exploitations minières, chimiques ou forestières, ou la fabrication lourde ne sont que certains des secteurs dans lesquels les investissements étrangers ont connu des incidents majeurs au cours des dernières années. La catastrophe de Bhopal en 1984 est, naturellement, la plus connue mais loin d'être la seule situation en son genre.

Cet article aborde la question de la responsabilité de l'investisseur dans de telles circonstances. Il est simple, en théorie mais la pratique peut être plus complexe. Il s'agit d'un article correspondant avec l'un de ceux se trouvant dans la partie 6 sur les obligations de l'État d'origine qui est nécessaire pour conférer un effet à cette déclaration de principe juridique. Il est justifié par le fait que de nombreux systèmes judiciaires disposent maintenant de règles visant à empêcher des poursuites pour des préjudices qui ont lieu dans un autre ressort, sans égard au lieu d'où émanaient les décisions qui ont causé les préjudices. Cet article, combiné avec l'autre, établira les principes selon lequel les tribunaux de l'État d'origine sont compétents pour entendre une affaire de réparation civile intentée contre un investisseur en raison d'actes ou de décisions liés à l'investissement in question. Cet article n'énonce ni responsabilité automatique, ni norme de responsabilité, qu'il s'agisse de la diligence raisonnable stricte ou absolue. C'est une question qui est laissée au soin des règles de responsabilité civile de l'État en question.

L'article inverse l'une des grandes asymétries du droit international contemporain selon laquelle les investisseurs étrangers, d'un côté, ont des droits particuliers parce que ce sont des investisseurs étrangers, alors qu'en même temps, ils n'ont aucune responsabilité dans l'État d'accueil ou l'État d'origine pour la même raison : ce sont des investisseurs étrangers qui se trouvent au-delà de la compétence des tribunaux de l'État d'accueil et qui ne sont pas non plus dans les limites de la compétence de leur État d'origine concernant les préjudices survenus ailleurs. L'approche adoptée dans cet article, qui correspond aux nouvelles règles européennes, inversera cette asymétrie et garantira que les droits sont doublés de responsabilités.

Article 18 : Relation de la présente partie avec le règlement des différends



(A) Lorsqu'un investisseur ou son investissement a violé l'article 13 du présent Accord, ni l'investisseur, ni l'investissement n'aura le droit

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

d'entamer quelque processus de règlement des différends que ce soit établi en vertu du présent Accord. Un État d'accueil ou un État d'origine peut soulever cette question à titre d'opposition à la compétence dans le cadre de tout litige survenant en vertu du présent Accord ou de toute procédure prévue à la partie 9 du présent Accord.



- (B) Lorsqu'un État d'accueil ou un intervenant soutient, dans le cadre d'un processus de règlement des différends prévu par le présent Accord, qu'un investisseur ou son investissement ne s'est pas acquitté de ses obligations liées à l'évaluation des impacts préalable à l'établissement, le tribunal qui entend ledit différend examinera si la violation, si elle est prouvée, a une pertinence importante à l'égard des questions qu'il entend et, si c'est le cas, quels effets atténuants ou compensatoires cela peut avoir sur le bien-fondé d'une demande ou sur les dommages-intérêts accordés, le cas échéant.
- (C) Lorsqu'un État d'accueil ou un État d'origine pense qu'un investisseur ou son investissement a violé l'article 13 ou ne s'est constamment pas acquitté des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 14 ou 15, et que ledit investisseur ou investissement a été informé par l'État d'accueil ou l'État d'origine, selon le cas, l'un ou l'autre des deux États peut entamer des poursuites devant un tribunal en vertu de la partie 9 du présent Accord pour faire abroger les droits de l'investisseur ou de l'investissement, selon le cas.
- (D) Lorsqu'un État d'accueil défendeur ou un intervenant dans un processus de règlement des différends prévu par le présent Accord, soulève la question d'un défaut constant de respect des articles 14 ou 15, le tribunal qui entend ce différend examinera si ladite violation, si elle est prouvée, a une pertinence importante à l'égard des questions qu'il entend et, si c'est le cas, quels effets atténuants ou compensatoires cela peut avoir sur le bien-fondé d'une demande ou sur les dommages-intérêts accordés, le cas échéant.
- (E) Un État d'accueil peut déposer une demande reconventionnelle devant tout tribunal établi conformément au présent Accord en raison des préjudices causés par une violation alléguée de l'Accord.
- (F) Conformément au droit national applicable, un État d'accueil, une personne privée ou une organisation, peut intenter des poursuites en dommages-intérêts en vertu du droit national de l'État d'accueil ou du droit national de l'État d'origine lorsqu'une telle action est liée au comportement spécifique de l'investisseur, pour des préjudices causés par une violation alléguée des obligations prévues dans la présente partie.

Commentaire de l'article 18

L'article 18 prévoit des moyens spécifiques d'exécution des obligations d'un investisseur et d'un investissement. Diverses approches visent ici des buts différents, reflétant un éventail de possibilités offertes à un État pour répondre efficacement à de telles violations et reflétant également l'importance du contexte de la violation.

Ces réponses sont liées à l'utilisation du système de règlement des différends par un investisseur. Pour chaque violation de l'obligation de lutte contre la corruption d'un investisseur ou d'un investissement, le droit d'utiliser un processus de règlement des différends entre l'investisseur et l'État peut être reconnu par un tribunal comme étant vicié. C'est une délimitation très claire et simple. Nous pensons qu'elle est maintenant nécessaire pour aider à mettre fin au fléau qu'est devenue la corruption. Il vaut la peine de remarquer que différents tribunaux en vertu d'autres accords d'investissement sont parvenus à des conclusions différentes quant à la façon de faire face

Partie 3 : Obligations et devoirs des investisseurs et des investissements

à la corruption; certains faisant fi de la question, d'autres la minimisant en déclarant qu'elle fait partie des pratiques commerciales dans certains cas. Nous pensons que tout répit accordé à de telles pratiques ou toute tolérance à leur égard doit être clairement éliminé du système.

Les autres violations, cependant, ne conduisent pas automatiquement à une abrogation des droits d'intenter des poursuites. D'ailleurs, en ce qui concerne le défaut constant de respect de l'Accord, un investisseur ou un investissement peut être informé du fait que ses droits d'intenter des poursuites seront remis en question devant un tribunal et pourraient être officiellement abrogés de cette manière. La partie 9 prévoit une procédure courte.

Le troisième élément de l'approche est le fait, pour les États d'accueil ou les tiers intervenants, de pouvoir soulever une violation des obligations comme facteur à prendre en compte, si elle est prouvée, à l'étape de l'examen du bien-fondé ou à l'étape des dommages-intérêts d'une instance. Le dernier élément est la capacité, pour les États d'accueil, de déposer une demande reconventionnelle en dommages-intérêts en raison d'une violation alléguée des obligations au cas où un investisseur a déposé une plainte en vertu de la partie 9.

L'inclusion des obligations des investisseurs est nouvelle dans ce domaine du droit, tout comme celle de mécanismes pour les faire appliquer. Les autres solutions envisagées à cette fin incluaient les suivantes.

- Un complet empêchement d'une plainte entre investisseur et État s'il existe une violation quelconque, pouvant être prouvée, d'une obligation. Cela a été considéré, en fin de compte, comme trop sévère et extrême et laissant la porte ouverte à des abus permettant à toute violation minimale et sans conséquences de potentiellement vicier une plainte légitime. L'équité envers les investisseurs et la certitude en ce qui concerne les recours disponibles exigeaient plus qu'une réponse unique à la conformité applicable à tous.
- Le fait de permettre aux États ou aux tiers de déposer des plaintes contre les investisseurs, en vertu du système de règlement des différends prévu dans l'Accord, à l'égard de préjudices causés par une violation alléguée. Il est certain que cette approche de « œil pour œil, dent pour dent » recèle un pouvoir d'attraction presque instinctive. Cependant, nous pensons qu'en fin de compte qu'elle favorise la confiance accordée au système international aux dépens de l'élaboration de processus juridiques et judiciaires nationaux. Par conséquent, la prochaine option a été choisie pour compléter les recours prévus dans le présent article.
- Selon une autre alternative qui est incluse dans l'Accord, on permettrait, et dans certains cas on exigerait, un recours au droit criminel et civil de l'État d'accueil concernant les violations de l'Accord ou les préjudices causés par une violation. L'obligation, incombant aux États d'accueil, de refléter certaines des obligations de l'investisseur ou de l'investissement dans leur droit criminel est prévue pour les États d'accueil, tout comme le droit de promulguer une responsabilité en droit civil en incorporant les obligations prévues par le présent Accord dans le droit national.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

Article 19 : Équité procédurale

Article 20 : Maintien de normes
environnementales et autres

Article 21 : Normes minimales pour la
protection en matière d'environnement,
de travail et des droits de l'homme

Article 22 : Lutte contre la corruption

Article 23 : Publication de l'information

Article 24 : Subventions

PARTIE 4 : OBLIGATIONS DE L'ÉTAT D'ACCUEIL



Article 19 : Équité procédurale

Conformément aux exigences de l'article 7 :

- (A) Les États d'accueil s'assureront que leurs processus administratifs, législatifs et judiciaires ne fonctionnent pas de façon arbitraire ou qui refuse l'équité administrative et procédurale aux investisseurs et aux investissements. Les investisseurs ou les investissements seront informés en temps opportun des instances administratives ou judiciaires qui leur sont directement liées à moins qu'un tel avis ne soit exceptionnellement contraire au droit national¹⁵.
- (B) Les États d'accueil agiront de façon à ne pas créer de déni de justice dans le cadre des instances judiciaires et administratives¹⁶.
- (C) Les processus administratifs de prise de décision incluront le droit d'appel administratif des décisions, proportionnellement au niveau de développement de l'État d'accueil. Un contrôle judiciaire des décisions administratives devrait également être disponible au moyen des processus nationaux de contrôle judiciaire.
- (D) Il demeure entendu que les Parties comprennent que différentes Parties possèdent différentes formes de systèmes administratifs, législatifs et judiciaires et que les processus administratifs et judiciaires des États se trouvant à un niveau de développement différent pourraient ne pas atteindre les mêmes normes ou qualités. Les paragraphes (A) à (C) du présent article n'établissent pas une norme internationale unique dans ce contexte.
- (E) Les États d'accueil devraient s'efforcer d'améliorer la transparence, l'efficacité, l'indépendance et la responsabilisation de leurs processus législatifs, réglementaires, administratifs et judiciaires. Ils offriront des procédures d'examen ou d'appel pour garantir qu'ils fonctionnent conformément aux lois et règlements nationaux applicables.
- (F) Les processus de contrôle judiciaire et administratif seront ouverts au public et les documents seront à sa disposition à moins que le droit national ne l'interdise. Les décisions rendues par les organismes conformément aux dits processus seront mises à la disposition du public.

15 Par exemple, il peut être exigé, dans le cadre des enquêtes criminelles, qu'aucun avis ne soit donné à quiconque.

16 Le fait qu'un investisseur ou un investissement n'atteigne pas les résultats souhaités ne constitue pas un déni de justice.

Commentaire de l'article 19

Cet article énonce ce que l'on attend des États d'accueil à partir de la lecture de l'article 7, Normes minimales internationales. Les éléments inclus ici sont tirés d'un certain nombre de sentences arbitrales et du texte d'accords récents en la matière. Ils reflètent des éléments fondamentaux des règles sur les normes minimales internationales, particulièrement en ce qui concerne le traitement juste et équitable.

Les critères essentiels sont énoncés dans les paragraphes (A) et (B) : les investisseurs et les investissements devraient être traités d'une manière qui n'est pas arbitraire, qui ne refuse pas l'équité et que ne crée pas de déni de justice. Le libellé emploie la forme négative : ils n'agiront

Partie 4 : Obligations de l'État d'accueil

pas de façon arbitraire ou qui refuse l'équité. Cela centre le regard juridique sur la façon dont une situation particulière est traitée plutôt que, à un niveau plus vaste, sur la conception même des procédures d'un État d'accueil (bien que la conception du processus puisse être pertinente dans une situation donnée). Cependant, le paragraphe (C) exige la présence d'au moins un élément systémique, exigeant au moins une forme ou une autre d'appel administratif applicable aux décisions administratives pouvant satisfaire ces critères.

Le paragraphe (D) est important dans ce contexte ou dans celui de l'article 7 lui-même. Il porte sur une tendance, relevée dans certaines sentences arbitrales, à ne pas tenir compte du niveau de développement d'un État d'accueil comme facteur utilisé pour évaluer la norme d'équité procédurale à laquelle devrait s'attendre l'investisseur. D'autres arbitrages ont soutenu expressément que le niveau de développement et l'histoire politique d'un État sont des facteurs pertinents pour l'évaluation du niveau ou de la qualité d'un processus qui devraient être compris comme existant dans un État d'accueil et auquel, par conséquent, il devrait avoir droit. Le paragraphe (D) effectue un choix de politique évident soutenant ce second courant de jurisprudence et contre une norme internationale unique applicable à tous.

En même temps, l'article précise que tous les États devraient tenter d'améliorer les normes qu'ils fournissent dans ce domaine. L'accès du public aux processus judiciaire et administratif ainsi qu'aux décisions qu'ils produisent est prévu ici.

De façon générale, cet article cherche à fournir des détails concernant les droits des investissements et des investisseurs à des normes minimales de traitement internationales tout en veillant à ce que les États ne se voient pas imposer des obligations trop lourdes qui excéderaient tout bonnement leur capacité de s'y conformer.

Remarque : « Umbrella clause, disposition d'application générale » De nombreux accords d'investissement internationaux incluent ce que l'on connaît maintenant sous le nom « umbrella clause » ou « disposition d'application générale ». Avec certaines variations, une disposition d'application générale est une disposition aux termes de laquelle un État d'accueil doit se conformer à l'ensemble des obligations ou accords contractés avec un investisseur. Il s'agit d'un libellé très vague interprété de nos jours comme faisant de toute violation par un État d'accueil d'un contrat, d'un accord, d'une licence, d'un permis ou autre instrument, une question de droit international en vertu de l'Accord en question.

L'IIDD n'inclut PAS une telle disposition dans le présent Modèle. Les obligations imposées aux États d'accueil sont plutôt rendues plus précises et, nous l'espérons, plus claires. L'IIDD pense qu'il n'est pas approprié d'accorder à un organisme international de règlement des différends pleine compétence pour entendre, au moyen d'une disposition d'application générale, un genre quelconque de plainte pour violation d'un contrat ou d'un permis, etc. à titre de violation directe d'un accord international. Nous suggérons donc que ce genre de clause ne soit pas insérée dans les obligations de l'État d'accueil. Malheureusement, il est impossible de prédire avec certitude où pourrait apparaître le texte d'une telle clause. Les négociateurs doivent donc comprendre la signification d'un tel libellé et être capables d'y faire face, qu'il fasse partie d'un ensemble d'obligations ou revête la forme d'un article unique.

Article 20 : Maintien de normes environnementales et autres



Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement au moyen d'une libéralisation des mesures nationales liées au travail, à la santé publique, à la sécurité ou à l'environnement. En

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDDD)

conséquence, une Partie ne devra pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien d'un investissement sur son territoire.



Commentaire de l'article 20

L'origine de cet article remonte au Chapitre 11 de l'ALENA sur l'investissement dans lequel il n'est lié qu'aux mesures environnementales. Au moment de sa rédaction, il a également été libellé de façon non exécutoire : on y relève l'expression « ne devrait pas » renoncer ou réduire leurs normes dans le dessein d'attirer ou de retenir un investissement. Il est proposé ici comme une norme obligatoire couvrant les normes en matière d'environnement, de travail, de santé publique et de sécurité.

En pratique son exécution est difficile. Cependant, on pourrait utiliser tant le processus de règlement des différends entre États que ceux entre investisseur et État à cette fin en cas de nécessité. Hormis les problèmes d'exécution, nous pensons qu'il est essentiel de maintenir une claire et ferme interdiction de libéralisation de normes étant donné l'augmentation des problèmes environnementaux et la concurrence liée à l'investissement. Il s'agit de l'un des rares mécanismes disponibles pour chercher à maintenir des règles du jeu équitables pour les États à cet égard et pour empêcher une possible « course vers le bas » dans le domaine des normes environnementales et autres.

Article 21 : Normes minimales pour la protection en matière d'environnement, de travail et des droits de l'homme



- (A) Considérant que les Parties ont le droit d'établir leurs propres niveaux de protection de l'environnement national ainsi que leurs propres politiques et priorités en matière de développement durable, et qu'elles ont le droit d'adopter ou de modifier leurs lois et réglementations environnementales, chacune des Parties fera en sorte que ses lois et réglementations garantissent des niveaux élevés de protection environnementale et s'efforcera de continuer à améliorer lesdites lois et réglementations.
- (B) Chaque partie s'assurera que ses lois et réglementations offrent un niveau élevé de protection en matière de travail et de droits de l'homme qui corresponde à sa situation économique et sociale et s'efforcera de continuer à améliorer lesdites lois et réglementations.
- (C) Toutes les Parties se doteront, dès que possible, de lois nationales sur l'étude d'impact sur l'environnement et sur l'étude des impacts sociaux qui répondront aux normes minimales adoptées par la Conférence des Parties sur ces questions.
- (D) Toutes les Parties s'assureront que leurs législation et politiques nationales respectent les exigences fondamentales de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998 en matière de travail.
- (E) Toutes les Parties s'assureront que leurs législation, politiques et mesures respectent les accords internationaux en matière de droits de l'homme auxquels elles sont partie et, au moins, dès que possible, la liste des obligations et accords en matière de droits de l'homme qui sera adopté lors de leur première réunion.

Partie 4 : Obligations de l'État d'accueil

Commentaire de l'article 21

Cet article découle, en partie, des deux accords parallèles à l'ALENA, l'un en matière de travail et l'autre d'environnement. Chacun comporte une disposition exigeant un niveau élevé de droit national dans son domaine respectif. Le texte ci-dessus inclut également les droits de l'homme. L'article n'établit pas le contenu précis des lois nationales mais prévoit un niveau minimal concernant le travail et les droits de l'homme au moyen d'un renvoi aux instruments internationaux fondamentaux qui doivent être respectés dans ces domaines.

L'établissement de normes minimales dans ces domaines correspond à l'imposition d'obligations minimales aux investisseurs et investissements et créera également une plus grande certitude pour tous à cet égard. En outre, le fait de s'assurer que des obligations minimales sont incorporées dans le droit national offre des possibilités accrues de mise à exécution par les tribunaux nationaux qui devraient représenter le mécanisme le plus direct et efficace pour de telles actions.

Article 22 : Lutte contre la corruption



Tous les États d'accueil s'assureront qu'ils considéreront les actes suivants comme des infractions pénales et les soumettront à l'exécution et aux sanctions appropriées.

- (A) L'offre, la sollicitation ou l'acceptation d'une offre, d'une promesse ou d'un don de nature pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public de l'État d'accueil, ou à un membre de sa famille, à l'un de ses associés ou à toute autre personne qui lui est proche, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir toute préférence quant à un investissement proposé ou à des licences, permis, contrats ou autre quelconque droit connexes à un investissement.
- (B) Tout acte se rendant complice de tout acte décrit au paragraphe (A), y compris l'incitation, la complicité et la conspiration connexes à la commission ou à l'autorisation desdits actes.

Les États d'accueil s'efforceront d'exercer des poursuites à l'encontre desdites activités conformément à leur droit national.

Commentaire de l'article 22

Le libellé de cette obligation est similaire à celui de l'obligation imposée aux investisseurs et investissements aux termes de laquelle ils ne doivent ni soudoyer les agents publics, ni les corrompre de quelque autre manière que ce soit. Elle exige que la conduite soit réputée criminelle à l'égard de tous les participants, tant dans le secteur privé que dans le secteur public. Une obligation similaire est également imposée aux États d'origine.

Article 23 : Publication de l'information



Les États d'accueil devront mettre à la disposition du public tout contrat ou toute entente d'investissement signé avec l'investisseur ou l'investissement qui participe au processus d'autorisation de l'investissement, sous réserve de l'élimination de tout renseignement commercial confidentiel. Les États d'accueil devront mettre à la disposition du public tous les renseignements liés aux paiements versés aux pouvoirs publics de l'État d'accueil, y compris les taxes, dividendes, redevances, surtaxes, droits et tous autres paiements.

Commentaire de l'article 23

Cet article est corollaire à l'obligation similaire imposée aux investisseurs et investissements de publier ces renseignements. Cela garantit que les renseignements sont disponibles et offre une possibilité de vérifier leur exactitude.

Article 24 : Subventions



Les États d'accueil potentiels ne devraient pas entrer en compétition pour l'obtention d'investissement ou d'investissements étrangers au moyen de subventions ou autres mesures, y compris des allègements fiscaux, qui faussent la concurrence internationale en matière d'investissements. Les Parties doivent lancer des négociations d'un protocole visant à établir des obligations juridiquement obligatoires en la matière, compte tenu de la nécessité d'un traitement particulier et différentiel des pays en développement, particulièrement des pays les moins développés, à l'égard desdites obligations.

Commentaire de l'article 24

Cet article entame un processus visant à aborder de façon approfondie l'influence déformatrice des subventions à l'investissement contemporaines, particulièrement aux dépens des États les moins capables de se les permettre. La question est extrêmement complexe et, par conséquent, ce qui est suggéré ici est la mise en route de négociations ultérieures visant à aborder la question; négociations qui devraient commencer un an après l'entrée en vigueur du présent Accord.

Les répercussions spécifiques des subventions sur les pays en développement et ceux les moins développés sont mentionnées afin d'aborder les besoins particuliers qui apparaissent lors de la négociation du protocole.

Article 25 : Droits inhérents des États

Article 26 : Exigences de rendement

Article 27 : Promotion et facilitation
de l'investissement

Article 28 : Accès aux renseignements
concernant l'investisseur

PARTIE 5 : DROITS DE L'ÉTAT D'ACCUEIL



Article 25 : Droits inhérents des États

- (A) Les États d'accueil ont, conformément aux principes généraux du droit international, le droit de poursuivre leurs propres objectifs et priorités en matière de développement.
- (B) Conformément au droit international coutumier et autres principes généraux du droit international, les États d'accueil ont le droit de prendre des mesures réglementaires ou autres pour s'assurer que le développement sur leur territoire correspond aux buts et principes du développement durable ainsi qu'à d'autres objectifs de la politique sociale et économique.
- (C) Sauf lorsque les droits d'un État d'accueil sont expressément énoncés comme constituant une exception aux obligations prévues par le présent Accord, la poursuite de ces droits sera considérée comme comprise dans un équilibre entre les droits et obligations des investisseurs et investissements et ceux des États d'accueil tels qu'ils sont énoncés dans le présent Accord et conformément à d'autres normes du droit international coutumier.
- (D) Les mesures non discriminatoires prises *bona fides* par une Partie pour se conformer aux obligations internationales qui lui incombent en vertu d'autres traités ne constitueront pas une violation du présent Accord.
- (E) Les États d'accueil peuvent, au moyen de leurs processus constitutionnels applicables, incorporer entièrement le présent Accord dans leur droit national afin d'en rendre les dispositions exécutoires devant les tribunaux nationaux ou autres processus appropriés.

Commentaire de l'article 25

Une version précédente de cet article était intitulée « Le droit au développement ». Cependant, l'IIDD pense que les concepts supplémentaires ajoutés ici élargissent la portée de l'article et reflètent un éventail plus vaste de droits étatiques.

Par conséquent, les paragraphes (A) et (B) ne répètent pas le droit au développement mais portent, de façon plus simple, sur le droit des États à poursuivre leurs propres buts et objectifs en matière de développement ainsi que les buts de politique connexes dans les domaines social, économique et autres. Le droit de créer des réglementations est compris dans le texte du paragraphe (B). Le paragraphe (C), en lui-même, ne soumet pas ces mesures au présent Accord, ni ne les exclut de sa portée mais réitère le but d'une évaluation équilibrée des droits et obligations des investisseurs ou investissements et des États d'accueil.

Ce faisant, l'article renverse la tendance commune chez maints arbitres à interpréter les accords internationaux d'investissement à la lumière de l'unique objectif de protection des droits de l'investisseur et de l'investissement. L'approche affirmative adoptée par le présent Accord, combinée avec l'absence du libellé commun à de nombreux accords aux termes duquel : « Rien, dans le présent Accord, ne sera interprété comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer toute mesure autrement conforme au présent Accord... » empêchera que l'utilisation d'une telle approche continue.

Il est important d'éviter le langage susmentionné. Il ne constitue pas une affirmation d'un droit de réglementer. En termes juridiques, il constitue une simple tautologie aux termes de laquelle un État peut faire ce qui n'est pas interdit. Plusieurs gouvernements ont cherché à utiliser ce genre

Commentaire de l'article 26

L'article 26 aborde la question très controversée de savoir si les accords d'investissement devraient interdire les soi-disant « exigences de rendement » (« performance requirements ») conçues pour promouvoir le développement national au moyen de liens tissés par un investissement étranger vers l'économie de l'État d'accueil. Ainsi, un État d'accueil devrait-il pouvoir exiger d'un investisseur étranger qu'il achète XX pour cent de ses intrants de produits auprès de sources nationales? Plusieurs accords d'investissement ont interdit ce genre de mesures. La plupart ne l'ont pas fait.

Le présent texte suggère qu'elles ne devraient pas être interdites. L'une des options est de tout simplement garder le silence, appliquant la maxime selon laquelle ce qui n'est pas interdit est permis. Cependant, parce que de telles mesures sont souvent appliquées au cas par cas, cela pourrait créer des conflits avec d'autres règles telles que celles des obligations de traitement national ou de la nation la plus favorisée. Par conséquent, l'approche adoptée ici est de permettre expressément la prise de telles mesures et de les exempter d'être déclarées en violation de l'accord au moyen de la disposition les réputant en conformité. Cela ne s'applique toutefois qu'aux mesures prises avant que toutes les formalités ou exigences pour l'établissement d'un investissement aient été terminées. Après cela, les mesures seront entièrement soumises à toutes les obligations de l'Accord. Il est ici question d'équité : avant qu'un investissement commence réellement à s'établir, les investisseurs disposent d'options fondées sur le marché quant au lieu où ils veulent l'établir. Une fois toutes les conditions connues, un investisseur effectuera son choix. Jusqu'à ce point, les exigences de rendement et les glissements économiques qu'elles favorisent de l'investisseur étranger vers les acteurs de l'économie locale feront alors partie du processus de prise de décision. Cette même prise de décision économique assurera que les États d'accueil agissent avec retenue et armés d'un objectif clair dans ce domaine.

Parce que les exigences de rendement peuvent avoir des incidences importantes sur les facteurs économiques d'un investissement, les altérer après le fait se traduirait par une altération de la décision sous-tendant un investissement; décision généralement prise en consultation avec l'État d'accueil. Étant donné que les facteurs motivant de telles mesures devraient être connus avant la réalisation d'un investissement, le glissement subséquent des facteurs économiques d'un investissement vers d'autres acteurs dans l'État d'accueil mérite une couverture par l'Accord au nom de l'équité envers l'investisseur. La bifurcation préalable à l'établissement et postérieure à l'établissement semble donc refléter la nécessité de réserver une place pour que les États d'accueil dictent des politiques dans ce domaine ainsi que la nécessité de traiter l'investisseur équitablement.

La liste des mesures prévue par le présent article est tirée de l'ALENA, un accord d'investissement qui interdit ces mesures.

Article 27 : Promotion et facilitation de l'investissement



Les États d'accueil peuvent maintenir et créer des agences et services de promotion et de facilitation de l'investissement.

Commentaire de l'article 27

Cet article présente un concept relativement commun : celui des États d'accueil qui établissent des agences de promotion de l'investissement. Il s'agit d'une pratique de plus en plus commune de nos jours.

Article 28 : Accès aux renseignements concernant l'investisseur



- (A) Les États d'accueil ont le droit de rechercher des renseignements auprès d'un investisseur potentiel ou de son État d'origine concernant ses antécédents de gouvernance d'entreprise et ses pratiques en qualité d'investisseur, y compris dans son État d'origine.
- (B) Les États d'accueil protégeront les renseignements commerciaux confidentiels qu'ils recevront à cet égard.
- (C) Les États d'accueil peuvent mettre les renseignements fournis à la disposition du public dans la collectivité où l'investissement pourrait se situer, sous réserve de la protection des renseignements commerciaux confidentiels et d'autres lois nationales applicables.

Commentaire de l'article 28

Cet article a pour but de garantir que les États pourront obtenir les renseignements dont ils ont besoin pour prendre une décision en connaissance de cause à l'égard d'un investissement. Il accroît, en outre, le rôle des collectivités locales dans le processus bien qu'il ne crée aucune d'obligation de publier les renseignements. L'objectif, cependant, est de permettre un processus de renforcement du pouvoir des collectivités locales.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

Article 29 : Assistance et facilitation offertes
à l'investissement étranger

Article 30 : Information

Article 31 : Responsabilité de l'investisseur
dans l'État d'origine

Article 32 : Lutte contre la corruption

PARTIE 6 : DROITS ET OBLIGATIONS DE L'ÉTAT D'ORIGINE



Article 29 : Assistance et facilitation offertes à l'investissement étranger

- (A) Les États d'origine ayant la capacité de le faire devraient aider les États en développement et ceux qui sont les moins développés à promouvoir et à faciliter l'investissement étranger sur leur territoire, en particulier par leurs propres investisseurs. Ladite assistance correspondra aux buts et priorités de développement des pays en question. Elle pourra inclure, notamment, ce qui suit :
- i) le développement de la capacité à l'égard des agences et des programmes de l'État d'accueil en matière de promotion et de facilitation de l'investissement;
 - ii) les programmes d'assurance fondés sur des principes commerciaux;
 - iii) l'assistance financière directe pour soutenir l'investissement ou des études de faisabilité préalable à l'établissement de l'investissement;
 - iv) le soutien technique ou financier nécessaire à la réalisation de l'étude d'impact environnemental et de l'étude des impacts sociaux d'un investissement potentiel;
 - v) le transfert de technologie;
 - vi) les missions commerciales périodiques, le soutien des conseils commerciaux conjoints et autres efforts coopératifs de promotion des investissements durables.
- (B) Les États d'origine informeront les États d'accueil de la forme et de l'étendue de l'assistance disponible appropriée au genre et à la taille de différents investissements.

Commentaire de l'article 29

Il est difficile d'imposer l'assistance entre les États. Cet article offre une base pour la fourniture d'une telle assistance dans le domaine de la promotion de l'investissement, une qui peut être développée au moyen du travail réalisé par les mécanismes élaborés dans des sections ultérieures. Il cherche à promouvoir un engagement constructif entre États tout en reflétant plusieurs des éléments clé supplémentaires nécessaires à notre compréhension de la relation fondamentale entre investissement et développement durable. Selon l'un des éléments clé de l'article, l'assistance offerte par un État à un autre « devra » correspondre aux priorités de développement de l'État destinataire. En d'autres termes, le but de l'assistance devrait être de profiter à l'État d'accueil en question en fonction de ses priorités et de ses besoins.

Article 30 : Information



- (A) Les États d'origine devront, sur demande et de façon opportune, fournir à un État d'accueil potentiel les renseignements exigés et nécessaires pour que ce dernier s'acquitte de ses obligations et devoirs liés à un investisseur ou investissement en vertu du présent Accord et du droit national de l'État d'accueil. Les États d'origine devront protéger les renseignements commerciaux confidentiels à cet égard.

Partie 6 : Droits et obligations de l'État d'origine

- (B) Les États d'origine devront, sur demande et de façon opportune, fournir les renseignements pertinents à leurs normes qui pourraient s'appliquer dans des circonstances analogues à l'investissement proposé par son investisseur, y compris, notamment, leurs processus d'étude de l'impact environnemental.



Commentaire de l'article 30

Cet article rassemble les trois acteurs dans le processus de partage de l'information pour garantir que lorsque de nouveaux investissements sont autorisés par un État d'accueil, c'est à la lumière de renseignements adéquats et exacts. Le dossier d'un investisseur et le contexte de réglementation qu'il pourrait devoir affronter chez lui dans un contexte similaire, fournissent des renseignements importants à cet égard.

Article 31 : Responsabilité de l'investisseur dans l'État d'origine



Les États d'origine s'assureront que leurs systèmes et règles juridiques permettent, ou n'empêchent ni ne limitent inutilement, d'entamer des poursuites au fond devant les tribunaux nationaux liées à la responsabilité civile des investisseurs à l'égard de préjudices causés par des actes ou décisions allégués des investisseurs connexes à leurs investissements sur le territoire d'autres Parties¹⁷. Les lois de l'État d'accueil en matière de responsabilité s'appliqueront à ces poursuites.

17 Cet article exige des États d'origine qu'ils mettent fin aux contraintes procédurales ou juridictionnelles telles que celles constatées dans la règle *forum non conveniens* ou des règles similaires, qui empêchent les audiences sur le bien-fondé des affaires liées aux actes et aux décisions de l'investisseur.

Commentaire de l'article 31

Cet article correspond à l'article 17 sur la responsabilité des investisseurs. Il cherche à éliminer les obstacles qui empêchent d'entendre une telle affaire au fond comme cela a été discuté dans le commentaire de l'article 17. Dans certains États, en fonction des règles constitutionnelles en place, cela peut exiger que des gouvernements différents prennent des mesures.

Article 32 : Lutte contre la corruption



- (A) Tous les États d'origine s'assureront qu'ils considéreront les actes suivants comme des infractions pénales et les soumettront à l'exécution et aux sanctions appropriées.
- i) L'offre, la promesse ou le don de tout argent ou cadeau de toute autre nature, directement ou par des intermédiaires, à un agent public de l'État d'accueil, ou à un membre de sa famille, à l'un de ses associés ou à toute autre personne qui lui est proche, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir toute préférence quant à un investissement proposé ou à des licences, permis, contrats ou autre quelconque droit connexes à un investissement.
 - ii) Tout acte se rendant complice de tout acte décrit au paragraphe (i), y compris l'incitation, la complicité et la conspiration connexes à la commission ou à l'autorisation desdits actes.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

Les États d'accueil s'efforceront d'exercer des poursuites à l'encontre desdites activités conformément à leur droit national.



- (B) Tous les États d'origine s'assureront que tout argent ou autre forme d'avantage compris dans le paragraphe (A) ne pourra être remboursé ou déduit à l'égard de toute loi ou politique fiscale.
- (C) Les États d'origine devront, si possible, fournir tout renseignement qui pourrait aider un tribunal de règlement des différends institué en vertu du présent Accord à déterminer si une violation d'une obligation en matière de lutte contre la corruption a eu lieu.

Commentaire de l'article 32

Le libellé de cette obligation est similaire à celui de l'obligation imposée aux investisseurs et investissements aux termes de laquelle ils ne doivent ni soudoyer les agents publics, ni les corrompre de quelque autre manière que ce soit. Elle exige que la conduite soit réputée criminelle à l'égard de tous les participants, tant dans le secteur privé que dans le secteur public. Une obligation similaire est également imposée aux États d'accueil.

L'article impose une norme élevée à l'exigence d'exécution de cet article par rapport à d'autres options qui pourraient, par exemple, reconnaître un éventail plus vaste de mesures d'exécution à la disposition d'un État. C'est dû à la nature particulière de cette question et à la nécessité de mettre fin à de telles pratiques aussi rapidement et complètement que possible, suivant ainsi la voie ouverte par les Nations Unies, l'OCDE et d'autres travaux.

Le paragraphe (B) prévoit une assurance supplémentaire que les activités couvertes par cet article ne pourront être considérées comme des déductions ou dépenses commerciales dans l'État d'origine.

Le paragraphe (C) oblige un État d'origine à aider un tribunal qui doit déterminer si une violation des obligations de lutte contre la corruption a eu lieu. Il doit, pour ce faire, fournir les renseignements dont il pourrait être détenteur. Cela constitue une extension logique du sérieux avec lequel cette question est traitée dans le texte en général.

Article 33 : Relation avec les autres accords
et obligations en matière d'investissement

Article 34 : Relation avec d'autres
accords internationaux

PARTIE 7 : RELATION AVEC D'AUTRES ACCORDS



Article 33 : Relation avec les autres accords et obligations en matière d'investissement

- (A) Lorsque l'État d'origine et l'État d'accueil deviennent des Parties au présent Accord, tous les accords internationaux d'investissement antérieurs qu'ils ont signés seront, entre lesdits États, réputés être résiliés sur consentement mutuel et tous les droits et obligations seront régis par le présent Accord. Sauf ce qui est prévu au paragraphe 3(F), ladite résiliation sera immédiate, malgré toute période d'expiration prévue à l'égard des droits des investisseurs ou investissements en vertu desdits accords antérieurs.
- (B) Lorsque les États qui sont des Parties au présent Accord ont passé un accord international d'investissement avec un tiers, ils s'efforceront de renégocier ces accords pour les mettre en conformité avec le présent Accord ou pour garantir que toutes les Parties à l'autre Accord deviennent des Parties au présent Accord.
- (C) Les États qui sont des Parties au présent Accord s'assureront que tous les accords d'investissement futurs auxquels ils deviennent partie sont pleinement conformes au présent Accord, particulièrement en ce qui concerne l'équilibre des droits et obligations qu'il établit et les principales caractéristiques du système de règlement des différends. Une Partie peut demander que la Conférence des Parties évalue la conformité avec ladite obligation.
- (D) Malgré tout ce qui précède, tout différend qui a été officiellement entamé en vertu d'accords internationaux d'investissement antérieurs sera tranché conformément aux droits et obligations qu'ils prévoient.

Commentaire de l'article 33

La relation de tout nouvel accord, en particulier un accord multilatéral ou un vaste accord régional, avec des accords antérieurs, devra être abordée. Selon l'approche adoptée ici, la règle générale veut que tout accord international d'investissement antérieur entre deux États qui deviennent parties au présent Accord sera résilié et que les droits et obligations créés par le présent Accord entreront automatiquement en vigueur lors de l'entrée en vigueur du présent Accord à l'égard des deux Parties. Ce paragraphe a pour but d'inclure une situation dans laquelle seulement deux parties parmi d'autres à un accord d'international régional d'investissement deviennent des parties au présent Accord.

Le paragraphe (A) contient la première exception et renvoie aux circonstances très particulières où une Partie exclut un secteur ou une mesure de la portée du présent Accord mais qu'un investissement antérieur s'est fondé sur cette mesure pour la totalité ou une portion de ses opérations. Dans ce cas, l'accord antérieur demeure en vigueur pendant la durée de sa période d'expiration.

La seconde exception s'applique lorsqu'un différend a déjà été officiellement entamé en vertu d'un autre accord. Dans ce cas, il sera tranché à la lumière de l'accord antérieur en question.

Le paragraphe (B) invite les Parties au présent Accord à renégocier tout accord signé avec un tiers pour atteindre le même niveau de droits et obligations que celui prévu dans le présent Accord et

Partie 7 : Relation avec d'autres accords

fixer les mêmes caractéristiques pour le système de règlement des différends. Le but est de créer un processus continu d'harmonisation de tous les accords internationaux d'investissement fondé sur le présent modèle et soumis au processus de règlement des différends qu'il établit.

Le paragraphe (C) reconnaît que les États peuvent, à l'avenir, signer d'autres accords internationaux d'investissement. Il exige que les dispositions de ces accords créent le même équilibre de droits et obligations que celui prévu dans le présent Accord et présentent les mêmes caractéristiques principales quant au système de règlement des différends. L'examen d'un conflit en la matière est laissé aux soins de la Conférence des Parties.

Il faut reconnaître que cette approche devra encore être raffinée en raison de la complexité ou de la spécificité de certains accords. Si ce besoin apparaît, nous espérons que les principes énoncés dans le présent article seront appliqués autant que possible.

Article 34 : Relation avec d'autres accords internationaux



- (A) Les Parties conviennent que les dispositions d'autres accords commerciaux internationaux qu'elles ont signé correspondent aux dispositions du présent Accord. Elles chercheront collaborer en vue de l'interprétation de tels accords.
- (B) Au cas où la question susciterait un différend, les Parties chercheront d'abord à résoudre ledit différend au moyen des mécanismes offerts par le présent Accord.
- (C) Les Parties réaffirment, dans le présent Accord, leurs obligations contractées en vertu des accords internationaux auxquels elles sont parties, dans les domaines de l'environnement et des droits de l'homme.

Commentaire de l'article 34

Les paragraphes (A) et (B) du présent article contiennent un élément important : les Parties ou un groupe de règlement des différends devraient interpréter le présent Accord comme correspondant aux accords commerciaux lorsqu'ils contiennent des dispositions qui se chevauchent et devrait interpréter ces dispositions des accords commerciaux comme correspondant à celles du présent Accord. Il recherche une approche de collaboration en cas de conflit. L'article accorde également la priorité au présent Accord comme le lieu de résolution desdits différends s'ils surviennent.

Le dernier paragraphe constitue une confirmation juridique des obligations et accords internationaux des Parties en matière d'environnement et de droits de l'homme. Cette confirmation indique clairement que ces obligations ne sont pas remplacées par le présent Accord.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

Article 35 : Autorité nationale

Article 36 : Conférence des Parties

Article 37 : Comité d'assistance technique

Article 38 : Mécanisme financier

Article 39 : Secrétariat

Article 40 : Organe de règlement des différends

Article 41 : Centre d'assistance juridique

PARTIE 8 : INSTITUTIONS



Article 35 : Autorité nationale

- (A) Chaque Partie établira une autorité nationale comme point de contact aux fins connexes à l'Accord. Les fonctions de l'autorité nationale incluront les suivantes :
- i) demander des renseignements à une autre Partie ou les lui transmettre;
 - ii) fournir un contact pour l'assistance en matière de promotion et de facilitation de l'investissement;
 - iii) tenir des statistiques concernant l'investissement étranger et l'investissement à l'étranger de la Partie;
 - iv) s'occuper des questions liées au comportement des investissements ou investisseurs de la Partie;
 - v) enquêter sur les préoccupations ou conflits soulevés par les personnes ou les groupes de la société civile à l'égard du comportement des investissements ou investisseurs concernant leurs obligations en vertu du présent Accord ou les responsabilités supplémentaires prévues dans l'Accord, et tenter de les résoudre;
 - vi) rendre compte concernant toutes les questions traitées en vertu du paragraphe v;
 - vii) toute autre fonction incorporée par la Partie dans son travail.
- (B) L'autorité nationale fonctionnera de façon visible, accessible, transparente et responsable. Elle recevra et examinera les renseignements, exposés des faits ou autres renseignements provenant de fonctionnaires du gouvernement, de groupes non gouvernementaux ou de personnes de l'État Partie dans lequel elle est établie ou de l'État d'accueil d'un investisseur pour lequel elle est l'État d'origine.

Commentaire de l'article 35

Cet article a deux rôles : il prévoit les points de contact pour l'échange de renseignements entre les Parties prévu dans maints traités dans tous les domaines du droit international et il prévoit le rôle de point de contact national présent dans les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sous forme de liaison et plus entre le grand public et les investisseurs. La nécessité de points de contact entre les gouvernements est relativement manifeste ici, avec une exigence d'échange de renseignements, les aspirations à l'aide à l'investissement et plus.

Le second rôle est fondé sur le concept prévu par l'OCDE. En fournissant un point de contact et un moyen d'examiner les préoccupations, l'autorité nationale peut aider à éviter que les différends n'empirent et à développer de meilleures relations entre les investisseurs et les collectivités dans lesquelles ils investissent. Dans un monde de flux de capital de plus en plus mondialisés, des différends sont inévitables, il sera utile de disposer d'un moyen d'y faire face avant que le désaccord ne s'approfondisse à un point où les Parties refusent de les régler. Ces fonctions seraient également utiles dans un contexte bilatéral ou régional.

Article 36 : Conférence des Parties



- (A) La Conférence des Parties sera l'organe dirigeant de l'Accord. Elle se réunira dans l'année suivant son entrée en vigueur et ensuite une fois par an.

Commentaire de l'article 36

Peu importe son nom, l'établissement d'une Conférence des Parties est devenu un élément relativement normalisé de la plupart des principaux accords contemporains. La présente disposition suit une longue lignée d'accords en la matière.

Les fonctions de la Conférence des Parties qui sont décrites ci-dessus, ne sortent pas non plus de l'ordinaire. Seuls des ajustements mineurs ont été apportés aux dispositions existant déjà dans d'autres accords internationaux.

La capacité d'adopter des déclarations d'interprétation de l'Accord est le nouvel élément le plus important inclus ci-dessus. Plusieurs autres accords internationaux d'investissement contemporains possèdent de telles dispositions dont le but est de corriger une interprétation adoptée par une Partie, un tribunal ou une autre source pouvant prendre d'importantes décisions en matière d'interprétation. Une déclaration d'interprétation, qui constitue une source reconnue d'interprétation en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités lierait un tribunal ou un autre organe entendant un arbitrage ou toute autre question conformément au présent Accord. Elle a été utilisée dans le contexte d'investissement de l'ALÉNA après une décision rendue par un tribunal dont les parties pensaient qu'elle étendait de façon inappropriée et erronée l'interprétation d'une disposition de l'ALÉNA au-delà de leur intention. Des tribunaux qui ont rendu des décisions subséquentes ont suivi la déclaration d'interprétation émise par les parties. Cette approche offre un « filet de sécurité » face à des décisions que l'on pourrait qualifier d'« indésirables » bien qu'elle ne puisse pas être utilisée pour retourner en arrière et annuler une décision déjà rendue par un tribunal.

Le paragraphe (E) est maintenant une disposition standard des accords multilatéraux en matière d'environnement. Son application ici correspond donc au glissement de l'adoption d'un point de vue strictement limité au droit économique par les accords internationaux d'investissement antérieurs à l'adoption, par le présent Accord, d'un point de vue axé sur le développement durable.

Article 37 : Comité d'assistance technique



Un Comité d'assistance technique de la Conférence des Parties est instauré en tant que comité plénier. Ses rôles seront les suivants.

- i) Il possèdera l'expertise particulière nécessaire pour la promotion du développement et des investissements durables.
- ii) Sur leur demande, il organisera la fourniture d'assistance technique aux Parties concernant la mise en œuvre du présent Accord, y compris dans les domaines de la planification du développement et des liens en matière d'investissement.
- iii) Il établira et gèrera un fonds spécial pour la fourniture de l'assistance technique.
- iv) Il effectuera la promotion du transfert de technologie au moyen des investissements appropriés.
- v) Il prendra en charge toute autre question qui lui sera dévolue par les membres du Comité ou par la Conférence des Parties.

Le règlement intérieur et les règles de participation applicables à la Conférence des Parties s'appliqueront, *mutatis mutandis*, au présent Comité.

Commentaire de l'article 37

Cet article établit un comité spécial dont le mandat est la promotion, la facilitation et le soutien, au moyen de l'assistance technique, de la réussite des investissements durables dans les pays en développement ou les moins développés. Il importe de souligner cet aspect de l'Accord comme une rupture importante avec les accords internationaux d'investissement antérieurs. Cet article favorise le but de l'Accord qui est de servir le développement durable. Il incomberait à ce Comité de veiller à ce que les outils nécessaires soient disponibles pour aider à le concrétiser. Il faudra établir un niveau approprié de financement destiné à ce Comité.

D'autres ententes, telle que la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique, offrent plusieurs exemples de tels comités. L'élément essentiel de création de la capacité est également présent dans un certain nombre de modèles qui peuvent être utilisés. Le Comité devrait donc être en mesure d'établir un processus efficace pour offrir ladite assistance.

Article 38 : Mécanisme financier



Les Parties établiront un mécanisme financier visant à soutenir le développement institutionnel et la création de capacité dans les pays en développement qui sont un État d'accueil et en particulier dans les pays les moins développés. Le soutien provenant de ce mécanisme peut être appliqué au soutien du Comité d'assistance technique, aux projets de promotion et de facilitation de l'investissement, à la surveillance de l'efficacité du présent Accord ainsi qu'à l'établissement et à l'exploitation du Centre d'assistance juridique.

Commentaire de l'article 38

Un mécanisme financier est nécessaire étant donné la nature du présent Accord. Alors qu'aucun niveau de financement n'est établi ici, il est clair qu'il doit être considérable afin d'assister les pays en développement et les moins développés en particulier, à améliorer leurs conditions d'investissement et à promouvoir les possibilités d'investissements durables conformément aux plans et possibilités de développement. Le présent Accord est victime d'une illusion d'optique : les dispositions sur le règlement des différends sont très longues alors que les dispositions sur le soutien technique et financier sont courtes. Cependant, cela ne devrait pas démentir l'importance critique de ces dernières.

Article 39 : Secrétariat



- (A) Un Secrétariat de l'Accord est établi. Il sera dirigé par un directeur exécutif nommé par la Conférence des Parties.
- (B) Le directeur exécutif nommera et gèrera un personnel international capable d'offrir l'éventail nécessaire de soutien à la Conférence des Parties et de s'acquitter de ses responsabilités.
- (C) Le Secrétariat sera un organe indépendant et entreprendra les tâches que lui dictera la Conférence des Parties. Les dites tâches peuvent inclure les suivantes :
- i) prendre des dispositions pour les réunions de la Conférence des Parties et de ses organes subsidiaires et leur fournir des services selon leurs besoins;

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

- ii) sur demande, faciliter l'assistance offertes aux Parties, particulièrement aux Parties en développement et aux Parties ayant une économie en transition, pour la mise en œuvre du présent Accord;
- iii) garantir la coordination nécessaire avec le secrétariat d'autres organes internationaux pertinents;
- iv) signer, sous la tutelle de la Conférence des Parties, les arrangements administratifs et contractuels nécessaires pour s'acquitter efficacement de ses fonctions;
- v) recueillir et distribuer les renseignements concernant le fonctionnement du présent Accord, y compris la mise en œuvre de ses dispositions et les taux d'investissement étranger direct en vertu du présent Accord;
- vi) établir une liste des médiateurs qualifiés pour aider les Parties, les investisseurs et investissements à régler de possibles différends;
- vii) s'acquitter des autres fonctions de secrétariat précisées dans le présent Accord et des autres fonctions déterminées par la Conférence des Parties le cas échéant;
- viii) réaliser les tâches nécessaires pour aider à la préparation de la première Conférence des Parties.



Commentaire de l'article 39

L'établissement d'un Secrétariat est également une fonction de routine dans la plupart des accords internationaux contemporains. Le présent Accord, en tant qu'instrument majeur de développement durable n'y fait pas exception. Les dispositions susmentionnées sont généralement tout à faire ordinaires aujourd'hui. Naturellement, le Secrétariat rend compte de ses activités et de sa conduite à la Conférence des Parties.

Article 40 : Organe de règlement des différends



- (A) Un organe de règlement des différends (ORD) est établi pour gérer les processus de règlement des différends en vertu du présent Accord.
- (B) L'organe de règlement des différends sera composé d'un Conseil des Parties ouvert à toutes les Parties, d'une division de première instance et d'une division d'appel.
- (C) Le Conseil des Parties établira un secrétariat qui assistera l'organe de règlement des différends dans ses tâches et les divisions de première instance et d'appel dans la gestion de leurs affaires. Le secrétariat sera dirigé par un directeur¹⁸. Le secrétariat de règlement des différends sera indépendant de tout autre organe établi par le présent Accord.
- (D) Le Conseil des Parties supervisera le fonctionnement de l'organe de règlement des différends. Il lui incombera de veiller au déroulement sans heurt des processus de règlement des différends dans leur ensemble. Le Conseil des Parties ne peut s'ingérer dans aucun différend individuel entre les Parties ou entre un investisseur ou investissement et une Partie.

18 Le Conseil des Parties peut désigner le Centre, sous réserve de l'acceptation des arrangements appropriés, qui agira en tant que secrétariat pour l'organe de règlement des différends s'il devient un organe indépendant ne rendant compte qu'au seul Conseil des Parties.

- (E) Il y aura une liste permanente de 35 membres parmi lesquels les tribunaux arbitraux de première instance (« tribunaux arbitraux ») seront choisis. Le directeur du Conseil des Parties nommera au hasard tous les tribunaux arbitraux devant entendre les différends sous réserve de ce qui suit :
- i) aucun membre d'un tribunal arbitral ne sera appelé à siéger deux fois avant que tous les autres membres n'aient siégé au moins une fois; et
 - ii) aucun membre d'un tribunal arbitral ne sera ressortissant d'un État d'une Partie au différend.
- (F) Les membres de la liste permanente seront choisis par le Conseil des Parties lors de sa première réunion, un tiers d'entre eux seront renouvelés lors de chaque réunion subséquente. Aucun membre ne peut accumuler plus de trois mandats, sous réserve de la clôture de tout processus de règlement des différends auquel il participe.
- (G) Tout membre d'un tribunal arbitral en situation de conflit d'intérêts, réel ou apparent, se récusera et ne siégera pas au tribunal arbitral en question.
- (H) La division d'appel sera composée de neuf personnes possédant une expertise reconnue dans les domaines couverts par le présent Accord. Les membres de l'organe d'appel seront nommés à plein temps et libres de tout conflit d'intérêts, qu'il soit réel ou apparent, à l'égard de toute affaire qu'ils entendent.
- (I) Les membres de la division des appels seront choisis par le Conseil des Parties pour une durée de sept ans. Il choisira un remplacement pour tout membre se trouvant dans l'incapacité de continuer à s'acquitter de ses obligations jusqu'à la fin de son mandat. Les membres peuvent accumuler un total de deux mandats consécutifs. Pour la première période, le Conseil des Parties sélectionnera de nouveaux membres ou renouvellera le mandat de membres existants après quatre ans.
- (J) Les membres des divisions de première instance et d'appel seront des personnes de haute réputation possédant une expertise dans les domaines couverts par le présent Accord. Chacune se conformera à un Code de déontologie qui établira les normes de conduite les plus élevées et garantira l'absence de conflits d'intérêts, qu'ils soient réels ou apparents, dans toutes les affaires¹⁹. Aucun membre d'un tribunal arbitral ou de l'organe d'appel ne peut être avocat dans une affaire d'arbitrage en même temps qu'il remplit ses fonctions auprès de l'une ou l'autre des divisions. Il ne peut non plus être lié à d'autres avocats dans une situation similaire.



¹⁹ Une norme minimale qui sera incluse dans le Code de déontologie exigera qu'aucun membre de la division de première instance ne soit un avocat dans une quelconque affaire d'arbitrage en matière d'investissement en même temps qu'il est membre de l'une ou l'autre division ou directement lié à d'autres avocats dans une situation similaire. (Les nominations à la division des appels sont à plein temps et personnelles et recouvrent donc cette règle par définition.)

Commentaire de l'article 40

Cet article n'établit pas une approche radicalement différente du règlement des différends par rapport à celle adoptée dans les accords internationaux d'investissement existants. Cependant, elle est relativement proche, du point de vue du concept, du système élaboré par l'OMC. Il importe de remarquer ici que le nombre des affaires entamées en vertu des accords internationaux

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

d'investissement est déjà, à ce jour, supérieur à celui devant le GATT lorsqu'il a été transformé d'un processus fondé sur un tribunal arbitral spécial au processus complètement développé de règlement des différends en matière de droit commercial international de l'OMC.

L'établissement d'un processus de tribunal arbitral et d'organe d'appel s'inspire du modèle de l'OMC. L'arbitrage prévu par les traités actuels sur l'investissement ne possède pas de processus d'appel. Actuellement, la norme et le processus d'examen des décisions initiales d'arbitrage diffèrent en fonction des règles arbitrales utilisées. Les arbitrages réalisés en vertu des règles du CIRDI sont examinés au moyen d'un processus interne non transparent. Les sentences arbitrales rendues en vertu du règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ou d'autres règles commerciales peuvent être remises en question dans le cadre des tribunaux nationaux mais de façon limitée.

Ceci, combiné avec la nature purement spéciale du système d'arbitrage actuel et d'autres facteurs, a conduit à des interprétations diffuses de dispositions très similaires, et même à des décisions complètement opposées portant sur les mêmes faits et circonstances. Un processus d'appel aiderait à garantir des interprétations uniformes du droit et des faits ainsi qu'une issue certaine du processus.

L'établissement de règles sur l'indépendance des arbitres et des membres des organes d'appel est un autre élément clé. Dans les dispositions ci-dessus, un arbitre membre d'un tribunal arbitral ne serait pas en mesure de participer à d'autres affaires en qualité d'avocat pour les investisseurs ou les États. Les juges de la division des appels seraient nommés à temps plein, contrairement à la situation actuelle où toute forme de contrôle au sein du système arbitral est réalisé par des avocats ayant d'autres intérêts en jeu, intérêts qui peuvent être conflictuels.

La nécessité d'un système indépendant est bien illustrée, selon l'IIDD, par le nombre croissant d'affaires et le manque de responsabilité et de transparence du processus actuel ainsi que le nombre croissant d'indications de l'existence de conflits d'intérêts qui envahissent le système arbitral actuel. Les structures proposées ici abordent ces lacunes. Une élaboration plus approfondie des règles et des procédures dans la partie 9 et l'annexe A continue le processus de création d'un processus indépendant de règlement des différends.

Les secrétariats indépendants de l'organe de règlement des différends découlent de l'expérience de l'OMC. Le processus de tribunal arbitral de cette dernière ne comporte pas de secrétariat indépendant et cela a suscité des préoccupations quant au manque d'indépendance d'un certain nombre de décisions émanant de ces tribunaux. De nombreux initiés soutiennent maintenant, bien que pas toujours publiquement, que la mise en place d'un secrétariat indépendant pour les tribunaux arbitraux chargés du règlement des différends devrait constituer l'un des changements apportés dans le cadre de l'examen actuel du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Le présent article empêcherait l'apparition d'une telle préoccupation. Le personnel chevronné de l'organisme d'appel a également soutenu qu'un processus distinct pour la première instance et l'appel à l'échelon du secrétariat aiderait également à garantir un degré plus élevé d'indépendance. Cette expérience est donc également utilisée.

Le nombre de 35 pour la liste permanente de membre est quelque peu arbitraire. Étant donné la croissance considérable du nombre des arbitrages en matière d'investissement au cours des dernières années, il devrait peut-être être supérieur. Cependant, c'est un nombre qui peut demeurer souple et qui devrait être considéré plus comme une indication qu'un nombre définitif.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

Article 42 : Prévention des différends
et médiation

Article 43 : Différends État-État

Article 44 : Procédure pour l'abrogation des
droits de l'investisseur ou de l'investissement

Article 45 : Différends investisseur ou
investissement-État

Article 46 : Transparence de l'instance

Article 47 : Force exécutoire des
sentences finales

Article 48 : Droit applicable dans
le cadre des différends

PARTIE 9 : PRÉVENTION ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS



Article 42 : Prévention des différends et médiation

- (A) Lorsqu'il existe un différend entre les Parties, entre un État Partie et un investissement ou investisseur, ou entre un investissement ou investisseur et un État d'accueil, la Partie qui souhaite soulever un différend enverra un avis d'intention à l'autre ou aux autres possibles parties contestantes afin d'engager la procédure d'arbitrage en vertu du présent Accord.
- (B) Aux fins du présent Accord, il y aura une période minimale de réflexion de six mois entre la date d'un avis d'intention d'engager un processus de règlement des différends en vertu du présent Accord et la date à laquelle une Partie, un investissement ou investisseur, selon le cas, peut officiellement engager un différend.
- (C) Les Parties chercheront à régler les différends potentiels à l'amiable, tant avant que pendant la période de réflexion. Les investisseurs et investissements chercheront également à régler à l'amiable les différends potentiels avec les États d'accueil, et les États d'accueil avec leurs investisseurs et investissements, avant et pendant la période de réflexion. Les Parties pourront utiliser les bons offices, la conciliation, la médiation ou tout autre processus de règlement des différends convenu.
- (D) Lorsqu'ils ne peuvent s'entendre sur aucun autre moyen de règlement des différends, les Parties, les investisseurs ou investissements, selon le cas, chercheront à obtenir l'aide d'un médiateur pour régler le différend pendant la période de réflexion exigée par le présent Accord, soit entre la notification d'un différend potentiel et l'engagement du processus de règlement des différends. Les possibles parties au différend choisiront un médiateur sur la liste établie par le Secrétariat à cette fin ou se mettront d'accord pour en choisir un autre. Les recours à la médiation ne modifient en rien la période minimale de réflexion.
- (E) Si aucun médiateur n'est choisi par les Parties contestantes avant l'écoulement de trois mois précédant la fin de la période de réflexion, le directeur du Conseil nommera un médiateur qu'il choisira sur la liste établie par le Secrétariat. Ledit médiateur ne sera ni un ressortissant de l'un des États Partie, ni de l'investisseur. La nomination sera exécutoire pour les Parties contestantes.
- (F) Les Parties peuvent également établir des centres de médiation régionaux pour faciliter le règlement des différends entre les Parties et les investisseurs ou investissements compte tenu des coutumes et traditions régionales. Le nom des médiateurs officiellement nommés dans lesdits centres sera ajouté à la liste établie par le Secrétariat.

Commentaire de l'article 42

Cet article crée un élément important du règlement des différends préalable à l'arbitrage au moyen du règlement alternatif des différends en établissant une étape de médiation obligatoire si aucun autre processus n'est convenu. Parce que l'article s'applique pendant la période de réflexion, devenue de nos jours une notion relativement commune, entre un premier avis de différend et l'engagement d'un arbitrage officiel, les procédures ne sont pas allongées. Cependant, on espère que le délai imparti est utilisé à bon escient. On espère également que le fait d'instaurer une étape officielle dans le processus aidera à la sensibilisation à l'efficacité des processus de règlement

Partie 9 : Prévention et règlement des différends

alternatif des différends. Cela revêt une importance particulière lorsqu'on espère que les investisseurs, investissements et États d'accueil entretiendront des relations positives à long terme.

On peut souligner que le CIRDI et autres fora de règlement des différends cherchent activement à améliorer la médiation et autres services de règlement alternatif des différends. Étant donnée la nature tendue du contentieux et de l'arbitrage international, cela a de plus en plus de sens.

Il n'existe aucun moyen de forcer une médiation ou tout autre processus alternatif à se terminer par un résultat positif. Selon une règle générale, toutes les Parties doivent agir de bonne foi en vertu d'un accord international et ce principe s'appliquerait également ici. Cependant, en fin de compte, les Parties contestantes ne peuvent se voir obligées de régler un différend au moyen de la médiation. Seule l'obligation de faire l'effort peut leur être imposée.

Nous pensons que la notion de centres de médiation régionaux est une bonne idée qui recèle un potentiel important. Il faudra ajouter plus de détails que nous n'en disposons ici pour la rendre opérationnelle mais un processus régional, de par sa nature, doit être organisé de façon à tenir compte des coutumes, traditions, situations politiques et autres prévalant dans la région. Il faut donc considérer cela comme une question valant la peine d'être approfondie.

Article 43 : Différends État-État



- (A) Lorsqu'il existe un différend entre deux ou plusieurs Parties quant à l'application ou à l'interprétation du présent Accord et que ledit différend n'a pas été réglé au moyen des efforts de bonne foi prévus à l'article 42, une Partie peut engager un arbitrage conformément aux règles prévues par le présent Accord, y compris l'annexe A, en les appliquant, *mutatis mutandis*, au contexte d'un différent État-État.
- (B) Ledit différend, s'il n'est pas réglé autrement, sera tranché par un tribunal arbitral et, au gré de l'une des Parties contestantes, pourra être porté devant la division d'appel.

Commentaire de l'article 43

Cet article permet d'appliquer le processus d'arbitrage prévu dans l'Accord à un différend État-État entre les Parties. Plutôt que de répéter de longues règles, un ensemble unique est établi et devra être suivi dans toutes les instances permises par l'Accord.

En plus de régler un différend, l'un des buts est de prévoir un ensemble unique et uniforme de procédures qui s'appliqueront à tous les différends qui nécessitent un règlement officiel en vertu de l'Accord. Alors que certains détails des procédures devraient faire l'objet d'un travail plus approfondi, les éléments de base sont prévus et appliqués de façon similaire aux différends État-État, État-investisseur et investisseur-État.

Les différends État-État sont rares en droit des investissements internationaux, particulièrement avec la mise en place du processus investisseur-État. Il demeure tout de même approprié de disposer d'un processus spécifique pour que les questions puissent être réglées dans les limites de la portée de l'Accord. C'est ce que fait cette disposition habilitante et les détails sont fournis à l'annexe A.

Article 44 : Procédure pour l'abrogation des droits de l'investisseur ou de l'investissement



- (A) Lorsqu'il existe un différend entre une Partie et un investisseur ou investissement portant sur l'abrogation des droits de l'investisseur ou de l'investissement en vertu de l'article 18 du présent Accord et que ledit différend n'a pas été réglé au moyen des efforts de bonne foi prévus à l'article 42, une Partie peut engager un arbitrage conformément aux règles prévues par le présent Accord, y compris l'annexe A, en les appliquant, *mutatis mutandis*, au contexte d'un différent État-investisseur ou investissement.
- (B) Le Conseil établira un processus accéléré particulier pour garantir que la décision d'un tribunal arbitral sera rendue dans les six mois de l'engagement de l'arbitrage. La division d'appel tranchera tout appel en la matière dans les 90 jours de son dépôt²⁰.
- (C) Le tribunal arbitral ou la division d'appel peut, sur demande, rendre une ordonnance temporaire suspendant les droits des investisseurs ou de l'investissement pendant la durée du processus à condition que toute période de prescription qui pourrait avoir des incidences sur leur capacité à entamer un différend soit prorogée d'une durée égale à celle de ladite suspension, le cas échéant.
- (D) Un différend survenant en vertu du présent article peut, en vertu du pouvoir discrétionnaire d'une partie contestante, faire l'objet d'un appel devant la division d'appel.
- (E) La décision du tribunal arbitral ou de la division d'appel portant sur l'abrogation des droits peut être permanente ou pour une période quelconque, jugée appropriée, supérieure à trois ans au moins ou peut prévoir une période minimale après l'écoulement de laquelle l'investissement ou les investisseurs peuvent demander le rétablissement de leurs droits.

20 Les tribunaux arbitraux et la division d'appel établiront leurs propres procédures spéciales en tenant compte des bonnes pratiques internationales, au cas où une action serait entamée en vertu du présent article avant que le Conseil n'ait adopté une procédure.

Commentaire de l'article 44

Cette disposition répond à l'objectif exprimé par maints observateurs selon lequel les droits des investisseurs devraient dépendre du respect de leurs obligations. Nous énonçons ici les principaux éléments du processus d'abrogation des droits des investisseurs ou de l'investissement à la lumière des concepts prévus à l'article 18 pour une violation des obligations de lutte contre la corruption ou pour un défaut répété de se conformer aux autres obligations d'un investisseur ou investissement. Il s'agit d'un recours disponible en vertu de l'Accord. Les dommages-intérêts obtenus au moyen de demandes reconventionnelles ou de la compensation de réclamations par un tribunal établi en vertu du présent Accord sont également disponibles, tout comme les poursuites civiles devant les tribunaux nationaux dans la mesure où un État d'accueil ou État d'origine a promulgué l'Accord dans son droit national ou dans la mesure où l'investisseur contrevient, d'une autre manière, au droit national.

Seuls les États Parties peuvent entamer ce processus. On a également envisagé l'option de permettre à toute personne ou à toute personne se trouvant dans l'État d'accueil ou l'État d'origine, selon le cas, d'entamer le processus. Cette option est, à certains égards, tentante. Cependant, étant donnée la gravité des questions et des conséquences ainsi que le lourd fardeau

Partie 9 : Prévention et règlement des différends

que cela imposerait aux investisseurs et investissements individuels, nous avons pensé que cette approche était trop lourde et trop ouverte aux manœuvres politiques douteuses. En même temps, les acteurs non étatiques, en vertu des autres procédures et alternatives prévues dans le texte, disposent effectivement de possibilités d'exercer des recours civils qui sont mis à leur disposition par l'État. Ils peuvent également intervenir dans les instances. Le processus d'enquête est également disponible par l'entremise des autorités nationales.

L'article permet une multitude de résultats allant d'une conclusion à l'encontre de l'État qui a entamé les poursuites à une possibilité de droit de l'investisseur de déposer une demande pour que ses droits soient rétablis en passant par une abrogation temporaire des droits pendant une durée minimum de trois ans et une abrogation permanente desdits droits. Cette approche est motivée par la nécessité de conserver une capacité de reconstruction des relations si la situation change et de reconnaître que les violations peuvent exister à des degrés divers méritant chacun une sanction mais pas nécessairement une perte permanente des droits. Étant donné que l'Accord est un nouvel instrument, il a paru prudent d'accorder une certaine souplesse au niveau de son application.

Article 45 : Différends investisseur ou investissement-État



- (A) Lorsqu'il existe un différend entre un investisseur ou investissement et un État d'accueil partie au présent Accord, quant à l'application ou à l'interprétation du présent Accord et que ledit différend n'a pas été réglé au moyen des efforts de bonne foi prévus à l'article 42, l'investissement ou investisseur peut engager un arbitrage conformément aux règles prévues par le présent Accord, y compris l'annexe A, en les appliquant, *mutatis mutandis*, au contexte d'un différend investisseur ou investissement-État.
- (B) Un différend entre un investisseur ou investissement et un État d'accueil ne peut être engagé avant que tous les recours nationaux n'aient été épuisés à l'égard des questions sous-jacentes connexes à une violation de l'Accord.
- (C) Lorsque lesdits recours ne sont pas disponibles en raison de l'objet du différend ou d'une absence d'indépendance ou d'opportunité pouvant être prouvée des processus judiciaire ou administratif²¹ impliqués dans la question dans l'État d'accueil, un investisseur peut se fonder sur cette défense, en tant que question préjudicielle, dans une demande présentée à un tribunal arbitral. La décision d'un tribunal arbitral en la matière sera finale. Ledit tribunal devra être choisi conformément à l'article 40. Le Conseil établira des procédures concernant une telle défense lors de sa première réunion²².
- (D) Lorsqu'un différend en vertu du présent article est porté devant un tribunal arbitral, la décision peut, en vertu du pouvoir discrétionnaire d'une Partie contestante, faire l'objet d'un appel devant la division d'appel.
- (E) L'article 18 régit l'utilisation du processus de règlement des différends investisseur-État par un investisseur.

21 Les Parties reconnaissent que les différents processus ont des durées différentes. Par conséquent, l'élément déterminant devrait être que les procédures progressent dans des délais correspondant à de bonnes pratiques et dans les délais normalement prévus pour ce genre de procédure dans l'État d'accueil et que les instances ne sont pas ralenties par des fardeaux ou des obstacles inutiles.

22 Les tribunaux arbitraux établiront leurs propres procédures spéciales en tenant compte des bonnes pratiques internationales, au cas où une action serait entamée en vertu du présent paragraphe avant que le Conseil n'ait adopté une procédure.

Commentaire de l'article 45

Cet article permet aux investisseurs ou investissements, sous réserve d'une définition plus approfondie de ce droit à l'annexe A, d'entamer des procédures devant le tribunal arbitral et la division d'appel en vertu de l'Accord. Les mêmes conditions liées à la tentative de règlement alternatif du différend s'appliquent. Cependant, on a en plus l'exigence supplémentaire selon laquelle tous les recours au niveau local doivent être épuisés lorsqu'ils sont disponibles.

La question de l'épuisement des recours au niveau local a suscité un plus grand nombre de controverses au cours des dernières années. Au début du développement du droit de l'investissement international, il était courant d'imposer aux investisseurs ou investissements de chercher à régler les différends grâce aux moyens administratifs et judiciaires disponibles à l'échelle locale. Au cours des dernières années cependant, cela n'a pas été énoncé aussi fréquemment dans les accords internationaux d'investissement et nombre d'entre eux ont choisi d'offrir deux options à l'investisseur ou à l'investissement qui peut choisir l'une ou l'autre. Un certain nombre de décisions arbitrales ont également abordé cette question, certaines des plus importantes ont presque complètement inversé cette règle, même lorsqu'il existe un choix particulier de forum comme dans les contrats de concession ou de privatisation.

Selon la théorie juridique, une plainte en vertu d'un accord international d'investissement se trouve « au niveau » du droit international et donc hors de la portée d'un quelconque arrangement contractuel en vertu du droit national. Cependant, cela se traduit par une internationalisation de tout un groupe de différends nationaux fondés sur la violation d'un contrat ou sur toute autre plainte; résultat qui n'avait manifestement pas été prévu lorsque les accords internationaux d'investissement ont commencé à se multiplier dans les années 1980 et 1990. D'ailleurs, c'est cette internationalisation de toutes les plaintes qui est devenue un facteur critique en Argentine, pays qui fait face à quelque 40 différentes plaintes d'arbitrage à son encontre.

L'IIDD, et maints autres observateurs, pensent que cette tendance doit être renversée. C'est ce que tente de faire le présent article d'une façon qui indique clairement que le libellé de la plainte n'est pas le seul élément en question, les faits sous-jacents le sont également. Par conséquent, en vertu de ce libellé, déclarer qu'une affaire de violation de contrat constitue une violation de l'accord ne changera pas le fait que la violation du contrat constitue la question clé, et cela peut être réglé, au moins en théorie, au niveau national. Cette disposition obligerait à porter la plainte contractuelle devant un organe national de règlement des différends avant de pouvoir passer au niveau de la plainte investisseur-État pour violation du traité.

Certains sont préoccupés par le fait que cela semblera faire du processus investisseur-État un appel des décisions des tribunaux nationaux. En pratique cependant, ce n'est pas le cas bien qu'on ne puisse nier le fait que, dans certaines situations, ce puisse être le résultat. En pratique, ce qui aurait plus de chances de se produire est qu'un tribunal trancherait la question de savoir si le résultat au complet, y compris l'équité de l'instance, correspond à l'accord. Dans la plupart des arbitrages à ce jour dans le cadre desquels les tribunaux nationaux ont abordé les questions sous-jacentes, et qui ont eu lieu suivant un processus équitable qui ne révèle aucun déni de justice ou d'équité, une déférence plus importante a été marquée à l'égard de ces décisions qu'à celui des décisions administratives ou réglementaires initiales qui sous-tendent les plaintes dans d'autres affaires. En d'autres termes, les tribunaux arbitraux ont fait montre d'une plus grande déférence envers les processus judiciaires menés de bonne foi qu'envers les processus administratifs ou réglementaires. Naturellement, il existe des exceptions mais, en règle générale, c'est ce qui s'est produit.

Enfin, on trouve également ici une question politique. Existera-t-il une possibilité de nouvelle approche si tous les recours internationaux sont éliminés? À notre avis, la possibilité est très mince,

Partie 9 : Prévention et règlement des différends

au mieux. Par conséquent, l'IIDD a conclu qu'il vaut mieux posséder un meilleur droit sous-jacent et un meilleur processus investisseur-État que le plus faible des deux maintenant en place, cela a aidé à structurer les options offertes.

Article 46 : Transparence de l'instance



- (A) Tous les documents connexes à un avis d'intention de recourir à l'arbitrage, le règlement de tout différend conformément à l'article 42, l'engagement d'une instance devant le tribunal arbitral ou en appel ou les actes de procédure, témoignages et décisions qu'elle comporte, seront mis à la disposition du public au moyen d'un site Internet.
- (B) Les audiences orales, qu'elles soient procédurales ou au fond, seront ouvertes au public.
- (C) Un tribunal arbitral ou d'appel peut prendre les mesures nécessaires, par voie d'exception, pour protéger les renseignements commerciaux confidentiels écrits ou divulgués oralement lors des audiences.
- (D) Un tribunal arbitral ou d'appel sera ouvert à recevoir des observations d'intervenants désintéressés conformément au processus prévu à l'annexe A.

Commentaire de l'article 46

Cet article prévoit le principe fondamental selon lequel tous les différends survenant en vertu du présent Accord seront ouverts à un examen du public. Certains États continuent à s'opposer à la transparence des instances arbitrales ou d'autres recours internationaux. Cependant, plusieurs accords plus récents sont parvenus au même résultat que celui prévu dans l'article ci-dessus et un nombre croissant continuera à le faire. En outre, les tribunaux qui fonctionnent en vertu d'autres règles d'arbitrage ont commencé à permettre les audiences ouvertes, et les documents créés en vertu de nombreux accords sont maintenant tous disponibles en vertu d'accords plus récents.

La présence d'intervenants désintéressés a également été permise dans au moins deux affaires et d'autres demandes sont en suspens. Il s'agit ici du renforcement d'un précédent, non de sa création. Plusieurs récents accords d'investissement comportent également des dispositions permettant la participation d'intervenants désintéressés.

On peut remarquer ici que l'étape de règlement des différends préalable à un arbitrage n'est pas régie par les mêmes règles de transparence. Là, seul le début, soit l'avis d'intention de recourir à l'arbitrage et la fin, soit le règlement, doivent être rendus publics. Les discussions portant sur le règlement sont généralement assez ardues. Nous pensons que l'intérêt public est préservé par une exigence aux termes de laquelle le règlement doit être rendu public.

Article 47 : Force exécutoire des sentences finales



Les Parties adopteront les règles nationales nécessaires pour conférer force exécutoire aux sentences finales dans les instances juridiques nationales de leurs États.

Commentaire de l'article 47

Il est essentiel à la viabilité d'un arbitrage ou de toute autre forme internationale de règlement des différends que la sentence soit exécutoire au moyen du processus juridique national. Cet article

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

prévoit cette exigence à l'égard des États Parties. Le moyen pour le faire dépend de la situation constitutionnelle et juridique de chaque État.

Le droit, tant national qu'international, est fondé sur une vaste expérience en la matière et l'on peut la faire entrer en ligne de compte pour déterminer les détails nécessaires pour garantir que cet article est développé et mis en œuvre avec succès.

Article 48 : Droit applicable dans le cadre des différends



- (A) Lorsqu'une plainte est déposée devant un tribunal arbitral ou un tribunal d'appel, elle sera tranchée conformément au présent Accord, au droit national de l'État d'accueil et aux principes généraux du droit international.
- (B) Les notes explicatives des Parties jointes au présent Accord lieront tout tribunal établi en vertu du présent Accord et toute sentence sera conforme aux dites notes.
- (C) Une déclaration d'interprétation adoptée par la Conférence des Parties indiquant son interprétation de l'une des dispositions du présent Accord aura force obligatoire pour tout tribunal établi en vertu dudit Accord et toute sentence sera conforme à cette déclaration.
- (D) Une décision rendue par la division d'appel concernant une interprétation du présent Accord aura force obligatoire pour les tribunaux arbitraux et d'appel subséquents à moins qu'elle ne soit rendue inapplicable par une déclaration d'interprétation portant sur l'Accord adoptée par la Conférence des Parties ou par une modification de l'Accord.

Commentaire de l'article 48

Le droit applicable à un différend est absolument critique. On reconnaît ici trois sources de droit : l'Accord, le droit national des Parties et les principes généraux du droit international. Ce que l'on ne trouve pas ici, c'est l'incorporation plus vaste d'autres accords de droit international.

La raison en est que plusieurs arbitrages ont dû répondre à la question de savoir quelle quantité de droit international découlant d'autres accords devrait être incluse dans l'interprétation des obligations de l'État d'accueil. Certains tribunaux ont suggéré que l'éventail pourrait être très vaste, permettant aux investisseurs de contester directement toutes sortes d'obligations internationales dans ce forum. D'autres ont adopté une approche plus restrictive. Plutôt que de prévoir une disposition ouverte ici, nous avons préféré soulever et régler plusieurs questions particulières ailleurs dans l'Accord. Ces dispositions clarifient précisément, par exemple, le rôle des accords internationaux en matière de droits de l'homme et d'environnement ainsi que celui des accords commerciaux. Étant donné la spécificité de ces autres dispositions, les risques liés à une déclaration plus large qui peut être lue de façon étendue semblent être supérieurs aux possibles avantages concernant les questions particulières déjà abordées.

Cet article clarifie également le fait que les décisions émanant de la division d'appel ont *stare decisis*, ou force obligatoire. Il s'agit du mécanisme qui permet d'uniformiser le droit et, par conséquent, de créer un certain degré de certitude tant pour les investisseurs que pour les États. En même temps, deux mécanismes permettant d'annuler une décision de la division d'appel sont prévus. Ils accordent le pouvoir aux Parties de décider en dernier ressort de la signification d'une disposition ou d'une question au moyen de la déclaration d'interprétation et au moyen d'une modification. Ni l'une, ni l'autre n'est facile à obtenir mais les deux permettent de corriger l'orientation du droit, le cas échéant. Les deux sont également des outils reconnus par la Convention de Vienne sur le droit des traités et leur inclusion ici ne constitue donc pas la création d'un précédent.

Article 49 : Sécurité nationale

Article 50 : Règles concernant les
mesures fiscales

Article 51 : Réserves et exceptions générales

PARTIE 10 : EXCEPTIONS GÉNÉRALES



Article 49 : Sécurité nationale

Rien, dans le présent Accord, ne sera interprété comme

- i) exigeant d'une Partie qu'elle accorde ou permette l'accès à tout renseignement dont elle répute la divulgation contraire à ses intérêts essentiels en matière de sécurité; ou
- ii) empêchant une Partie d'appliquer des mesures qu'elle considère nécessaires pour s'acquitter des obligations qui lui incombent, en vertu de la Charte des Nations Unies, en matière de maintien ou de restauration de la paix ou de la sécurité internationale, ou de protection de ses propres intérêts essentiels en matière de sécurité.

Commentaire de l'article 49

La partie 10 prévoit quelques vastes exceptions à l'Accord dans son ensemble. Chaque paragraphe a une histoire. Celui qui concerne la sécurité nationale est reproduit, sous une forme ou une autre, dans presque tous les accords internationaux d'investissement ou commerciaux, au moins tous ceux qui sont modernes. Son inclusion ne suscite aucune controverse bien que certaines circonstances dans lesquelles elle est utilisée en droit commercial, bien que rares, aient soulevé des inquiétudes. Nous ne connaissons aucun différend centré sur cette question dans le domaine de l'investissement.

Article 50 : Règles concernant les mesures fiscales



- (A) Sauf ce qui est prévu dans le présent article, rien, dans le présent Accord, ne s'appliquera aux mesures fiscales.
- (B) Rien, dans le présent Accord, n'affecte les droits et obligations de l'une ou l'autre des Parties en vertu d'une quelconque convention fiscale. En cas d'incompatibilité entre le présent Accord et toute convention fiscale, ladite convention prévaudra dans la mesure de l'incompatibilité. S'il existe une convention fiscale entre les Parties, il incombera aux seules autorités compétentes en vertu de ladite convention de déterminer s'il existe une incompatibilité entre le présent Accord et ladite convention.
- (C) Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée s'appliqueront à toutes les mesures fiscales, sauf celles qui portent sur le revenu, les gains de capital ou le capital imposable des sociétés, les impôts touchant les successions, les héritages, les dons gracieux et les transferts transgénérationnels si ce n'est qu'aucune disposition desdits articles ne s'appliquera :
 - i) à une obligation de la nation la plus favorisée concernant un avantage accordé par une Partie conformément à une convention fiscale;
 - ii) à une disposition non conforme de toute mesure fiscale existante;
 - iii) au maintien ou à la reconduction, dans les moindres délais, d'une disposition non conforme de toute mesure fiscale existante;
 - iv) à une modification d'une disposition non conforme de toute mesure fiscale existante dans la mesure ou ladite modification, au moment où elle est apportée, ne rend pas la disposition modifiée moins conforme à l'un quelconque de ces articles;

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

- (B) Les États Parties peuvent prendre les mesures nécessaires pour éviter ou enrayer une situation d'urgence à l'égard de la balance des paiements. Lesdites mesures seront en vigueur pendant la durée la plus courte possible nécessaire pour faire face à la situation d'urgence. Elles ne seront pas régies par le présent Accord.



Commentaire de l'article 51

L'article 51 aborde deux situations particulièrement importantes aux yeux des pays en développement mais pourrait également trouver à s'appliquer dans les pays développés. La première est le cas de la discrimination de longue date à l'égard de personnes ou de catégories de personnes sur le territoire d'un État qui les place dans une situation de désavantage économique important. Dans de telles circonstances, l'apartheid étant la situation la plus discutée dans ce contexte, les mesures prises pour corriger une discrimination de longue date et tenter de rééquilibrer la situation économique ne seront pas considérées comme une violation de l'Accord, si ce n'est que les règles sur l'expropriation s'appliqueront. Cette situation pourrait également se retrouver lors de la mise en œuvre de politiques économiques visant à soutenir l'élimination de la discrimination à l'encontre des peuples autochtones dans un grand nombre de pays.

La seconde répond à une crise de la balance des paiements. De telles crises sont devenues un danger moderne qui ne peut aisément être ni prédit, ni évité. Leur nombre augmentera. La disposition supprime les obstacles aux mesures d'intervention d'urgence qu'un accord pourrait créer par ailleurs. Cela est essentiel pour ne pas fausser les interventions nécessaires ou imposer tous les fardeaux de l'intervention aux seuls investisseurs nationaux. La nature temporaire des mesures constitue l'un des éléments de l'exclusion bien qu'on ne puisse, dans l'abstrait, imposer de limite de temps précises.

Article 52 : Coopération régionale

Article 53 : Modifications

Article 54 : Annexes, appendices et notes

Article 55 : Protocoles

Article 56 : Entrée en vigueur

Article 57 : Retrait

Article 58 : Textes faisant foi

Article 59 : Dépositaire

PARTIE 11 : DISPOSITIONS FINALES



Article 52 : Coopération régionale

Le cas échéant, les Parties coopéreront à la négociation d'accords régionaux de coopération portant sur les questions couvertes par le présent Accord ainsi qu'au développement d'une capacité régionale dans ce domaine.

Commentaire de l'article 52

Cet article est court mais il est lourd de signification. En encourageant le développement d'accords régionaux de coopération, il souligne un rôle de développement clé qui peut être joué à ce niveau ainsi que la légitimité de la recherche de tels arrangements. Combinés avec l'idée de la médiation régionale déjà soulevée et les possibilités de bureaux régionaux de règlement des différends à l'annexe A, des accords de coopération plus vastes peuvent offrir un terrain favorable à l'essor régional. Naturellement, un grand nombre de régions le savent déjà et participent activement à de tels processus.

Article 53 : Modifications



- (A) Les Parties pourront convenir des modifications ou ajouts à apporter au présent accord par l'entremise de la Conférence des Parties.
- (B) Les modifications ou ajouts ainsi convenus et approuvés, conformément aux procédures juridiques prévues dans chacune des Parties et aux dispositions portant sur l'entrée en vigueur prévues par la modification, feront partie intégrante du présent accord à l'égard des Parties qui deviennent Partie à la modification.

Commentaire de l'article 53

Un accord de ce genre doit être considéré comme un instrument vivant capable d'ajustements au fil du temps et de l'accumulation de l'expérience. Cette disposition est une simple déclaration qui permet d'effectuer une modification. Il relève de la pratique normale qu'une telle modification comporte ses propres modalités d'entrée en vigueur.

Article 54 : Annexes, appendices et notes



- (A) Les annexes et notes en bas de page contenues dans le présent Accord en constitueront une partie intégrante.
- (B) Chaque partie peut, selon son gré, modifier les listes nationales de l'annexe E.

Commentaire de l'article 54

Cet article est également de plus en plus commun étant donné que les accords comportent un certain nombre d'orientations concernant leur interprétation ou autre texte incorporé. Le paragraphe (A) fait des annexes et des notes en bas de page comprises dans l'Accord une partie intégrante du texte. Cela garantit que les éléments d'interprétation se trouvant dans les notes en bas de page seront utilisés en cas de différend, préservant ainsi le contexte général de l'instrument. Parallèlement, la capacité des États de modifier unilatéralement les listes nationales de l'annexe E concernant les secteurs économiques visés par les programmes de libéralisation en vertu du droit national est clairement réitérée. Cela empêche tout conflit potentiel avec le paragraphe (A) et l'article 3.

Article 55 : Protocoles

Les Parties peuvent, lors d'une Conférence des Parties, adopter un protocole au présent Accord.

Commentaire de l'article 55

Le fait de permettre la croissance du régime dont il fait partie constitue l'un des mécanismes visant à encourager un instrument vivant. C'est la fonction des protocoles. Le Protocole de Kyoto l'a fait pour le changement climatique et le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques l'a fait pour la Convention sur la diversité biologique. En permettant expressément la création de protocoles, on encourage la croissance de l'instrument au fil de l'accumulation de l'expérience et de l'apparition des besoins générés par l'essor du régime.

Article 56 : Entrée en vigueur

Le présent Accord entrera en vigueur 90 jours après la réception, par le dépositaire, du 40^e instrument de ratification ou d'accession au présent Accord.

Commentaire de l'article 56

Cette disposition est particulièrement pertinente à un accord multilatéral. Le nombre 40 reflète la nécessité de la participation d'un nombre important d'États, créant ainsi un ensemble fonctionnel et efficace essentiel pour passer de la structure bilatérale et régionale actuelle à une structure mondiale uniformisée. Le nombre a cependant été choisi au hasard. On peut, soit établir un déclenchement à deux niveaux de l'entrée en vigueur fondé sur un certain nombre de ratifications par des pays en développement et des pays développés, soit exiger qu'un certain nombre d'États possèdent également un pourcentage donné des investissements mondiaux. À notre avis, un nombre unique est le choix le plus simple et le meilleur.

Article 57 : Retrait

- (A) Toute Partie peut se retirer du présent Accord sur avis écrit donné aux autres Parties. Le présent Accord prendra fin, à l'égard de ladite Partie, 180 jours après la date de l'avis.
- (B) Malgré le paragraphe (A), les droits et obligations des investisseurs et investissements et ceux des États d'accueil et d'origine connexe audit investissement ou investisseur, lorsqu'un investissement est parvenu à une étape avancée de son établissement ou a déjà été établi, survivront pendant une période de cinq ans à partir du retrait. La période de cinq ans sera prorogée pour correspondre à la totalité de la durée prévue par tout contrat, accord ou autorisation d'investissement existant au moment du retrait.

Commentaire de l'article 57

Il est commun de trouver une disposition de retrait dans un accord. Cependant, cela devient plus complexe lorsqu'il crée des droits dérivés pour des tiers. Par conséquent, ces clauses insérées dans les accords internationaux d'investissement ont généralement permis le retrait par une Partie sous réserve d'une période précisée, ou période d'extinction, applicable aux droits des investisseurs et investissements couverts par les accords. Ces périodes vont de quelques années à 20 ans.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

À notre avis, une période d'extinction de cinq ans est aujourd'hui suffisante pour protéger les droits de ceux qui pourraient s'être fiés à l'Accord lorsqu'ils ont réalisé leur investissement. Cela constitue une période de transition importante.

Article 58 : Textes faisant foi



Le texte anglais du présent Accord fera foi.

Commentaire de l'article 58

La disposition sur les textes faisant foi établit la version du traité qui sera utilisée en tant que texte officiel en cas de différend. Seul l'anglais est choisi ici bien que le forum de négociation d'un accord multilatéral risque d'avoir des incidences sur cette question et qu'un accord bilatéral ou régional puisse réaliser un choix différent reflétant la provenance de Parties spécifiques. Par conséquent, il s'agit principalement d'un marque-page pour cette question.

Article 59 : Dépositaire



Le Secrétaire général des Nations Unies sera le dépositaire du présent Accord.

Commentaire de l'article 59

Chaque traité doit avoir un dépositaire officiel. La nature et l'objectif mondiaux du présent Accord suggèrent fortement que ce devraient être les Nations Unies, par l'entremise du bureau du Secrétaire général.

Annexe A : Règlement des différends investisseur-État

Annexe B : Liste des correspondants de l'autorité nationale pour tous les États Parties

Annexe C : Listes nationales des secteurs exclus de la portée de la totalité ou d'une partie de l'accord

Annexe D : Liste nationale des mesures non-conformes bénéficiant d'une clause de droits acquis et donc exclus de la portée de la totalité ou d'une partie de l'Accord

Annexe E : Liste nationale des secteurs comportant des droits d'établissement en faveur des investisseurs étrangers en vertu du droit national

Annexe F : Liste indicative des questions liées à la responsabilité sociale de l'entreprise

ANNEXE A : RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INVESTISSEUR-ÉTAT



Article 1 : Consultation et négociation

Si un différend survient en vertu du présent Accord, le plaignant (investisseur, investissement, État Partie) et le défendeur (investisseur, investissement, État Partie) chercheront à le régler conformément à l'article 42. Le plaignant et le défendeur sont les parties contestantes.

Commentaire de l'article 1

Cet article entame le processus de définition des règles d'arbitrage. Il renforce la nécessité de la tentative de recours au règlement alternatif des différends avant de chercher à engager un processus officiel d'arbitrage. L'article indique également clairement qu'un investisseur, investissement ou État Partie peut avoir la qualité de plaignant ou de défendeur en vertu de l'Accord. Tous les différends potentiels envisagés dans la partie 9 du présent Accord sont donc inclus dans les présentes procédures.

Article 2 : Soumission d'une plainte à l'arbitrage



- (1) Si une partie contestante considère qu'un différend ne peut être réglé par des moyens alternatifs, et si toutes les autres conditions préalables applicables à un tel différend telles qu'elles sont exigées par l'Accord ont été remplies :
 - a) l'investissement, en son nom propre, peut soumettre à l'arbitrage, en vertu du présent Accord, une plainte aux termes de laquelle l'État d'accueil a manqué à l'une des obligations qui lui incombent en vertu du présent Accord, et l'investissement a subi une perte ou un préjudice causé directement ou indirectement par ledit manquement;
 - b) l'investisseur, en son nom propre ou au nom de l'investissement s'il est l'investisseur majoritaire, peut soumettre à l'arbitrage, en vertu du présent Accord, une plainte aux termes de laquelle le défendeur a manqué à l'une des obligations qui lui incombent en vertu du présent Accord, et le plaignant a subi une perte ou un préjudice causé directement ou indirectement par ledit manquement;
 - c) un État Partie peut soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu du présent Accord en qualité de plaignant à l'encontre d'un autre État Partie;
 - d) un État Partie peut soumettre une plainte à l'arbitrage en qualité de plaignant à l'encontre d'un investisseur ou investissement.
- (2) Il demeure entendu qu'un investisseur ou investissement auteur d'une plainte peut soumettre à l'arbitrage une plainte mentionnée au paragraphe (1) aux termes de laquelle le défendeur a manqué à une obligation en raison d'actes commis par un monopole désigné ou une entreprise d'état dans l'exercice d'un pouvoir délégué par le gouvernement.
- (3) Au moins 180 jours avant la soumission de toute plainte à l'arbitrage, un plaignant potentiel devra fournir au défendeur potentiel un avis écrit indiquant son intention de soumettre la plainte à l'arbitrage (« avis d'intention »). L'avis devra préciser tout ce qui suit :

- a) le nom et l'adresse du plaignant et de ses représentants légaux et, lorsqu'une plainte est soumise au nom d'un investissement, le nom, l'adresse et le lieu de constitution de l'investissement;
- b) pour chaque plainte, la ou les dispositions du présent Accord qui sont présumées avoir été violées et toute autre disposition pertinente;
- c) le fondement juridique et factuel de la plainte;
- d) le redressement recherché et, le cas échéant, le montant approximatif des dommages-intérêts réclamés.



Le Conseil pourrait établir un formulaire réservé à cet effet et le mettre à la disposition des Parties sur Internet, par d'autres moyens et par l'entremise des autorités nationales.

- (4) À condition qu'au moins six mois se soient écoulés depuis les événements qui motivent la plainte et que toutes les autres conditions préalables à un tel différend exigées par le présent Accord aient été remplies, un plaignant peut officiellement soumettre un avis d'arbitrage à l'organe de règlement des différends, division de première instance, établi en vertu du présent Accord.
- (5) Une plainte sera réputée avoir été soumise à l'arbitrage lorsque l'avis d'arbitrage du plaignant est soumis au Secrétariat de l'organe de règlement des différends et au défendeur, à son établissement désigné ou à son autorité nationale. Le Conseil pourrait établir un formulaire réservé à cet effet et le mettre à la disposition des Parties sur Internet, par d'autres moyens et par l'entremise des autorités nationales. L'avis d'arbitrage inclura, au moins, les renseignements exigés par le paragraphe (3).

Commentaire de l'article 2

Cet article présente les détails de la procédure liée au commencement d'une plainte. Il indique clairement la façon d'entamer la procédure, les avis particuliers et autres. Il cherche à éviter les fardeaux inutiles mais offre en même temps une clarté suffisante pour permettre aux parties de savoir ce qui se passe et pourquoi. Les formulaires prévus ici, soit l'avis d'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage et l'avis d'arbitrage, constituent un processus en deux étapes relativement standard et correspondent aux articles de l'Accord qui exigent des parties qu'elles tentent de régler le différend au moyen de processus de règlement alternatif des différends.

Article 3 : Règles d'arbitrage



Le Conseil de l'organe de règlement des différends établira des Règles d'arbitrage conformes aux dispositions du présent Accord. Jusqu'à l'adoption desdites Règles, les Règles d'arbitrage du Centre en vigueur au moment de la soumission de la plainte ou des plaintes à l'arbitrage en vertu du présent Accord régiront l'arbitrage sauf dans la mesure où elles sont modifiées par le présent Accord, sans égard à la question de savoir si l'État d'accueil et l'État d'origine sont parties à la Convention du CIRDI.

Commentaire de l'article 3

On prévoit que les Parties à l'Accord, siégeant au Conseil de règlement des différends, établiront des règles d'arbitrage spécifique. Cela constitue la pratique normale dans le cadre d'un instrument aussi vaste que se veut l'Accord et même dans le cadre d'accords régionaux plus restreints. Un

ensemble provisoire de règles est adopté par renvoi aux Règles d'arbitrage du CIRDI. Cela n'inclut cependant pas l'Accord du CIRDI. Des règles d'arbitrage détaillées prévoient des éléments tels que les délais pour la soumission, le fonctionnement d'un tribunal, les règles de preuve et une myriade de détails techniques nécessaires pour assurer le déroulement sans heurt du processus arbitral.

Article 4 : Consentement de chaque Partie à l'arbitrage



Chaque État Partie consent à la soumission d'une plainte à l'arbitrage en vertu du présent Accord conformément à ses dispositions. Chaque investisseur et investissement, du fait de l'établissement, de l'exploitation continue ou de la possession d'un investissement régi par le présent Accord, consent à la soumission d'une plainte à l'arbitrage en vertu du présent Accord.

Commentaire de l'article 4

L'arbitrage en vertu du droit international exige une déclaration spécifique du consentement à son utilisation. Cet article prévoit cette déclaration pour les États Parties. Il s'agit d'un élément nécessaire.

Article 5 : Conditions et limitations applicables au consentement de chaque Partie



- (1) Aucune plainte ne peut être soumise à l'arbitrage si plus de trois ans se sont écoulés depuis la date à laquelle l'investisseur a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué dans l'avis d'arbitrage. Le présent article ne s'applique pas aux situations visées par l'article 13 du présent Accord.
- (2) Aucune plainte ne peut être soumise à l'arbitrage par un investisseur ou investissement à moins que le plaignant n'ait établi qu'il a épuisé tous les recours locaux conformément à l'exigence ou à moins qu'il n'ait reçu l'autorisation de demander à un tribunal arbitral de conclure qu'il ne se trouve pas dans une situation viable lui permettant d'épuiser les recours locaux. Dans ce dernier cas, l'avis d'arbitrage sera accompagné d'une renonciation écrite expresse à tout droit dépendant du commencement d'un arbitrage.

Commentaire de l'article 5

Cet article prévoit un délai limite de trois ans pour introduire une plainte en fonction du moment où le plaignant a pris connaissance de la situation. Il s'agit d'un article relativement standard de nos jours.

Le second paragraphe exige d'abord qu'un investisseur ou investissement prouve qu'il a satisfait à la condition de l'épuisement des recours locaux. Lorsqu'un tribunal a rendu une ordonnance de renonciation à cette exigence en vertu du présent Accord, le plaignant doit alors renoncer à tous les droits de recours nationaux. Cela garantit qu'un État d'accueil ne sera pas soumis à deux instances à l'égard des mêmes questions, une internationale et l'autre nationale. Il s'agit d'une version modifiée de la disposition appelée « disposition de la voie unique » qui a pour but d'empêcher que les plaintes ne soient déposées en double à différents niveaux.

Article 6 : Sélection des arbitres



- (1) Le Directeur, dans les 30 jours du dépôt d'un avis d'arbitrage, nommera les membres du tribunal d'arbitrage à partir de la liste permanente. Aucun membre du tribunal d'arbitrage ne sera ressortissant de l'État d'accueil ou de l'État d'origine.
- (2) Un tribunal d'arbitrage comportera trois membres dont l'un sera désigné président du tribunal.
- (3) Une partie contestante peut contester la nomination d'un arbitre pour des motifs valables, y compris un conflit d'intérêts réel ou apparent. Toute contestation sera tranchée par les deux autres membres nommés. La partie qui effectue ladite contestation doit le faire le plus tôt possible après avoir pris connaissance des renseignements qui la motivent.

Commentaire de l'article 6

Cet article continue le processus de modification de la pratique normale dans le domaine de l'arbitrage selon laquelle les parties contestantes nomment les arbitres. Parce que le processus commence avec la liste permanente de membres en vertu de l'approche adoptée ici, il peut également être rapide. Une période de 30 jours est prévue pour l'établissement du tribunal arbitral initial.

Une partie contestante peut déposer une contestation pour un « motif valable ». Il ne s'agit pas d'un terme défini. Le conflit d'intérêts, réel ou apparent, constitue le principal motif et ne peut être évalué qu'au cas par cas après une nomination. Étant donné le nombre limité de personnes dont le nom se trouvera sur la liste permanente, on doit assumer qu'un nombre très restreint d'autres raisons d'avoir un motif valable risquent d'être soulevées.

Article 7 : Déroulement de l'arbitrage



- (1) Sauf lorsque les Parties en conviennent autrement, l'arbitrage aura lieu au secrétariat de l'organe de règlement des différends ou à un bureau décentralisé se trouvant dans la région de la Partie contestante. Les parties contestantes peuvent convenir d'un autre lieu pour l'arbitrage dans les 30 jours de la soumission de l'avis d'arbitrage.
- (2) Toute Partie non-contestante peut présenter des observations orales ou écrites au tribunal concernant l'interprétation du présent Accord.
- (3) Sans limiter la compétence d'un tribunal pour aborder d'autres objections à titre de questions préjudicielles, telles qu'une objection d'incompétence à l'égard d'un différend, un tribunal abordera et tranchera à ce titre toute objection soulevée par le défendeur aux termes de laquelle, en droit, une sentence accordant gain de cause au plaignant à l'égard de sa plainte ne pourrait être rendue. Cela inclut une objection en vertu du paragraphe 18(A) de l'Accord.
 - a) Ladite objection sera soumise au tribunal dès que possible après sa constitution et, en aucun cas ne sera soumise après la date fixée par le tribunal pour le dépôt, par le défendeur, de son premier contre-mémoire.
 - b) Lors de la réception d'une objection réalisée en vertu du présent paragraphe, le tribunal suspendra toute instance au fond et établira un calendrier pour l'examen de l'objection compatible avec le calendrier qu'il a établi pour examiner toute autre question préjudicielle. Il rendra ensuite une décision ou sentence motivée à l'égard de l'objection.

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

première organisation à faire une communication d'*amicus curiae* dans de tels arbitrages. Parallèlement, nous sommes tout à fait d'accord sur le fait qu'un tribunal doit être en mesure de s'assurer qu'il conserve sa capacité de gérer son processus et de garantir un processus équitable. Ce processus devrait servir à gérer et à examiner les préoccupations d'un certain nombre d'observateurs et d'États aux termes desquelles les processus *amici* pourraient considérablement allonger la durée des instances et alourdir les coûts à la charge des pays en développement, et qu'ils favorisent l'écoute de la voix des riches ONG occidentales plutôt que celle d'autres personnes ou organisations pouvant être intéressées. Par conséquent, nous reconnaissons le rôle d'un processus de communication qui permette au tribunal de décider s'il accepte de verser au dossier ou rejette une communication donnée. Certains éléments particuliers d'une communication sont énoncés ici, plus précisément ceux qui exigent une divulgation complète de tous les appuis dont elle a bénéficié. Le Conseil peut fixer des critères ou formalités supplémentaires.

Article 9 : Transparence de la procédure arbitrale



- (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (4), le plaignant et le défendeur, après les avoir envoyés à l'autre partie contestante, transmettront promptement au secrétariat de l'organe de règlement des différends qui les mettra à la disposition du public, y compris au moyen de l'Internet, tous les documents suivants :
 - a) l'avis d'intention;
 - b) toute entente de règlement produite par des processus de règlement alternatif des différends;
 - c) l'avis d'arbitrage;
 - d) les actes de procédure, mémoires et dossiers communiqués au tribunal par les parties contestantes et, le cas échéant, les communications écrites produites conformément à la présente annexe ou aux Règles d'arbitrage;
 - e) les procès-verbaux ou les transcriptions des audiences du tribunal, s'il en a été établi;
 - f) toutes les ordonnances, sentences et décisions du tribunal.
- (2) Les audiences du tribunal seront publiques, et celui-ci établira, de concert avec les parties contestantes et le secrétariat de l'organe de règlement des différends, les mesures logistiques appropriées. Toutefois, la partie contestante ayant l'intention d'utiliser, au cours d'une audience, des renseignements désignés comme des renseignements commerciaux confidentiels ou des renseignements confidentiels ou autrement protégés contre la divulgation en vertu du droit d'une Partie, en avisera le tribunal qui prendra les dispositions nécessaires pour les protéger contre la divulgation.
- (3) Rien, dans le présent article, n'oblige un défendeur à divulguer des renseignements commerciaux confidentiels ou des renseignements confidentiels ou autrement protégés contre la divulgation en vertu du droit d'une Partie ou à donner ou permettre l'accès aux renseignements que le présent Accord lui permet de ne pas divulguer.
- (4) S'ils sont communiqués au tribunal, les renseignements commerciaux confidentiels ou les renseignements confidentiels ou autrement protégés contre la divulgation en vertu du droit d'une Partie seront protégés contre la divulgation selon les procédures suivantes :



- a) sous réserve de l'alinéa d), ni les parties contestantes ni le tribunal ne porteront à la connaissance des Parties non contestantes ou du public de quelconques renseignements commerciaux confidentiels ou renseignements confidentiels ou autrement protégés contre la divulgation en vertu du droit d'une Partie lorsque la partie contestante qui a fourni les renseignements les a clairement désignés comme tels conformément à l'alinéa b);
- b) toute partie contestante qui affirme que des renseignements donnés constituent des renseignements commerciaux confidentiels ou des renseignements confidentiels ou autrement protégés contre la divulgation en vertu du droit d'une Partie les désignera clairement comme tels au moment où elle les communiquera au tribunal;
- c) une partie contestante communiquera, en même temps qu'un document contenant les renseignements qu'elle déclare être des renseignements commerciaux confidentiels ou des renseignements confidentiels ou autrement protégés contre la divulgation en vertu du droit d'une Partie, une version expurgée du document qui ne contient pas lesdits renseignements. Seule cette dernière version sera communiquée aux Parties non contestantes et mise à la disposition du public conformément au paragraphe (1); et
- d) le tribunal statuera sur les objections à la désignation des renseignements déclarés être des renseignements commerciaux confidentiels ou des renseignements confidentiels ou autrement protégés contre la divulgation en vertu du droit d'une Partie. Si le tribunal conclut que ces renseignements ont été désignés à tort, la partie contestante qui les a communiqués pourra :
- i) soit retirer tout ou partie de la communication qui les contient;
 - ii) soit communiquer de nouveau les documents complets et expurgés en changeant les désignations conformément à la décision du tribunal et à l'alinéa c).

Selon le cas et au besoin, l'autre partie contestante communiquera de nouveau les documents complets et expurgés, soit en retranchant les renseignements retirés en application du sous-alinéa d)(i) par la partie contestante qui les a communiqués pour la première fois, soit en y changeant les désignations conformément aux changements apportés par cette dernière partie en application du sous-alinéa d)(ii).

- (5) La présente section n'a pas pour effet d'autoriser le défendeur à ne pas divulguer au public les renseignements dont ses lois exigent la divulgation.

Commentaire de l'article 9

Cet article fournit des détails supplémentaires quant à la gestion de la transparence exigée par l'Accord. Il désigne, en particulier, le secrétariat de l'organe de règlement des différends comme le principal dépositaire de tous les documents d'arbitrage bien que toute autre Partie ou organisation puisse également le faire. La majeure partie de l'article porte sur des questions de désignation des documents comme des renseignements commerciaux confidentiels ou autres restrictions nécessaires, mais limitées, apportées à l'accès du public aux renseignements. Ces dispositions sont largement tirées d'autres accords internationaux d'investissement récents qui abordent ce point. Une fois encore, il ne s'agit pas, ici, d'une question de complexité mais bien, plutôt, du volume des détails à examiner.

Article 10 : Interprétation des annexes



- (1) Lorsqu'une Partie qui est partie contestante affirme en défense que la mesure dont il est allégué qu'elle constitue un manquement relève d'un secteur exclu énuméré à l'annexe C ou qu'il s'agit d'une mesure non-conforme précisée à l'annexe D, le tribunal devra, sur requête d'un État Partie qui est une partie contestante, demander à l'État d'accueil et à l'État d'origine de fournir une interprétation de la question. L'État d'origine et l'État d'accueil, dans les 60 jours suivant la signification de la demande, présenteront au tribunal, par écrit, leur interprétation en vertu du présent article.
- (2) Une décision rendue en vertu du paragraphe (1) aura force obligatoire pour le tribunal et toute sentence doit être conforme à ladite décision. Si l'État d'origine et l'État d'accueil ne présentent pas d'interprétation dans les 60 jours, le tribunal tranchera lui-même la question.

Commentaire de l'article 10

Cet article garantit que les intentions des Parties lorsqu'elles excluent des secteurs particuliers ou des mesures non-conformes sont respectées en leur accordant une possibilité de convenir qu'une mesure contestée ou autre question spécifique soulevée lors d'un arbitrage est bien couverte par les principales annexes portant les exclusions. Cela correspond également à la façon dont d'autres accords récents approchent une étape préliminaire en interprétant et appliquant ces annexes.

Article 11 : Rapports d'expert



Un tribunal, à la demande d'une partie contestante ou de sa propre initiative, peu nommer un ou plusieurs experts qui auront pour tâche de lui présenter un rapport écrit sur tout élément factuel se rapportant aux questions d'environnement, de santé, de sécurité ou autres questions soulevées au cours d'une procédure. Le tribunal envisagera toute modalité ou condition suggérée par les parties contestantes à l'égard des nominations.

Commentaire de l'article 11

L'utilisation des services d'experts dans le cadre d'arbitrages revêt une importance croissante, particulièrement lorsqu'ils portent sur des domaines complexes tels que la santé humaine et l'environnement. Cet article indique clairement la compétence d'un tribunal pour nommer lesdits experts sans, cependant, exiger que ces nominations soient effectuées.

Article 12 : Jonction



- (1) Dans le cas où deux plaintes ou plus soumises séparément à l'arbitrage en vertu du présent Accord ont en commun une question de droit ou de fait et découlent des mêmes événements ou circonstances, toute partie contestante peut demander une ordonnance de jonction.
- (2) Une partie contestante qui demandera une ordonnance de jonction en vertu du présent article signifiera au Directeur et à toutes les autres parties contestantes dont elle souhaite qu'elles fassent l'objet de l'ordonnance une demande écrite portant :
 - a) le nom et l'adresse de toutes ces parties contestantes;
 - b) la nature de l'ordonnance demandée; et

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

- b) le paiement de dommages pécuniaires et de tous intérêts applicables à l'encontre d'un État Partie;
- c) la restitution de biens par un État Partie, auquel cas l'ordonnance disposera que le défendeur pourra verser des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable, en remplacement d'une restitution.



Le tribunal pourra également imposer les dépens et les honoraires d'avocat conformément aux règles d'arbitrage applicables.

- (2) Sous réserve du paragraphe (1), lorsqu'une plainte est soumise à l'arbitrage au nom d'un investissement :
 - a) l'ordonnance de restitution de biens portera que la restitution doit être faite à l'investissement; et
 - b) l'ordonnance de paiement de dommages pécuniaires et de tous intérêts applicables portera que cette somme doit être payée à l'investissement.
- (3) Un tribunal ne pourra attribuer de dommages-intérêts punitifs.
- (4) Une sentence rendue par un tribunal n'aura aucune force obligatoire si ce n'est entre les parties contestantes et à l'égard de l'espèce considérée.
- (5) Sous réserve du paragraphe (6) et de la procédure d'appel applicable, les parties se conformeront immédiatement aux sentences.
- (6) Une partie contestante ne pourra demander l'exécution de sentences finales que si l'une ou l'autre des conditions suivantes est remplie :
 - a) il s'est écoulé 90 jours depuis la date à laquelle la sentence a été rendue et aucune partie contestante n'en a interjeté appel;
 - b) la division d'appel a rejeté un appel.
- (7) Chaque Partie assurera l'exécution des sentences arbitrales sur son territoire et fournira les procédures juridiques appropriées à cette fin.

Commentaire de l'article 13

Alors que cet article est long, il n'est ni véritablement nouveau, ni véritablement complexe. Il prévoit en détail les genres de sentences que peut rendre un tribunal. Elles sont généralement limitées aux sentences pécuniaires à l'encontre des États et aux recours prévus en détails par les articles 18 et 44 de l'Accord en ce qui concerne les investisseurs et investissements. Les dommages-intérêts punitifs sont expressément exclus ici.

Article 14 : Processus d'appel



- (1) Un investisseur ou investissement contestant ou une partie contestante peut interjeter appel d'une décision d'un tribunal arbitral dans les 60 jours au motif d'une erreur de droit ou d'une erreur importante et manifeste de fait. L'annexe A régit le déroulement dudit appel. Aucun autre processus d'appel ou de révision de l'arbitrage ne sera applicable aux arbitrages réalisés en vertu du présent Accord.
- (2) Le processus d'appel appliquera, *mutatis mutandis*, les règles de procédure applicables à la division de première instance sous réserve des médiations exigées par le présent Accord.
- (3) L'appel doit être déposé dans les 60 jours suivant la date de la décision à l'égard de laquelle il est interjeté.

- (4) Le Conseil de l'organe de règlement des différends établira, lors de sa première réunion, le calendrier du processus d'appel.
- (5) La décision rendue en appel sera finale et aura force obligatoire. Elle ne sera pas rendue sous réserve d'autres appels ou d'un contrôle judiciaire. Une décision rendue par un tribunal arbitral qui ne fait pas l'objet d'un appel jouira du même statut final et obligatoire.



Commentaire de l'article 14

Le paragraphe (1) est le paragraphe juridique essentiel ici. Une fois le concept d'un processus d'appel convenu, la principale question est de savoir ce qui peut être appelé. Les appels peuvent donc, en bref, être fondés sur de prétendues erreurs de droit, de fait ou les deux. Les options présentées ci-dessus comprennent toute erreur de droit alléguée mais seules les erreurs de faits manifestes peuvent être invoquées. Le premier élément est très ouvert, ce qui est particulièrement important au cours des premières étapes d'un accord, pour en établir des approches correctes et uniformes. C'est à dessein que cette déclaration est si vaste. L'appel fondé sur les faits est beaucoup plus limité. La partie qui l'interjette doit établir qu'il est satisfait au critère élevé qu'est l'erreur de fait manifeste.

Cela préserve, mais sous réserve de certaines limites, le rôle traditionnel de juge des faits incombant aux tribunaux de première instance. Il est approprié d'imposer un critère élevé pour renverser cette norme quasi universelle. Parallèlement, la division d'appel reçoit une vaste compétence pour réviser les décisions juridiques. Nous espérons que l'équilibre favorisera une solide chance de développement d'interprétations saines et uniformes de l'Accord.

Le caractère final de la décision rendue en appel est également réitéré ici. Il s'agit d'un apport important à la certitude du processus et à la garantie qu'il prendra fin en temps opportun. Il y va de l'intérêt de toutes les parties prenantes.

ANNEXE B : Liste des correspondants de l'autorité nationale pour tous les États Parties

Cette liste des correspondants de l'autorité nationale pour tous les États-Partie serait pertinente à des fins de règlement des différends, d'échange de renseignements et autres questions nécessaires au fonctionnement de l'Accord.

La liste sera élaborée par voie de dépôt par chaque Partie, devant le Secrétariat.

ANNEXE C : Listes nationales des secteurs exclus de la portée de la totalité ou d'une partie de l'Accord

Cette liste ferait partie du résultat final d'une négociation.

ANNEXE D : Liste nationale des mesures non-conformes bénéficiant de droits acquis et donc exclus de la portée de la totalité ou d'une partie de l'Accord

Cette liste ferait partie du résultat final d'une négociation.

ANNEXE E : Liste nationale des secteurs comportant des droits d'établissement en faveur des investisseurs étrangers en vertu du droit national

Cette liste serait, au départ, établie au cours des négociations mais sous réserve de modifications unilatérales apportées par chaque État Partie.

ANNEXE F : Liste indicative des questions liées à la responsabilité sociale de l'entreprise

Cette liste indicative des questions préoccupantes devrait être comprise, aux fins actuelles, comme une liste très préliminaire vouée à une évolution future.

Pratiques commerciales



- Pratiques de commerce équitable
- Publicité conforme aux règles d'éthique
- Éviter les abus de position dominante sur le marché et l'utilisation de pratiques anti-concurrentielles
- Autres?

Gouvernance d'entreprise

- Système de conformité aux droits et règlements
- Intégrité et indépendance du conseil d'administration
- Transparence de la reddition de comptes et de la comptabilité
- Stratégies de gestion des risques
- Protection et respect de la propriété intellectuelle
- Protection des dénonciateurs
- Autre?

Emploi et relations industrielles

- Égalité des chances
- Rémunération et conditions équitables
- Pratiques disciplinaires raisonnables
- Heures et conditions de travail raisonnables
- Protection de la vie privée individuelle
- Mécanismes justes et non-discriminatoires de règlement des différends et des questions
- Autre?

Questions connexes à la production et aux produits

- Bonne gestion des produits
- Conception en vue du recyclage ou de la réutilisation
- Efficacité énergétique
- Substances non dangereuses et processus de fabrication
- Minimisation des répercussions sur l'environnement
- Recyclage des produits
- Élimination des produits et gestion des déchets
- Pratiques de sécurité au travail
- Sécurité sur le lieu de travail
- Hygiène du travail

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)

Le modèle actuel des accords internationaux d'investissement (AII) a été élaboré il y a 50 ans dans un contexte politique et économique très éloigné de celui d'aujourd'hui. Il a été conçu pour jouer un rôle beaucoup plus restreint que celui qui est dévolu aux accords actuels. Certains critiques pensent que le régime international d'investissement contemporain est vicié au-delà de toute possibilité de réparation et défend sa complète dissolution et son remplacement par un régime spécifiquement axé sur les obligations des investisseurs transnationaux. L'IIDD partage un grand nombre de leurs inquiétudes mais a adopté une approche différente, proposant un nouveau modèle pour les AII comportant des droits et obligations pour les investisseurs, les États d'origine et les États d'accueil : un modèle qui répond aux objectifs et exigences du développement durable et de l'économie mondiale du 21^e siècle.

Cette publication contient le texte complet du Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable élaboré par l'IIDD, accompagné d'un commentaire article par article qui explique, en langage clair, les intentions et les nuances du texte. Il constitue une lecture essentielle pour tous les négociateurs d'AII qui, aux prises avec le modèle actuel, tentent de concevoir des accords qui répondront à leurs intérêts nationaux. Il est également rédigé pour éveiller l'intérêt d'un plus vaste public d'intéressés soucieux de la direction future du droit international et de la mondialisation.

