

Le traitement juste et équitable : pourquoi est-il important et que peut-on faire

Florencia Sarmiento et Suzy Nikiéma¹

Novembre 2022

Qu'est-ce que le traitement juste et équitable ?

Parmi les normes de protection dues aux investissements étrangers en vertu des accords internationaux d'investissement (AII) figure l'obligation de fournir un « traitement juste et équitable » (TJE). Le traitement juste et équitable est l'une des normes de traitement les plus controversées figurant dans la plupart des AII. Non seulement elle est consacrée dans près de 95 % des traités d'investissement, mais aussi, d'après les données statistiques disponibles, près de 83 % des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur un traité ont porté sur des recours fondés sur cette norme de traitement, ce qui souligne son importance pratique.²

Malgré sa consécration généralisée, le sens précis de ce terme est incertain. Le TJE est considéré comme une disposition vague, sans définition. Par conséquent, les tribunaux ont tenté de formuler une définition tout en interprétant la disposition, élargissant de plus en plus sa portée et son contenu au fil du temps.

Une norme, des libellés variés

Si l'on examine la pratique des traités, on constate qu'il existe différents libellés de la norme :

1) Le TJE sans réserve

Le TJE sans réserve est l'approche la plus souvent utilisée dans les traités d'investissement, en particulier dans les accords dits d'ancienne génération. Il prévoit simplement que l'État d'accueil doit accorder un traitement juste et équitable.

¹ Les lecteurs souhaitant approfondir ces questions sont invités à lire le numéro consacré au TJE de la Série bonnes pratiques de l'IISD, à paraître.

² CNUCED. (2022). *Investment Policy Hub*. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.



L'absence de définition claire, associée à un libellé imprécis du TJE, donne lieu à des interprétations divergentes. Par exemple, le tribunal de l'affaire *MTD Equity Sdn. Bhd. c. Chili* a examiné le sens ordinaire des mots « juste » et « équitable » et a conclu que ces mots signifiaient « équitable », « juste », « impartial » et « légitime », tandis que le tribunal de l'affaire *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada* a conclu que ces mots s'opposaient à « un traitement si injuste ou arbitraire qu'il atteint un niveau inacceptable du point de vue international »³.

Avec la prise de conscience croissante de ce risque, de nouvelles approches ont vu le jour.

2) Le TJE lié au droit international général

D'autres traités lient la norme au droit international et stipulent que le TJE doit être accordé conformément au droit international. Cette approche fournit quelques orientations supplémentaires, suggérant que la disposition de TJE doit être interprétée par référence au droit international, y compris le droit international coutumier (DIC). Cependant, les tribunaux ont parfois interprété ce type de disposition comme étant aussi exigeante et protectrice que les libellés sans réserve.

3) Le TJE limité par la norme minimale de traitement en vertu du droit international coutumier

En réponse à ce qui précède, les États ont commencé à préciser que la norme n'exige pas un traitement au-delà de ce qui est requis par le DIC. Cependant, les tribunaux arbitraux divergent aujourd'hui quant au contenu de la norme minimale de traitement (NMT) en vertu du DIC⁴, ce qui rend encore plus complexe le débat sur l'interprétation et l'application de la norme TJE. Par conséquent, les États ne sont plus à l'abri en liant simplement la norme TJE à la NMT.

4) La norme TJE spécifiant les situations pouvant donner lieu à une violation

Une autre approche a consisté à préciser les situations susceptibles de donner lieu à une violation du TJE. Toutefois, la liste de ces situations contient souvent d'autres concepts larges et controversés, tels que la protection des « attentes légitimes de l'investisseur », et/ou offre des moyens d'étendre une liste prétendument fermée⁵. Par conséquent, ces listes peuvent encore conduire à des interprétations plus larges.

Malgré les diverses tentatives des États visant à clarifier davantage les mesures susceptibles d'être contestées, les décisions rendues par les tribunaux arbitraux varient encore considérablement dans leur interprétation de la norme de traitement.

³ *MTD Equity Sdn. Bhd. c. Chili*, Affaire CIRDI n° ARB/01/7, Décision, para. 113 (25 mai 2004), faisant référence au *Concise Oxford Dictionary of Current English* (5ème éd.) ; *S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada*, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, para. 263 (13 nov. 2000).

⁴ Si les tribunaux ont toujours reconnu la nature évolutive du DIC, ils divergent quant à la question de savoir si le seuil élevé fixé dans l'affaire *Neer* demeure nécessaire pour déterminer une violation.

⁵ Voir par exemple, Accord de protection des investissements UE–Singapour (2018), art. 2.4.



5) Le TJE fournissant des indications supplémentaires sur l'application de la norme

Enfin, les États ont tenté de garantir la prévisibilité en incluant des dispositions sur la façon d'appliquer la norme. Par exemple, le Canada et l'Union européenne, parties à l'Accord économique et commercial global, imposent certains qualificatifs à la gravité des actes gouvernementaux, tels que la violation « fondamentale » de l'application régulière de la loi, le caractère arbitraire « manifeste » et la discrimination fondée sur des motifs « manifestement » illicites. Malheureusement, le concept vague d'arbitraire, même s'il est qualifié par l'adjectif « manifeste », combiné à la clarification selon laquelle les tribunaux pourraient prendre en compte les attentes légitimes des investisseurs, maintient la norme TJE ouverte et imprévisible dans sa forme actuelle.

En résumé, malheureusement, ces tentatives des États qui ont été incluses dans les AII de nouvelle génération n'ont pas été efficaces dans la pratique et n'ont pas réussi à sauvegarder complètement les marges de manœuvre politique des États. En fait, lorsque l'on examine les sentences récentes rendues au titre des accords de nouvelle génération, on peut conclure que les nouveaux traités produisent les mêmes résultats que ceux avec les traités d'ancienne génération puisque l'interprétation des nouveaux accords ne diffère pas de celle des anciens traités⁶. Cette situation peut être exacerbée lorsque les ajustements introduits dans les nouveaux traités maintiennent des lacunes qui permettent aux tribunaux de proposer les mêmes interprétations classiques.

Quels sont les problèmes soulevés par le TJE ?

Une norme, des interprétations divergentes

Les interprétations divergentes de dispositions formulées de la même manière, ou de différends découlant du même traité, explique entre autres la levée de boucliers contre le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). L'Accord de libre-échange nord-américain en est un exemple. Au fil des ans, les tribunaux ont donné différentes interprétations de son article 1105 (norme minimale de traitement), certaines radicalement différentes des autres⁷. Même lorsque les États ont insisté à maintes reprises sur leur propre interprétation de la norme et ont clairement indiqué leur intention initiale au tribunal, les

⁶ Alschner, W. (2022). *Investment arbitration and state-driven reform*. Oxford University Press. Voir également Alschner, W., & Sarmiento, F. (2022). Entretien avec Wolfgang Alschner à propos de son ouvrage *Investment Arbitration and State-Driven Reform: New Treaties, Old Outcomes* (L'arbitrage des investissements et la réforme menée par les États : nouveaux traités, anciens résultats). *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/fr/2022/07/04/an-interview-with-wolfgang-alschner-on-investment-arbitration-and-state-driven-reform-new-treaties-old-outcomes-wolfgang-alschner-florencia-sarmiento/>

⁷ Voir, p.ex., les différentes interprétations de l'article rendues par les tribunaux de l'affaire *Waste Management c. Mexique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/3, Décision (30 avril 2004), et de l'affaire *Apotex Holdings Inc. et Apotex Inc. c. États-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/1, Décision (25 août 2014).



tribunaux choisissent malgré tout d'ignorer parfois cette intention initiale et appliquent leurs propres interprétations⁸.

Les affaires *TECO c. Guatemala et Iberdrola c. Guatemala*⁹ sont d'autres exemples, car dans ces deux affaires, les demandeurs contestaient les mêmes actions, à savoir un déni de justice de la part des organes juridictionnels de l'État en violation de l'obligation TJE. Alors que le tribunal de l'affaire *Iberdrola* a strictement appliqué la norme et conclu qu'il n'y avait pas de violation de l'obligation TJE, le tribunal arbitral de l'affaire *TECO* a conclu que l'État avait violé cette obligation.¹⁰ La violation des attentes légitimes est un autre exemple de norme donnant lieu à de multiples interprétations, certains tribunaux déterminant que des engagements et des déclarations explicites sont nécessaires¹¹, et d'autres tribunaux considérant que des déclarations représentations générales faites par le gouvernement au grand public pouvaient également être considérées comme la base de l'attente¹².

L'incohérence dans l'interprétation de cette norme de protection n'est pas propre au TJE, bien qu'elle soit plus facilement observable en raison de sa grande étendue. D'aucuns ont fait valoir que cette incohérence est exacerbée par la nature ad hoc du système de RDIE, qui ne dispose pas de précédents contraignants ni de mécanisme de révision des décisions. Pour remédier à cette situation, les États se sont réunis au sein du Groupe de travail III de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États, où ils discutent de la réforme du RDIE.

Un large éventail de mesures pouvant potentiellement être considérées comme une violation de l'obligation

Comme l'a noté le tribunal de l'affaire *Merrill & Ring Forestry*, « [e]n fin de compte, le nom attribué à la norme n'a pas vraiment d'importance. Ce qui compte, c'est [...] tous ces actes ou

⁸ Johnson, L. (2015b). *As decision in Mesa v. Canada looms, investor and all three NAFTA parties weigh in on significance of Bilcon*. IAREporter. <https://www.iareporter.com/articles/as-decision-in-mesa-v-canada-looms-investor-and-all-three-nafta-parties-weigh-in-on-significance-of-bilcon/>

⁹ *TECO Guatemala Holdings, LLC c. République du Guatemala*, Affaire CIRDI n° ARB/10/23, Décision (19 déc. 2013) et *Iberdrola Energía S.A. c. République du Guatemala*, Affaire CIRDI n° ARB/09/5, Décision (17 août 2012).

¹⁰ Pour un aperçu détaillé des deux affaires, voir Johnson, L. & Sachs, L. (2018). *Inconsistency's many forms in investor-state dispute settlement and implications for reform*. Note politique du CCSI.

¹¹ Voir, par exemple, les affaires portant sur les énergies renouvelables portées contre l'Espagne : *Charanne et Construction Investments c. Espagne*, Affaire CCS n° V 062/2012, Décision, paras. 493, 499 (21 janv. 2016) ; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Royaume d'Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/14/1, Décision, paras. 520–521 (May 16, 2018) ; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited et RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Royaume d'Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/13/30, Décision sur la responsabilité et les principes du quantum, para. 320–321 (Nov. 30, 2018) ; *Cube Infrastructure Fund SICAV et autres c. Royaume d'Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/15/20, Décision sur la compétence, la responsabilité et décision partielle sur le quantum, para. 397 (19 fév. 2019) ; *NextEra Energy Global Holdings B.V. et NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. Royaume d'Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/14/11, Décision sur la compétence, la responsabilité et les principes du quantum, para. 587–596 (13 mars 2019) ; *9REN Holding S.a.r.l. c. Royaume d'Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/15/15, Décision, paras. 292–299 (31 mai 2019) ; *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited et autres c. Royaume d'Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/14/12, Décision, para. 366–367 (2 août 2019) ; *Watkins Holdings S.à r.l. et autres c. Royaume d'Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/15/44, Décision, para. 533 (21 janv. 2020).

¹² Voir *Electrabel S.A. c. République de Hongrie*, Affaire CIRDI n° ARB/07/19, Décision (30 nov. 2012). Voir également *Sun Reserve Luxco Holdings SRL c. Italie*, Affaire CCS n° 132/2016, Décision (25 mars 2020).



comportements » contre lesquels la norme protège¹³. D'après la pratique arbitrale, les mesures ou les comportements pouvant être considérés comme une violation de la norme TJE incluent :

1. le déni de justice
2. la violation de l'application régulière de la loi
3. la frustration des attentes raisonnables et légitimes des investisseurs
4. l'instabilité du cadre juridique de l'État d'accueil
5. le manque de transparence
6. les prises de décision arbitraires
7. la mauvaise foi
8. la coercition et le harcèlement.

Il est important de noter que chacune de ces obligations de fond recouvre potentiellement un large éventail de mesures. Par exemple, la violation des attentes légitimes peut découler de droits légaux fondés sur des accords contractuels entre l'État d'accueil et l'investisseur, de représentations formelles ou informelles faites à l'investisseur ou, plus généralement, du cadre réglementaire en vigueur dans l'État d'accueil au moment de l'investissement¹⁴.

Son application imprévisible entraîne une frilosité réglementaire

Les interprétations divergentes couplées au large champ d'application de la disposition TJE entraînent une imprévisibilité pour les États et limitent leur droit de réglementer. Il est donc important que les États soient conscients des risques élevés découlant de l'inclusion d'une disposition TJE dans le contexte des négociations de traités, ainsi que des implications des larges dispositions de TJE incluses dans la plupart des accords d'ancienne génération. La clause TJE est devenue une disposition fourre-tout qui empêche les États d'exercer leur pouvoir réglementaire sans risquer de faire face à un recours RDIE.

Que peut-on faire ?

D'après l'analyse de la pratique et de la jurisprudence des traités, une chose est sûre : les États devraient accorder une attention particulière à la disposition relative à la norme de traitement ainsi qu'à l'élaboration d'une obligation TJE à l'heure de négocier ou de renégocier des AII.

Les gouvernements peuvent envisager trois grandes mesures politiques, certaines proposant des options politiques différentes.

Option politique 1 : pas d'inclusion de la norme TJE

Compte tenu des approches imprévisibles et parfois contradictoires adoptées par les tribunaux, les États peuvent envisager d'exclure tout simplement de leurs AII (implicitement ou explicitement) la disposition générale relative à la norme de TJE.

¹³ *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canada*, Affaire CIRDI n° UNCT/07/1, Décision, para. 210 (31 mars 2010).

¹⁴ Voir *Legitimate expectations*. (Juillet 2022). Sur WikiNotes. <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-legitimate-expectations>



L'option politique 1 en pratique :

- Modèle brésilien (2015)
- ALE Australie-Chine (2015)
- Code panafricain d'investissement

L'omission peut également être faite de manière explicite :

- Protocole intra-MERCOSUR de coopération et de facilitation de l'investissement (2017), art. 4.3 : « Pour plus de certitude, les normes de « traitement juste et équitable » [...] ne sont pas couvertes par le présent protocole ».

Option politique 2 : inclusion d'une alternative à la norme TJE

Si une disposition sur la norme de traitement doit être incluse dans un traité d'investissement, afin d'éviter toute interprétation erronée par les tribunaux, les États peuvent envisager de s'abstenir de faire référence aux termes « juste et équitable » et d'utiliser des termes tels que « traitement de l'investissement », « traitement des investisseurs » ou « traitement administratif juste ».

Pour plus de certitude, la disposition peut préciser que la norme accordée n'équivaut pas au TJE.

L'option politique 2 en pratique :

TBI Éthiopie-Qatar (2017), article 4

ARTICLE 4 : TRAITEMENT ADMINISTRATIF JUSTE

1. Chaque partie contractante veillera à ce que ses processus administratifs, législatifs et judiciaires n'agissent pas d'une manière arbitraire ou qui dénie l'application régulière des règles procédurales et administratives aux investisseurs de l'autre État partie ou à leurs investissements.
2. Les investisseurs ou leurs investissements, selon les circonstances, seront notifiés en temps opportun des procédures administratives ou judiciaires affectant directement le ou les investissements, à moins que, en raison de circonstances exceptionnelles, cette notification ne soit contraire au droit interne.
3. L'investisseur ou ses investissements auront accès aux informations détenues par le gouvernement en temps opportun, conformément au droit interne et sous réserve des limites à l'accès à l'information en vertu du droit interne applicable.
4. Chaque Partie contractante s'efforcera progressivement d'améliorer la transparence, l'efficacité, l'indépendance et la responsabilité de ses processus législatifs, réglementaires, administratifs et judiciaires, conformément à ses lois et règlements nationaux respectifs¹⁵.

¹⁵ Inspiré du modèle de TBI de la SADC (2018).



Option politique 3 : inclusion d'une norme TJE bien définie et limitée

1) Utiliser une liste fermée de mesures susceptibles de violer la norme, sans faire référence aux attentes légitimes des investisseurs.

Si la disposition sur la norme de traitement doit être incluse dans un traité, nous recommandons d'en limiter la portée en précisant, à l'aide d'une liste fermée, les types de comportement qui équivaldraient à une violation du traitement.

Cette liste peut varier, mais en général, elle inclut les types de conduite suivants :

1. le déni de justice dans des procédures pénales, civiles ou administratives,
2. la violation fondamentale de l'application régulière de la loi,
3. le comportement manifestement arbitraire,
4. la discrimination ciblée fondée sur des motifs [manifestement] illicites tels que le sexe, la race ou les convictions religieuses,
5. le traitement [manifestement] abusif, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement¹⁶.

L'option politique 3.1 en pratique :

Exemples précisant ce qui constitue une violation du TJE

TBI Hongrie-Émirats arabes unis (2022), article 2

3. En ce qui concerne les investissements, les mesures ou séries de mesures suivantes constituent une violation de l'obligation de traitement juste et équitable :
- a. le déni de justice dans le cadre de procédures pénales, civiles ou administratives ; ou
 - b. la violation fondamentale de l'application régulière de la loi, y compris une violation fondamentale de la transparence et des obstacles à l'accès effectif à la justice, dans le cadre de procédures judiciaires et administratives ; ou
 - c. l'arbitraire manifeste ; ou
 - d. la discrimination ciblée fondée sur des motifs manifestement illicites, tels que le sexe, la race ou les convictions religieuses ; ou
 - e. le harcèlement, la coercition, l'abus de pouvoir ou toute autre conduite similaire de mauvaise foi.

¹⁶ CNUCED. (2020). *International investment agreements reform accelerator*. Nations Unies.



2) Fournir des orientations claires pour leur interprétation et leur application

Pour éviter les interprétations extensives, il est recommandé de clarifier dans le traité lui-même l'intention des États parties sur la manière dont le traitement devra être appliqué.

À cet égard, les gouvernements peuvent envisager d'**inclure des orientations claires en termes de norme d'examen et de charge de la preuve**. Par exemple, les États peuvent envisager de fixer un seuil élevé pour que les demandeurs puissent prouver une violation présumée de la norme.

L'option politique 3.2 en pratique :

Traité modèle de la SADC (2012), article 5. Option 1.

5.2. Pour plus de certitude, le paragraphe 5.1 exige la démonstration d'un acte ou d'actions du gouvernement qui sont un outrage, de mauvaise foi, un manquement délibéré à ses devoirs ou une insuffisance si éloignée des normes internationales que toute personne raisonnable et impartiale reconnaîtrait aisément son insuffisance.

3) Clarifier ce qui ne constitue pas une violation du TJE

Pour plus de certitude et pour éviter (autant que possible) des interprétations plus larges, les gouvernements devraient envisager de préciser quelles situations ou mesures ne constituent pas une violation de la norme.

Ces précisions devraient être présentées comme des clarifications et non comme des exceptions, de manière à garantir que c'est bien ce que les États contractants entendent dans chaque situation relevant du TJE et à éviter une interprétation restrictive de ces clarifications.

Par exemple, les gouvernements peuvent envisager de **clarifier la relation entre la norme et les attentes légitimes de l'investisseur**. Les États devraient envisager de préciser dans le traité que, pour déterminer si une obligation de traité a été violée, les tribunaux ne devront pas prendre en considération les attentes des investisseurs. Ils devraient également préciser que la divergence avec les attentes de l'investisseur ne constitue pas à elle seule une violation de l'obligation TJE.

En outre, les États devraient examiner l'interaction entre la disposition relative à la norme de traitement et les autres dispositions des traités d'investissement. Cela garantira que l'élaboration et la négociation minutieuses d'une disposition spécifique ne sont pas compromises par l'application d'une autre disposition. Dans cette optique, les États peuvent **clarifier la relation entre le TJE et la violation d'une autre disposition ou d'un autre accord**, en déclarant que cette dernière ne constitue pas une violation de l'obligation TJE.



L'option politique 3.3 en pratique :

ALE Australie-Royaume-Uni (2022), article 13.7

(4) Il est entendu que le simple fait qu'une Partie adopte ou s'abstienne d'adopter une mesure qui peut être incompatible avec les attentes d'un investisseur ne constitue pas une violation du présent article, même s'il en résulte une perte ou des dommages pour l'investissement couvert.

Partenariat économique régional global (2020), article 10.5

3. La détermination d'une violation d'une autre disposition du présent accord ou d'un accord international distinct n'établit pas une violation du présent article.

Conclusion

Les États disposent de différentes options pour traiter le problème du TJE. Il est important de noter que l'option consistant à conserver le TJE avec des limites exige beaucoup de prudence et une combinaison judicieuse de diverses garanties. Les gouvernements devraient envisager les options les plus pratiques à mettre en œuvre dans le cadre de nouvelles négociations ou de renégociations, et les plus efficaces. En cas de doute, les États devraient s'efforcer de donner la priorité aux options qui évitent toute référence au TJE.

Une analyse de la pratique conventionnelle et arbitrale met en évidence les risques liés à l'inclusion de dispositions relative au TJE dans les accords de nouvelle génération. Pour préserver leur droit de réglementer, les États devraient non seulement accorder une attention particulière à cette norme au moment de négocier des accords de nouvelle génération, mais aussi prendre des mesures politiques concernant les AII en vigueur, qui contiennent souvent des dispositions TJE sans réserve.

©2022 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable.

Cette publication est sous licence [Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

L'INSTITUT INTERNATIONAL DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

L'Institut international du développement durable (IISD) est un laboratoire d'idées indépendant et primé qui vise à accélérer le développement de solutions pour parvenir à un climat stable, à la gestion durable des ressources et à des économies équitables. Nos travaux inspirent de meilleures décisions et suscitent la prise de mesures concrètes pour aider les gens et la planète à prospérer. Nous mettons en lumière ce qui peut être réalisé grâce à la collaboration entre les gouvernements, les entreprises, les organismes sans but lucratif et les communautés. Le personnel de l'IISD fort de plus de 120 membres, et ses quelque 150 associé(e)s et consultant(e)s viennent du monde entier et leur formation couvre maintes disciplines. Nos travaux touchent la vie de personnes dans presque 100 pays.

L'IISD 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 de la province du Manitoba. En outre, des fonds de projets lui sont accordés par divers gouvernements, tant au Canada qu'à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations, le secteur privé et des particuliers.

Siège

111 Lombard Avenue, Suite 325
Winnipeg, Manitoba
Canada R3B 0T4

Tel: +1 (204) 958-7700

Website: www.iisd.org

Twitter: [@IISD_news](https://twitter.com/IISD_news)



iisd.org