



**LES TRAITÉS  
D'INVESTISSEMENT ET  
LEUR IMPORTANCE POUR  
LE DÉVELOPPEMENT  
DURABLE:  
QUESTIONS ET  
RÉPONSES**



NATHALIE BERNASCONI-OSTERWALDER | AARON COSBEY | LISE JOHNSON | DAMON VIS-DUNBAR





© 2012 Institut international du développement durable

**Publié par l'Institut international du développement durable**

L'Institut international du développement durable (IISD) contribue au développement durable en formulant des recommandations sur les politiques concernant le commerce et les investissements internationaux, la politique économique, les changements climatiques et l'énergie, la gestion du capital naturel et social ainsi que le rôle habilitant des technologies de l'information dans ces domaines. Nous rendons compte des négociations internationales et partageons le savoir que nous avons acquis lors de projets collaboratifs. Cela se traduit par une recherche plus rigoureuse, un développement des capacités dans les pays en développement, des réseaux de meilleure qualité entre le Nord et le Sud ainsi que de meilleures connexions mondiales entre les chercheurs, les praticiens, les citoyens et les décideurs.

L'IISD a pour vision un mieux-vivre durable pour tous, et pour mission d'assurer un avenir durable aux sociétés en favorisant l'innovation. 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 du gouvernement du Canada, qui lui sont versées par l'Agence canadienne de développement international (ACDI), le Centre de recherche pour le développement international (CRDI), ainsi que du gouvernement du Manitoba. Des fonds de projets lui sont également accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations et des entreprises privées.

Siège

161 Portage Avenue East, 6<sup>e</sup> étage

Winnipeg, Manitoba, Canada R3B 0Y4

Tel : +1 (204) 958-7700 | Fax : +1 (204) 958-7710

[www.iisd.org](http://www.iisd.org)

ISBN : 978-1-894784-47-4

# Sommaire

**Introduction : Le développement durable, les investissements et les traités d'investissement - en quoi sont-ils liés ? ..... 1**

## **1. Arrière-plan des investissements étrangers, historique des traités d'investissement, et leurs impacts ..... 2**

- 1.1. Qu'est-ce que l'investissement étranger ? .....2
- 1.2. Sur quelles sources de droit se fonde l'investissement étranger ? .....3
- 1.3. Quand et pourquoi des États en sont-ils venus à conclure des traités d'investissement ? ....4
- 1.4. A-t-on tenté de créer un cadre multilatéral pour les investissements ? .....6
- 1.5. Règlement de litiges entre investisseurs et États : en quoi la donne a-t-elle changé ? .....7
- 1.6. Quelles sont les mesures étatiques que peut contester un investisseur aux termes d'un traité d'investissement ? .....8
- 1.7. Les traités d'investissement ont-ils été efficaces comme moyens d'attraction des investissements étrangers ? ..... 10

## **2. Garanties données aux investisseurs ..... 11**

- 2.1 Qui sont les « investisseurs » que les traités d'investissement ont pour but de protéger ? 11
- 2.2. Quels sont les « investissements » que les traités d'investissement ont pour but de couvrir ?.. 11
- 2.3. Quelles garanties les traités d'investissement offrent-ils aux investisseurs ? ..... 13
- 2.4. Traitement juste et équitable ..... 13
  - 2.4.1. Qu'est-ce qu'exige des gouvernements l'obligation de traitement juste et équitable (TJE) ?..... 13
  - 2.4.2. Dans quelle mesure l'obligation de traitement juste et équitable concerne-t-elle la marge de manœuvre décisionnelle du gouvernement et le développement durable ? ..... 15
  - 2.4.3. Comment les États réagissent-ils aux problèmes liés à l'obligation de traitement juste et équitable ? ..... 16
- 2.5. Expropriation ..... 18
  - 2.5.1. Que mentionnent les traités d'investissement à propos de l'expropriation ? ..... 18
  - 2.5.2. Qu'est-ce une expropriation indirecte ?..... 18
  - 2.5.3. Quel est le rapport entre l'expropriation indirecte et le développement durable ? . 21
  - 2.5.4. Quelles ont été les réactions des États aux dispositions relatives à l'expropriation indirecte ? .....21
- 2.6. Traitement national.....23
  - 2.6.1. En quoi consiste l'obligation de traitement national ?.....23
  - 2.6.2. Comment les droits pré-établissement sont-ils accordés par le biais de la clause de traitement national ? .....24
  - 2.6.3. Quelles sont les principales préoccupations qui entourent l'obligation de traitement national et son impact sur la législation et les politiques du pays d'accueil ? ..... 25
  - 2.6.4. Au vu des préoccupations que suscite l'incidence de l'obligation de traitement national, que font les États pour la faire évoluer ? .....28
- 2.7. Traitement de la nation la plus favorisée (NPF) .....29
  - 2.7.1. Qu'est-ce que le traitement NPF ? .....29
  - 2.7.2. Quelles sont les principales préoccupations que suscite l'obligation NPF ? .....30
  - 2.7.3. Comment les États ont-ils réagi aux préoccupations concernant l'obligation NPF ? 31

2.8.	Prescriptions de résultats .....	32
2.8.1.	Que sont les prescriptions de résultats ? .....	32
2.8.2.	De quelle façon les traités d'investissement limitent-ils les moyens dont dispose l'État d'accueil pour imposer des prescriptions de résultats ? .....	33
2.8.3.	Quel est l'impact des restrictions des prescriptions de résultats sur le développement durable ? .....	33
2.8.4.	Comment les États cherchent-ils à défendre leur faculté d'utiliser les prescriptions de résultats ? .....	34
2.9	Exigences relatives au libre transfert de capitaux .....	35
2.9.1.	Quelles sont les exigences relatives au libre transfert de capitaux ? .....	35
2.9.2.	Quelles sont les préoccupations relatives aux dispositions s'appliquant au libre transfert de capitaux ? .....	35
2.9.3.	Qu'ont fait les États pour s'assurer qu'ils disposent de suffisamment de latitude dans la prise de mesures de contrôle des flux de capitaux ? .....	36
2.10.	Obligations amplifiées : Clauses parapluie et de stabilisation .....	37
2.10.1.	Que sont les clauses parapluie ? .....	37
2.10.2.	Qu'est-ce que les clauses de stabilisation ? .....	38
2.10.3.	Quelles sont les conséquences des clauses parapluie et de stabilisation pour le développement durable ? .....	39
<b>3.</b>	<b>Équilibrer les garanties fournies aux investisseurs : obligations des investisseurs et de leur État d'origine ? .....</b>	<b>41</b>
3.1.	Les traités d'investissement imposent-ils des obligations aux investisseurs ? .....	41
3.2.	Les traités d'investissement imposent-ils des obligations à l'État d'origine des investisseurs ? .....	42
<b>4.</b>	<b>Arbitrage dans le cadre de traités d'investissement.....</b>	<b>43</b>
4.1.	Quels sont les moyens d'application exécutoire des obligations dont disposent les États liés par des traités d'investissement ? .....	43
4.2.	Qui a la faculté d'engager une procédure contre un État d'accueil aux termes d'un traité d'investissement ? .....	44
4.3.	Y a-t-il des limites aux voies d'arbitrage offertes à l'investisseur ? .....	44
4.4.	Que sont les clauses d'option irrévocable ? .....	45
4.5.	Les traités d'investissement obligent-ils les demandeurs à épuiser en premier lieu les voies de recours internes ? .....	46
4.6.	Quelles sont les règles régissant les arbitrages ? .....	46
4.7.	Quels redressements un investisseur peut-il obtenir en engageant une procédure d'arbitrage contre un État ? .....	48
4.8.	Qui décide de la procédure d'arbitrage ? .....	48
4.9.	Quelles sont les préoccupations que suscite l'emploi d'arbitres privés, nommés par les parties, pour juger des litiges d'investissement ? .....	49
4.10.	Que peut-on faire pour répondre aux préoccupations qui entourent l'indépendance des arbitres ? .....	50
4.11.	Les erreurs de droit ou de fait dans les arbitrages aux termes des traités d'investissement peuvent-elles être corrigées ? .....	50
4.12.	Existe-t-il des mécanismes permettant de s'assurer que les traités soient interprétés de manière plus prévisible ? .....	51
4.13.	Le public a-t-il accès à l'information sur les arbitrages investisseur-État ? .....	52
4.14.	Un public intéressé a-t-il la faculté de prendre part à des litiges ? .....	54

## 5. Comment régler les problèmes ..... 55

- 5.1. Que peuvent faire les États pour rectifier les erreurs de traités d'investissements passés ? . 55
- 5.2. Que peuvent faire les États pour clarifier les termes des traités d'investissement susceptibles d'aboutir à des problèmes d'interprétation ? .....56

## 6. Remarques finales ..... 57

### **ANNEXE : Organisations et ressources sélectionnées portant plus particulièrement sur les traités d'investissement et le règlement de litiges entre investisseurs et États ..... 58**

Ce manuel résulte du fruit de nombreuses années de travail réalisé dans le cadre du Programme sur le commerce et l'investissement de l'IISD et visant à explorer les moyens par lesquels les investissements peuvent mieux contribuer au développement durable. Il doit beaucoup à la motivation qu'a su y insuffler notre cher et regretté collègue Konrad von Moltke et aux efforts inlassables de Howard Mann, qui a dirigé le programme d'investissement de l'IISD pendant dix ans et dont les commentaires ont largement contribué à la préparation du présent texte. Il s'appuie sur les travaux novateurs de l'IISD visant à formuler un Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable<sup>1</sup>.

Nous remercions l'Agence suisse pour le développement et la coopération (DDC) pour le soutien qu'elle a apporté à une version antérieure du Guide du citoyen aux traités d'investissement, qui a servi de base au présent manuel. Nous remercions aussi Martin Brauch de sa précieuse assistance dans la mise à jour de l'information contenue dans cette version antérieure.

Enfin, nos remerciements s'adressent à Mark Halle, dont la conduite du Programme sur le commerce et l'investissement au cours des années a été fondamentale pour son succès, et à Flavia Thomé, la gestionnaire du Programme, dont le soutien et la persévérance ont été déterminants pour la réalisation de ce manuel.

---

1 Vous trouverez le Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable à <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=686>. Le site du Programme IISD sur l'investissement et le développement durable contient d'autres publications IISD traitant un grand nombre de questions couvertes dans le présent manuel ([www.iisd.org](http://www.iisd.org)). La série d'ouvrages « Best Practices » ('Meilleures pratiques'), par exemple, comprend des bulletins sur des thèmes précis tels que la définition d'« investissement » utilisée dans les traités d'investissement, l'obligation du traitement juste et équitable, la transparence dans les arbitrages investisseur-État, la déontologie des arbitres, les clauses parapluie et les dispositions d'option irrévocable.



# Liste des sigles

ADPIC	Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AGCS	Accord général sur le commerce des services de l'OMC
ALE	Accord de libre échange
ALENA	Accord de libre échange nord-américain
AMI	Accord multilatéral sur l'investissement
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
CI	Contrat d'investissement
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
COMESA	Marché commun de l'Afrique orientale et australe
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de l'OMC
IDE	Investissement direct étranger
MIC	Mesures concernant les investissements et liées au commerce
NPF	Nation la plus favorisée
OMC	Organisation mondiale du commerce
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TCE	Traité de la Charte de l'énergie
TJE	Traitement juste et équitable
UE	Union européenne
UNCITRAL	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

# Introduction : Le développement durable, les investissements et les traités d'investissement - en quoi sont-ils liés ?

On ne saurait exagérer l'importance des investissements pour le développement durable. Le développement durable nécessite des changements économiques structurels, et ceux-ci ne peuvent se produire que par des investissements en de nouvelles formes de production d'énergie, de transport, de fabrication et d'extraction de ressources naturelles. C'est pourquoi la promotion du développement durable revient en dernière analyse à la promotion d'investissements susceptibles d'améliorer la durabilité et de favoriser un développement social et économique équitable.

Malheureusement, les investissements n'œuvrent pas tous à la réalisation des objectifs du développement durable. Les décideurs retiennent souvent un critère étroit consistant à évaluer le succès en fonction de l'augmentation des investissements réalisés. Cependant, rares sont les pays qui seraient sciemment prêts à accueillir des investissements purement mobiles, susceptibles de dégrader leur environnement et d'épuiser leurs ressources naturelles, offrant de maigres rémunérations à leurs travailleurs et ne créant que peu d'avantages économiques sur leur territoire. En définitive, ce qu'il convient de privilégier dans la perspective du développement durable, ce n'est pas seulement la quantité des investissements, mais aussi et peut-être surtout leur qualité.

Cependant, pour rester centré sur cette voie et attirer des investissements de nature à aider des pays à poursuivre leur développement durable, la tâche est plus difficile pour certains pays que pour d'autres. De nombreux pays en développement, notamment ceux qui sont les moins avancés, ont des besoins pressants en davantage d'investissements de qualité. Or, ces besoins restent non satisfaits pour diverses raisons. Afin de pouvoir engager des investissements productifs, il est indispensable de disposer des intrants nécessaires et d'une main-d'œuvre qualifiée, et aussi de s'assurer de débouchés pour les produits et services qui seront générés par ces investissements. L'existence d'infrastructures fiables et d'une bonne qualité de services - communications, transports, banque, assurance et services publics en particulier - joue également un rôle critique. Dans une grande mesure, la réalisation d'investissements exige qu'un certain nombre de conditions préalables soient réunies dans le pays d'accueil, alors qu'elles sont en grande partie inexistantes dans de nombreux pays en développement.

Cela produit la situation paradoxale suivante : les pays qui ont le plus besoin d'investissements pour le développement durable sont ceux qui en reçoivent le moins, en raison de leur sous-développement économique.

C'est sur cette toile de fond que le présent manuel examine l'une des démarches que les gouvernements entreprennent habituellement dans la poursuite de leurs objectifs d'investissement : la conclusion de traités internationaux qui vont garantir certaines normes de traitement au profit des investisseurs étrangers. Il existe aujourd'hui des milliers de traités d'investissement entre les États, et leur nombre ne cesse d'augmenter chaque année. L'origine historique de ces traités est liée au souci des pays développés d'obtenir un certain degré de protection juridique pour leurs investisseurs nationaux cherchant à investir dans des territoires risqués à l'étranger. Les pays en développement,



dont plusieurs se sont longtemps montrés réfractaires à certains des principes et concepts inhérents à ces traités, les ont par la suite intégrés à leurs stratégies pour attirer les investissements directs et des capitaux étrangers vers leurs territoires.

Au cours des deux dernières décennies, ces traités se sont avérés être de puissants instruments jouant un rôle important dans la définition des relations entre les pays d'accueil et les investisseurs étrangers. Cependant, sous leur forme actuelle, ces traités n'ont guère d'effets qui permettraient de relever les défis évoqués ci-dessus. De fait, malgré les quelques innovations prometteuses qui sont apparues ces dernières années en vue de rééquilibrer ces accords, les traités d'investissement peuvent avoir des effets négatifs dans l'optique de la réalisation des objectifs du développement durable. Ils imposent des coûts élevés aux pays qui les signent mais sont peu rentables comme moyens d'attirer de nouveaux investissements, et encore moins quand il s'agit d'attirer des investissements de qualité d'importance cruciale pour le développement durable. Ce manuel met ces préoccupations en lumière. Il fait également état des signes d'amélioration qui ont pu être observés. Un motif d'encouragement est le fait qu'un certain nombre de gouvernements ont commencé à se préoccuper sérieusement des impacts et des promesses (non tenues) des traités d'investissement et à apporter des changements aux dispositions de ces accords.

De manière plus générale, le présent manuel vise à présenter une introduction accessible à l'univers des traités d'investissement internationaux et à leurs conséquences pour le développement durable. Si l'on admet que le développement durable implique, en grande partie, un défi d'investissement, il faudra que les accords internationaux qui régissent les investissements soient adaptés à cette réalité.

# 1. Arrière-plan des investissements étrangers, historique des traités d'investissement, et leurs impacts

## 1.1. QU'EST-CE QUE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER ?

Les investissements étrangers peuvent prendre plusieurs formes. Certains investissements étrangers entraînent pour l'État d'accueil des engagements de plus longue durée que d'autres. La conclusion de droits contractuels, par exemple, peut ne porter que sur une courte durée et ne pas impliquer une présence effective ou importante de l'investisseur sur le territoire étranger. Les participations minoritaires dans des entreprises étrangères cotées constituent également des actifs que des investisseurs ne

détiennent souvent que peu de temps, témoignant d'une relation fugace avec l'État d'accueil<sup>2</sup>.

Les investissements directs étrangers (IDE) ne représentent qu'un type d'investissement étranger. À la différence d'investissements en titres boursiers (participations de moins de 10 pour cent) et d'autres formes d'investissement telles que les droits contractuels, un IDE constitue par définition une participation par l'investisseur au capital de l'entreprise étrangère de nature à lui conférer un intérêt durable et une voix réelle dans la conduite de cette entreprise. Les IDE peuvent produire un certain nombre d'avantages importants pour l'économie d'accueil, capables de jouer un rôle clé pour le développement durable, notamment à travers l'augmentation de l'emploi, le transfert de technologies vers le pays d'accueil et l'amélioration de la compétitivité de ce dernier. Cependant, ce ne sont pas des avantages qui découlent automatiquement de l'existence de l'IDE. L'aptitude d'un pays à attirer des IDE et d'en tirer parti dépend plutôt de divers facteurs complexes, y compris les politiques et la situation prévalant dans les pays d'accueil et d'origine, ainsi que le comportement de l'investisseur.

Dans les traités d'investissement, les définitions concernant les « investissements » dépassent presque toujours la notion étroite d'investissement direct étranger. Ces définitions assimilent habituellement les investissements à des actifs « de tous types », « appartenant ou contrôlés » « directement ou indirectement » à ou par l'investisseur étranger. La définition s'assortit normalement d'une liste non exhaustive des différentes formes que ces actifs peuvent revêtir : biens meubles et immeubles, actions dans une société, contrats à terme, options, produits dérivés, droits contractuels, actifs incorporels et droits de propriété intellectuelle, y compris les marques et les droits d'auteur. Certaines définitions du terme « investissements » stipulent également qu'ils comprennent des entités pouvant appartenir ou être contrôlées par l'État ou par des entités privées, et pouvant être à but lucratif ou non lucratif.

## **1.2. SUR QUELLES SOURCES DE DROIT SE FONDE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER ?**

Les sources de droit régissant les investissements étrangers relèvent de trois catégories qui se chevauchent : le droit national, les contrats d'investissement et les traités d'investissement.

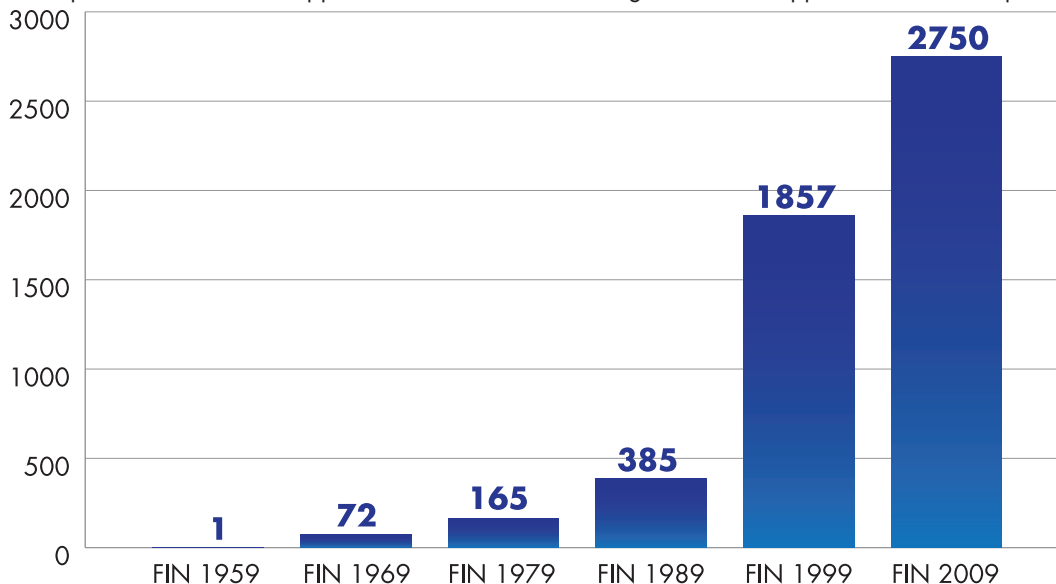
La première source de droit à régir les investissements étrangers est normalement le droit national du pays d'accueil des investissements. Ce droit peut comprendre, entre autres, les lois portant sur la réalisation de l'investissement (tels que les codes des investissements), la fiscalité, la propriété foncière, les droits humains, le droit du travail, le droit bancaire et les lois environnementales touchant à l'impact potentiel de la localisation et de l'exploitation de l'investissement. Ces lois sont toutes des mesures normalement appliquées par les gouvernements nationaux. Mais cet ensemble de lois est souvent incomplet ou très insuffisant au niveau de son application dans les pays en développement ou les moins avancés.

La deuxième source de droit régissant les investissements internationaux est celle des contrats d'investissement. Dénommés parfois contrats d'État, il s'agit de contrats passés directement entre un investisseur étranger et le gouvernement d'accueil. Parce que de nombreux investissements

---

2 Sur cette question et d'autres couvertes par le présent manuel, consulter également M. Sornarajah, *The International Law of Foreign Investment* (3d éd., 2010), qui contient une bibliographie utile. Une bibliographie est également présentée en annexe au présent document.

n'impliquent pas de relations commerciales directes entre l'investisseur et le gouvernement d'accueil, la présence d'un investissement étranger ne conduit pas toujours à la conclusion d'un contrat d'investissement. De tels accords sont toutefois courants dans le cas d'investissements à haute intensité de capital et de longue durée, concernant notamment l'extraction et le traitement de ressources naturelles dans des pays en développement. Les contrats d'investissement fixent souvent la nature et la valeur de l'investissement, les incitations accordées à l'investisseur, les droits spéciaux qui lui sont réservés, les règles de redevance et/ou d'imposition à appliquer à l'investissement si elles diffèrent de celles prévues par le droit applicable, toutes obligations imposées à l'investisseur qui ne seraient pas prévues dans le droit national, et toutes obligations additionnelles, de caractère social ou associées au développement, liant l'investisseur. Le rôle du contrat d'investissement est primordial. Les contrats d'investissement deviennent souvent le code juridique de l'investissement et déterminent le choix des lois à appliquer en cas de litige. Si le droit national du pays d'accueil est insuffisamment étayé, les contrats d'investissement pourront souvent y pallier en complétant le droit généralement applicable. Cependant, comme on le verra plus loin, les contrats d'investissement peuvent aussi avoir pour effet de limiter l'application de ce droit national généralement applicable à mesure qu'il



acquiert davantage de cohérence et de rigueur.

La troisième source de droit, celle qui nous concerne principalement ici, est constituée par les traités d'investissement, c'est-à-dire par des traités conclus entre des États en vue de promouvoir et de protéger des investissements étrangers. Grâce à ces traités, les investisseurs d'un État (l'État d'origine) investissant dans le territoire d'un autre État (l'État d'accueil) bénéficient de protections particulières en droit international. Les traités d'investissement se présentent sous des formes diverses, dont la plus courante est celle du traité bilatéral d'investissement (TBI). Plus de 2 750 traités d'investissement de ce type ont été signés, bien que le nombre de ceux qui sont actuellement en vigueur soit inférieur <sup>3</sup>. De plus, les Accords de libre-échange (ALE) contiennent un nombre croissant de sections prévoyant des dispositions semblables à celles des TBI. Enfin, certains traités d'investissement prennent la forme de

3 Voir par exemple UNCTAD, *World Investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy*, 2010, pp. 81-82. De nombreux TBI, mais pas tous, sont disponibles sur le site de la CNUCED à [http://www.unctadxi.org/templates/docsearch\\_\\_\\_779.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/docsearch___779.aspx). Un certain nombre de gouvernements affichent également les textes de leurs traités courants sur leurs sites Internet.

traités d'investissement régionaux, tels que ceux couvrant les pays du Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) et de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN).

Ces accords sont examinés à la section 2, qui précise les droits accordés aux investisseurs et les obligations imposées aux États.

### 1.3. QUAND ET POURQUOI DES ÉTATS EN SONT-ILS VENUS À CONCLURE DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT ?

Les traités d'investissement ont vu le jour avec la signature du premier TBI entre l'Allemagne et le Pakistan en 1959. Cette date n'est pas sans signification, car elle correspond à la confluence de deux grandes craintes géopolitiques au sein des pays occidentaux : l'expansion du communisme soviétique au-delà des limites dans lesquelles il avait été circonscrit à la fin de la deuxième guerre mondiale, et un mouvement de décolonisation naissant qui allait prendre toute son ampleur dans les années 1960. Le raisonnement qui sous-tendait l'émergence de ces traités a été expliqué dans les colonnes d'un périodique publié en 1960, dans la partie introductive du premier projet de texte de TBI tel que proposé par Lord Shawcross (un ancien procureur général du Royaume-Uni) et Herman Abs (président de la Deutsche Bank en Allemagne) :

*Comme il est largement reconnu dorénavant que des démarches majeures doivent être entreprises pour renforcer la position économique des nations du monde libre, aussi bien comme mesure pour déjouer les manœuvres soviétiques que comme moyen pour résoudre certaines des demandes présentées par les peuples des nations sous-développées du monde, la notion d'une protection accrue en droit international pour les investissements étrangers acquiert une importance supplémentaire.<sup>4</sup>*

Compte tenu du contexte historique, on comprend que ce texte ait été fondé sur les arguments de la double « menace » envers les capitaux privés. L'état de grande incertitude politique qu'ont fait planer ces deux forces historiques et les différentes interactions entre elles qui ont sous-tendu bien des politiques de la guerre froide avaient suscité de l'inquiétude et un risque dans l'esprit des détenteurs de capitaux privés. Il n'était donc pas déraisonnable qu'ils aient cherché à se prémunir contre ces forces en recourant au droit international. Cependant, comme le montre la figure 1, la généralisation de ces traités a été plutôt lente avant le début des années 1990.

#### FIGURE 1: NOMBRE CUMULÉ DE TBI, 1959-2009, PAR DÉCENNIE

Source: Données de la CNUCED

L'on peut considérer que plusieurs autres facteurs cruciaux ont joué un rôle dans l'essor des traités d'investissement. En premier lieu, ils ont commencé à être préconisés par d'importantes institutions économiques mondiales, telles que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), sous l'argument que la sécurité supplémentaire qu'ils procuraient aux investisseurs étrangers déclencherait une multiplication des IDE, particulièrement au bénéfice des pays en développement. Depuis lors,

4 The Proposed Convention to Protect Private Foreign Investment, A Round Table. Introduction par les éditeurs. *Journal of Public Law* - Vol. 9, p. 115, 1960.

cependant, des études ont montré qu'il n'existe que des rapports très ténus entre la conclusion de traités d'investissement et le volume des IDE dans les pays d'accueil concernés (voir la section 1.7). Néanmoins, de nombreuses organisations et pays s'en tiennent toujours à la thèse selon laquelle ces traités conduiront à une augmentation des investissements étrangers.

Le second élément, qui émanait aussi de certaines organisations intergouvernementales et agences financières, consistait à subordonner l'assurance couvrant les investissements privés dans des pays en développement à la conclusion de traités d'investissement pour couvrir ces investissements. C'est ainsi que la Société Financière Internationale (SFI - la branche de financement privé de la Banque mondiale) estime que les traités d'investissement constituent un outil important de gestion du risque, bien qu'elle n'insiste pas toujours sur l'existence préalable d'un tel traité pour consentir un financement. De son côté, l'agence officielle allemande de l'assurance du risque exige qu'un traité d'investissement soit en place. Il n'est donc pas surprenant que l'Allemagne soit le pays ayant conclu le plus grand nombre de traités d'investissement.

Un troisième facteur de prolifération des traités d'investissement tient à la croissance générale des IDE qui s'est produite parallèlement à d'autres éléments de la mondialisation. La libéralisation des échanges, l'intégration de processus de production, la création de zones franches d'exportation et d'autres facteurs ont tous concouru pour accroître le volume des IDE, ce qui à son tour a incité les États exportateurs de capitaux à signer de nouveaux traités pour protéger ces investissements.

#### **1.4. A-T-ON TENTÉ DE CRÉER UN CADRE MULTILATÉRAL POUR LES INVESTISSEMENTS ?**

Diverses tentatives ont été lancées pour gérer les investissements sur le plan multilatéral. De fait, les accords OMC de 1994 issus des négociations de l'Uruguay Round des années 1986-94, qui sont entrés en vigueur en 1995, couvrent des aspects importants des investissements dans le cadre du GATS (Accord général sur le commerce des services) et des MIC (Mesures concernant les investissements et liées au commerce). Les accords OMC se concentrent davantage sur des questions d'accès aux marchés que sur la protection des investissements. Le dossier des investissements a été repris de manière plus exhaustive par l'OCDE. Des négociations concernant un éventuel Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) ont été lancées par les gouvernements en mai 1995. Le site de l'OCDE précise : « Son objectif proposé consistait à établir pour l'investissement international un large cadre multilatéral comportant des normes élevées de libéralisation des régimes d'investissement et de protection de l'investissement, doté de procédures efficaces de règlement des différends et ouvert aux pays non membres »<sup>5</sup>. En raison de l'opposition de pays en développement, de certains membres de l'OCDE et de la société civile, les négociations ont été rompues en 1997 et n'ont pas été relancées, bien que l'OCDE soit toujours active dans ce domaine.

En 1996, les pays membres de l'OMC ont décidé, à l'occasion de la conférence ministérielle de Singapour, de mettre sur pied trois nouveaux groupes de travail, dont l'un sur l'investissement. C'est ainsi que l'investissement est devenu l'un des éléments des « questions de Singapour », qui ont été incluses au Programme de Doha pour le développement lancé en 2001. Cependant les pays en

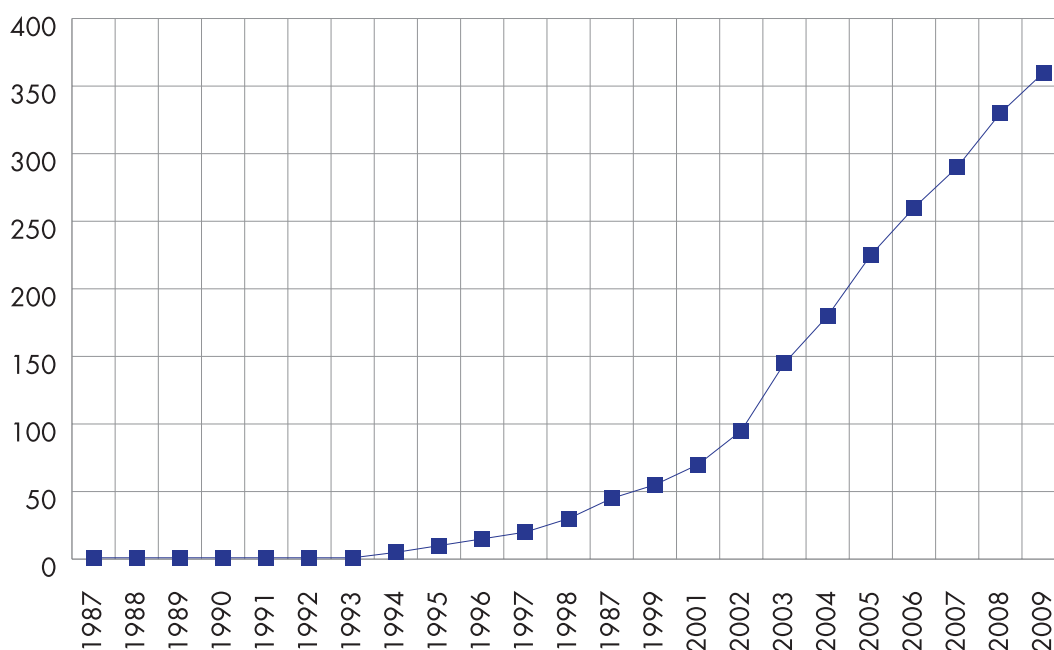
5 OCDE, Accord multilatéral sur l'investissement, disponible à [http://www.oecd.org/document/35/0,3343,en\\_2649\\_33783766\\_1894819\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/35/0,3343,en_2649_33783766_1894819_1_1_1_1,00.html).



développement se sont dans leur grande majorité opposés à la négociation d'un accord global sur l'investissement lors de la conférence ministérielle de 2003 à Cancun, au Mexique, et la question a donc été supprimée du programme de Doha.

Il peut paraître surprenant que les pays en développement, qui s'étaient montrés si opposés aux approches multilatérales en matière de libéralisation et de protection des investissements, aient été ouverts à la négociation de traités bilatéraux dont les conséquences peuvent potentiellement aller très loin. Il en a résulté la formation d'un réseau de plus de 2 750 traités bilatéraux et régionaux, décrit par la CNUCED comme un « univers en expansion et en changement continu, formé de diverses constellations liées les unes aux autres par des adhésions qui se chevauchent et des interactions complexes »<sup>6</sup>.

## 1.5. RÈGLEMENT DE LITIGES ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS



### : EN QUOI LA DONNE A-T-ELLE CHANGÉ ?

Jusqu'à la fin des années 1990, les traités d'investissement appartenaient à une zone plutôt oubliée des préoccupations politiques. Leurs dispositions protectrices n'étaient que rarement invoquées par les investisseurs, et l'on ne savait pas très bien s'ils accomplissaient leur mission d'attraction des investissements étrangers. En effet, les TBI (la forme la plus courante des traités d'investissement) étaient considérés davantage comme des occasions pour les chefs d'État en visite de se faire photographier pour montrer leurs bonnes relations diplomatiques que comme des instruments importants de gouvernance économique.

Cependant, au cours des vingt dernières années, les investisseurs ont fait un usage accru du processus d'arbitrage de litiges entre investisseurs et États d'accueil, ce processus étant prévu dans la plupart des traités d'investissement. Unique en droit international, il permet à des investisseurs

6 UNCTAD, *Investment Provisions in Economic Integration Agreements*, 2005, p. 39.

privés de soumettre directement un gouvernement d'accueil à un arbitrage international sans l'appui, et même à l'insu, de leur État d'origine. Cet outil unique et puissant a été utilisé pour la première fois en 1987. Cependant, ce n'est qu'après l'entrée en vigueur de l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA), un traité entre les États-Unis, le Mexique et le Canada qui a frayé de nouvelles voies en allant au-delà des échanges commerciaux pour comporter de solides dispositions basées sur le modèle du traité d'investissement, que les investisseurs ont vraiment commencé à découvrir le pouvoir latent des traités d'investissement et du mécanisme d'arbitrage entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil. En 1997, on dénombrait 19 cas enregistrés. En 2007, il y en avait plus de 250 et, à la fin de 2010, plus de 390. La figure 2 illustre la multiplication phénoménale des arbitrages connus dans le cadre de traités d'investissement depuis la fin des années 1980<sup>7</sup>.

Une comparaison avec d'autres sphères du droit international montre le caractère nouveau et la signification de ces litiges entre investisseurs privés et États d'accueil. Par exemple, lorsqu'un litige survient dans le cadre du régime international pour le commerce en biens et services, qui est régi par le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ou d'autres accords de libre échange (ALE), il est résolu par les États dont les entreprises et les politiques commerciales sont concernées. Les personnes physiques et morales dont le commerce est affecté ne sont pas habilitées à introduire les recours elles-mêmes.

En effet, le droit international ne prévoit qu'un nombre très limité de circonstances où des personnes physiques ou morales de droit privé ont la possibilité d'intenter des actions directement contre des États, et encore moins celle de rechercher et d'obtenir des dédommagements conséquents. Le principal cadre juridique dans lequel cela peut se produire est celui du droit international relatif aux droits de l'homme. Mais, dans leurs démarches, les personnes touchées doivent généralement chercher à obtenir gain de cause et des réparations devant des tribunaux nationaux avant de porter leurs plaintes devant des cours et tribunaux internationaux. Cette règle générale n'est pas appliquée aux litiges émanant de traités d'investissement. Les investisseurs peuvent recourir à l'arbitrage international directement, à moins que le traité ne prévoise des dispositions différentes.

## **FIGURE 2: NOMBRE CUMULÉ D'ARBITRAGES DE DIFFÉRENDS SUR LE FONDEMENT DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT**

Source: Données de la CNUCED

### **1.6. QUELLES SONT LES MESURES ÉTATIQUES QUE PEUT CONTESTER UN INVESTISSEUR AUX TERMES D'UN TRAITÉ D'INVESTISSEMENT ?**

Par le biais d'arbitrages investisseur-État, des investisseurs ont été amenés à porter plainte contre un large éventail de mesures gouvernementales pour la violation alléguée des dispositions de traités d'investissement et l'atteinte portée à leurs droits. Les mesures qui ont déclenché de telles actions ont notamment porté sur des tentatives d'imposition et de perception d'impôts ; des mesures

7 Comme indiqué en détail à la section 4, le système actuel des arbitrages entre investisseurs privés et États d'accueil est peu transparent, ce qui ne permet pas de savoir combien d'actions ont été intentées aux termes de traités d'investissement, quelles en étaient les parties, quelles en étaient les allégations et les questions soulevées, et quelles en ont été les issues. Bien qu'il n'existe pas de registre central, les sentences arbitrales qui ont été rendues publiques sont affichées sur différents sites Internet. On trouvera une liste de ces sites en annexe à la fin de ce manuel.

tendant à modifier la politique fiscale nationale ; des décisions concernant l'octroi ou non de permis d'exploitation ; des tentatives de renégociation de contrats d'investissement ; des démarches pour faire obstacle à la renégociation de contrats d'investissement ; des interdictions unilatérales frappant l'emploi de produits chimiques nocifs ; des interdictions frappant l'exploitation de minerais ; des restrictions environnementales affectant les méthodes d'exploitation minière ; des exigences imposant des évaluations d'impact environnemental ; des règlements relatifs au transport et à l'élimination de déchets dangereux ; des règlements touchant à l'assurance maladie ; des mesures pour enrayer le tabagisme ; des mesures affectant le prix et la qualité de l'eau ; des règlements visant à améliorer la situation économique de populations minoritaires ; et des mesures visant à accroître les revenus tirés par le gouvernement d'accueil de la production et de l'exportation de ressources naturelles.

En plus des plaintes de ce type, qu'ils ont effectivement portées à une instance d'arbitrage, on pense que les investisseurs étrangers utilisent souvent la menace de tels arbitrages pour obliger des gouvernements à modifier ou à abandonner des projets d'édiction de règlement susceptibles d'avoir des incidences négatives sur leurs investissements.

Le fardeau financier que ces arbitrages peuvent imposer à des gouvernements est significatif : outre qu'ils sont susceptibles d'affecter leurs régimes de réglementation et leurs objectifs de politique, ils peuvent aussi entraîner des engagements très lourds. Un rapport publié en 2011 situe le problème dans son contexte :

*En 2004, un investisseur américain a remporté un arbitrage contre l'Équateur... Le montant attribué et le montant de la demande représentaient respectivement 1,92 % et 7,5 % du budget de l'État équatorien. L'immensité des chiffres devient encore plus frappante si l'on pense que l'Équateur consacre environ 7 % de son budget annuel à la santé<sup>8</sup>.*

De plus, même si un gouvernement ne perd pas en arbitrage, il aura souvent à payer des millions de dollars en honoraires d'avocats et frais d'arbitrage.

Les situations de ce genre ont eu pour effet de placer les traités d'investissement sous les projecteurs. Ce nouvel intérêt public a fait ressortir un certain nombre de préoccupations sur la manière dont les traités d'investissement fonctionnent et sur les conflits qu'ils peuvent créer entre le but consistant à attirer des investissements et les objectifs de politique publique susceptibles d'être affectés par le processus. On s'inquiète de ce que les traités d'investissement peuvent avantager les investisseurs et les investissements étrangers au détriment d'autres objectifs tout aussi (sinon plus) valables.

Toutefois, malgré l'intérêt public inhérent à nombre des règlements contestés par des investisseurs étrangers aux termes de traités d'investissement, et en dépit des obligations particulièrement pesantes que des gouvernements peuvent devoir assumer dans le cadre de ces traités, on s'étonne de ce que les arbitrages par lesquels des investisseurs privés défendent leurs prétentions contre des États soient le plus souvent menés à huis-clos. À telle enseigne que l'existence même d'un litige peut être gardée confidentielle, comme il en est fait état à la section 4.13.

Le manque d'information publique sur l'existence d'arbitrages investisseur-État entraîne des conséquences négatives pour le droit et la politique d'investissement. En l'absence d'une prise de

8 Kevin P. Gallagher et Elen Shrestha, mai 2011. Investment Treaty Arbitration and Developing Countries: A Re-Appraisal, Global Development and Environment Institute, Document de travail No. 11-01, p. 10 (faisant référence à *Occidental Exploration and Production Company c. Équateur* (Affaire LCIA n° UN3467)).

conscience véritable de ces litiges et de leurs coûts pour des gouvernements, il est impossible de vraiment analyser les traités d'investissement et d'établir s'ils sont souhaitables comme outils de politique pour la protection, la promotion et l'attraction d'investissements étrangers.

## **1.7. LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT ONT-ILS ÉTÉ EFFICACES COMME MOYENS D'ATTRACTION DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS ?**

S'il est certain que les traités d'investissement ont fourni des garanties et des réparations conséquentes aux investisseurs étrangers, leur permettant de porter plainte contre un large éventail de mesures gouvernementales et de se voir attribuer des dédommagements importants, il n'est pas évident qu'ils aient abouti aux augmentations promises en IDE. La quantité, la direction et la nature des investissements étrangers sont déterminées par une diversité de facteurs. Les particuliers et les entreprises ont des besoins et des stratégies qui façonnent leurs décisions concernant le moment, le lieu et les modalités de leurs investissements. Et quand ils prennent leurs décisions, les facteurs dont ils tiennent compte en particulier concernent la question de savoir si l'investissement leur permettra d'accéder à des marchés élargis, de disposer d'une main-d'œuvre plus qualifiée et/ou moins coûteuse, ou d'accéder à une technologie nouvelle ou différente. D'autres facteurs intervenant dans leur décision concernent la présence d'infrastructures fiables, l'accès aux services nécessaires pour faciliter les activités commerciales et industrielles, la stabilité de la situation économique et politique et l'offre d'incitations financières et fiscales.

Dans la façon dont ils ont été libellés et interprétés, les traités d'investissement se sont souvent concentrés sur un ensemble limité de ces questions, visant prioritairement à minimiser le risque que les investisseurs pouvaient subir du fait des comportements « illicites » de gouvernements d'accueil. Mais dans leurs effets, ils ne font pas grand chose pour modifier les caractéristiques d'un pays d'accueil ou pour le rendre plus attractif aux investisseurs étrangers. Il n'est donc pas surprenant que les entreprises paraissent accorder peu de poids à l'existence ou à l'inexistence d'un traité d'investissement (et encore moins à ses dispositions particulières en matière de protection) lorsqu'elles prennent des décisions d'investissement (bien que par la suite elles n'hésiteront pas à invoquer le traité pour récupérer des pertes si leurs investissements ne se déroulent pas comme prévu)<sup>9</sup>.

Un certain nombre d'études quantitatives, utilisant différentes méthodes économétriques, ont été menées

---

9 Economic Intelligence Unit, 2007. World Investment Prospects to 2011 (enquête auprès des dirigeants de quelque 600 multinationales sur leurs décisions d'investir à l'étranger).

pour établir si la conclusion d'un TBI aboutit à une augmentation des investissements étrangers<sup>10</sup>. Bien que certaines études aient fait ressortir l'existence d'une certaine corrélation, elles soulèvent aussi la question de savoir si cette corrélation est réellement due à l'effet que les traités d'investissement pourraient exercer sur les flux d'investissement, ou si d'autres facteurs, tels que l'évolution des politiques économiques, entrent en jeu. Dans l'ensemble, les recherches semblent être tombées dans une impasse sur la question de savoir si les traités d'investissement ont effectivement un impact sur les flux d'investissement. Ce qui est clair, toutefois, est que les traités à eux seuls ne sont ni nécessaires, ni suffisants pour attirer des investissements étrangers. On est donc amené à se demander si les avantages incertains que ces traités peuvent procurer aux pays d'accueil compensent leurs coûts ; ces coûts sont examinés plus avant aux chapitres 2, 3 et 4.

## 2. Garanties données aux investisseurs

### 2.1 QUI SONT LES « INVESTISSEURS » QUE LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT ONT POUR BUT DE PROTÉGER ?

Les traités d'investissement contiennent le plus souvent des définitions à caractère assez général des « investisseurs » auxquels ils s'appliquent. Ils prévoient généralement qu'un « investisseur » aux termes du traité est une personne physique ou morale (par ex., une société) appartenant à une partie contractante ayant effectué un « investissement » sur le territoire de l'autre. Certains traités élargissent cette définition davantage en disposant qu'un « investisseur » couvert peut également être une personne physique ou morale n'ayant pas encore effectué un investissement dans le pays d'accueil, mais « cherchant » à le faire. De nos jours, une société peut assez facilement établir une présence à tout le moins officielle dans un pays étranger, par exemple en changeant son lieu de constitution, en procédant à la constitution d'une nouvelle société affiliée, et/ou en s'enregistrant auprès des autorités appropriées du pays étranger en question. Il est donc relativement simple pour une société d'établir une présence officielle dans un pays d'origine dans le but d'obtenir la protection d'un traité d'investissement conclu avec ce pays.

---

10 Voir Sachs & Sauvant, Éd.s., 2009. *Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford ; Voir également Kevin P. Gallagher et Melissa B.L. Birch, décembre 2006. *Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America*. *Journal of World Investment and Trade*, 7(6), qui constate que « signer un TBI avec les États-Unis n'exerce pas un effet d'attraction indépendant sur les investissements directs étrangers en provenance des États-Unis », mais qu'il « existe une corrélation entre le nombre total des TBI signés et le volume des investissements étrangers qui se dirige vers les pays d'Amérique Latine » ; Jennifer Tobin & Susan Rose-Ackerman, 2006. *When BITs Have Some Bite: The Political-Economic Environment for Bilateral Investment Treaties* : « ..... l'appréciation de TBI ne peut se faire de manière isolée. Leur impact sur les flux d'IDE vers le pays d'accueil doit être étudié dans le contexte des caractéristiques politiques, économiques et institutionnelles du pays d'accueil signant le TBI, et à la lumière du régime mondial des TBI ». Eric Neumayer and Laura Spess, 2006. *Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?* Disponible à <http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627> : « .... Les TBI remplissent leur objectif et les pays en développement qui ont signé un plus grand nombre de TBI avec les principaux pays développés exportateurs de capitaux seront vraisemblablement ceux qui auront reçu davantage d'IDE en échange ». Jeswald W. Salacuse & Nicholas P. Sullivan, 2005. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, 26 *Harv. Int'l L.J.* 67 ; Mary Hallward-Driemeier, 2003. *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit.... and They Could Bite* : « L'analyse de vingt ans de flux d'IDE entre pays de l'OCDE et pays en développement ne dégage guère d'indices amenant à penser que les TBI aient stimulé des investissements supplémentaires ».



Cependant, certains traités d'investissement plus récents ont réagi à ce problème potentiel, afin de prévenir l'emploi opportuniste de ces traités, en stipulant que les investisseurs ne seront protégés que s'ils exercent déjà une activité commerciale ou industrielle substantielle dans le pays d'origine. Les sociétés 'boîte postale' ou les entreprises n'ayant qu'une présence minimale dans le pays d'origine sont ainsi exclues de la couverture du traité.

## **2.2. QUELS SONT LES « INVESTISSEMENTS » QUE LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT ONT POUR BUT DE COUVRIR ?**

Les traités d'investissement confèrent des droits aux « investisseurs » et « investissements » étrangers. Comme mentionné ci-dessus, les « investissements » sont souvent définis comme étant constitués « d'actifs de tous types » dans le pays d'accueil. Dans leur interprétation des traités d'investissement, les tribunaux d'arbitrage ont statué que cette formule devait pour l'essentiel être comprise telle quelle, c'est-à-dire comme se rapportant à n'importe quel type d'actif, ce vocable pouvant comprendre des biens corporels ou incorporels, tels que des comptes en banque off-shore, des résidences secondaires, des droits au titre de la législation nationale ou de contrats, des participations minoritaires dans des sociétés étrangères et la clientèle de sociétés. Il est même possible que des contrats conclus par l'investisseur pour la vente de produits fabriqués ou de services assurés par lui dans son pays d'origine, en vue de leur vente à des consommateurs dans le pays d'accueil, puissent être considérés comme un investissement<sup>11</sup>. Même si les actifs de ce type n'apportent guère de contributions à l'économie du pays d'accueil ou au développement durable, ils peuvent bénéficier des droits accrus et des protections que leur offrent les traités d'investissement.

Certains pays ont inclus dans le libellé de leurs traités des dispositions destinées à mieux empêcher que les traités ne soient interprétés comme protégeant l'univers élargi de droits, intérêts et avoirs mêmes fugaces ou minimes dans le pays d'accueil, que quiconque pourrait prétendre constituer un « actif ». Pour cette raison, certains pays d'accueil ont exclu de l'éventail des « investissements » couverts des actifs tels que des obligations d'État, des placements de portefeuilles ou des créances provenant uniquement de contrats commerciaux pour la vente de biens ou de services. Certains pays ont également défini le terme « investissement » comme se rapportant à ceux inscrits sur une liste fermée et exhaustive d'actifs couverts, cette définition se substituant à la référence à « des actifs de tous types ».

D'autres pays ont adopté une toute autre approche, passant d'une définition reposant sur des actifs à une définition reposant sur les entreprises engagées. Dans cette approche, ne sont définis dans le cadre de l'investissement que les investissements directs ou les investissements effectués par une entreprise établie dans le pays d'accueil. Opérant une fonction semblable, certains États ont prévu des critères selon lesquels seuls les investissements engagés à des fins commerciales (excluant ainsi des actifs tels que des maisons de vacances) ou susceptibles de contribuer au développement économique du pays d'accueil peuvent être couverts par un traité d'investissement.

---

11 Voir par exemple *SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistan*, Affaire CIRDI n° ARB/01/13, Décision sur un déclinatoire de compétence, le 6 août 2003 ; *SGA c. Philippines*, Affaire CIRDI n° ARB/02/6, Décision sur un déclinatoire de compétence, le 24 janvier 2004. Ces affaires concernaient des contrats pour des services qui avaient en grande partie été exécutés en dehors du territoire de l'État d'accueil. Les tribunaux ont considéré qu'il s'agissait d'« investissements » pour lesquels ils étaient compétents.

Un exemple final des restrictions que des pays d'accueil ont apportées à la catégorie des « investissements » couverts est celle voulant que les investissements protégés doivent obligatoirement être effectués en conformité avec les lois du pays. Cette disposition permet de s'assurer que des investissements engagés par suite d'actes de corruption ou de fraude, ou des investissements non approuvés par le pays d'accueil (si une approbation est requise) ne pourront bénéficier des droits et réparations prévus par le traité.

Quand de telles restrictions ne figuraient pas au libellé des traités, les tribunaux d'arbitrage ont semble-t-il répugné à les introduire dans les textes de ces traités. (À la réserve près, toutefois, que les tribunaux ont, à tout le moins dans un petit nombre de cas, statué que des investissements obtenus à la faveur d'actes de fraude et de corruption, ou d'autres moyens illégaux, ne pouvaient bénéficier des protections des traités d'investissement). Le libellé des traités est donc crucial, car il déterminera si un investissement pourra bénéficier des protections extraordinaires qui sont inscrites dans les traités d'investissement.

### **2.3. QUELLES GARANTIES LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT OFFRENT-ILS AUX INVESTISSEURS ?**

Les obligations des traités d'investissement, c'est-à-dire ce que les États d'accueil sont tenus de faire ou de ne pas faire dans le traitement qu'ils réservent aux investisseurs, varient d'un traité à l'autre. Si certains pays ont leurs propres modèles préférés de traités d'investissement, ces modèles sont en évolution constante, de sorte que les TBI types utilisés aujourd'hui par de nombreux pays diffèrent sensiblement de ceux qu'ils utilisaient il y a vingt ans. Il en a résulté le développement d'une trame complexe de traités dont les dispositions peuvent différer même entre les parties contractantes liées par des traités avec un même pays tiers.

Cela dit, la plupart des traités récents présentent un noyau identifiable de dispositions comportant souvent des définitions identiques ou semblables. Les obligations ayant le plus de portée pour le développement durable sont celles par lesquelles le gouvernement d'accueil s'engage à fournir les avantages suivants à l'investisseur :

- Le traitement juste et équitable (TJE) ;
- Le dédommagement en cas d'expropriation directe ou indirecte ;
- Le traitement national, c'est-à-dire un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux ;
- Le traitement de la nation la plus favorisée (NPF), c'est-à-dire un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui accordé à des investisseurs d'autres pays ;
- L'exemption des « prescriptions de résultats » comme condition préalable à l'entrée et à l'exploitation de l'investissement. Sous ce chapitre figurent des exigences de transfert de technologie, d'exportation d'un pourcentage de production donnée, d'achats d'intrants d'origine nationale et de poursuite de travaux de recherche et de développement ;
- Le libre transfert de capitaux ;

- Une condition générale, appelée « clause parapluie », faisant obligation à l'État d'accueil de respecter toutes obligations légales ou contractuelles qu'il aura contractées envers l'investisseur ; et
- Le droit d'engager une procédure d'arbitrage contre le gouvernement d'accueil.

Chacune de ces dispositions sera examinée plus en détail dans les sections suivantes.

## 2.4. TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE

### 2.4.1. QU'EST-CE QU'EXIGE DES GOUVERNEMENTS L'OBLIGATION DE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE (TJE) ?

La plupart des traités d'investissement contiennent une disposition obligeant le gouvernement d'accueil à faire bénéficier l'investisseur d'un traitement juste et équitable<sup>12</sup>.

L'obligation de traitement juste et équitable s'est avérée être un élément important de la panoplie des actions offertes aux investisseurs contre des États d'accueil, élément qu'ils ont souvent invoqué après que leurs actions en expropriation, en discrimination injustifiée et autres prétentions aient échoué. Elle est donc devenue une sorte de clause « attrape-tout ». C'est ainsi que des États d'accueil ont été reconnus coupables de l'avoir enfreinte pour n'avoir pas agi de manière transparente dans des prises de décisions administratives. D'autres infractions ont été constatées dans la prise de mesures contradictoires par des organismes officiels du pays d'accueil envers l'investisseur, telles que le fait qu'un organisme ait encouragé un investissement et un autre lui ait refusé un permis de construire.

En pratique, il est difficile de prévoir lesquelles des actions d'un État seront en infraction de la norme du traitement juste et équitable. Le libellé du traité ne fournit pas lui-même, le plus souvent, d'orientations précises sur la question, et les tribunaux appelés à évaluer cette obligation en ont donné des interprétations fort divergentes.

Un bel exemple de norme élevée de comportement que les tribunaux ont exigée de l'État d'accueil pour se conformer au traitement juste et équitable est donné par le jugement rendu en 2003 dans l'affaire *Tecmed c. Mexique* (qui s'est répercuté sur un certain nombre d'affaires subséquentes<sup>13</sup>). Dans cette affaire, l'administration locale du pays d'accueil avait refusé de renouveler le permis d'une installation de traitement des déchets en activité, ce qui a provoqué sa fermeture. Dans sa décision, le tribunal a considéré que pour éviter de violer l'obligation de traitement juste et équitable, l'État d'accueil doit agir d'une manière qui, entre autres choses :

- « n'affecte pas les attentes essentielles que l'investisseur étranger avait entretenues en prenant la

12 Toutefois, un certain nombre de traités d'investissement conclus avec des pays d'Asie ne contiennent pas cette disposition. C'est le cas notamment des traités signés d'habitude avec le Pakistan, l'Arabie Saoudite et Singapour. OECD, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Law*, Septembre 2004, <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf> ci-dessus, pp.5-7.

13 Extraits du jugement *Tecnicas Medoambientales Tecmed S.A. c. United Mexican States*, affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, sentence arbitrale du 29 mai 2003, para. 154, cité dans *MTD c. Chili*, affaire CIRDI n° ARB/01/7, sentence arbitrale du 25 mai 2004, 9 sept. 2008, para. 112 ; *Occidental Exploration and Production Co. c. Équateur*, affaire LCIA n° UN3467, sentence arbitrale du 1er juillet 2004, para. 185 ; *Azurix c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/12, sentence arbitrale du 14 juillet 2006, para. 371 ; *Siemens c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/02/8, sentence arbitrale du 6 fév. 2007, para. 297-99 ; *Eureka c. Pologne*, sentence partielle du 15 août 2005, para. 235.

décision d'investir », et

- soit cohérente, « libre de toute ambiguïté et totalement transparente », de manière à ce que l'investisseur puisse connaître toutes les règles et réglementations pertinentes et leurs buts respectifs avant de procéder à son investissement<sup>14</sup>.

Ces exigences imposent à l'État d'accueil un fardeau de responsabilité manifestement plus lourd que l'engagement de se comporter d'une manière non volontairement nuisible et choquante, norme moins pesante que certains tribunaux avait admise comme représentant la totalité des obligations du traitement juste et équitable<sup>15</sup>.

La notion selon laquelle l'obligation de traitement juste et équitable doit protéger les « attentes légitimes » de l'investisseur est désormais réaffirmée assez régulièrement dans les décisions arbitrales sur la question de savoir si une obligation a été enfreinte. Mais alors que le tribunal dans *Tecmed* a interprété la notion des « attentes légitimes » de manière élargie, d'autres tribunaux se sont écartés de cette approche. C'est ainsi qu'un tribunal subséquent a mis en garde contre une interprétation trop littérale du jugement *Tecmed*, en considérant qu'elle entraînerait des obligations « inappropriées et non réalistes » pour les États d'accueil. Et d'ajouter que les attentes des investisseurs devaient être raisonnables et légitimes *en tenant compte des circonstances régnant dans le pays d'accueil*<sup>16</sup>. De manière analogue, un autre tribunal a statué qu'il n'était pas légitime pour un investisseur d'attendre de la Lituanie, un pays passant par une transformation réglementaire importante dans le contexte de son accession à l'UE, qu'elle demeure dans un état d'immobilisme législatif<sup>17</sup>.

En définitive, même si l'on tient compte de la nécessité de considérer les spécificités de chaque cas individuel, des points de vue très divers se sont exprimés sur la manière de comprendre les obligations de traitement juste et équitable des traités d'investissement. D'aucuns estiment que certains principes généralement acceptés seraient en train d'émerger actuellement. Cependant, dans le cadre des procédures courantes de règlement des litiges, les tribunaux ne sont pas tenus d'observer l'un quelconque de ces principes, voire même des précédents (au sens de l'autorité de la chose jugée), si bien que des sentences arbitrales paraissent souvent en contradiction avec des décisions qui les ont précédées. Il s'ensuit que les tribunaux d'arbitrage vont probablement continuer à parvenir à des interprétations différentes du traitement juste et équitable, entretenant l'incertitude continue dont les gouvernements d'accueil et les investisseurs font actuellement les frais.

#### 2.4.2. DANS QUELLE MESURE L'OBLIGATION DE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE CONCERNE-T-ELLE LA MARGE DE MANŒUVRE DÉCISIONNELLE DU GOUVERNEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT DURABLE ?

Le jugement *Tecmed* a hissé la barre à une hauteur que certains pays en développement ont de la peine à

14 *Tecmed c. Mexico*, supra, para. 154.

15 Voir *Glamis Gold c. États-Unis*, CNUDCI, sentence arbitrale du 8 juin 2009 (citant en divers points *Neer c. Mexique*, 4 R. sentences arbitrales internationales, 60-62, 1926).

16 *Saluka Investments BV c. République tchèque*, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006, paras. 304-05.

17 *Parkerings-Compagniet AS c. Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence arbitrale du 11 septembre 2007, para. 335.

atteindre. Cela s'explique notamment par le fait que nombre d'entre eux font face à des contraintes, à cause d'un manque de ressources financières, techniques et humaines, dans le renforcement de leurs régimes réglementaires. De toute évidence, ils devraient toujours faire preuve de transparence et de cohérence, mais dans la réalité ils n'y parviennent pas toujours, particulièrement si plusieurs organismes ou niveaux administratifs sont impliqués. Assurer la coordination entre des ministères et différents échelons du gouvernement est déjà difficile pour les pays développés, de sorte que l'imposition d'une norme dépourvue de toute ambiguïté et totalement transparente paraît peu réaliste pour un pays, quel qu'il soit.

Outre la norme rigoureuse que la décision Tecmed a consacrée, la notion plus répandue selon laquelle les attentes légitimes des investisseurs mériteraient d'être protégées est susceptible d'imposer un lourd fardeau à des gouvernements, notamment si le tribunal adopte une interprétation élargie des attentes considérées comme « légitimes ». Circonstance tout aussi importante, les régimes réglementaires de nombreux pays en développement ne sont pas aussi matures que ceux des pays développés. Ces régimes sont comparables à ceux qui avaient été adoptés par la plupart des pays de l'OCDE il y a plusieurs dizaines d'années, à une époque où ils expérimentaient encore sur les différents types et les différentes exigences des règlements qu'il leur convenait d'adopter pour établir ce qui fonctionnerait et ce qui serait approprié. Cela est particulièrement vrai de l'Afrique subsaharienne et de nombreux pays asiatiques dont les troupes à outils réglementaires restent relativement dégarnies. De nombreux pays en développement adoptent actuellement des politiques novatrices, recourant à des mesures fiscales et commerciales, en appliquant parfois des approches pionnières qui n'ont pas été essayées ailleurs. Et pour obtenir les résultats voulus, il est souvent nécessaire de faire des retouches. Mais ce faisant, les États d'accueil risquent de contrarier les hypothèses sur lesquelles les investisseurs ont fondé leurs décisions d'investissement à l'origine, et pourraient occasionner des pertes économiques à certains d'entre eux.

La question clé est de savoir si et dans quelles circonstances un investisseur qui investit dans un pays donné a le droit d'exiger que ses attentes deviennent légalement contraignantes à tous les niveaux gouvernementaux du pays d'accueil pendant toute la durée de son investissement. Quelles sont, en définitive, les attentes légitimes de l'investisseur ? Sont-elles le fait des incitations de l'État d'accueil ou ont-elles été générées par l'investisseur ? Si on admet que certaines « incitations » sont pertinentes, quelles seraient les « incitations » données par de hauts fonctionnaires de l'État d'accueil qui doivent être considérées comme étant contraignantes pour cet État dans le cadre



du traité ? Est-il légitime pour un investisseur de nourrir des « attentes » exécutoires sur la base de déclarations verbales de la part d'un haut fonctionnaire ? Et dans une optique plus générale, est-il légitime d'attendre d'un régime pauvre en ressources et mal coordonné qu'il fonctionne mieux qu'il ne l'a fait dans le passé, ou de s'attendre à ce qu'un régime réglementaire immature perdure sans subir des changements importants ? Ou appartient-il à l'investisseur de tenir compte de tels risques, dans le cadre de sa vérification préalable, avant d'engager un investissement ? Un investisseur quelconque est-il en droit de nourrir l'attente légitime voulant que les lois qui lui sont couramment applicables ne changeront pas à l'avenir ?

L'incertitude fondamentale qui entoure le sens de l'obligation de traitement juste et équitable constitue un sujet de préoccupation particulier pour les pays en développement qui, comme on l'a rappelé ci-dessus, sont mal équipés pour satisfaire à certaines des interprétations les plus exigeantes de l'obligation. Selon un scénario possible, les États d'accueil pourraient pro activement améliorer leur réglementation et leur administration à l'égard des investisseurs, du moment où ils auraient les moyens de procéder à ce type de réforme, ce qui aurait des impacts positifs sur les investisseurs aussi bien nationaux qu'étrangers. Mais dans un autre scénario, les pays qui songeraient à des changements de réglementation, surtout à des changements qui pourraient être vus comme divergents par rapport aux attentes légitimes des investisseurs selon certaines interprétations de l'obligation de traitement juste et équitable, pourraient répugner à s'exposer au risque d'un arbitrage onéreux et embarrassant. Dans un environnement incertain, le changement réglementaire devient un pari. Les États prêts à le prendre pourraient être obligés subséquemment de se plier à des sentences arbitrales très pesantes pour leurs trésoreries. Cette dynamique impose apparemment un « gel » réglementaire chez les gouvernements d'accueil, les mettant dans un état où la peur des arbitrages et des sentences coûteuses les empêche de faire évoluer la réglementation publique.

### 2.4.3. COMMENT LES ÉTATS RÉAGISSENT-ILS AUX PROBLÈMES LIÉS À L'OBLIGATION DE TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE ?

Afin de guider les tribunaux d'arbitrage dans l'interprétation de l'obligation de traitement juste et équitable, les États ont de manière croissante pris certaines mesures de précaution. L'une d'entre elles consiste à ne pas inclure cette norme dans leurs traités d'investissement. C'est ainsi que la section sur les investissements de l'accord de commerce conclu en 2005 entre l'Inde et Singapour omet toute clause de traitement juste et équitable.

Une autre approche, adoptée par un certain nombre de pays dans leurs TBI et dans les sections de leurs accords de libre échange relatives à l'investissement, consiste à rédiger la norme, ou à formuler une norme interprétative, à l'effet que l'exigence de traitement juste et équitable équivaut à l'exigence minimale coutumière du droit international concernant le traitement à accorder aux ressortissants d'autres pays<sup>18</sup>. Dans sa description habituelle, la notion de norme minimale de traitement établit un plancher de base au-dessous duquel les États ne peuvent pas descendre. Même si le traitement qu'ils infligent à leur propres citoyens est pire que celui permis par cette norme minimale ou plancher, les

18 Voir par exemple U.S.–CAFTA-DR, Art. 10.5(1) (signé le 24 mai 2004 par les États-Unis, le Costa Rica, le Salvador, le Honduras, le Guatemala et le Nicaragua ; la République dominicaine a signé ce texte le 5 août 2004 ; dates d'entrée en vigueur : 1er mars 2006 pour le Salvador, le 1er avril 2006 pour le Honduras et le Nicaragua, le 1er juillet 2006 pour le Guatemala, le 1er mars 2007 pour la République dominicaine, et le 1er janvier 2009 pour le Costa Rica. ALE Inde-Corée, Art. 10.4(1) (signé le 7 août 2009 ; entré en vigueur le 1er janvier 2010).

États n'en sont pas pour autant autorisés à infliger un traitement semblable à des étrangers. Les États sont tenus de traiter les étrangers sur leur territoire de manière égale ou supérieure à cette norme minimale.

Toutefois, les exigences pratiques de cette norme minimale demeurent en suspens. Selon les sentences de certains tribunaux, elles interdisent simplement tout comportement qui serait choquant ou pratiqué dans l'intention de nuire<sup>19</sup>. Selon les sentences d'autres tribunaux, les comportements auxquels on peut s'attendre devraient être quelque peu plus exigeants. Quoiqu'il en soit, par le fait d'établir une correspondance entre l'obligation de traitement juste et équitable et la norme minimale de traitement à appliquer aux ressortissants d'autres pays en droit international coutumier, les États ont recherché un fondement à cette obligation particulière des traités d'investissement. Ils se sont en effet préoccupés de ce que si l'on ne cherchait pas à mieux préciser l'obligation, celle-ci risquerait d'être interprétée comme exigeant des États qu'ils se plient à une norme plus élevée et plus exigeante de comportement en ce qui concerne le traitement accordé aux investisseurs et aux investissements étrangers. Cependant, en admettant que l'obligation de traitement juste et équitable se fonde sur le droit international coutumier, d'aucuns ont soutenu que ce droit, lui aussi, est en évolution et qu'il en viendra à prévoir des normes plus exigeantes<sup>20</sup>. Il semble donc aujourd'hui que l'incertitude entourant l'obligation de traitement juste et équitable n'ait pas été dissipée, même quand un État prend la précaution de le fonder sur le droit international coutumier relatif au traitement minimal des ressortissants d'autres pays. Il en a résulté que certains États explorent actuellement l'option consistant à être plus spécifique et à exiger explicitement, par exemple, que le comportement de l'État soit choquant ou de nature à nuire intentionnellement pour qu'il puisse être considéré comme violant l'obligation de traitement juste et équitable ou la norme minimale de traitement.

## 2.5. EXPROPRIATION

### 2.5.1. QUE MENTIONNENT LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT À PROPOS DE L'EXPROPRIATION ?

Les États doivent avoir la faculté d'exproprier, ceci pour de nombreuses raisons possibles, y compris à cause de la nécessité de construire des infrastructures et des routes. La problématique ne tient pas tant à la détermination du droit d'un État d'exproprier, mais plutôt à la détermination des situations dans lesquelles l'État sera tenu de dédommager les titulaires des droits affectés. Les traités d'investissement permettent aussi aux États de procéder à des expropriations, mais ils leur font obligation de fournir des dédommagements. Les traités d'investissement prévoient également que les expropriations soient motivées par un intérêt public ; elles doivent être non discriminatoires (donc non dirigées contre une entreprise ou une nationalité particulière) et se conformer aux procédures légales. Du fait que les traités d'investissement exigent que toute expropriation soit dédommée, la première question qui se pose est de savoir ce qui peut être qualifié d'expropriation.

19 Voir par ex. *Glamis Gold c. États-Unis*, sentence finale du 8 juin 2009.

20 Parmi les tenants de cette position figurent les parties demanderesse dans les litiges investisseur-État, telles que l'investisseur ayant intenté l'action *Glamis Gold c. États-Unis*. Dans cette affaire, le tribunal a considéré que la norme du droit international coutumier avait probablement évolué au-delà de ses formulations antérieures. Le tribunal a cependant déclaré qu'il appartenait à l'investisseur d'établir la manière dont la norme avait évolué, obligation que l'investisseur, dans le cas en présence, n'avait pas remplie. *Id.* aux paras 598-627.

Les expropriations sont généralement décrites comme relevant de deux catégories : les expropriations directes et les expropriations indirectes. De nombreux traités l'expriment de manière explicite, usant de différentes formulations pour stipuler que les dispositions d'expropriation couvrent les deux catégories. Nombre d'entre eux se bornent à prévoir des « expropriations directes et indirectes » ou des « expropriations et mesures équivalant à des expropriations ». Dans les cas où des traités n'avaient pas spécifiquement fait référence à des expropriations indirectes, des tribunaux d'arbitrage ont interprété ces accords comme s'y rapportant également.

Les concepts d'expropriation « directe » et « indirecte » sont rarement définis dans les traités d'investissement. Cette lacune ne fait pas problème dans le cas de l'expropriation « directe » – la mainmise physique ou la nationalisation d'une entreprise, qui implique le plus souvent une transmission de la propriété à l'État. Une expropriation directe est plus facile à identifier, d'autant qu'il existe une jurisprudence internationale importante pour guider les arbitres dans cette tâche. Il est plus difficile de définir l'expropriation indirecte, et la définition retenue peut avoir des impacts significatifs pour le développement durable.

### 2.5.2. QU'EST-CE UNE EXPROPRIATION INDIRECTE ?

L'expropriation indirecte est généralement comprise comme étant une action par laquelle l'État prend le contrôle effectif de l'investissement, mais pas par le biais d'une appropriation directe du bien légal. Un exemple typique serait la mise en place d'un conseil d'administration composé de représentants du gouvernement. Cependant quelles autres situations pourrait-on assimiler à une expropriation indirecte ? Des mesures prises dans un but public bien défini, tel que la santé publique ou la protection environnementale, peuvent-elles constituer un acte d'expropriation indirecte ? Les décisions d'arbitrage rendues à ce jour ne fournissent pas une réponse claire à cette question. L'issue dépendra des faits en présence ainsi que des critères appliqués par chaque tribunal dans son appréciation de l'affaire.

Dans le passé, les tribunaux d'arbitrage ont abordé les actions en expropriation de trois façons :

- La « doctrine des seuls effets » : avec cette approche, on considère que les motifs de la mesure ne sont pas pertinents. Le seul élément pouvant définir une expropriation indirecte est alors celui de l'étendue des impacts de la mesure sur l'investisseur.
- La proportionnalité : cette seconde approche évalue l'équilibre entre le but d'intérêt public de la mesure et le fardeau imposé à l'investisseur. Elle exige que les deux volets soient proportionnels, c'est-à-dire, que le fardeau imposé à l'investisseur ne soit pas excessif au vu des avantages publics en cause.
- L'exclusion au titre des « pouvoirs de police » : une troisième approche consiste à admettre que l'État puisse se réserver une catégorie de mesures qui ne seront pas réputées être des expropriations, quel qu'en soit l'impact. Ces mesures devront prendre la forme de règlements non discriminatoires, édictés de bonne foi pour des raisons de bien-être public. Elles sont considérées comme se situant à l'intérieur du havre sûr que l'on a traditionnellement appelé les « pouvoirs de police » des États<sup>21</sup>.

Ces trois approches reviennent à des manières fondamentalement distinctes de contempler la même

21 Se reporter à ce sujet au « Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States », USA, American Law Institute Publishers, Vol. 1, 1987, Section 712, commentaire g.

obligation. Néanmoins, chacune d'entre elles a été utilisée dans différentes décisions arbitrales, rendant l'expropriation indirecte difficile à cerner.

La doctrine des seuls effets, par exemple, a été suivie dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*. L'affaire *Metalclad* concernait deux "mesures" gouvernementales distinctes. La première était un ensemble d'événements qui ont conduit, cumulativement, à refuser à l'entreprise un permis d'exploiter une installation de déchets dangereux. Dans ce contexte, le tribunal a déclaré :

*Ainsi, l'expropriation aux termes de l'ALENA ne comprend pas seulement la reprise ouverte, délibérée et reconnue d'un bien, telle qu'une saisie inconditionnelle ou la transmission officielle ou obligatoire du titre de propriété à l'État d'accueil, mais également des empiètements masqués ou occasionnels sur l'usage dudit bien ayant pour effet de priver le propriétaire, en totalité ou en partie, de l'usage du bien ou des avantages économiques qu'il pourrait raisonnablement en escompter, même si ces actions ne représentent pas un avantage manifeste pour l'État d'accueil (paragraphe 103).*

S'agissant de la seconde mesure, qui constituait une initiative prise à l'échelon étatique et a eu pour effet essentiel de convertir la zone prévue des opérations de l'investisseur en une réserve écologique, le tribunal a conclu que cette action, elle aussi, revenait à une expropriation. Dans ce contexte, le tribunal a explicitement décidé que l'objet de la mesure était sans importance. « *Il n'appartient pas au tribunal de décider ou de considérer la motivation ou l'intention de l'adoption du Décret écologique* »<sup>22</sup>. Autrement dit, il n'était pas important de savoir si le décret en question visait ou non à améliorer le bien-être public. Ce qui importait plutôt était d'établir si le degré d'empiètement sur l'investissement de l'investisseur était suffisant pour que l'on puisse conclure qu'un acte d'expropriation indirecte avait été commis. Le tribunal est parvenu à la conclusion que tel était le cas. D'autres tribunaux ont également adopté cette approche<sup>23</sup>.

La portée de la doctrine des seuls effets est très étendue. Elle englobe toute réglementation gouvernementale qui aurait un impact économique significatif pour un investisseur, qu'elle soit ou non discriminatoire, et qu'elle soit ou non adoptée de bonne foi dans l'intérêt public. Adoptée avec rigueur, cette doctrine pourrait amener un gouvernement à devoir verser des indemnités dans un large éventail de cas où la mesure en cause n'aurait jamais été motivée par le désir de « saisir » le bien de l'investisseur. On peut dire, presque par définition, que toute réglementation effective aura un impact économique. Elle modifiera un processus de production, interdira un produit, exigera une technologie supplémentaire, etc. Dès lors que l'impact serait jugé suffisamment prononcé, la réglementation pourrait être assimilée à un acte d'« expropriation », obligeant le gouvernement à dédommager l'investisseur de sa perte.

En revanche, l'approche de la proportionnalité admet, elle aussi, qu'un empiètement substantiel sur l'investissement puisse constituer une expropriation, mais soutient que le raisonnement ne s'arrête pas là. Ayant établi l'existence d'un impact économique, il s'agira en effet de savoir si l'impact négatif sur l'investisseur est proportionnel à l'impact positif que la mesure vise à réaliser. C'est l'approche

22 *Metalclad Corporation c. United Mexican States*, affaire CIRDI n° Arb/AF/97/1, sentence d'août 2000, para. 111.

23 *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica*, affaire CIRDI n° ARB/96/1, sentence arbitrale du 17 fév. 2000.

qui a été adoptée dans l'affaire *Tecmed c. Mexique*, évoquée ci-dessus, où le gouvernement avait refusé de renouveler le permis d'exploitation d'une installation de traitement de déchets dangereux. Le gouvernement avait motivé son refus de renouveler le permis d'exploitation par le fait que le propriétaire et opérateur de l'installation, *Tecmed*, avait enfreint certaines des dispositions de son permis et de la réglementation applicable. Les infractions commises par *Tecmed* ainsi que la localisation d'un site d'enfouissement à proximité d'un centre urbain avaient inquiété des groupes communautaires locaux, qui avaient manifesté une forte opposition à la continuation des opérations du complexe de traitement de déchets dangereux. Dans cette affaire, le tribunal a toutefois conclu que le raisonnement à l'appui du refus gouvernemental n'était pas essentiellement écologique mais qu'il visait plutôt, par la mesure de refus, à apaiser les manifestants de la communauté locale. Cela étant, le tribunal a considéré que les impacts pour l'investisseur (la fermeture inévitable de toute son installation) étaient disproportionnés par rapport aux avantages environnementaux de la mesure (le tribunal estimant en fait que ces avantages étaient quasi-nuls) et que, par conséquent, la mesure revenait à une expropriation.

La troisième approche, consistant à invoquer des « pouvoirs de police », a été adoptée dans l'affaire *Methanex Corporation c. États-Unis*<sup>24</sup>. Dans cette affaire, l'État de Californie avait interdit l'usage de méthyle tertiaire butyle éther (MTBE), un additif de l'essence, parce qu'on avait constaté qu'il contaminait des alimentations en eau d'origine phréatique. Methanex, une société canadienne, a soutenu que cette mesure constituait une expropriation réglementaire de son investissement aux États-Unis, étant donné que son activité était de produire du méthanol, un ingrédient clé dans la fabrication du MTBE. Dans sa sentence de 2005, le tribunal a rejeté la demande de *Methanex*, expliquant qu'« en droit international général, un règlement non discriminatoire institué dans un but d'intérêt public en adoptant les procédures admises »<sup>25</sup> ne constitue pas une expropriation, pour autant que l'État n'ait pas donné la garantie expresse que la mesure en cause ne serait pas prise. C'est dire qu'il existe une catégorie de mesures qui a été retranchée des mesures possibles d'expropriation et que, si une mesure tombe dans cette catégorie, il ne sera pas même nécessaire d'en considérer les impacts économiques. Pour tomber dans cette catégorie, une mesure doit avoir été prise dans un but d'intérêt public légitime, être susceptible d'une application générale et non discriminatoire, et être mise en vigueur de manière équitable. La doctrine des pouvoirs de police est décrite comme une exclusion, et non comme une exception. Elle ne porte pas sur une situation où un gouvernement serait excusé de l'obligation de payer des dommages-intérêts en raison d'une exception. Elle porte plutôt sur une situation où la mesure litigieuse, dès le départ, n'est même pas réputée constituer un acte d'expropriation, si bien qu'aucune obligation n'est créée et aucune indemnisation n'est requise.

Comme dans toute exclusion, la difficulté consiste à en fixer l'étendue. Un autre tribunal ayant adopté la doctrine des pouvoirs de police a fait remarquer qu'il n'existait pas de « trait lumineux et facile à distinguer » entre des règlements prescrivant la non-indemnisation et des expropriations indemnifiables<sup>26</sup>. Dans chaque cas, le tribunal doit prendre sa décision sur la base des faits qui lui sont présentés et des réponses qui peuvent être données à des questions telles que : La mesure visait-elle légitimement à servir le bien public ? Était-elle discriminatoire, traitant l'investisseur différemment d'autres investisseurs nationaux similaires ou d'investisseurs provenant d'autres pays ? A-t-elle été élaborée et mise en œuvre dans le respect des procédures légales ? Ces jugements ne peuvent être

24 *Methanex Corporation c. États-Unis*, sentence finale du 3 août 2005

25 *Ibid*, Partie IV Chapitre D, para. 7.

26 *Saluka Investments BV c. République tchèque*, sentence partielle, Règles d'arbitrage CPA-CNUDCI, 17 mars 2006, para. 263.

exercés qu'en tenant compte de chaque cas. Ils sont nécessairement influencés par le poids que le tribunal accorde aux raisonnements et aux actions du défendeur étatique.

### 2.5.3. QUEL EST LE RAPPORT ENTRE L'EXPROPRIATION INDIRECTE ET LE DÉVELOPPEMENT DURABLE ?

Le concept de l'expropriation indirecte suscite plusieurs problèmes pour le développement durable. Une considération importante tient au fait que l'expropriation indirecte, selon l'interprétation qui lui est donnée, pourrait amener le contribuable du pays d'accueil à rémunérer l'investisseur pour qu'il change son comportement ou qu'il cesse de se comporter d'une façon contraire à l'intérêt public. Un autre sujet de préoccupation est que si les gouvernements sont tenus responsables des impacts de leurs règlements sur les investisseurs, ils se retiendront de régler comme ils le devraient, ou ils modifieront ou supprimeront des règlements le jour où planera la menace d'une demande de la part de l'investisseur (l'argument du « gel » réglementaire).

Un troisième problème tient à la définition nébuleuse de ce qui constitue une « expropriation indirecte ». Comme on l'a noté ci-dessus, les trois approches principales adoptées pour identifier la survenue d'une expropriation indirecte sont essentiellement différentes. Cela met l'État d'accueil dans une position d'incertitude, car il ne sait pas à l'avance si un texte de loi en suspens ne lui coûtera pas une action litigieuse et une obligation de dédommagement potentiellement onéreuse et embarrassante. Comme réaction naturelle à cette incertitude, on peut s'attendre à voir le gouvernement opter pour une approche peu encline au risque et adopter une réglementation moins rigoureuse, ou pas de réglementation, conduisant de nouveau au phénomène du « gel » réglementaire.

### 2.5.4. QUELLES ONT ÉTÉ LES RÉACTIONS DES ÉTATS AUX DISPOSITIONS RELATIVES À L'EXPROPRIATION INDIRECTE ?

L'incertitude juridique qui existe aujourd'hui pose des problèmes tant à l'État d'accueil qu'à l'investisseur, car elle n'apporte aucune clarté quant à leurs droits et obligations respectifs et pourrait faire monter les frais de tout litige. Il en résulte que des États toujours plus nombreux incorporent un libellé supplémentaire à leurs traités d'investissement pour clarifier le champ d'application de l'expropriation indirecte. Adaptée initialement au Canada et aux États-Unis, cette approche a maintenant été reprise en Asie (Accord d'investissement global de l'ASEAN, 2009), en Afrique (Accord d'investissement de la Zone d'investissement commune du COMESA, 2007) et même par certains pays d'Europe, notamment l'Autriche (Modèle de traité d'investissement autrichien, 2008, et certains traités récents basés sur ce dernier). Toutes ces dispositions limitent le champ d'application de l'expropriation indirecte et fixent des critères devant être obligatoirement pris en compte dans la détermination de l'existence ou pas d'un cas d'expropriation indirecte.

Par exemple, le modèle canadien de 2004 et le modèle autrichien de 2008 prévoient comme suit :

*Hormis de rares circonstances, telles que celles où une mesure ou une série de mesures est si sévère à la lumière de son objet qu'elle ne peut raisonnablement être considérée comme ayant été adoptée et appliquée de bonne foi, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui ont été conçues et appliquées dans le but de protéger des objectifs légitimes d'intérêt public, tels que des objectifs en matière de santé, de prévention et*

*d'environnement, ne constituent pas un acte d'expropriation indirecte<sup>27</sup>.*

Une approche encore différente est celle adoptée dans le traité d'investissement prévu pour la Zone d'investissement commune du COMESA. Son Article 20(8) dispose comme suit :

*En conformité avec le droit des États de réglementer et avec les principes du droit international coutumier relatifs aux pouvoirs de police, des mesures réglementaires prises de bonne foi par un État membre qui sont conçues et adoptées dans le but de protéger ou de relever des objectifs d'intérêt public légitimes, tels que ceux portant sur la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constitueront pas un acte d'expropriation indirecte au sens du présent Article.*

Les textes américain et canadien comportent en supplément trois critères visant à déterminer si une expropriation indirecte a eu lieu :

- (a) Établir si une action ou une série d'actions par une Partie, dans une situation factuelle spécifique, constitue une expropriation indirecte nécessite une enquête cas par cas, fondée sur les faits, tenant compte, entre autres facteurs :
  - (i) de l'impact économique de l'action gouvernementale, bien que l'effet adverse que pourrait entraîner une action ou une série d'actions par une Partie sur la valeur économique d'un investissement ne puisse en soi amener à établir qu'une expropriation indirecte a eu lieu ;
  - (ii) de l'étendue de l'empiètement occasionné par l'action gouvernementale sur des attentes d'investissement distinctes et raisonnables ; et
  - (iii) le caractère de l'action gouvernementale<sup>28</sup>.

Le modèle américain fait également référence au droit international coutumier sur l'expropriation.

L'Accord d'investissement global signé par l'ASEAN en 2009, qui s'inspire probablement de l'approche canadienne et américaine, fixe également une liste de facteurs dont les tribunaux d'arbitrage auront à tenir compte. Ces facteurs sont en grande partie identiques à ceux contenus dans les modèles canadien et américain, à quelques différences importantes près. Par exemple, la version de l'ASEAN évite le terme « attentes légitimes » et le remplace par une référence à des assurances écrites.

27 Modèle canadien FIPA, 2003, Annexe B.13(c) ; Modèle de TBI autrichien, 2008, Art. 7(4). Le modèle de TBI canadien le plus récent, le Model Foreign Investment Protection Agreement (FIPA), a été mis à jour en 2003. Le TBI modèle de l'Autriche a été mis à jour en 2008.

28 Modèle de TBI américain de 2004, Annexe B, Expropriation ; Modèle FIPA canadien, Annexe B.13(1), Expropriation. Le libellé du modèle canadien est légèrement différent. Le modèle le plus récent de TIB américain remonte à 2004 et sert toujours de base aux négociations de traités d'investissement engagées par les États-Unis. En 2009, les États-Unis ont entrepris d'actualiser leur modèle de TBI. Cependant, aucune décision à ce sujet n'avait encore été annoncée en septembre 2011.



Elle précise également ce qui est entendu par « caractère de l'action gouvernementale »<sup>29</sup>.

## 2.6. TRAITEMENT NATIONAL

### 2.6.1. EN QUOI CONSISTE L'OBLIGATION DE TRAITEMENT NATIONAL ?

Cette obligation de non-discrimination est prévue dans la quasi-totalité des traités d'investissement. Bien que son libellé puisse différer d'un traité à l'autre, le traitement national signifie essentiellement que l'État d'accueil doit traiter l'investisseur étranger non moins favorablement qu'un investisseur national. Quand cette obligation est inscrite dans un traité d'investissement, elle s'appliquera à des investissements déjà engagés et exploités dans le pays d'accueil. Une clause type de traitement national pourrait se lire ainsi :

*Chaque Partie contractante accorde aux investisseurs de l'autre Partie contractante, pour ce qui concerne **la gestion, la maintenance, l'usage, la jouissance ou l'aliénation** de leurs investissements, un traitement non moins favorable à celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs...*

Certains traités prescrivent également que les investisseurs, pour qu'ils puissent être comparés valablement, doivent se trouver dans des « circonstances similaires ». Cette disposition peut aider les tribunaux à limiter le champ d'application du principe du traitement national à un ensemble plus raisonnable de situations. Elle rappelle aux tribunaux appelés à comparer les traitements accordés aux investisseurs nationaux et étrangers qu'il ne leur faut pas confondre des pommes avec des poires. Néanmoins, la nécessité de cette précision n'est pas entièrement évidente : certains tribunaux ont examiné la question de savoir si des investisseurs étrangers et nationaux se trouvaient dans des « circonstances similaires », même si, comme dans l'exemple ci-dessus, la référence à des « circonstances similaires » ne figurait pas explicitement dans le texte du traité. Il reste qu'en inscrivant une telle limitation dans le traité, les tribunaux bénéficieront d'une directive supplémentaire leur permettant de rendre des décisions plus prévisibles.

Pour apprécier le sens de l'obligation de traitement national, il faut tenir compte (1) de l'intention et (2) de la base de comparaison nationale. S'agissant du premier aspect, certains tribunaux ont déclaré que l'intention d'exercer une discrimination ne constitue pas un élément indispensable pour conclure à une violation de l'obligation de traitement national. Un État d'accueil peut violer cette obligation même s'il n'a pas l'intention de traiter des investisseurs étrangers moins favorablement que les investisseurs nationaux. Seul compte la question de savoir si les actions ou omissions de l'État d'accueil ont eu un impact négatif (ou plus gravement négatif) sur les investisseurs étrangers. Supposons par exemple qu'un pays autorise des investissements étrangers dans ses services de santé, mais exige que les prestataires de services soient certifiés en conformité avec des normes professionnelles nationales. Si la procédure de certification, bien qu'établie en vue de régler et garantir la qualité des services de santé, donne lieu à un fardeau que le prestataire de services

29 Annexe 2, ASEAN Comprehensive Investment Agreement. Les États membres de l'ASEAN sont Brunei Darussalam, le Cambodge, l'Indonésie, le Laos, la Malaisie, le Myanmar, les Philippines, Singapour, la Thaïlande et le Viêt-Nam. Bien que signé le 26 février 2009, le traité n'était pas encore entré en vigueur en octobre 2011.

étranger aurait plus de peine à supporter que des prestataires nationaux, cette exigence de certification pourrait en principe être considérée comme violant l'obligation de traitement national.

Le second aspect concerne l'existence d'une base de comparaison nationale. Comme on l'a noté ci-dessus, pour établir une violation de l'obligation de traitement national, l'investisseur étranger aura probablement à démontrer qu'un investisseur national se trouvant dans des « circonstances similaires » aux siennes a été plus favorablement traité que lui. Si aucun investisseur national opérant dans des « circonstances similaires » n'a été traité plus favorablement que l'investisseur étranger, il n'y aura probablement pas de violation de l'obligation de traitement national. Un tribunal risquera d'autant moins de conclure à l'existence d'une violation du traitement national que son appréciation des différences entre investisseurs nationaux et étrangers sera affinée. À titre d'illustration, si un investisseur étranger était le propriétaire d'une usine dans le pays d'accueil, fabriquant les mêmes produits qu'un investisseur national, mais en utilisant un procédé émettant davantage de gaz à effet de serre que le procédé de l'investisseur national, toute loi visant à réduire les émissions pourrait avoir comme impact de réserver un traitement moins favorable à l'investisseur étranger. Si, recourant à l'arbitrage, l'investisseur étranger soutenait alors que la mesure comportait un élément discriminatoire à son détriment, le tribunal pourrait considérer qu'en raison des procédés utilisés (et à la lumière des objectifs de la réglementation en cause sur les émissions), les deux investisseurs ne se trouvent pas dans des « circonstances similaires » et que par conséquent il n'y a pas eu de violation de l'obligation de traitement national.

En revanche, d'autres tribunaux pourraient retenir une interprétation élargie de la description des « circonstances similaires », au point de regrouper dans la même catégorie des investisseurs engagés dans des secteurs et des activités tout à fait différents. Il s'est présenté un cas, par exemple, où le tribunal a déclaré que le demandeur, un investisseur étranger engagé dans la production et l'exportation de pétrole, s'était trouvé dans des « situations similaires » à celles d'entreprises nationales engagées dans la production et l'exportation de bois, de bananes et d'huile de palme<sup>30</sup>. Appliquant une notion très large de la « similarité », le tribunal est parvenu à la conclusion que l'État avait opéré une discrimination contre l'investisseur étranger, en violation de l'obligation du traitement national.

## 2.6.2. COMMENT LES DROITS PRÉ-ÉTABLISSEMENT SONT-ILS ACCORDÉS PAR LE BIAIS DE LA CLAUSE DE TRAITEMENT NATIONAL ?

Dans certains traités d'investissement, l'obligation de traitement national ne s'applique pas seulement à des investisseurs déjà actifs dans le pays d'accueil (traitement national après établissement) mais également à des investisseurs potentiels envisageant d'y engager des investissements.

Lorsque l'obligation de traitement national est étendue à des investisseurs en puissance, elle crée ce qu'on appelle des droits pré-établissement (ou « droits d'établissement »). Un investisseur étranger est ainsi habilité à se déployer dans un pays d'accueil et d'y procéder à son investissement suivant des conditions qui ne seront pas moins favorables que celles appliquées à un investisseur national qui songerait à un investissement de même type. Par exemple, l'ALENA, qui a été l'un des premiers traités à contenir une telle disposition, stipule à son Article 1102 (Traitement national) :

<sup>30</sup> *Occidental Exploration and Production Co. c. Équateur*, Affaire LCIA n° UN3467, sentence arbitrale du 1er juillet 2004, paras. 167-179.

*Chaque Partie accorde aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, à ses propres investisseurs pour ce qui concerne **l'établissement, l'acquisition, l'expansion**, la gestion, la conduite, l'exploitation et la vente et toute autre disposition concernant les investissements. (accentuation ajoutée)*

Les mots en caractères gras créent les droits pré-établissement dans l'ALENA. De tels droits ne sont pas traditionnellement prévus dans les traités d'investissement, et aujourd'hui encore n'y sont inclus que dans un nombre relativement réduit de traités. Tous les traités conclus par les États-Unis et le Canada depuis la signature de l'ALENA en contiennent. C'est également le cas de pays comme le Japon. L'accord d'investissement global de l'ASEAN use d'un langage basé sur le libellé de l'ALENA. Les États membres de l'UE, qui jusqu'en 2009 étaient exclusivement compétents en matière d'IDE, n'ont pas négocié de droits pré-établissement, étant donné que la compétence en la matière appartenait à l'Union européenne. Celle-ci a effectivement négocié des droits d'accès à des marchés dans le contexte de ses accords de libre échange ou de partenariat économique. Cependant, la Commission européenne n'a pas négocié de droits pré-établissement dans le contexte de la protection des investissements. Mais dans un passé récent, l'Union européenne est devenue compétente en matière d'IDE et, de ce fait, il est probable que la Commission européenne négociera des traités d'investissement ou des sections d'ALE prévoyant des droits pré- et post-établissement. Des droits pré-établissement sont également inscrits à l'Accord général sur le commerce des services (GATS) de l'OMC, dont les membres peuvent offrir ou demander des droits pré-établissement pour le compte d'investisseurs dans des secteurs de services donnés.

En concluant ces traités, les gouvernements ont cédé un pouvoir clé qu'ils avaient traditionnellement détenu en tant qu'instances souveraines, à savoir l'autorité de réglementer et de contrôler l'entrée d'entités et d'individus étrangers sur leur territoire. Évidemment, les pays peuvent toujours décider unilatéralement d'ouvrir leurs frontières à des investisseurs étrangers. En appliquant des mesures nationales, ils peuvent choisir de libéraliser leurs marchés de manière échelonnée ou globale, en fonction de leurs besoins et leurs objectifs. Par contre, les traités d'investissement qui accordent aux investisseurs étrangers des droits pré-établissement lient les pays concernés par des engagements de longue durée à ouvrir leurs frontières et à permettre l'entrée d'investisseurs étrangers.

### 2.6.3. QUELLES SONT LES PRINCIPALES PRÉOCCUPATIONS QUI ENTOURENT L'OBLIGATION DE TRAITEMENT NATIONAL ET SON IMPACT SUR LA LÉGISLATION ET LES POLITIQUES DU PAYS D'ACCUEIL ?

Les gouvernements peuvent avoir diverses raisons valables de traiter des individus et des entités différemment pendant les phases préalables et postérieures à l'établissement. Cependant, l'obligation de traitement national peut restreindre la possibilité pour eux de le faire.

Si un tribunal retient une définition trop large des « circonstances similaires », l'obligation de traitement national pourra restreindre la liberté du gouvernement d'opérer des distinctions entre investisseurs sur la base de facteurs liés à leur activité, et non à leur nationalité. Deux projets d'investissement dans un même secteur peuvent, du fait de leurs différentes caractéristiques (politique

de recrutement de l'investisseur, localisation de l'investissement, avantages proposés, nature des produits, impact environnemental...) se traduire par des avantages et des coûts très différents pour l'économie d'accueil. Au vu de ces différences de coûts et d'avantages, et sans tenir compte de la nationalité de l'investisseur, un gouvernement pourrait être amené à favoriser (par exemple au moyen de mesures fiscales ou de délivrance de permis) un projet par rapport à l'autre. Mais si une perception élargie de la notion de « similarité » est appliquée aux deux projets, l'obligation de traitement national pourrait interdire une telle discrimination.

De plus, un gouvernement pourrait avoir des raisons légitimes d'appliquer des lois ou des politiques contre une entité avant de (ou sans) prendre des mesures semblables contre les autres. Une telle situation se présenterait, par exemple, si le gouvernement ne disposait pas de ressources suffisantes pour agir contre tous les contrevenants d'une loi quelconque, ou s'il voulait « montrer un exemple », ou encore sévir contre les auteurs des infractions les plus flagrantes. Par ailleurs, si un gouvernement procède à un changement légitime de loi ou de politique, le traitement d'un investisseur étranger postérieurement à ce changement pourrait différer du traitement d'investisseurs nationaux (et autres investisseurs étrangers) qui prévalait avant le changement. Les deux types de situation pourraient potentiellement conduire à une différenciation de fait entre les traitements réservés respectivement aux investisseurs étrangers et nationaux.

Par contre, si un tribunal d'arbitrage se concentre uniquement sur l'impact de la mesure et ne considère pas que la différenciation du traitement est pertinente à la détermination de l'existence ou non d'une violation de l'obligation de traitement national, cette obligation pourra restreindre la capacité du gouvernement à appliquer, faire respecter et modifier des lois et des politiques en soutien de buts d'intérêt public à la fois légitimes et importants.

Le dossier du traitement national pré-établissement suscite d'autres préoccupations encore. En particulier, il se peut qu'en raison de soucis de sécurité nationale, un pays décide de garantir une présence nationale, et souhaite réglementer avec rigueur toute implication étrangère dans un secteur ou une activité particulière.

Un autre sujet de préoccupation à propos de l'inscription de droits pré-établissement aux traités d'investissement part de la constatation que, dans certains pays d'accueil, l'appareil des lois environnementales, sanitaires, du travail, de la sécurité et autres couvrant les entreprises est souvent faiblement appliqué ou défectueux. Dans une telle situation, particulièrement en présence d'investissements étrangers aux impacts potentiels importants, l'État d'accueil pourrait souhaiter imposer des normes élevées de conduite aux investissements entrants, notamment pour tirer parti des capacités techniques des investisseurs étrangers. Si cet état de choses se présentait, l'investisseur pourrait soutenir que de telles exigences sont en contradiction avec les obligations de l'État d'accueil au titre du traitement national pré-établissement. Autrement dit, cet investisseur pourrait soutenir que l'État d'accueil

lui accorde un traitement moins favorable que celui qu'il accorderait à des investisseurs nationaux similaires, lesquels ne seraient soumis qu'à une législation nationale moins exigeante.

Les droits pré-établissement sont parfois également critiqués sous l'angle du développement économique. La critique tient ici de l'argument de « l'industrie naissante » selon lequel il est parfois nécessaire, afin d'établir une solide présence nationale dans un secteur donné, d'accorder à ce secteur un soutien et/ou une protection temporaire pour l'aider à entrer en concurrence avec, ou à s'abriter contre, la concurrence potentiellement écrasante de producteurs étrangers plus efficaces ou puissants. Interdire l'entrée d'investissements étrangers dans le secteur concerné représente un moyen d'y parvenir ; accorder une assistance aux acteurs nationaux en est un autre.

Pour diverses raisons économiques, un État pourrait préférer une solide présence nationale dans un secteur à une domination étrangère. Les dépenses en recherche et développement (qui sont en proche corrélation avec les capacités d'innovation) sont normalement plus importantes dans les pays où les sièges de multinationales sont établis que dans les pays n'accueillant que des filiales. Les capacités d'innovation sont également accrues en permettant à des techniciens et gestionnaires locaux d'apprendre leur métier en l'exerçant. Et il se peut aussi que certaines des décisions d'entreprises nationales, y compris en matière de réinvestissement de bénéfices, soient plus avantageuses pour l'économie nationale que les décisions d'investisseurs étrangers.

D'un autre côté, l'approche consistant à privilégier une industrie naissante peut freiner l'injection bénéfique de nouvelles technologies et pratiques de gestion, que des investisseurs étrangers seraient en mesure d'importer rapidement. Elle peut aussi laisser des consommateurs nationaux, à tout le moins au début, dépenser davantage pour des produits fabriqués par des usines locales moins efficaces, et probablement consommer des biens de moindre qualité. L'inconvénient le plus grave de l'approche de l'industrie naissante est probablement représenté par le risque que celle-ci ne « grandisse » jamais et que l'économie nationale soit indéfiniment lestée de producteurs inefficaces, proposant des biens de qualité médiocre.

Le consensus est loin d'être réuni sur la comparaison des avantages et des coûts de la stratégie de l'industrie naissante. De toute façon, il est évidemment important de tenir compte des spécificités des différents secteurs, pays et moyens de mise en œuvre. On peut toutefois affirmer que les pays qui entendent appliquer la stratégie de l'industrie naissante ou toutes autres pratiques susceptibles de défavoriser les investisseurs étrangers ne pourront le faire s'ils sont liés par traité d'investissement accordant des droits pré-établissement aux investisseurs étrangers. Dans un tel cas, ils auraient été mieux avisés de décider unilatéralement de ne pas s'engager dans une politique de l'industrie naissante. Les engagements pris dans ces traités revêtent un caractère plutôt définitif, car il est très difficile de revenir sur les décisions de ce type dans la plupart des traités d'investissement.

Enfin, une question encore plus fondamentale se pose : celle de savoir si la promotion d'exigences de droit international prévoyant que des États permettent à des investisseurs de s'installer sur leur territoire, sans distinction aucune par rapport aux investisseurs nationaux, en vient à faire figure de néocolonialisme<sup>31</sup>. Le droit international a, de bien diverses manières, fourni un appui légal au colonialisme sous ses différentes formes historiques. Dans le cas des droits pré-établissement,

---

31 Howard Mann : « International Investment Agreements: Building the New Colonialism? ». Actes du 'American Society of International Law', Vol. 97, 2003.

malgré leur réciprocité théorique, la réalité est que de très nombreux pays ont sensiblement moins de capacités que leurs contreparties, dans le cadre des traités d'investissement, pour leur permettre de (a) profiter des opportunités d'investissement à l'étranger, et (b) profiter des investissements qu'ils pourraient recevoir de l'extérieur. Et s'il est vrai que le volume des IDE émanant d'investisseurs de l'ensemble des pays en développement est actuellement croissant, les tendances au déséquilibre n'en ont pas disparu pour autant<sup>32</sup>. Dans de telles circonstances, l'incitation à la détention de droits d'accès en grande partie irrévocables demeure une question qui nécessite une très forte attention supplémentaire.

#### 2.6.4. AU VU DES PRÉOCCUPATIONS QUE SUSCITE L'INCIDENCE DE L'OBLIGATION DE TRAITEMENT NATIONAL, QUE FONT LES ÉTATS POUR LA FAIRE ÉVOLUER ?

Les États ont pris différentes initiatives pour clarifier et limiter l'incidence de l'obligation de traitement national. Certains d'entre eux ont inclus au libellé de leurs TBI des dispositions précisant que la discrimination n'est interdite qu'entre des investisseurs ou investissements « similaires ». Ces textes reflètent le principe selon lequel des pays peuvent légitimement accorder des traitements différents à des investisseurs ou investissements dissimilaires. Même s'il ressort de décisions arbitrales que ce principe peut être entrevu dans un traité bien que le terme de « circonstances similaires » n'y apparaisse pas, il est néanmoins prudent de l'exprimer explicitement dans le texte du traité. De plus, le langage de certains traités est agencé de manière à aider les tribunaux à déterminer les situations ou circonstances auxquelles le qualificatif de « similaires » pourrait s'appliquer<sup>33</sup>.

Un certain nombre d'États ont également inséré des réserves et des limitations explicites dans leurs traités afin de se préserver le droit de prendre des mesures pouvant se traduire par une discrimination intentionnelle ou prévisible contre des investisseurs étrangers. Certains États ont par exemple prévu dans leurs traités des exceptions visant à protéger des objectifs particuliers (par exemple, des exceptions permettant d'accorder un traitement plus favorable à des groupes indigènes ou des minorités), des secteurs ou sous-secteurs donnés (par exemple, celui des services de sécurité) et des mesures particulières (par exemple, les exceptions pour des mesures « non conformes » qui étaient couramment appliquées au moment de l'entrée en vigueur du traité). L'ALENA, par exemple, comporte plus de 100 pages d'exceptions de ce type à l'obligation du traitement national.

Les droits de traitement national pré-établissement entraînent des engagements très conséquents et sont rarement accordés d'une manière intégrale. En effet, comme cela se présente dans l'AGCS et certains traités d'investissement, les États prêts à accorder de tels droits ne le feront plutôt que dans certains secteurs identifiés (l'approche de la liste d'inclusion ou positive), ou prescriront une liste de secteurs, d'activités et/ou de domaines de politiques dans lesquels ces engagements ne seront pas applicables (l'approche de la liste d'exclusion ou négative). L'approche de la liste d'inclusion est plus

32 Voir par exemple OECD, FDI in Figures, Juillet 2011

33 Voir l'Accord d'investissement du COMESA, Art. 17(2). L'Accord d'investissement du COMESA, portant sur la Zone d'investissement commune du COMESA, a été adopté en mai 2007 lors du Douzième sommet des Chefs d'État et de gouvernement du COMESA. Les États du COMESA sont le Burundi, les Comores, la République démocratique du Congo, Djibouti, l'Égypte, l'Érythrée, l'Éthiopie, le Kenya, la Libye, Madagascar, le Malawi, Maurice, le Rwanda, les Seychelles, le Soudan, le Swaziland, l'Ouganda, la Zambie et le Zimbabwe.

prévisible, car les États ne courent pas le risque d'oublier d'exclure un secteur qu'ils n'avaient pas eu l'intention d'ouvrir à des dispositions pré-établissement.

## **2.7. TRAITEMENT DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE (NPF)**

### **2.7.1. QU'EST-CE QUE LE TRAITEMENT NPF ?**

Pratiquement tous les traités d'investissement contiennent l'obligation d'accorder le traitement NPF. Si un État se voit accorder le traitement NPF par un partenaire de traité d'investissement, cela signifie que le traitement accordé par ce partenaire aux investisseurs de cet État ne doit pas être moins favorable que celui accordé aux investisseurs en provenance d'autres pays.

Pour aussi simple qu'elle paraisse, cette disposition a depuis une dizaine d'années été l'objet de discussions tendant à lui conférer une signification nouvelle et élargie. En effet, des obligations NPF ont été utilisées pour permettre à des investisseurs d'« importer » des obligations à partir de la multiplicité des différents traités auxquels leurs États d'accueil étaient parties. En d'autres mots, des investisseurs ont pu faire valoir avec succès que, malgré le fait que le TBI conclu entre leur État d'origine et l'État d'accueil pouvait être défavorable au succès de leurs prétentions, ils avaient le droit à un traitement aussi favorable que celui promis à des investisseurs couverts par n'importe quel autre traité d'investissement que le pays d'accueil avait pu signer.

Cela donne aux investisseurs un large éventail de choix. Plus de 2 750 TBI ont été conclus, à quoi s'ajoute une multitude de sections relatives aux investissements dans les traités de commerce, sans oublier les engagements prévus par l'AGCS de l'OMC et le Traité de la Charte de l'énergie. Tous ces textes comportent des éléments plus ou moins semblables, mais ils ne sont pas tous identiques. Un État quelconque sera souvent partie à des dizaines de traités aux libellés différents visant à stipuler les obligations essentielles, et même parfois des obligations et procédures fondamentalement différentes. Ces différences peuvent provenir du fait que les traités ont été signés à différentes étapes de l'évolution des traités d'investissement, ou parce que les différents partenaires de traité de l'État d'accueil étaient suffisamment puissants pour faire prévaloir leurs conditions, ou pour une diversité d'autres raisons.

Nombre de ces différences sont superficielles, mais certaines d'entre elles peuvent être significatives, et la nouvelle interprétation dont l'obligation de la NPF est l'objet signifie qu'un investisseur a la possibilité de choisir parmi les diverses formulations des dispositions concernant, par exemple, l'expropriation, pour en trouver une qui soit plus favorable à sa cause, même si ces dispositions ne sont pas contenues dans le traité signé par son pays d'origine.

Par exemple, dans *MTD c. Chili*, l'investisseur malaisien a fait valoir avec succès que la clause



NPF contenue dans le TBI entre la Malaisie et le Chili l'habilitait à invoquer les dispositions du traitement juste et équitable contenues dans les TBI conclus par le Chili avec le Danemark et la Croatie, qui contenaient des obligations formulées de manière plus extensive<sup>34</sup>. Dans l'affaire *Maffezini c. Royaume d'Espagne*, l'investisseur argentin a invoqué la disposition NPF afin de contourner la restriction imposée par le TBI signé entre l'Argentine et l'Espagne selon laquelle l'investisseur avait à saisir d'abord les tribunaux nationaux avant de recourir à un arbitrage international. Il a désormais été soutenu par un certain nombre de tribunaux que les obligations NPF prévues aux traités d'investissement permettent ce type de prélèvement sélectif parmi les traités existants<sup>35</sup>.

Toutefois, les commentateurs et les tribunaux ne sont pas unanimes à se rallier à cette approche. De fait, un débat se poursuit actuellement pour savoir si et dans quelle mesure il est possible d'invoquer la clause NPF de TBI pour importer des dispositions plus favorables à partir d'autres traités, conclus antérieurement par l'État d'accueil. C'est pourquoi, malgré des affaires telles que *Maffezini*, *MTD*, *RosInvest Co. c. Russie*<sup>36</sup> et d'autres affaires, qui ont permis à des investisseurs d'utiliser la disposition NPF pour étendre leurs droits substantiels et procéduraux, d'autres tribunaux sont parvenus à des conclusions contradictoires sur les effets de la disposition NPF<sup>37</sup>.

D'autres questions concernant l'impact de l'obligation NPF ont également été posées. Ainsi, un investisseur peut-il importer des obligations à partir d'accords autres que des TBI ? A-t-il la faculté de porter plainte contre le pays d'accueil pour le tort qu'il lui aurait causé par des actions en infraction d'obligations aux termes de l'AGCS de l'OMC, de l'Accord MIC (mesures concernant les investissements et liées au commerce) ou de l'ADPIC (aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce) ? Ces textes, après tout, contiennent des engagements couvrant le traitement à accorder aux investisseurs. Et que dire de l'Accord OMC sur les marchés publics, qui n'est manifestement pas un traité d'investissement ? Comme ces questions n'ont toujours pas, dans une large mesure, été réglées, il règne toujours un degré d'incertitude sur la portée et l'impact de l'obligation NPF.

## 2.7.2. QUELLES SONT LES PRINCIPALES PRÉOCCUPATIONS QUE SUSCITE L'OBLIGATION NPF ?

Comme on l'a noté ci-dessus, l'obligation NPF a évolué ces quelque dix dernières années. Au départ, elle constituait une obligation relativement peu controversée visant à rendre égales les règles du jeu imposées aux investisseurs des différents États. Aujourd'hui, cette obligation en est venue à soulever de graves questions concernant la possibilité qu'elle présente de fausser des traités d'investissement et d'étendre les engagements que prennent les pays à travers eux bien

34 *MTD Equity c. Chile*, supra.

35 Voir *RosInvest c. Fédération de Russie*, Arbitrage SCC V (079/2005), attribution de juridiction, octobre 2007 et sentence arbitrale, 12 sept. 2010.

36 Arbitrage SCC V (079/2005), attribution de juridiction, oct. 2007 et sentence arbitrale, 12 septembre 2010.

37 Voir par exemple *Plama Consortium Ltd. c. Bulgarie*, affaire CIRDI n° ARB/03/24, Décision de juridiction, 8 fév. 2005 ; *Salini Costruttori S.p.A. c. Jordanie*, affaire CIRDI n° ARB/02/13, Décisions de juridiction, le 9 nov. 2004.

au-delà de ce que les parties contractantes avaient envisagé en les signant.

Plus précisément, il ressort de certaines décisions rendues à ce jour qu'un investisseur dont les droits contre l'État d'accueil sont gouvernés par un TBI assorti d'une clause NPF (le « TBI de base ») peut explorer l'univers des TBI (et potentiellement celui des autres traités) auxquels le pays d'accueil est Partie, identifier les clauses et les protections de ces textes qui lui sont plus favorables que ceux dont il bénéficie déjà, et utiliser la disposition NPF du traité de base pour remplacer ou accroître les protections qu'à lui seul ce traité lui offre. Encore plus déconcertant est le fait que, d'après les décisions publiées, lorsqu'il « importe » de tels droits rehaussés, l'investisseur a la possibilité de les détacher des limites et des exceptions qui y sont associées. Cette circonstance, peut-on soutenir, permet à l'investisseur de créer un « super traité » assorti de protections solides qu'aucun pays n'a été disposé à conclure, mais que l'investisseur peut façonner en assemblant la mosaïque des seules dispositions qui lui sont les plus favorables dans les traités existants.

Permettre aux investisseurs étrangers d'isoler, d'extraire et d'importer des dispositions plus favorables à partir d'autres traités d'investissement est susceptible d'élargir les obligations des États d'accueil dans le cadre de traités d'investissement, défaisant les résultats durement acquis de longues négociations entre le pays d'origine et le pays d'accueil, et annulant les limites figurant avec juste raison dans les traités. Supposons par exemple qu'un traité d'investissement, un « traité de base », accorde à l'investisseur étranger des droits relativement étendus par comparaison à d'autres traités, mais fait appel à différents mécanismes de procédure pour réduire la faculté de l'investisseur de recourir directement à un arbitrage investisseur-État dans le but de faire appliquer lesdits droits. Couvert par ce traité de base et bénéficiant de ces protections substantielles élargies, cet investisseur pourrait potentiellement se prévaloir de la disposition NPF du traité pour y importer des dispositions moins restrictives, contenues dans d'autres traités, sur l'accès à l'arbitrage, et porter sa demande directement devant un tribunal d'arbitrage. Un tel emploi de la disposition NPF affecterait les obligations potentielles du pays d'accueil aux termes du traité de base et modifierait l'équation coûts-avantages de ce traité.

De manière analogue, si un investisseur pouvait importer des obligations à partir d'accords autres que des TBI, par exemple à partir de l'AGCS, il y aurait lieu alors de se préoccuper, entre autres choses, de ce que les rédacteurs de ces accords n'avaient jamais prévu d'accorder à des investisseurs privés le droit de faire appliquer les dispositions de ces traités par le biais d'un arbitrage légalement contraignant.

Au-delà de ces préoccupations sur la portée des dispositions, d'autres problèmes surgissent si l'obligation NPF est interprétée de manière trop large. Le plus grave d'entre eux provient de ce que les efforts pour améliorer les traités d'investissement pourraient en être compromis. Il a été rappelé ci-dessus que la plupart des quelque 2 750 TBI qui ont été conclus dans le monde affichent un manque de clarté inquiétant dans leurs dispositions relatives à l'expropriation et l'obligation de traitement juste et équitable. Il a également été noté qu'en raison de cet état de choses, certains pays ont tenté d'apporter des innovations à leurs traités d'investissements les plus récents par un resserrement de

leur libellé. Ces pays sont cependant tous liés par des TBI existants dont le libellé est plus ancien. Les dispositions NPF pourraient permettre à un investisseur de simplement contourner le texte amélioré, à moins que les dispositions NPF de ce texte ne soient elles-mêmes rédigées avec plus de rigueur.

### 2.7.3. COMMENT LES ÉTATS ONT-ILS RÉAGI AUX PRÉOCCUPATIONS CONCERNANT L'OBLIGATION NPF ?

Pour éviter de tels usages de la disposition NPF, certains pays ont décidé d'exclure entièrement les obligations NPF de leurs traités. Les chapitres relatifs aux investissements de l'Accord global de partenariat économique entre l'Inde et la Corée (CEPA)<sup>38</sup> et l'accord analogue conclu entre l'Inde et Singapour<sup>39</sup> par exemple, omettent entièrement la disposition NPF.

D'autres pays ont continué à l'inclure, mais ont par la suite adopté des exceptions ou des limitations à cette obligation. Comme exemples des limitations auxquelles on a recouru pour empêcher l'augmentation non désirée des exigences d'un traité, on peut mentionner la prescription selon laquelle la clause NPF ne peut être invoquée pour (a) importer des dispositions plus favorables touchant à certains droits et obligations, relatifs notamment à des procédures de règlement de litiges<sup>40</sup>, (b) importer des droits relevant d'accords spécifiques<sup>41</sup>, ou (c) importer des protections à partir de traités conclus avant une date donnée<sup>42</sup>.

## 2.8. PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS

### 2.8.1. QUE SONT LES PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS ?

Une prescription de résultat est une condition qu'un investisseur doit remplir avant d'établir ou d'exploiter une entreprise, ou d'obtenir certains avantages offerts par l'État d'accueil. Les prescriptions de résultats peuvent par exemple prévoir :

- L'obligation d'exporter un pourcentage donné des ventes ou de la production totale ;
- L'obligation de conclure des arrangements de co-entreprise avec des partenaires nationaux

38 Cet accord, qui est entré en vigueur le 1er janvier 2010, peut être consulté à <http://commerce.nic.in/trade/INDIA%20KOREA%20CEPA%202009.pdf>.

39 Comprehensive Economic Cooperation Agreement between the Republic of India and the Republic of Singapore, Ch. 6 (signé le 29 juin 2005 ; entré en vigueur le 1er août 2005). Dans un libellé remplaçant la disposition NPF, cet accord stipule, à son article 6.17 (1), « Passage en revue des engagements » :

Si, après l'entrée en vigueur du présent Accord, une Partie conclut un accord quelconque relatif aux investissements avec une non-Partie, elle considérera une requête de la part de l'autre Partie pour que soit incorporée aux présentes une disposition prévoyant un traitement non moins favorable à celui prévu par ledit accord susvisé. Une telle incorporation aura à préserver l'équilibre de l'ensemble des engagements pris par chaque Partie aux termes du présent Accord.

40 Voir par exemple le TBI Colombie-Suisse, Ad Art. 4, para. 2 (signé le 17 mai 2006) ; Accord de libre échange entre la Nouvelle-Zélande et la Chine, Ch. 11, art 139 (signé le 7 avril 2008 ; entré en vigueur le 1er octobre 2008).

41 Voir le modèle de FIPA canadien, supra, Art. 9(3) (« L'Article 4 [NPF] ne s'appliquera pas au traitement accordé par une Partie en vertu d'accords, ou au regard de secteurs, exposés au tableau de son Annexe III »).

42 Voir id.

du pays d'accueil ;

- L'obligation de transférer des actions ou de la technologie ;
- L'obligation d'utiliser une proportion donnée d'intrants d'origine locale ;
- L'obligation de consacrer un budget donné à des travaux de recherche et de développement ; et
- L'obligation d'embaucher un nombre ou un pourcentage donné d'employés locaux.

Les gouvernements ont la faculté d'imposer des exigences d'exécution à titre de mesures obligatoires. Ils peuvent également proposer aux investisseurs des incitations fiscales ou autres avantages si les investisseurs se plient à des prescriptions de résultats.

Ces prescriptions sont et ont été utilisées par de nombreux pays pour faire progresser (avec des succès divers) différents objectifs de politique, tels que la régulation de leurs balances commerciales, une amélioration de la compétitivité de leurs industries, l'acquisition de technologie et l'augmentation de l'emploi<sup>43</sup>.

w

## 2.8.2. DE QUELLE FAÇON LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT LIMITENT-ILS LES MOYENS DONT DISPOSE L'ÉTAT D'ACCUEIL POUR IMPOSER DES PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS ?

Les traités internationaux offrent des exemples croissants d'États s'engageant à ne pas imposer certaines prescriptions de résultats. Un corps de règles internationales important qui limite la faculté des États d'imposer des prescriptions de résultat est l'Accord OMC relatif aux mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord MIC). Cet accord interdit l'application de certaines catégories de prescriptions liées au commerce, notamment l'obligation du recours à des intrants d'origine locale et l'imposition de restrictions sur les importations et exportations liées à la production locale. Bien que l'Accord MIC ne couvre qu'un sous-ensemble des prescriptions de résultat, ces engagements sont importants parce que presque toutes les nations commerçantes du monde y souscrivent.

Au-delà de l'Accord MIC, la plupart des traités d'investissement ne font pas mention de prescriptions de résultats. Toutefois, depuis l'ALENA, les traités d'investissement américains et canadiens en contiennent, et c'est le cas également de certains traités conclus par des pays asiatiques<sup>44</sup>. Il est possible que la Commission européenne négocie des règles en vue de limiter l'usage des prescriptions de résultats dans ses futurs traités d'investissement ou sections en la matière.

Certains des traités d'investissement qui contiennent des dispositions relatives à des prescriptions de résultats se bornent à fournir les sources de l'Accord MIC et à l'intégrer. Ces traités n'étendent pas le nombre ou la portée des restrictions au-delà de celles déjà prévues dans l'Accord MIC ; ils

43 Voir par exemple Rachel Denae Thrasher et Kevin P. Gallagher, 2010. 21st Century Trade Agreements: Implications for Development Sovereignty. 38 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 313, 338–340 ; UNCTAD, 2005. World Investment Report 2005L Transnational Corporations and the Internationalization of R&D, pp. 214–216, 229 ; UNCTAD, 2003. *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*.

44 Voir par exemple US–CAFTA-DR, supra, Art. 10.9 ; ALE Inde-Singapour, supra, Art. 6.23 ; ALE Japon-Mexique, art. 65 (signé le 17 sept. 2004 ; entré en vigueur le 1er avril 2005) ; TIB Canada–Croatie, Art. VI (signé le 3 février 1997 ; entré en vigueur le 30 janvier 2001).

peuvent toutefois permettre à un investisseur d'engager une procédure d'arbitrage investisseur-État contre le gouvernement d'accueil et de chercher à obtenir des dommages-intérêts à la suite d'une mesure gouvernementale qu'il aurait considérée comme constituant une prescription de résultat illicite. De son côté, l'Accord MIC ne donne pas à l'investisseur une telle possibilité d'engager une procédure contre un État d'accueil pour avoir adopté des mesures assimilées à des prescriptions de résultats par ce demandeur.

D'autres traités d'investissement vont plus loin que l'Accord MIC dans le sens des restrictions sur les prescriptions de résultats. Certains traités d'investissement comportant des dispositions relatives aux prescriptions de résultats interdisent également, par exemple, les mesures consistant (1) à obliger les investisseurs étrangers à transférer des technologies, des procédés de fabrication et d'autres connaissances exclusives, et (2) à obliger l'investisseur à nommer des personnes d'une nationalité donnée à des postes de cadres supérieurs.

### 2.8.3. QUEL EST L'IMPACT DES RESTRICTIONS DES PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS SUR LE DÉVELOPPEMENT DURABLE ?

Les relations entre les prescriptions de résultats, les restrictions dont elles sont l'objet et le développement durable sont complexes et comportent de multiples facettes. Une considération est que les investissements constituent un moyen important de faciliter le transfert de technologies, un phénomène qui, entre autres effets, peut permettre à un pays en développement de contourner et dépasser les phases de croissance et de développement polluantes que les pays développés ont dû affronter aux cours de leurs périodes d'industrialisation. Cependant, du moment où des traités d'investissement limitent les droits des pays d'exiger ou d'inciter au transfert de technologies, de telles restrictions sur les exigences de performance sont capables d'entraver le transfert de connaissances et de ralentir par-là la généralisation de pratiques plus propres et plus écologiques.

De manière encore plus fondamentale dans l'optique du développement durable, la question clé est de savoir si le Consensus de Washington est correct. Selon le Consensus de Washington, les prescriptions de résultats ne relèvent pas d'une politique économique sage et constituent donc des obstacles non nécessaires aux investissements, qu'il convient de décourager. Cependant, est-il vrai que les prescriptions de résultats ne soient pas d'intérêt économique ? Les données empiriques dont on dispose amènent à penser que les prescriptions de résultats ne sont pas toutes égales sur ce plan, et que certaines ont en réalité aidé des pays à tirer parti des avantages affirmés de l'investissement étranger et ont appuyé leurs objectifs de développement<sup>45</sup>.

Dans la perspective du développement durable, il vaudrait mieux que les pays aient la latitude d'utiliser certains types de prescriptions de résultats. Un État devrait pouvoir décider unilatéralement de ne pas appliquer des prescriptions de résultats s'il estime qu'elles ne serviront pas ses intérêts économiques ; il ne devrait pas être tenu par un traité d'enlever de telles mesures de sa « trousse à

---

45 Pour un recensement de l'expérience acquise, voir Zampetti, Americo Beviglia et Torbjörn Fredriksson, 2003. *The Development Dimension of Investment Negotiations in the WTO – Challenges and Opportunities*. *Journal of World Investment*, 4(3) ; UNCTAD, 2003. *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*. New York et Genève : Nations Unies ; Theodore H. Moran, 1999. *Foreign Direct Investment and Development: A Reassessment of the Evidence and Policy Implications*. in OECD, *Foreign Direct Investment, Development and Corporate Responsibility*, pp. 43-55.

outils » d'options de politique disponibles. Certes, aucun État ne peut forcer un investisseur à effectuer un investissement qui ne serait pas économiquement viable, mais cela ne signifie pas que des formules à l'avantage mutuel de l'investisseur, de la communauté locale et de l'État d'accueil ne puissent être trouvées. Cependant, les restrictions prévues par les traités d'investissement concernant les prescriptions de résultats réduisent la diversité des formules disponibles.

#### 2.8.4. COMMENT LES ÉTATS CHERCHENT-IL À DÉFENDRE LEUR FACULTÉ D'UTILISER LES PRESCRIPTIONS DE RÉSULTATS ?

Dans certains traités imposant des limites aux prescriptions de résultats, des États ont prévu des exceptions à ces limites en vue d'établir leur faculté de continuer à prendre certaines mesures pour garantir que l'investissement les aide à progresser vers la réalisation de leurs politiques nationales. Ainsi, les accords de type MIC+, auxquels les États-Unis sont Partie, disposent que l'interdiction frappant les prescriptions de résultats obligatoires « ne sera pas interprétée comme empêchant une Partie de subordonner la réception, ou la réception continue, d'un avantage (.....) au respect d'une exigence prévoyant la localisation d'une production, l'assurance d'un service, la formation ou l'emploi de travailleurs, la construction ou l'extension d'installations précises, ou la poursuite de travaux de recherche et de développement, sur son territoire »<sup>46</sup>. Ces mesures font partie de celles qui peuvent aider les pays d'accueil à maximiser les avantages des IDE. Toutefois, bien qu'elles reconnaissent les droits des pays à appliquer des mesures de politique importantes par le recours à des *incitations*, ces dispositions n'en empêchent pas moins les pays d'accueil de mettre en œuvre une réglementation *obligatoire* dans ce domaine, ce qui peut affecter négativement le pouvoir de marchandage de l'État d'accueil quand il entre en négociation avec des investisseurs spécifiques pour la réalisation de projets ou d'investissements particuliers.

## 2. 9 EXIGENCES RELATIVES AU LIBRE TRANSFERT DE CAPITAUX

### 2.9.1. QUELLES SONT LES EXIGENCES RELATIVES AU LIBRE TRANSFERT DE CAPITAUX ?

Les traités d'investissement imposent aux pays d'accueil l'obligation quasi universelle de permettre à leurs investisseurs étrangers de transférer librement leurs capitaux et revenus d'investissement vers et hors du pays. Cette clause inclut les flux de capitaux qui entrent dans le pays pour y établir, étendre et maintenir un investissement. Elle comprend également les sorties de capitaux hors du pays pour des raisons de rémunération, de rapatriement des retours sur investissement (bénéfices, dividendes et intérêts), de règlement de créanciers et de produit de la vente ou de la liquidation de l'investissement.

Cette norme revêtant un caractère absolu, ceci signifie que l'investisseur protégé par ces dispositions est souvent plus libre de déplacer ses capitaux vers et hors du pays que des investisseurs nationaux, qui restent assujettis aux restrictions du pays d'accueil en matière de transferts de capitaux. De plus, de nombreux traités formulent l'obligation d'une manière assez large, exigeant de l'État d'accueil qu'il garantisse le libre transfert vers et hors du pays, pratiquement sans exception. Toutefois, un certain nombre de traités d'investissement et de chapitres y relatifs plus récents limitent cette obligation en disposant que les États peuvent restreindre les transferts pour certaines raisons, dont l'application de lois touchant à (1) la faillite et la protection des droits des créanciers, (2) l'émission

46 Voir par exemple ALE États-Unis - Panama, art. 10.9(3)(a) (signé le 28 juin 2007).

et le négoce de valeurs mobilières, (3) le recouvrement des amendes et l'exécution de jugements, et (4) l'information financière. Certains autres traités, qui sont toutefois encore une fois peu nombreux, contiennent également des garanties et d'autres dispositions permettant aux États de prendre des mesures en vue de prévenir ou de réagir à des situations de crise de balance des paiements ou liées à d'autres circonstances macro-économiques.

## 2.9.2. QUELLES SONT LES PRÉOCCUPATIONS RELATIVES AUX DISPOSITIONS S'APPLIQUANT AU LIBRE TRANSFERT DE CAPITAUX ?

De nombreuses raisons légitimes peuvent amener un gouvernement à vouloir réglementer les flux de capitaux vers et hors de son territoire, par exemple celles de protéger la stabilité de sa monnaie et de ses marchés, de minimiser les effets de crises économiques mondiales, de restreindre le financement du terrorisme ou de régimes répressifs, d'assurer la perception d'impôts et d'amendes et de faire exécuter des jugements. L'obligation générale à autoriser le libre déplacement de capitaux vers et hors des pays d'accueil peut toutefois limiter la marge de manœuvre en matière de réglementation dans les domaines précités. Cela risque d'entraîner des conséquences significatives à leurs dépens. Des pays pourraient même s'exposer à des demandes et menaces d'action pour avoir pris de bonne foi des mesures d'application générale, telles que le recours au contrôle des capitaux pour prévenir ou réagir à un effondrement économique.

L'essai de Kevin P. Gallagher, paru dans *Investment Treaty News* le 5 avril 2011, décrit fort bien cette dernière considération. Bien que cet article soit axé sur les problèmes rencontrés par les pays en développement, les préoccupations dont il fait état concernent également les pays développés et en transition, lesquels attirent le gros des investissements étrangers :

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

*Une caractéristique clé de la crise financière mondiale est l'importante fluctuation des flux de capitaux dans le monde. En effet, les positions internationales en matière d'investissement surpassent dorénavant la production mondiale. Les marchés émergents et en développement connaissent également ces flux. Quand la crise a frappé, les capitaux ont rapidement quitté les pays en développement pour retrouver la « sécurité » du marché des États-Unis. Dans leur tentative de sortir de la crise, de nombreuses nations industrialisées, notamment les États-*



*Unis, ont eu recours à des politiques monétaires vagues caractérisées par de faibles taux d'intérêts. Des taux d'intérêts relativement plus élevés et une reprise plus forte ont entraîné une nouvelle arrivée des capitaux vers les pays en développement. Les conséquences sont une préoccupation grandissante concernant l'appréciation des devises, les bulles spéculatives et même l'inflation.*

*Dans de telles circonstances, le contrôle des capitaux peut contribuer à atténuer les entrées et sorties de capitaux et à protéger les économies en développement. La plupart de ces contrôles concernent les flux de capitaux à très court terme, généralement entrepris à des fins spéculatives<sup>47</sup>.*

Cependant, rares sont les traités d'investissement qui offrent aux pays la liberté de mettre en œuvre de telles mesures. Et si, dans de pareilles circonstances, un pays peut hésiter à engager une action en violation du traité contre un pays étranger (probablement parce qu'il applique lui aussi des mesures de contrôle de capitaux en réaction à la même crise économique ou à une crise semblable), les investisseurs ayant subi des pertes dues aux mesures en question n'auront probablement pas, eux, la même hésitation.

### 2.9.3. QU'ONT FAIT LES ÉTATS POUR S'ASSURER QU'ILS DISPOSENT DE SUFFISAMMENT DE LATITUDE DANS LA PRISE DE MESURES DE CONTRÔLE DES FLUX DE CAPITAUX ?

Comme on l'a noté ci-dessus, plusieurs pays ont commencé à limiter la clause du libre transfert de capitaux prévue aux traités d'investissement, en l'assortissant de dispositions d'exception plus ou moins étendues, et de limites temporelles d'exécution plus ou moins flexibles. Certaines de ces exceptions, telles que celles prévues dans le TBI conclu entre le Japon et la République de Corée, réservent une marge de manœuvre assez large à la prise de mesures par l'État d'accueil. Elles autorisent l'application de restrictions sur les transferts de capitaux pour des motifs de politique intérieure, y compris le recouvrement d'amendes et l'exécution de jugements, tout en prévoyant la possibilité de prendre des mesures répondant aux impératifs de « difficultés financières externes », de politiques de « gestion macroéconomique » et de problèmes de « balance des paiements », ainsi que de mesures prises pour des exigences « prudentielles ». De plus, ce TBI n'impose pas de limites à la durée des mesures prises pour réagir à des problèmes de balance des paiements, de difficultés financières externes ou d'autres difficultés macroéconomiques exceptionnelles, bien qu'il stipule que de telles mesures ne peuvent avoir qu'un caractère provisoire.

Des États membres de l'UE ont également été conviés par la Cour de justice de l'Union européenne à un réexamen et à une renégociation des clauses de transfert élargies de leurs TBI. De l'avis de la Cour, cette initiative s'impose pour rendre ces traités conformes au droit européen, qui prescrit l'application de flexibilités accrues en période de crise financière et macroéconomique<sup>48</sup>.

## 2.10. OBLIGATIONS AMPLIFIÉES : CLAUSES PARAPLUIE ET

47 Kevin P. Gallagher, 5 avril 2011. Réformer les traités commerciaux et d'investissement des États-Unis pour gagner en stabilité financière : Le cas du contrôle des capitaux. *Investment Treaty News*, édition française.

48 Affaire C-205/06, *Commission c. Autriche*, 2009. ECR I-1301 ; Affaire C-249/06, *Commission c. Suède*, 2009. ECR I-1335 ; Affaire C-118/07, *Commission c. Finlande*, du 19 novembre 2009.

## DE STABILISATION

### 2.10.1. QUE SONT LES CLAUSES PARAPLUIE ?

Un article paru en 2004 estimait qu'environ 40 pour cent des traités d'investissement existants contenaient une clause dite « parapluie »<sup>49</sup>. Le libellé exact d'une telle clause varie d'un traité à l'autre, mais prend en général la forme suivante :

*« Chaque partie observera toute obligation qu'elle aura assumée au regard de l'investissement »<sup>50</sup>.*

Les dispositions de ce type sont appelées « clauses parapluie » parce qu'en mettant l'État d'accueil signataire d'un traité d'investissement en devoir de remplir à la fois des obligations au titre du traité d'investissement et des obligations en dehors du traité d'investissement, elles peuvent rassembler un large éventail d'obligations sous le « parapluie » du traité d'investissement en question. Elles peuvent, par exemple, permettre d'invoquer des obligations contenues dans des contrats d'investissement, c'est-à-dire les contrats passés entre des États et des investisseurs étrangers qui précisent les conditions de réalisation de l'investissement. Les investisseurs trouveront ainsi les moyens pour faire appliquer une diversité d'obligations propres au pays d'accueil (à caractère législatif, contractuel et fondé sur le traité) en recourant aux puissants mécanismes d'arbitrage investisseur-État prévus dans le traité d'investissement. Les investisseurs auront également la faculté de saisir la justice à deux occasions successives : la première, en invoquant le régime juridique national régissant le contrat, et la seconde (au cas où la première action aurait échoué), en recourant à l'arbitrage offert par le traité d'investissement.

Toutefois, il n'a pas encore été établi que les clauses parapluie soient capables de transformer tous types d'engagement pris par un État en obligations sous le traité. Dans la première affaire connue où la question a surgi, *SGS v. Pakistan*, la cour a rejeté la thèse voulant que les clauses parapluies aient des effets aussi étendus, soutenant que

*les conséquences légales en seraient si lourdes par leur portée, si automatiques, vagues et élargies dans leur fonctionnement, si pesantes par leur impact potentiel sur une partie contractante, qu'il incomberait au Demandeur d'apporter des preuves claires et convaincantes que tel était effectivement l'intention commune des parties contractantes<sup>51</sup>.*

SDans des actions subséquentes, toutefois, des tribunaux ont adopté une position toute opposée, soutenant que le sens de la disposition « respecter toutes obligations assumées au regard de l'investissement » était bien clair : elle signifie *toutes* les obligations, y compris les engagements contractés et les autres obligations non fondées sur le traité d'investissement lui-même<sup>52</sup>. Situation analogue à ce qui se présente dans l'interprétation de la clause NPF, on ne voit pas clairement les limites de l'application des clauses parapluie. Il n'est pas exclu, par exemple, que les engagements contractés en droit de l'OMC fassent un jour partie des obligations d'un traité d'investissement, permettant à l'investisseur d'obtenir un redressement directement contre un gouvernement, d'une

49 Gill, Gearing et Birt, 2004. Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases. *J. Int. Arb.* 21(5) 397.

50 TBI États-Unis-Argentine, Art. II(c) (signé le 14 nov. 1991 ; entré en vigueur le 20 oct. 1994).

51 *Ibid.*, para. 167.

52 *Eureka B.V. c. Poland*, CNUDCI, sentence partielle, le 19 août 2005.

manière que les membres de l'OMC n'avaient jamais voulue.

La clause parapluie peut devenir particulièrement puissante si elle est combinée à un contrat investisseur-État comportant une clause de stabilisation.

## 2.10.2. QU'EST-CE QUE LES CLAUSES DE STABILISATION ?

Les clauses de stabilisation sont des dispositions destinées à mettre l'investisseur à l'abri des modifications de la législation de l'État d'accueil. Elles interviennent typiquement dans des investissements à forte intensité de capital, spécifiques à des sites géographiques et de longue durée. Ces investissements intéressent surtout le secteur extractif<sup>53</sup>. Ces clauses ne figurent pas dans les traités d'investissement, mais apparaissent dans les contrats passés directement entre l'investisseur et l'État. Une étude menée en 2008 a permis de constater que les clauses de stabilisation existent sous trois formes : les « clauses d'intangibilité » encore appelées « clause de gel » visant à maintenir inchangée la législation du pays d'accueil dans son application à l'investisseur pendant toute la durée du projet ; les « clauses d'équilibre économique » prévoyant que l'investisseur se conforme à une nouvelle législation, moyennant la promesse qu'il sera dédommagé du coût de la conformité ; et les « clauses hybrides », dont les caractéristiques réunissent celles des deux formes précédentes et peuvent obliger l'État de rétablir l'investisseur à la position qui était la sienne avant le changement de législation, notamment en l'exonérant des effets de la nouvelle législation<sup>54</sup>. Ces promesses puissantes acquièrent encore plus de force si des clauses parapluie les rendent légalement contraignantes dans le cadre des dispositions de règlement de litiges du traité d'investissement concerné.

Même en l'absence de clauses parapluie, et même si elles ne sont pas interprétées comme plaçant les obligations d'un contrat entre l'investisseur et l'État sous les dispositions d'un traité d'investissement, les clauses de stabilisation peuvent modifier la nature des obligations contenues dans les traités d'investissement. Lors d'une expropriation, par exemple, les clauses de stabilisation peuvent entièrement neutraliser l'exclusion au titre de pouvoirs de police, évoquée ci-dessus. Même si un tribunal décidait de suivre le raisonnement de *Methanex*, considérant que des mesures non discriminatoires d'intérêt public se situent en dehors de la définition de l'expropriation, la situation pourrait être transformée radicalement au cas où l'État d'accueil a déjà pris l'engagement exprès de protéger un investisseur contre de telles mesures. Selon le jugement dans *Methanex*, de telles mesures ne devraient normalement pas être considérées comme une expropriation « à moins que des engagements spécifiques aient été pris par le gouvernement réglementant envers l'investisseur étranger concerné désirant investir, que le gouvernement s'abstiendra de cette réglementation »<sup>55</sup>. C'est dire que si les États-Unis avaient signé un accord de stabilisation avec *Methanex Corp.*, l'interdiction californienne frappant le MTBE aurait probablement été considérée, au bout du compte, comme une expropriation.

Les clauses de stabilisations sont également susceptibles de modifier la nature de l'obligation de traitement juste et équitable. Une composante importante de l'obligation de traitement juste et équitable, invoquée dans de nombreuses décisions arbitrales, est que l'État d'accueil doit respecter

53 Andrea Shemberg, *Stabilization Clauses and Human Rights*, un projet de recherche mené pour le compte de l'IFC et du Représentant spécial des Nations Unies auprès du Secrétaire général sur les Affaires et les Droits de l'homme, 11 mars 2008, p. 27, p. ix. Parmi les contrats à clauses de statu quo examinés dans ce travail de recherche, 83 pour cent relevaient du secteur extractif (il s'agissait dans tous les cas de projets miniers).

54 *Ibid.*, p. vi.

55 *Methanex*, Partie IV, Chapitre D, para. 7.

les « attentes légitimes » qu'avait l'investisseur en décidant d'investir<sup>56</sup>. Une source essentielle de ces attentes légitimes, tel qu'elle est généralement admise, se trouve dans les dispositions des contrats d'investissement, et en particulier dans les clauses de stabilisation qu'ils pourraient contenir. Dans l'affaire *Parkerings c. Lituanie*, le tribunal a conclu qu'une clause de stabilisation pouvait susciter chez l'investisseur une attente légitime à ce que son investissement ne soit pas affecté négativement par un changement de législation<sup>57</sup>. De ce fait, le manquement par un État d'accueil à honorer une clause de stabilisation dans un contrat d'investissement impliquerait probablement, selon le raisonnement de *Parkerings*, une violation concomitante de l'obligation de traitement juste et équitable prévue dans le traité d'investissement. L'investisseur pourrait alors utilement recourir aux dispositions de règlement de litiges investisseur-État du traité pour obtenir un dédommagement en rupture de contrat.

### 2.10.3. QUELLES SONT LES CONSÉQUENCES DES CLAUSES PARAPLUIE ET DE STABILISATION POUR LE DÉVELOPPEMENT DURABLE ?

Ces clauses donnent lieu à des préoccupations qui sont bien claires : selon l'interprétation qui leur est donnée, elles peuvent accroître le coût et rendre d'autant moins probable la mise en vigueur de mesures de bien-être public souhaitables. Elles constituent toutes deux un moyen d'augmentation considérable de la protection offerte aux investisseurs par les traités d'investissement tout en réduisant la marge de manœuvre décisionnelle de gouvernements d'accueil pour la prise de mesures intéressantes, par exemple, la protection de l'environnement, la santé et la sécurité. En recourant aux clauses parapluie, il est possible d'extraire toute une catégorie d'obligations hors du cadre légal qui leur était destiné à l'origine pour les soumettre aux dispositions contraignantes d'un arbitrage entre l'investisseur et l'État. Les mesures de stabilisation, qui portent expressément sur la limitation de la marge de manœuvre politique (ce qui, en soi, est inquiétant étant donné que l'amélioration de la protection de l'environnement, de la santé, de la sécurité, etc. est fort souhaitable dans la plupart des pays), deviennent encore plus puissantes lorsqu'elles sont combinées avec les clauses parapluie. De surcroît, elles sont susceptibles de modifier la nature des obligations prévues par les traités d'investissement, parce que leurs dispositions rendent plus probable le risque que des mesures de bien-être public soient jugées incompatibles avec les obligations relatives à l'expropriation et au traitement juste et équitable.

Un sujet de préoccupation croissant à propos des clauses parapluie et de stabilisation ainsi que de leurs interactions avec d'autres dispositions de traités d'investissement concerne le déséquilibre qui est ainsi créé dans la portée des dispositions du traité. Comme les cas *Parkerings* et *Methanex* l'ont montré, certaines décisions paraissant accrédi- ter la thèse selon laquelle les traités d'investissement réservent une latitude relativement large aux pays d'accueil en matière de réglementation, paraissent également leur accorder une liberté nettement moindre dans le cadre d'un tel traité du moment où une clause contractuelle de stabilisation entre en jeu. Le problème issu de l'impact d'une clause contractuelle de stabilisation sur l'application d'un traité d'investissement résulte du fait que les pays en développement sont pratiquement les seuls à signer des contrats d'investissement assortis de clauses de stabilisation. La plupart des États de l'OCDE font appel à des mesures d'octroi de licences

56 Par ex. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Mexique*, affaire CIRDI n° ARB (AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, para. 154.

57 *Parkerings-Compagniet c. Lituanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/8, sentence du 11 sept. 2007, para. 332.

et à d'autres procédures administratives plus larges dans leur application. Il s'ensuit que, dans la pratique, l'effet d'une clause contractuelle sur l'application des dispositions d'un traité se traduira probablement par des contraintes réglementaires accrues au détriment des États ayant le plus besoin de développement réglementaire, car ces États sont ceux dont le cadre de réglementations publiques sera le moins solidement établi.

# 3. Équilibrer les garanties fournies aux investisseurs : obligations des investisseurs et de leur État d'origine ?

## 3.1. LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT IMPOSENT-ILS DES OBLIGATIONS AUX INVESTISSEURS ?

À de rares exceptions près, la réponse à cette question est depuis longtemps négative. Les traités d'investissement comportent des garanties en faveur des investisseurs qui ne sont cependant pas compensées par l'imposition d'obligations substantielles à leur charge. La seule vraie exception tient probablement au fait que, comme on l'a noté ci-dessus, des traités peuvent imposer à l'investisseur le devoir essentiel d'établir son investissement en conformité avec la législation et la réglementation du pays d'accueil. Dans quelques cas au moins, des investisseurs qui ne s'étaient pas pliés à cette exigence de traité, consistant à *établir* un investissement légalement, se sont vu privés de la possibilité d'engager une procédure d'arbitrage contre l'État d'accueil sur le fondement du traité<sup>58</sup>. Des tribunaux d'arbitrage se sont également penchés sur des cas de corruption au niveau des décisions d'investissement, même en l'absence de toute clause explicite relative au comportement de l'investisseur dans le texte du traité ou du contrat<sup>59</sup>. Les conséquences d'actes d'inconduite de ce type ont amené des tribunaux à refuser des droits d'arbitrage à l'investisseur, ceci en se déclarant non compétents. À d'autres occasions, la conduite (ou plutôt, l'inconduite) de l'investisseur a affecté les conclusions du tribunal quant à l'existence d'une violation du traité imputable à l'État d'accueil, ou au montant des dommages-intérêts à attribuer<sup>60</sup>. Il semble toutefois que, dans l'ensemble, les tribunaux ne s'intéressent guère à la conformité de l'investisseur à la législation environnementale, du travail ou fiscale du pays d'accueil lorsque l'investissement a été établi.

Certains aspects de traités plus récents pourraient modifier ce tableau. Deux traités autrichiens, par exemple, soulignent dans leur préambule la nécessité « pour tous les acteurs gouvernementaux et civils [tels que des investisseurs] d'adhérer aux efforts de lutte contre la corruption de l'ONU et de l'OCDE... »<sup>61</sup>. Ils font également référence, bien que dans un langage plus atténué, à la valeur d'un comportement d'entreprise qui soit responsable et conforme aux directives de l'OCDE à l'égard des

58 *Inceysa Vallisoletana S.L. c. Republic of El Salvador*, affaire CIRDI n° ARB/03/26, sentence du 2 août 2006.

59 *World Duty Free c. Kenya*, affaire CIRDI n° ARB/00/7, sentence du 4 oct. 2006. La société World Duty Free avait reproché au Kenya de violer ses obligations contractuelles envers l'investisseur et d'avoir également enfreint le droit international. Son action n'était pas fondée sur un TBI ou un autre traité d'investissement.

60 Voir Peter Muchlinski, 2006. *Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard*. 55 *ICLQ* 527. Voir également, par ex. *Biwater c. Tanzanie*, sentence du 24 juillet 2008, paras. 788-807 (dont la conclusion a été qu'en raison de la faible offre de l'investisseur et de sa mauvaise gestion de la concession, la valeur de la concession avait chuté à un tel point qu'aucune perte économique supplémentaire n'avait été subie par suite de la violation du TBI par l'État).

61 TBI Autriche-Tadjikistan BIT, préambule. (signé le 15 déc. 20010) ; TBI Autriche-Kosovo BIT, préambule. (signé le 22 jan. 2010).

multinationales<sup>62</sup>. Même si une non-conformité à ces principes n'affecte pas les droits des investisseurs à engager une procédure d'arbitrage, elle peut à tout le moins avoir une incidence sur l'évaluation de leur demande par le tribunal.

Certains observateurs souhaiteraient voir les traités aller plus loin, en imposant par exemple des obligations contraignantes aux investisseurs, telles que des engagements de non corruption, une gestion et des évaluations de l'impact environnemental, et des garanties aux niveaux des conditions de travail et des droits de l'homme. Des travaux se poursuivent sur ces questions. Mais, en général, la plupart des traités d'investissement dans le monde sont encore inéquitables : des garanties sont aisément données par les États d'accueil aux investisseurs, et ces derniers n'ont pratiquement pas de conditions à satisfaire pour jouir de toute la protection des traités.

### **3.2. LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT IMPOSENT-ILS DES OBLIGATIONS À L'ÉTAT D'ORIGINE DES INVESTISSEURS ?**

On peut dire qu'habituellement les traités d'investissement imposent des obligations aux États d'accueil des investisseurs, sans en imposer en contrepartie à leur État d'origine. Une conséquence problématique de ce flux unidirectionnel d'obligations est qu'il pourrait bien empêcher les traités d'opérer davantage en faveur de l'un de leurs objectifs déclarés : la promotion de l'investissement étranger<sup>63</sup>.

Comme il a été dit ci-dessus, la décision d'un investisseur d'investir ou non dans un pays étranger donné est conditionnée par un certain nombre de facteurs. Parmi eux figurent les besoins et les stratégies de l'investisseur (s'il souhaite par exemple accéder à un marché ou à des ressources) et les caractéristiques de l'État d'accueil (la taille de son marché, ses ressources, sa disponibilité en infrastructures fiables et la stabilité de son environnement commercial et juridique). L'État d'origine de l'investisseur peut aussi jouer un rôle important. Il dispose en effet de différents moyens pour promouvoir des investissements partant vers l'extérieur. Il peut notamment (1) fournir des renseignements et une assistance technique aux entreprises du pays pour les aider à repérer et saisir des opportunités à l'étranger ; (2) fournir des renseignements et une assistance technique à des pays en développement pour les aider à attirer des investissements ; (3) donner des incitations aux investisseurs pour qu'ils investissent à l'étranger ; et (4) prévoir un système d'assurance pour atténuer les risques que comportent les investissements.

Les traités d'investissement pourraient comporter des engagements, de la part des États d'origine, à appliquer des mesures de ce type, mais ce n'est pas le cas en général. Seul un petit nombre de traités d'investissement s'écartent de ce profil, faisant au moins un pas dans le sens d'une meilleure

---

62 *Ibid.* Certains traités consacrent des articles spécifiques à la question des obligations de l'investisseur. C'est ainsi que l'accord d'investissement du COMESA contient un article faisant obligation aux investisseurs de se plier à la réglementation de l'État d'accueil au cours de toutes les phases de l'investissement. Comme le stipule son Article 13, « Les investisseurs dans le COMESA et leurs investissements se conformeront à toutes les mesures intérieures applicables de l'État membre dans lequel leur investissement est effectué ».

63 Voir par ex. UNCTAD, 2003. *World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspectives*, p. 155 ; « À l'avenir, les accords interinstitutionnels devront s'intéresser tout particulièrement aux États d'origine... afin d'encourager les flux d'IDE vers les pays en développement et à les aider à en tirer un meilleur parti ».



répartition des fardeaux imposés par les traités d'investissement<sup>64</sup>.

D'autres moyens se présentent aux États d'origine pour veiller à ce que leurs investisseurs apportent une contribution positive au développement durable dans les pays d'accueil. L'un d'entre eux pourrait consister pour l'État d'origine à prendre l'engagement de collaborer avec l'État d'accueil sur des questions environnementales et de travail, par exemple en offrant à l'État d'accueil une information et de l'expertise sur l'élaboration et la mise en œuvre de pratiques réglementaires dans ces domaines. Un autre moyen consisterait à fournir à l'État d'accueil des renseignements concernant le respect par ses investisseurs de la législation du pays d'origine. Les États d'origine pourraient également proposer la création d'un forum chargé d'examiner et de corriger toute question liée au comportement de leurs investisseurs à l'étranger. Ils pourraient le faire par exemple en établissant un mécanisme dans le cadre du traité pour examiner des griefs quelconques et prendre des décisions à leur sujet, et/ou pour permettre des procédures civiles contre l'investisseur dans son pays d'origine en vue de la réparation de dommages causés par l'investisseur dans le pays d'accueil. Les traités d'investissement pourraient aussi faire obligation à l'État d'origine de réglementer le comportement de ses investisseurs à l'étranger. Un nombre relativement infime de traités d'investissement comportent des mesures de ce type à ce jour<sup>65</sup>. L'approche traditionnelle et majoritaire est de garder le silence sur ces questions.

## 4. Arbitrage dans le cadre de traités d'investissement

### 4.1. QUELS SONT LES MOYENS D'APPLICATION EXÉCUTOIRE DES OBLIGATIONS DONT DISPOSENT LES ÉTATS LIÉS PAR DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT ?

Les obligations que doivent assumer les pays dans le cadre de traités d'investissement peuvent être très fortes quand elles sont combinées avec les mécanismes d'exécution. Presque tous les traités d'investissement prévoient des mécanismes par lesquels des violations peuvent être alléguées et des litiges résolus. Les actions litigieuses se déroulent normalement selon deux procédures : la première s'exerce entre deux États afin de régler des litiges entre parties contractantes ; la seconde est un processus que peut utiliser l'investisseur pour présenter directement une requête contre l'État d'accueil pour une violation présumée du traité d'investissement.

La première procédure, qui implique la résolution de litiges entre États, représente le moyen traditionnel

64 Voir par ex. Accord de partenariat économique CARIFORUM-UE, arts. 7, 121, 135-138. En décembre 2009, cet accord avait été signé par tous les pays du CARIFORUM et avait été approuvé par le Parlement européen. Les pays faisant partie du CARIFORUM sont : Antigua et Barbuda, les Bahamas, la Barbade, Belize, la Dominique, la République dominicaine, Grenade, le Guyana, Haïti, la Jamaïque, Sainte-Lucie, Saint Vincent et les Grenadines, Saint Kitts et Nevis, Suriname et Trinidad et Tobago. Voir également UNCTAD, 2005. *International Investment Agreements: Key Issues*, Vol. II, p. 3-5 ; UNCTAD, 2001. *Home Country Measures*.

65 Les accords comportant les dispositions les plus complètes en matière de coopération sur l'environnement, les questions relatives au travail et le développement de capacités sont généralement des accords de libre échange ou de partenariat économique. Voir par ex. U.S.-CAFTA-DR, supra, Chs. 16 et 17.

prévu par le droit international pour régler des conflits surgissant de traités. Dans le contexte de l'OMC, par exemple, seuls les États signataires ont la faculté d'intenter une action contre d'autres États signataires. Les entreprises qui auraient subi un préjudice du fait de pratiques commerciales incorrectes de la part de gouvernements étrangers ne sont pas habilitées à intenter une action directe pour violation présumée du droit de l'OMC. Le second type de procédure, accordant à des personnes physiques et morales privées la possibilité d'engager elles-mêmes une action en violation de traité contre un État, constitue une option relativement nouvelle et unique. Avant la généralisation des traités d'investissement, les plaintes des investisseurs étaient normalement réglées entre les États. Ainsi, si un ressortissant étranger s'estimait lésé par une violation qu'un gouvernement d'accueil avait pu commettre au détriment de son investissement, il revenait à son gouvernement de le défendre.

#### **4.2. QUI A LA FACULTÉ D'ENGAGER UNE PROCÉDURE CONTRE UN ÉTAT D'ACCUEIL AUX TERMES D'UN TRAITÉ D'INVESTISSEMENT ?**

La réponse précise à cette question dépend du libellé du traité d'investissement en question. Mais la réponse générale est que n'importe quel « investisseur » couvert peut initier une action contre un État d'accueil en alléguant que le traitement pratiqué par cet État à l'égard de son « investissement » constitue une violation du traité. Comme on l'a vu, la plupart des traités offrent des définitions élargies des termes « investissement » et « investisseur ». Il s'ensuit que les traités d'investissement peuvent exposer un État d'accueil aux demandes d'un éventail apparemment illimité d'individus et d'entités. Pour illustrer cet éventail, on peut mettre en avant l'exemple suivant : les actionnaires minoritaires de la société A détenant une participation dans un investissement étranger, la société B, pourraient chacun indépendamment intenter une action contre le gouvernement d'accueil s'ils jugent qu'une mesure particulière prise par ce dernier a affecté leur investissement indirect dans la société B. La société A, de son côté, ainsi que tout autre actionnaire direct ou indirect dans la société B, pourraient présenter leurs propres revendications contre le pays d'accueil en alléguant que ladite mesure a affecté leurs investissements dans la société B. En pratique, cela signifie qu'une mesure adoptée par l'État d'accueil est capable de déclencher un nombre potentiellement significatif de demandes contre lui au titre des impacts subis par une seule entreprise active dans le pays d'accueil. Et si la mesure est d'application générale et affecte plusieurs entreprises actives dans un secteur d'activités donné, le nombre de procédures engagées contre l'État d'accueil peut croître de façon exponentielle.

#### **4.3. Y A-T-IL DES LIMITES AUX VOIES D'ARBITRAGE OFFERTES À L'INVESTISSEUR ?**

Il arrive que le traité d'investissement applicable impose certaines limites à la latitude dont peut jouir l'investisseur à engager un arbitrage investisseur-État. Une des conditions préalables à satisfaire pour que l'engagement d'une action puisse se poursuivre tient à l'établissement par le demandeur de sa qualité d'« investisseur » couvert par le traité ainsi qu'à l'existence aux termes du traité d'un litige relatif à son « investissement » existant et, parfois, potentiel. Toutefois, comme mentionné ci-dessus, les définitions élargies qui ont été données aux termes « investisseur » et « investissement » ont eu tendance à rendre cette condition relativement facile à satisfaire.

Une autre limite imposée aux droits d'action de l'investisseur peut concerner l'objet du litige. Les traités excluent parfois certains types de litiges, par exemple des différends fiscaux ou relatifs à des droits pré-établissement, hors de l'ensemble des questions pouvant être soumises à arbitrage.

Certains traités exigent également des investisseurs qu'ils observent un certain délai avant d'initier une action. Il s'agit souvent d'une « période d'apaisement » entre les parties que l'investisseur est tenu d'observer avant d'enclencher une procédure d'arbitrage. Les traités peuvent aussi prévoir un délai de « prescription », et stipuler que les investisseurs sont tenus de notifier au gouvernement l'existence d'un litige pendant un nombre d'années à partir du moment où ils auraient dû être conscients de l'existence d'une violation du traité. Si un investisseur ne remplit pas l'un ou l'autre des ces critères, il risque de voir son action déboutée par le tribunal arbitral. Cependant les pratiques constatées à ce jour montrent que certains tribunaux, à tout le moins, sont prêts à permettre à un investisseur d'invoquer la clause NPF du traité d'investissement applicable pour contourner ces exigences si l'investisseur est en mesure d'identifier un autre traité auquel l'État d'accueil est partie et qui n'impose pas une telle période d' « apaisement » ou de « prescription ». Dans certains cas où la période d'apaisement entraine en jeu, des tribunaux ont estompé le pouvoir de ces restrictions en déclarant qu'il n'était pas strictement nécessaire de les observer pour que l'investisseur puisse engager une procédure d'arbitrage.

#### **4.4. QUE SONT LES CLAUSES D'OPTION IRRÉVOCABLE ?**

Une limite potentiellement importante à la faculté d'un investisseur d'engager une procédure d'arbitrage résulte de la clause « d'option irrévocable ». L'intention du système d'arbitrage investisseur-État des traités d'investissement est souvent présentée comme visant à la création d'une forum « neutre » et « dépolitisé » de résolution de litiges, permettant à l'investisseur de contourner des tribunaux nationaux que l'on considère parfois comme étant corrompus, politisés, ou simplement surchargés et inefficaces. Les clauses « d'option irrévocables » permettent à l'investisseur de soupeser ses options et de choisir entre saisir un tribunal interne ou recourir au dispositif d'arbitrage investisseur-État. Cependant, elles exigent qu'une fois la décision prise à l'égard d'une option, l'autre option ne sera plus offerte à l'investisseur.

Ces dispositions peuvent priver les investisseurs de la possibilité de faire juger leurs demandes par deux fois : d'abord devant un tribunal interne et ensuite par arbitrage. Mais à ce jour, les tribunaux ont répugné à interdire la poursuite de procédures doubles sur la base des clauses d'option irrévocable. C'est ainsi que des investisseurs ont été autorisés à saisir des tribunaux locaux pour rupture de contrat, et ensuite à engager un arbitrage international pour rupture d'un traité d'investissement, même si le même grief fondamental se situait au cœur des deux actions<sup>66</sup>. Cette approche controversée, permettant à un investisseur d'agencer son action de manière à poursuivre plusieurs voies de droit sur la base du même ensemble de griefs, a comme conséquence la multiplication du nombre potentiel d'affaires susceptibles d'être intentées contre un État, et elle offre à l'investisseur de multiples moyens d'intervention.

---

66 *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/01/8, Décision juridictionnelle du 17 juillet 2003 ; *Toto Construzioni Generali c. Liban*, affaire CIRDI n° ARB/07/12, Décision juridictionnelle du 11 sept. 2009

#### **4.5. LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT OBLIGENT-ILS LES DEMANDEURS À ÉPUISER EN PREMIER LIEU LES VOIES DE RECOURS INTERNES ?**

L'épuisement des voies de recours internes constitue un principe du droit international coutumier voulant que, pour intenter une action internationale contre un État sur la base de violations alléguées des droits des ressortissants d'un autre État, tous les moyens de redressement offerts par le système juridique national de l'État défendeur doivent premièrement être épuisés. Cela offre la possibilité à l'État concerné de redresser un préjudice international présumé dans les limites de son système juridique mis en cause, avant que le litige ne soit porté à un niveau international. Certaines exceptions sont prévues à l'obligation d'épuiser les voies de recours internes, par exemple lorsqu'un tel recours est jugé ne pas exister selon une appréciation réaliste, ou parce que les voies de recours disponibles n'offrent pas de perspectives raisonnables de réparation.

À l'opposé de ce principe, qui s'applique également aux actions internationales en matière de droits de l'homme, les traités d'investissement n'exigent normalement pas que les voies de recours internes soient épuisées, et permettent à l'investisseur de recourir directement à l'arbitrage international. Dans certains cas, l'exigence d'épuisement des voies de recours internes est explicitement exclue. De plus, lorsque les traités ne comportent aucune disposition sur la question, les tribunaux semblent peu désireux d'interpréter ces traités comme signifiant que la disposition y était incluse implicitement, en dépit de la règle du droit international coutumier en la matière.

Dans un petit nombre de cas, le traité d'investissement oblige explicitement l'investisseur à saisir un tribunal interne, ou tout autre recours administratif, avant de lancer une procédure d'arbitrage international. Exiger de l'investisseur qu'il mette sa cause à l'essai devant un tribunal du pays d'accueil avant de songer à l'arbitrage international contribue à prévenir des actions frivoles et peu réfléchies, et donne au gouvernement d'accueil la possibilité de corriger le préjudice qui lui est reproché. En outre, par le fait de se saisir des griefs d'investisseurs par le biais de leurs propres voies judiciaires et administratives, les gouvernements sont encouragés à développer et à enrichir ces institutions.

#### **4.6. QUELLES SONT LES RÈGLES RÉGISSANT LES ARBITRAGES ?**

Pour bien comprendre la procédure d'arbitrage aux termes de traités d'investissement, il y a lieu tout d'abord d'examiner le contenu de ces traités. Ils prescrivent les procédures à observer pour engager une procédure d'arbitrage et précisent, par exemple, les démarches que l'investisseur doit entreprendre pour aviser le gouvernement de l'existence d'un litige touchant à son investissement, les règles susceptibles d'être appliquées à l'arbitrage et les étapes de la sélection d'arbitres.

Les traités énoncent généralement les différentes règles d'arbitrage que les parties ont la possibilité d'utiliser le cas échéant, prescrivant parfois un ensemble unique de règles, et à d'autres occasions, un menu d'options au choix de l'investisseur. Le choix effectué par celui-ci sera alors légalement contraignant pour le gouvernement défendeur. La plupart des traités permettent de choisir entre les règles élaborées par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux

investissements (CIRDI) créé sous les auspices de la Banque mondiale, et celles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Le choix est parfois étendu à d'autres options, par exemple le recours aux règles d'arbitrage et aux services de la Chambre de commerce de Stockholm (SCC) ou de la Chambre de commerce internationale (CCI).

Les règles d'arbitrage se subdivisent essentiellement en deux catégories : celles qui sont associées à une institution, et celles qui sont ad hoc. Ces dernières sont celles que les parties au litige ont la faculté d'adopter, avec un minimum ou une absence de tout soutien institutionnel.

La seule institution d'arbitrage qui soit consacrée uniquement à la résolution de litiges entre des investisseurs étrangers et des gouvernements est le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Il a été établi en 1965 aux termes de la Convention pour le règlement de différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI), qui a été signée par plus de 140 États. Le nombre d'affaires traitées sous les auspices du CIRDI a augmenté considérablement au cours des dix dernières années. Pendant la période de 1995 à 2005, le Centre s'est saisi de 166 demandes, alors qu'il n'y en avait eu que 30 pendant les 30 années précédentes. Aujourd'hui, le CIRDI est de loin le centre d'arbitrage le plus utilisé pour les arbitrages entre investisseurs et États. Il est aussi le plus visible, en partie à cause de sa popularité, et en partie parce qu'il maintient un rôle d'affaires qui est publiquement disponible. De fait, parmi les instances d'arbitrage utilisées couramment pour les litiges entre investisseurs et États, le CIRDI est la seule qui régulièrement annonce l'existence des affaires dont il est saisi. Considération encore plus importante, le CIRDI est l'objet d'une attention publique plus poussée en raison de ses rapports avec la Banque mondiale, une organisation intergouvernementale dédiée à la réduction de la pauvreté dans les pays en développement et les pays les moins avancés. Selon le mot d'un arbitre, le CIRDI « n'est pas destiné à n'être qu'une instance d'arbitrage de plus »<sup>67</sup>.

En examinant les litiges portés devant lui, le CIRDI fonctionne suivant un ensemble de règles de procédure qui lui est propre. En raison de sa vocation d'instance de règlement de litiges entre des investisseurs et des États, le CIRDI a été doté de règles d'arbitrage conçues spécialement pour les arbitrages dans ce domaine. Ces règles d'arbitrages sont actuellement les seules à avoir été conçues dans ce but spécifique.

La seconde catégorie de règles d'arbitrage la plus utilisée est le règlement d'arbitrage qui a été élaboré par la CNUDCI. Adoptées initialement en 1976, puis révisées pour la première fois en 2010, les règles d'arbitrage CNUDCI sont utilisées pour une diversité de types d'arbitrage, notamment commerciaux, État-État et investisseur-État. Fait important, les règles CNUDCI peuvent être employées dans des arbitrages dits ad hoc, dans lesquels un litige est résolu hors de tout cadre institutionnel. Les parties à un litige peuvent également faire appel au soutien administratif ou logistique d'une institution, par exemple les services d'arbitrage du SCC, tout en utilisant les règles CNUDCI pour régir la procédure du litige. Le secrétariat de la CNUDCI n'est pas impliqué dans l'administration des arbitrages menés sous ses règles d'arbitrage.

67 *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malaysia*, affaire CIRDI n° ARB/05/10, avis dissident du juge Mohamed Shahabuddeen, procédure d'annulation, 19 fév. 2009, para. 64.

#### **4.7. QUELS REDRESSEMENTS UN INVESTISSEUR PEUT-IL OBTENIR EN ENGAGEANT UNE PROCÉDURE D'ARBITRAGE CONTRE UN ÉTAT ?**

Diverses mesures de redressement ont été demandées par des investisseurs dans leurs actions contre des États. Ces demandes peuvent se répartir en cinq catégories générales : (1) dédommagement monétaire ; (2) restitution de biens ; (3) dommages-intérêts punitifs (c'est-à-dire, une évaluation du préjudice imputé à l'État dont le but n'est pas de dédommager l'investisseur pour le tort qu'il a subi, mais pour punir l'État d'un comportement fautif) ; (4) un jugement déclaratoire (c'est-à-dire, une déclaration destinée à trancher un aspect particulier du différend) ; et (5) une injonction (c'est-à-dire, une ordonnance mettant le gouvernement défendeur en demeure d'entreprendre, ou de s'interdire d'entreprendre, une action donnée).

À l'exception des dommages-intérêts punitifs, dont il est généralement admis qu'ils n'ont pas de place dans les arbitrages entre investisseurs et États, ou qu'ils ne peuvent être permis que dans des « circonstances exceptionnelles », les investisseurs sont parvenus à obtenir toutes les autres formes de redressement prévues. Le plus souvent, les tribunaux rendent des décisions de dédommagement « compensatoire », et bien que les montants de dédommagement soient fréquemment inférieurs à ceux recherchés par les investisseurs demandeurs, ils sont souvent énormes, pouvant s'élever à plusieurs centaines de millions de dollars.

De son côté, une sentence adressant une injonction à l'État, bien que moins onéreuse financièrement pour ce dernier, est toutefois plus intrusive et critiquable du point de vue du gouvernement défendeur parce qu'en plus de ses impacts possibles sur son budget, elle a pour effet de lui dicter, par décision d'un tribunal, la manière dont il devra agir ou ne pas agir. Les demandes visant à obtenir ce type de redressement semblent être devenues plus nombreuses, les investisseurs explorant de nouveaux moyens d'user des traités d'investissement à leur avantage.

#### **4.8. QUI DÉCIDE DE LA PROCÉDURE D'ARBITRAGE ?**

Les traités d'investissement et les différentes règles de procédure régissant les arbitrages entre investisseurs et États laissent aux parties en litige la latitude nécessaire pour décider d'aspects importants de leur procédure d'arbitrage, y compris la sélection des arbitres. À la différence des cours de justice internationales ou internes, où les juges se voient assigner des affaires par le greffe de la Cour, les parties à un arbitrage sélectionnent leurs propres « juges » et disposent d'une autonomie considérable à cet effet.

Les arbitrages dans le cadre de traités d'investissement sont normalement présidés par trois arbitres ; l'un est sélectionné par le demandeur (l'investisseur), l'autre est sélectionné par le défendeur (l'État d'accueil) et le troisième est sélectionné par consentement entre les parties. Si les deux parties ne parviennent pas à convenir du troisième arbitre, ce qui n'est pas inhabituel, une instance d'arbitrage sera souvent appelée à nommer cet arbitre.

Les traités et règles de procédure applicables aux litiges investisseur-État n'imposent guère de restrictions sur les personnes qui peuvent être nommées comme arbitres, au-delà d'exigences au libellé généralement vague prescrivant l'impartialité et/ou l'indépendance des arbitres. La Convention CIRDI a mis en place un groupe permanent d'arbitres désignés par les gouvernements membres. Cependant, les parties sont libres de choisir leurs propres arbitres en dehors du groupe permanent.

Bien que les parties aux litiges aient une grande latitude dans le choix des arbitres, la communauté professionnelle des arbitres actifs en matière de traités d'investissement est relativement peu nombreuse, et constituée de juristes provenant du droit commercial. De plus, les univers des arbitres et des avocats-conseils sont fort entremêlés. Il est fréquent que des avocats échangent les rôles d'arbitre et d'avocat-conseil (quoique dans des affaires différentes). Les arbitres occupent souvent des positions d'associés senior dans des études d'avocats spécialisées en prestations de conseils à des investisseurs et gouvernements dans la perspective d'arbitrages au titre de traités d'investissement.

#### **4.9. QUELLES SONT LES PRÉOCCUPATIONS QUE SUSCITE L'EMPLOI D'ARBITRES PRIVÉS, NOMMÉS PAR LES PARTIES, POUR JUGER DES LITIGES D'INVESTISSEMENT ?**

Par certaines de leurs caractéristiques, les tribunaux d'arbitrage ont suscité des préoccupations quant à l'indépendance et à l'impartialité du système. On s'inquiète en particulier de ce que l'approche actuelle ne conduise à une distorsion systématique en faveur des droits de l'investisseur par rapport à des intérêts publics en concurrence. Cette critique comporte plusieurs dimensions, mais la plus évidente d'entre elles est que des arbitres professionnels se voient offrir des incitations perverses pour encourager les prétentions des investisseurs. Ils peuvent le faire en tranchant des différends en faveur d'investisseurs ou en rendant des décisions sur une interprétation élargie de leurs compétences. Ainsi, ils seront d'autant plus enclins à reconnaître que l'action d'un demandeur est celle d'un véritable « investisseur », concernant de véritables « investissements », et donc à se déclarer compétents, qu'ils auront retenu une définition élargie des termes « investisseurs » et « investissements » dans leur interprétation du traité d'investissement. De manière analogue, en permettant à des investisseurs de recourir aux clauses NPF afin de contourner l'exigence d'une « période d'apaisement » et en retenant une interprétation étroite des clauses « d'option irrévocable », ils se livrent également à une interprétation des traités dans le sens d'une extension des compétences du tribunal. Comme l'a fait remarquer un analyste respecté, « plus les demandes sont nombreuses, plus le commerce de l'industrie de l'arbitrage sera bonne »<sup>68</sup>.

Une seconde critique du système actuel est que, tant que chaque partie nommera son propre arbitre, des doutes subsisteront sur l'impartialité et l'indépendance entière de l'arbitre ainsi nommé. Même si l'impartialité de l'arbitre ne peut être mise en cause, une apparence de partialité pourrait subsister.

Une troisième critique tient au problème du « double rôle », dû au fait que des avocats chargés d'affaires investisseur-État puissent également assurer les fonctions d'arbitres dans les arbitrages. Dans le contexte des litiges entre investisseurs et États, l'univers des actions intentées et des questions légales en présence est relativement limité, tournant généralement autour de l'obligation de traitement juste et équitable, de l'expropriation, de la non-discrimination et des clauses parapluie. L'avocat-conseil d'un investisseur lors d'un arbitrage pourrait plaider en faveur d'une interprétation élargie de la norme de traitement juste et

68 Gus van Harten, 7 août 2009. A Case for an International Investment Court. *Investment Treaty News*.

équitable, puis siéger comme arbitre dans un autre litige où le champ d'application de l'obligation de traitement est en cause. Lorsque l'arbitre rend une décision, il lui est potentiellement difficile de ne pas être influencé (consciemment ou inconsciemment) par les arguments avancés par le client investisseur dans le cadre de l'autre litige, du fait de l'effet possible de la décision arbitrale sur l'évolution du droit applicable à la demande de son client investisseur, ou par le souci d'améliorer les chances de se voir confier de nouvelles affaires comme avocat-conseil. Même si ce type de situation n'a pas d'incidences véritables sur les prises de décision de l'arbitre, il peut donner lieu à une impression de partialité.

#### **4.10. QUE PEUT-ON FAIRE POUR RÉPONDRE AUX PRÉOCCUPATIONS QUI ENTOURENT L'INDÉPENDANCE DES ARBITRES ?**

Un certain nombre d'initiatives ont été suggérées en vue de renforcer l'indépendance et la redevabilité d'un système international pour la résolution de litiges d'investissement. L'une prévoit la création d'une liste d'arbitres permanents, occupant leur charge pendant un nombre donné d'années et de nature à protéger les arbitres contre toutes pressions économiques et politiques. Une autre possibilité consisterait à faire nommer les arbitres par des institutions données (mettant ainsi fin à leur nomination par les parties) et à interdire aux arbitres la faculté d'agir également, pendant une période donnée, comme avocats-conseils dans des arbitrages sous des traités d'investissement.

Une proposition plus ambitieuse serait de créer une cour internationale d'investissement. Les partisans de cette possibilité considèrent qu'une cour internationale en matière d'investissement non seulement renforcerait l'indépendance du système, mais permettrait également d'accroître la transparence et la légitimité du régime international du droit de l'investissement. En outre, si un mécanisme efficace était également institué pour les appels, une cour internationale d'investissement pourrait affronter un autre problème lié au modèle d'arbitrage actuel : le fait que des tribunaux différents rendent souvent des sentences contradictoires.

#### **4.11. LES ERREURS DE DROIT OU DE FAIT DANS LES ARBITRAGES AUX TERMES DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT PEUVENT-ELLES ÊTRE CORRIGÉES ?**

Un aspect des arbitrages investisseur-État qui le rend intéressant pour les investisseurs est que, contrairement aux sentences des tribunaux d'un État d'accueil, les sentences du tribunal d'arbitrage, même si elles sont fondées sur des erreurs de droit ou de fait, peuvent très difficilement être contestées par un gouvernement, qui ne dispose que de voies de recours extrêmement limitées. Deux traités internationaux confèrent une grande force aux sentences arbitrales. Le premier est la Convention sur la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères (la « Convention de New York ») de 1958 ; le second est la Convention CIRDI de 1965.

La Convention de New York fait obligation à ses quelque 150 États parties de reconnaître et de faire appliquer les sentences arbitrales rendues à l'étranger. Elle dispose que les États ne peuvent s'y refuser que pour sept motifs limités : (1) il n'y pas eu d'accord d'arbitrage valable ; (2) l'arbitrage n'a pas fait l'objet d'un préavis en bonne et due forme ou d'une procédure régulière ; (3) la sentence n'est pas conforme aux termes de la soumission à arbitrage ; (4) le tribunal n'a pas été correctement constitué ; (5)



la sentence a été suspendue ou annulée au lieu de l'arbitrage ; (6) l'objet du différend ne peut être soumis à arbitrage ; et (7) l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de l'État dans lequel elle a été demandée. La présence d'erreurs de droit ou de fait ne figure pas sur la liste des causes possibles de refus de reconnaître ou d'appliquer une décision d'arbitrage énumérées par la Convention.

Si un tribunal d'arbitrage rend une sentence contre un État défendeur et que l'investisseur cherche à la faire exécuter dans un État partie à la Convention de New York, les tribunaux de cet État seront tenus, en vertu de la Convention, de faire exécuter la sentence. L'État défendeur ne peut faire opposition à la mise à exécution qu'en faisant valoir, devant le tribunal pertinent, que l'un des sept motifs de rejet de la sentence arbitrale est applicable.

Dans le cadre de la Convention CIRDI, la faculté pour les États de contester des sentences arbitrales est encore plus limitée. En particulier, ils n'ont pas la possibilité de faire opposition ou de faire appel devant des tribunaux nationaux. Lorsqu'un demandeur dont l'action a abouti cherche à faire exécuter une sentence contre un État défendeur perdant, la Convention CIRDI exige de chaque État partie au traité CIRDI qu'il fasse appliquer la sentence comme s'il s'agissait du jugement définitif d'une cour de justice dans cet État.

Le seul moyen dont un État défendeur perdant dispose pour contester une sentence arbitrale sous le CIRDI est de demander la constitution d'un autre tribunal arbitral CIRDI afin de réviser et d'annuler tout ou partie de la sentence. Mais ce nouveau tribunal ne sera pas une instance d'appel dotée de pouvoirs de révision étendus. Aux termes de la Convention CIRDI, le tribunal ou, plus précisément, le « comité d'annulation » ne peut annuler une sentence que pour cinq motifs : (1) le tribunal n'a pas été régulièrement constitué ; (2) le tribunal a manifestement excédé ses pouvoirs ; (3) le tribunal a commis un acte de corruption ; (4) le tribunal s'est gravement écarté d'une règle fondamentale de procédure ; et (5) si la sentence ne fournit pas les motifs sur lesquels elle est fondée.

Même dans des cas où la sentence a reposé sur des erreurs manifestes de droit ou de fait, les comités d'annulation ont déclaré que la sentence ne pouvait être annulée parce que de telles erreurs ne pouvaient constituer un motif d'annulation aux termes de la Convention CIRDI. De plus, à la différence de la Convention de New York, le CIRDI ne considère pas que l'incompatibilité avec l'ordre public soit un motif admissible d'annulation.

Si un pays refuse ou n'est pas en mesure d'exécuter une sentence ou de verser le dédommagement infligé, que ce soit dans le cadre du CIRDI ou de la Convention de New York, ce pays pourrait s'exposer à des conséquences graves. En particulier, l'incapacité de ce pays de s'acquitter des dédommagements prévus ou ses tentatives visant à empêcher l'exécution de la sentence seront vraisemblablement prises en compte par des investisseurs et prêteurs étrangers, tels que la Banque mondiale, affectant potentiellement la notation financière du pays et son aptitude à attirer des nouveaux financements.

#### **4.12. EXISTE-T-IL DES MÉCANISMES PERMETTANT DE S'ASSURER QUE LES TRAITÉS SOIENT INTERPRÉTÉS DE MANIÈRE PLUS PRÉVISIBLE ?**

En bref, la réponse est « non ». Comme indiqué ci-dessus, les décisions rendues à ce jour ont fait état

d'interprétations non uniformes d'obligations de traités qui comportaient des libellés semblables ou identiques. De son côté, l'incertitude qui entoure le résultat des arbitrages peut rendre la résolution des litiges très onéreuse. Toute cette situation conduit à une insécurité excessive pour les États et les investisseurs, ni l'un ni l'autre ne pouvant avoir de certitude en ce qui concerne la protection offerte par des traités d'investissement.

Ce manque de cohérence et cette incertitude proviennent de différents aspects des arbitrages investisseur-État. Il faut premièrement noter que l'univers des traités d'investissement est composé de milliers de traités, négociés par des centaines de pays. Le langage de ces traités est souvent vague, similaire, mais pas toujours identique. On ne peut jamais savoir clairement, même face à deux traités d'investissement aux dispositions identiques, si les parties contractantes voulaient en donner le même sens. On peut donc s'attendre à ce que ces traités donnent lieu, jusqu'à un certain point, à des interprétations différentes. Cependant le problème est exacerbé par l'absence de règles de précédents contraignants (au sens de l'autorité de la chose jugée) dans les arbitrages relatifs aux traités d'investissement. Bien que les tribunaux d'arbitrage se réfèrent régulièrement à des sentences précédentes, ils ne sont pas obligés d'y adhérer.

Ce manque de cohérence dans le droit international de l'investissement est aggravé par l'absence de mécanismes d'appel pour les arbitrages d'investissement. On a vu que, dans le système actuel, la décision d'un tribunal d'arbitrage ne peut être annulée, amendée ou rejetée que pour un ensemble très restreint de motifs. Même si la décision est erronée en droit, cela ne suffira pas généralement en soi pour l'annuler ou la rejeter. Cette situation fait que des décisions erronées ou défectueuses ne seront pas corrigées, ce qui a suscité des appels à la création d'un mécanisme d'appel centralisé, comme il en existe pour le règlement de litiges de droit commercial sous les auspices de l'OMC. Certains traités d'investissement envisagent d'ailleurs expressément l'établissement futur d'un système d'appel. Mais à ce jour, la création d'un tel système n'a apparemment pas recueilli un soutien suffisant de la part des gouvernements.

#### **4.13. LE PUBLIC A-T-IL ACCÈS À L'INFORMATION SUR LES ARBITRAGES INVESTISSEUR-ÉTAT ?**

La réponse à cette question est complexe, car elle dépend du traité d'investissement concerné, du droit national de l'État défendeur, du droit national régissant l'investisseur et des règles de procédure applicables. Mais en général, cet accès est très limité.

En ce qui concerne l'engagement d'une procédure d'arbitrage, les règles d'arbitrage du CIRDI prévoient que le demandeur dépose d'abord une demande d'arbitrage auprès du secrétaire général du CIRDI, qui aura alors à l'enregistrer. En application du règlement administratif et financier de la Convention, le secrétaire général publiera alors l'information relative à l'enregistrement de ces demandes. Conformément à cette obligation, le secrétariat du CIRDI maintient un site Internet affichant une information basique sur l'ouverture des procédures, notamment l'identité des parties et la date du démarrage de l'instance d'arbitrage. En revanche, aucune des règles d'arbitrage de la CNUDCI ne prescrit la publication, à l'intention du grand public, d'une information quelconque concernant l'arbitrage ou toute autre précision à propos de sa date de démarrage. De toute façon, même si les règles de l'UNICTRAL prévoyaient une telle divulgation, cette agence ne dispose actuellement d'aucun registre public semblable à celui géré par le secrétariat du CIRDI.

Pendant le déroulement de la procédure d'arbitrage, les règles tant du CIRDI que de la CNUDCI ne contiennent aucune disposition concernant l'accès du public aux documents soumis aux tribunaux ou délivrés par ceux-ci. Aucune règle n'oblige les parties à garder une telle information confidentielle, mais il n'y en a pas davantage qui exigeraient sa divulgation ou la prise de mesures pour faciliter celle-ci. En ce qui concerne les audiences, l'information publique à leur sujet est également limitée et incertaine. Les règles tant du CIRDI que de la CNUDCI indiquent que les audiences peuvent se tenir en public, mais prescrivent que si l'une des parties le souhaite, elles doivent à se tenir à huis-clos.

Enfin et surtout, ni le CIRDI, ni la CNUDCI ne peuvent, en vertu de leurs règles actuelles, faire connaître au public les sentences rendues par les tribunaux. Aux termes des règles d'arbitrage du CIRDI, l'une ou l'autre des parties a la faculté de divulguer la sentence, mais n'y est pas obligée. La seule divulgation garantie est celle prescrite au secrétariat du CIRDI qui, aux termes de la révision des règles d'arbitrage du CIRDI de 2006, est tenu de publier des extraits des arguments légaux du tribunal sous-tendant la sentence.

De leur côté, les règles d'arbitrage de 1976 et 2010 de la CNUDCI prévoient une divulgation encore plus limitée. Elles prescrivent qu'une sentence ne peut être rendue publique que si les deux parties en conviennent (ou si l'une d'entre elles y est légalement obligée) et ne comportent aucun système ou aucune obligation concernant la publication d'extraits.

Le public dispose néanmoins d'un nombre limité de moyens pour accéder à de l'information sur des litiges entre investisseurs et États.

Le premier tient au fait que, dans un certain nombre de traités d'investissement récents, les États Parties y ont inséré des dispositions de transparence. Par exemple, aux termes des modèles canadien et américain de TBI introduits respectivement en 2003 et 2004, et des traités d'investissement conclus subséquentement par ces pays, il est prévu par défaut que les audiences soient publiques et que le public puisse accéder aux documents remis aux arbitres et délivrés par ceux-ci. D'autres accords, notamment l'Accord d'investissement du COMESA, contiennent des dispositions semblables prévoyant l'accès du public aux documents soumis aux arbitres et délivrés par eux dans les arbitrages investisseur-État. Cependant, les traités d'investissement contenant des dispositions prescrivant la transparence des arbitrages formulent également la réserve que certaines informations confidentielles ou privilégiées puissent ne pas être rendues publiques. Reste néanmoins que, quel que soit le demandeur ou les règles de procédure appliquées, le public aura la possibilité de prendre connaissance de l'ouverture du litige, de son instance et de son résultat dans des délais utiles.

Parallèlement à ce que les traités d'investissement prescrivent, le droit national pourrait également exiger la divulgation d'une certaine information sur les arbitrages investisseur-État. Par exemple, la réglementation sur les sociétés et les bourses de valeurs pourrait obliger les investisseurs à divulguer une information sur les litiges dans lesquels ils seraient ou pourraient être impliqués. Certains pays pourraient également être tenus, en vertu de lois sur la liberté d'information, à rendre publiques des informations concernant des litiges entre investisseurs et États. Toutefois, les exigences légales nationales de divulgation par le gouvernement et par l'investisseur d'informations d'arbitrage investisseur-État sont actuellement trop peu uniformes ou rigoureuses pour donner lieu à une divulgation automatique, cohérente ou entière de ces affaires importantes.

On peut cependant s'attendre à ce que, dans les années à venir, le public ait moins de difficulté à accéder à des informations sur les arbitrages entre investisseurs et États. Une évolution importante est intervenue en octobre 2010 avec le démarrage des travaux du groupe de travail CNUDCI sur l'arbitrage international, dont la mission est de trouver les moyens d'instaurer la transparence dans les arbitrages investisseur-État. Parmi les mesures envisagées par ce groupe figurent la création d'un registre public des affaires, l'ouverture des audiences au public et la publication de documents touchant aux arbitrages. Ces travaux se poursuivaient encore en octobre 2011 et on ne s'attend pas à ce qu'ils soient achevés avant février 2012 au plus tôt.

#### 4.14. UN PUBLIC INTÉRESSÉ A-T-IL LA FACULTÉ DE PRENDRE PART À DES LITIGES ?

Les litiges investisseur-État aux termes de traités d'investissement internationaux intéressent un public élargi pour un certain nombre de raisons. Il arrive souvent que l'objet d'un litige constitue un sujet de préoccupation pressant pour la citoyenneté en général, ou pour des entités ou groupes particuliers tels que des lobbies d'affaires, des populations indigènes, voire même des gouvernements. Il est donc possible que des individus ou des entités non parties au litige en soient affectés ou y aient un intérêt, et souhaitent donc se faire entendre par le tribunal. L'intéressé hors parties est couramment désigné comme *amicus curiae* (« ami de la cour » en latin).

Les *amici curiae* peuvent jouer un rôle important dans les arbitrages sous des traités d'investissement. Ils sont souvent en mesure d'apporter leur expertise sur des points de droit, présenter le contexte historique et culturel d'un litige, et illustrer les répercussions élargies du litige, au-delà de l'intérêt des parties.

Dans l'affaire *Methanex*, le tribunal n'a pas hésité à souligner la valeur potentielle des soumissions d'*amicus curiae* :

*« Cet arbitrage suscite un intérêt public indéniable. [...] Un argument plus large doit également être invoqué [...] : la procédure arbitrale sous le Chapitre 11 pourrait profiter du fait d'être perçue comme étant plus ouverte ou transparente, ou inversement être affectée négativement par le fait d'être perçue comme indûment secrète. Pour cette raison, en étant disposé à recevoir des soumissions amicus, le tribunal pourrait appuyer le processus en général et le présent arbitrage en particulier ; alors qu'un refus général pourrait lui causer un tort certain »<sup>69</sup>*

Néanmoins, des parties extérieures au litige n'ont pas le droit acquis de présenter une demande dans des arbitrages sous les traités d'investissement, car la décision à ce sujet revient au tribunal, qui se concertera parfois avec les parties. Cette situation cadre avec la pratique de la plupart des juridictions qui acceptent les interventions d'*amicus curiae*. Il importe toutefois que les traités d'investissement et les règles d'arbitrage stipulent clairement que les tribunaux sont habilités à autoriser les soumissions d'*amicus curiae*. En 2006, par exemple, les règles d'arbitrage du CIRDI ont été mises à jour pour inclure la disposition suivante :

*Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui*

69 *Methanex c. États-Unis*, Décision du tribunal aux requêtes de tiers à intervenir en tant qu' « Amici Curiae », le 15 janvier 2001, para. 49.

*n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend<sup>70</sup>.*

Aux termes de cet article, un tribunal CIRDI est tenu de se concerter avec les parties au litige, bien que ni l'un ni l'autre ne puissent bloquer des soumissions d'*amicus curiae*. Par contre, les autres règles d'arbitrage couramment utilisées, telles que les règles de la CNUDCI, ne prévoient rien sur l'*amicus curiae*. Des tribunaux les ont cependant interprétées comme habilitant les arbitres à décider de la participation éventuelle d'*amicus curiae*. Les travaux actuels de révision des règles d'arbitrage CNUDCI dans le sens d'une transparence accrue auront en particulier à clarifier la pratique d'*amicus curiae*.

## 5. Comment régler les problèmes

### 5.1. QUE PEUVENT FAIRE LES ÉTATS POUR RECTIFIER LES ERREURS DE TRAITÉS D'INVESTISSEMENTS PASSÉS ?

Quand un État a constaté qu'un de ses traités d'investissement est affecté de problèmes et d'insuffisances, certaines options lui sont offertes pour y remédier. La plus catégorique d'entre elles serait de mettre fin au traité. Cela peut se faire légalement sans violation quelconque du droit international. Normalement, il est prévu dans un traité d'investissement qu'il restera en vigueur pendant une période de temps donnée, souvent de 10 ou 15 ans. Il est également prévu qu'il reste en vigueur aussi longtemps que l'une ou l'autre des parties ne donne pas un préavis par écrit de résiliation. C'est ainsi qu'au terme d'une période de temps donnée, une partie est souvent libre de résilier le traité. Il importe toutefois d'avoir à l'esprit le fait que les dispositions du traité resteront effectives pour une période supplémentaire donnée pour les investissements existants. Cette période peut souvent s'étendre sur 15 à 20 années de plus. Plusieurs TBI intra-UE sont actuellement en cours de résiliation. Un certain nombre de pays en développement ont également commencé à résilier leurs TBI.

Une seconde option offerte aux États est de demander la modification du traité. Pour cela, il faut que toutes les parties au traité soient d'accord pour le renégocier, puis parviennent à une entente sur le texte modifié. Certains traités contiennent des dispositions explicites concernant leurs procédures de modification. Cependant, même en l'absence de modifications de ce type, les parties à un traité pourront convenir d'en modifier le libellé. Les pays qui ont engagé ce processus sont des États membres de l'UE qui ont demandé à leurs pays partenaires d'entamer une renégociation afin d'aligner leurs TBI sur un arrêt de la Cour de Justice de l'UE de 2009 relatif à la clause de libre transfert de capitaux<sup>71</sup>. Bien que dans ces cas-là, la décision de réviser les traités ait été motivée par la nécessité de modifier une disposition particulière, la procédure offre aussi l'occasion de renégocier d'autres clauses que l'une ou l'autre des parties aurait jugées problématiques.

<sup>70</sup> Article 37(2) du Règlement d'arbitrage (Soumissions par les parties non contestantes).

<sup>71</sup> Affaire C-205/06, *Commission c. Autriche*, 2009, ECR I-1301 ; Affaire C-249/06, *Commission c. Suède*, 2009, ECR I-1335 ; Affaire C-118/07, *Commission c. Finlande*, du 19 novembre 2009.

L'exécution de ces étapes devra se faire en tenant compte du contexte élargi du « système » des traités d'investissement. Sous cette optique, les pays auront à tenir compte, pour le conjurer, du risque possible que des définitions élargies du vocable « investisseurs » ne puisse permettre à des demandeurs potentiels de « butiner parmi les traités » (faire du 'treaty shopping'), ce qui viendrait compromettre l'effectivité des réformes du moment où un pays ne se bornerait qu'à résilier ou à modifier un certain nombre de ses traités seulement. De plus, relativement au problème souvent évoqué dans le présent manuel concernant l'incertitude de la signification des obligations du traité, le risque existe que si des États parties révisent leurs traités pour ne réduire que la portée d'une disposition donnée, les tribunaux pourraient subséquemment en conclure que ces États étaient en accord avec les interprétations élargies des autres clauses maintenues inchangées. Par exemple, si une partie à un traité décidait de modifier la disposition sur le libre transfert des capitaux sans entreprendre de resserrer le libellé de l'obligation de traitement juste et équitable, ou les dispositions relatives à l'expropriation, malgré l'interprétation élargie donnée par les tribunaux à ces dernières, des tribunaux pourraient par la suite considérer la modification sélective des parties comme signifiant qu'elles ne contestaient pas les interprétations plus larges qui ont été données aux articles relatifs au traitement juste et équitable et à l'expropriation.

## **5.2. QUE PEUVENT FAIRE LES ÉTATS POUR CLARIFIER LES TERMES DES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT SUSCEPTIBLES D'ABOUTIR À DES PROBLÈMES D'INTERPRÉTATION ?**

Les parties ont la possibilité de clarifier leur manière de comprendre des termes élargis et formulés de façon vague qui pourraient apparaître dans des traités d'investissement. Ces clarifications ou interprétations guideront et dirigeront les arbitres qui auront à interpréter le traité en question à l'avenir. Selon la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT), l'inclusion de déclarations interprétatives est permise avant et après l'entrée en vigueur d'un traité (Articles 31(2) et 31(3) de la CVDT). La procédure d'interprétation est plus facile que celle d'amendement car elle n'exige aucune forme de ratification ou de processus analogue. Dans le cadre de l'ALENA, les parties à cet accord ont émis des déclarations interprétatives sur la portée de la clause de traitement juste et équitable, sur la transparence dans les procédures investisseur-État et sur la mise à contribution de parties hors litige. Ces interprétations ont par la suite été acceptées et appliquées par les tribunaux d'arbitrage de l'ALENA<sup>72</sup>.

Une autre possibilité offerte aux États est de faire une déclaration unilatérale d'interprétation. Une telle situation se présenterait si les autres parties au traité ne souhaitent pas formuler une déclaration interprétative conjointe. La Commission de droit international a admis qu'il était possible pour une ou plusieurs parties à un traité d'émettre une déclaration unilatérale concernant l'interprétation des dispositions du traité, pour autant que les autres parties ne s'y opposent pas et que la déclaration ne

72 Voir par ex. *Glamis Gold c. États-Unis*, CNUDCI, sentence du 8 juin 2009, para. 599. Mais voir Pope & Talbot c. Canada, sentence en matière de dédommagement, du 31 mai 2002, para. 47 (où le tribunal a estimé, en décidant du dédommagement, que l'interprétation des Parties à l'ALENA de la disposition de traitement équitable était davantage assimilable à une modification de cette disposition).

soit pas en désaccord avec l'objet et le but du traité<sup>73</sup>. De plus, certains traités multilatéraux tels que l'ALENA permettent explicitement aux États parties au traité de fournir aux tribunaux une information ou une interprétation relative au traité dans un litige investisseur-État pendant, même dans des affaires où ces États signataires ne sont pas parties au litige. C'est dire que dans un litige investisseur-État dont le Canada serait un défendeur, les États-Unis et le Mexique peuvent chacun unilatéralement faire des soumissions au tribunal sur des questions d'interprétation de l'ALENA<sup>74</sup>.

Les interprétations conjointes ou unilatérales peuvent représenter une approche plus facile et moins draconienne que celle de la résiliation ou de l'amendement. Cette approche paraît d'autant plus préférable aux autres options que, à tout le moins dans certaines affaires, il semble que nombre des problèmes surgissant pour les pays soient davantage dus à des facteurs d'interprétation et à des besoins de clarification d'incertitudes qu'au désir des parties de modifier ou mettre fin aux obligations que le traité leur imposerait.

## 6. Remarques finales

Ce manuel est parti de la thèse centrale voulant que l'investissement joue un rôle crucial pour la réalisation du développement durable. De fait, l'investissement revêt une importance telle, et a des impacts si tangibles sur les individus et les sociétés, que la réalisation des objectifs visant à l'attirer et à le protéger de façon appropriée ne devrait pas dépendre du cadre défectueux et fragmenté qui existe actuellement.

Les traités actuellement en vigueur et leurs institutions manquent de certaines des caractéristiques essentielles qu'on est en droit d'attendre d'un bon régime de gouvernance : prévisibilité des résultats, sécurité des engagements, équilibre approprié entre le traitement des investissements et celui accordé à d'autres biens publics, apparence d'impartialité, transparence et ouverture. Le message le plus important qui se dégage de ce document est qu'il existe des options viables pour affronter au moins certains des problèmes soulevés par le système actuel. Aucune de ces options n'est particulièrement compliquée, et nulle d'entre elles n'est inédite au point de n'avoir pas été appliquée avec succès dans d'autres contextes. Néanmoins, toutes nécessitent une bonne dose de volonté politique. De fait, de nombreux pays ont déjà entrepris des démarches initiales pour résoudre certains des problèmes en présence. Nous ne pouvons qu'espérer que le besoin urgent d'investissements comme moteur du développement durable, assorti à la nécessité de veiller à ce que le coût des traités d'investissement pour les gouvernements ne l'emporte pas sur les avantages d'un accroissement des flux d'investissement, stimuleront la volonté de faire aboutir ces efforts.

---

73 Voir Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales d'États capables de créer des obligations légales, texte adopté par la Commission de droit international (ILC) à sa cinquante-huitième session en 2006, et soumis à son assemblée générale comme faisant partie du rapport de la Commission couvrant les travaux de cette session (A/61/10). Publié dans l'Annuaire de la Commission de droit international, 2006, vol. II, partie 2. Voir également le Guide à la pratique des réserves aux traités, adopté par l'ILC à sa soixante-troisième session, en 2011, et soumis à son assemblée générale comme faisant partie du rapport de la Commission sur les travaux de cette session (A/66/10, par. 75), para. 1.6.3 (« L'interprétation résultant d'une déclaration interprétative faite au titre d'un traité bilatéral par un État ou une organisation internationale partie à ce traité et acceptée par l'autre partie constitue une interprétation authentique de ce traité ».)

74 NAFTA, Art. 1128.

# ANNEXE : Organisations et ressources sélectionnées portant plus particulièrement sur les traités d'investissement et le règlement de litiges entre investisseurs et États

## ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES

### **MULTILATERALES**

Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements (CIRDI/ICSID)

Le CIRDI est une agence de la Banque mondiale spécialisée dans les litiges entre investisseurs étrangers et leurs gouvernements d'accueil. Le Centre administre des arbitrages et des conciliations. La grande majorité des affaires qu'il entend porte sur des violations alléguées par des gouvernements de traités internationaux d'investissement.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

Cour permanente d'arbitrage

La Cour permanente d'arbitrage (CPA) est une organisation intergouvernementale établie par traité en 1899. Elle propose des services de résolution de litiges, y compris des services pour le règlement d'arbitrages de litiges investisseur-État aux termes de traités suivant les règles d'arbitrage de la CNUDCI. Certaines informations relatives à ses arbitrages sont publiées sur son site Internet.

[http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=363](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=363)

Centre Sud

Organisation intergouvernementale basée à Genève, le Centre Sud a été établi comme groupe de réflexion sur les moyens pour les pays en développement d'être mieux équipés face à de complexes négociations internationales sur le commerce et les investissements. Au travers de ses documents d'information et ses ateliers périodiques, le Centre offre des formations aux fonctionnaires en provenance de pays en développement.

<http://www.southcentre.org>

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI/UNCITRAL)

Les règles d'arbitrage de la CNUDCI offrent une alternative appréciée aux arbitrages selon les règles du CIRDI. Bien que cette agence soit chargée de rédiger ses règles d'arbitrage et de les réviser périodiquement, elle n'administre pas les arbitrages à la manière du CIRDI. Pour cette raison, il est malaisé de mesurer l'usage qui est fait des règles de la CNUDCI dans le règlement de litiges aux termes de traités d'investissement.

<http://www.uncitral.org>

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)



La CNUCED effectue des recherches et des analyses sur les accords d'investissement internationaux, et publie régulièrement des données sur l'évolution de ces accords. Chaque année, la CNUCED publie le World Investment Report, qui est axé sur l'impact des investissements étrangers sur les pays en développement.

<http://www.unctad.org>

- UNCTAD IIA Compendium  
[http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch\\_\\_\\_780.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch___780.aspx)
- UNCTAD list of BITs by country  
<http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intlItemID=2344&lang=1>
- UNCTAD texts of BITs  
<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>

Organisation mondiale du commerce (OMC)

Bien que les gouvernements membres de l'OMC aient rejeté une proposition visant à négocier un accord multilatéral sur les investissements, certains accords de l'OMC s'appliquent en fait aux investissements étrangers, notamment l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC/TRIM) et l'Accord général sur le commerce des services (AGCS/GATS).

<http://www.wto.org>

## **RÉGIONALES et SECTORIELLES**

Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN)

Portail d'investissement de l'ASEAN

<http://www.aseansec.org/4947.htm>

Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA)

Autorité régionale d'investissement du COMESA

<http://www.comesaria.org/>

Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC)

Portail d'investissement de la SADC

<http://www.sadc.int/investment/>

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

Laboratoire d'idées basé à Paris pour les économies développées, l'OCDE poursuit des recherches sur des questions de commerce et d'investissement et œuvre à l'élaboration de règles internationales sur les investissements étrangers. L'Accord multilatéral sur les investissements (AMI) proposé par l'OCDE a attiré une attention publique particulière à la fin des années 1990 lorsque certains gouvernements et de nombreuses ONG se sont déclarés préoccupés des implications possibles de ce projet d'Accord en matière de santé, d'environnement, d'éducation, de culture et de droits de l'homme, provoquant l'arrêt des négociations.

<http://www.oecd.org/investment>

Charte de l'énergie

La Charte de l'énergie de 1991 et le Traité de la Charte de l'énergie (TCE) de 1994 (entré en vigueur en 1998) sont des accords établissant des règles internationales dans le secteur de l'énergie. L'TCE contient des dispositions sur les investissements étrangers qui sont semblables à celles inscrites dans

les traités d'investissement, concernant notamment le traitement juste et équitable, le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée et l'expropriation. Il contient également des dispositions sur les arbitrages entre investisseurs étrangers et États d'accueil.

<http://www.encharter.org>

## **ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES ET GROUPES DE RÉFLEXION ORIENTÉS VERS L'INTERNATIONAL**

### **ACCENT SUR L'INTERNATIONAL**

Centre international de droit de l'environnement (CIEL)

Le CIEL est un participant actif aux débats entourant la réglementation des échanges et des investissements internationaux. L'organisation a publié une série de notes d'information et de documents de recherche examinant les interactions entre les accords de commerce et d'investissement et les questions de développement durable. Les avocats du CIEL travaillent étroitement avec des communautés affectées par des projets d'investissement.

<http://www.ciel.org>

Institut international du développement durable (IISD)

L'IISD produit des documents d'information et des analyses sur toute une gamme de questions relatives au commerce et aux investissements. L'Institut a produit un projet de modèle d'accord d'investissement, un ouvrage électronique sur des affaires importantes survenues entre 2000 et 2010, et d'autres publications touchant aux traités d'investissement et aux arbitrages entre investisseurs et États, y compris un service continu d'information sur le droit de l'investissement et l'évolution des politiques dans ce domaine (Investment Treaty News). L'IISD conseille les pays en développement et les organisations de la société civile sur des questions d'investissement, y compris la négociation de traités ainsi que les codes et les contrats d'investissement.

<http://www.iisd.org/investment>

Institute for Policy Studies (IPS)

Basé à Washington, ce groupe de réflexion conduit des politiques et des études, couvrant en particulier des questions d'investissement et de finance.

<http://www.ips-dc.org/>

### **ACCENT SUR LES QUESTIONS NATIONALES ET INTERNATIONALES**

#### **Ressources sur Internet**

Bilaterals.org

Organisation collective, active sur l'Internet et opposée à la multiplication des traités d'investissement bilatéraux et régionaux. Son site rassemble des reportages du monde entier, présentant une grande richesse d'information médiatique portant notamment sur les négociations de commerce et d'investissement en cours.

<http://www.bilaterals.org>

Global Arbitration Review

Global Arbitration Review (GAR) est un périodique international et un service d'actualités consacrés aux arbitrages. GAR diffuse des nouvelles et des articles de fond sur diverses questions d'arbitrage





**iisd**

International  
Institute for  
Sustainable  
Development

Institut  
international du  
développement  
durable

