

## Points clés

**Les engagements au titre d'un traité** visant à protéger les investissements peuvent exposer les États à des demandes d'indemnisation relatives à leur action publique sur un large éventail de domaines politiques.

**Les États devraient** examiner soigneusement leurs choix politiques avant de décider de conclure, résilier ou renégocier des traités d'investissement.

**Une pratique en matière** de traités et des lignes directrices internationales de plus en plus répandues ont élaboré de nouvelles méthodes afin de trouver un équilibre entre la protection des investissements et la préservation de la marge de manœuvre en matière de politiques.

## Traités d'investissement et développement durable : protection des investissements

Plus de 3 000 traités internationaux d'investissement (TII) ont été conclus et d'autres sont en cours de négociation. La signature et la teneur de ces traités reflètent des choix importants entre différents objectifs de politiques générales. Les dispositions des traités à première vue anodines et conçues pour rassurer les investisseurs étrangers qu'ils seront traités de manière équitable, peuvent avoir de très profondes répercussions sur l'aptitude des États à poursuivre d'autres objectifs de politiques générales. À mesure que ces répercussions deviennent plus claires, certains États repensent leur approche en matière de TII et l'on recueille de plus en plus d'expériences sur les différentes façons de trouver un équilibre entre la protection des investissements et la préservation de leurs marges de manœuvre en matière de politiques. Tous les pays qui envisagent de négocier des traités d'investissement ont besoin d'engager une réflexion rigoureuse et un débat public sur ces choix stratégiques. Cette note d'information est la troisième d'une série de quatre qui promeut le débat sur les TII et le développement durable.

Un traité d'investissement international (TII) a pour but d'encourager les entreprises d'un État à investir dans un ou plusieurs autres États. La principale façon pour les TII de promouvoir de tels flux d'investissements étrangers est par des clauses de « protection des investissements » qui les mettent à l'abri d'une action préjudiciable du pays d'accueil.

L'argumentation peut se développer comme suit. De nombreux États mettent tout en œuvre pour attirer des investissements étrangers. Mais une fois l'investissement fait — par exemple à l'issue de la construction d'une usine de transformation ou d'un oléoduc — l'investisseur est à la merci des mesures prises par le pays d'accueil susceptibles de nuire au projet ou à sa rentabilité. La protection des investissements est conçue pour atténuer ce

risque « politique » et rassurer les investisseurs qu'ils ne seront pas traités injustement, de manière à inciter les sociétés à investir.

Dans la pratique, les données empiriques attestant que la protection des investissements promeut effectivement les flux d'investissement ne sont pas probantes (pour un débat à ce sujet, voir la note d'information associée intitulée « Vue d'ensemble »). Et si elle n'est pas encadrée correctement, la protection de l'investissement risque d'exposer les États à des demandes de compensation pour des pertes subies en raison d'un large éventail de mesures de politiques publiques et elle peut donc restreindre la marge de manœuvre en matière de politiques (là encore, voir la note d'information intitulée « Vue d'ensemble »).

Par conséquent, la décision de signer ou non un TII, et la teneur exacte d'un tel traité, exigent un examen et un débat rigoureux.

## *Il est important que les gouvernements prennent toute la mesure des coûts et avantages réels des TII*

### Normes de protection de l'investissement

Beaucoup de traités présentent des conditions plus ou moins comparables et pourtant les termes peuvent varier de manière considérable et, par là même, le niveau de protection qui est accordé aux investisseurs. Parmi les normes de protection de l'investissement communément utilisées figurent :

- Les clauses de « traitement national » et de « la nation la plus favorisée » exigent généralement que le pays d'accueil traite les investisseurs ou les investissements étrangers d'une manière tout aussi favorable que les investissements réalisés dans des circonstances semblables par ses propres ressortissants (traitement national) ou par des ressortissants d'autres États (traitement de la nation la plus favorisée).
- Les clauses de « traitement juste et équitable » exigent du pays d'accueil qu'il traite l'investissement étranger conformément à une norme minimale d'équité, indépendamment des règles qu'il applique aux investissements nationaux dans le cadre de sa loi.
- Les clauses de « protection et de sécurité pleine et entière » sont généralement interprétées comme exigeant que l'État d'accueil prenne des mesures pour protéger les investissements étrangers de tout préjudice causé par des tiers.
- Les clauses qui limitent la faculté d'un gouvernement d'exproprier les investissements étrangers stipulent souvent que toute expropriation doit être pour cause d'utilité publique, non discriminatoire et que les gouvernements doivent suivre la procédure en vigueur et payer la compensation en fonction des normes agréées.
- Les clauses de protection dites clauses-parapluie exigent que le pays d'accueil honore les engagements qu'il a pu contracter, par exemple aux termes de contrats.
- Les dispositions relatives à la convertibilité des monnaies et au rapatriement des bénéfices permettent aux investisseurs de rapatrier les recettes générées par leurs activités.

Les dispositions concernant le traitement national et la nation la plus favorisée sont des normes « relatives » : elles exigent de l'État qu'il ne fasse pas de discrimination à l'encontre des investisseurs étrangers et des investissements

protégés. Ainsi, les clauses de la nation la plus favorisée peuvent permettre aux investisseurs de prétendre à un traitement plus favorable que celui accordé par les autres traités – des traités conclus entre le pays d'accueil et des États autres que le pays où sont basés les investisseurs.

À la différence des dispositions concernant le traitement national et la nation la plus favorisée, les autres normes de protection des investissements sont « absolues » : elles établissent les normes minimales applicables à l'investissement étranger concerné, indépendamment du traitement applicable à d'autres investissements.

Comme les normes de protection de l'investissement sont souvent formulées en termes vagues, les implications d'un traité peuvent n'être pleinement comprises qu'en examinant comment les tribunaux d'arbitrage ont interprété et appliqué des clauses analogues au moment de régler des différends (voir la note d'information associée sur l'arbitrage entre les investisseurs et l'État). Les tribunaux d'arbitrage ne sont pas tenus de suivre les décisions antérieures, mais, dans la pratique, ils y font souvent référence afin de renforcer l'autorité de leur propre raisonnement.

### Un exemple : traitement juste et équitable

Une discussion sur le « traitement juste et équitable » (TJE) peut contribuer à illustrer le mode de fonctionnement des normes de protection de l'investissement et la façon dont elles peuvent affecter la marge de manœuvre en matière de politiques. Le TJE est la norme que les investisseurs invoquent le plus souvent pour engager des poursuites contre un État<sup>1</sup>.

Il n'est pas toujours facile de déterminer ce qui est « juste » et « équitable ». C'est ce qui laisse une ample marge d'appréciation aux tribunaux d'arbitrage pour déterminer comment interpréter et appliquer cette norme.

Les tribunaux d'arbitrage considèrent que le respect des « attentes légitimes » qu'avait l'investisseur au moment où il a réalisé l'investissement constitue une condition essentielle de la norme TJE<sup>2</sup>. Certains tribunaux ont fait valoir que le TJE exige une conduite cohérente et transparente de la part du gouvernement<sup>3</sup>. D'autres ont aussi fait valoir qu'un cadre réglementaire stable est « un élément essentiel » du TJE. On en trouve un exemple dans les arbitrages introduits dans le cadre du traité d'investissement entre les États-Unis et l'Argentine, dont le préambule fait référence à la stabilité réglementaire<sup>4</sup>.

Il est vrai que d'autres tribunaux ont mis davantage

l'accent sur le droit des gouvernements de légiférer et ont précisé qu'aucun investisseur ne peut raisonnablement espérer que la loi en vigueur restera totalement inchangée<sup>5</sup>. Mais les changements réglementaires qui violent les « déclarations » faites à l'investisseur et susceptibles de créer des « attentes légitimes » peuvent exposer l'État à des procédures<sup>6</sup>.

Donc, selon la façon d'agir d'un État, le changement des règles applicables ou la modification de la conduite d'un gouvernement peuvent être considérés comme étant en violation du TJE. C'est ce qui a déclenché un grand nombre de procédures intentées par les investisseurs qui remettaient en cause un large éventail de mesures qui avaient été adoptées au nom de l'intérêt général mais portaient atteinte aux investissements, y compris des mesures visant à améliorer la participation du pays d'accueil aux bénéfices économiques générés par l'investissement étranger<sup>7</sup> ; pour protéger l'environnement<sup>8</sup> ; pour rectifier des injustices historiques<sup>9</sup> ; ou pour protéger la santé publique (Encadré 1).

En d'autres termes, les implications des dispositions relatives à la protection de l'investissement peuvent être profondes et ne se limitent pas seulement à la « politique d'investissement ». Par ailleurs, une action en justice intentée par des citoyens contre un investisseur, sur lequel le gouvernement peut avoir bien peu de contrôle, peut aussi exposer l'État à une procédure d'arbitrage.

Les États peuvent encore adopter de nouvelles mesures politiques mais il se peut qu'ils soient contraints de verser des indemnités élevées s'ils souhaitent introduire une réglementation en violation d'une obligation au titre d'un traité. Même si les investisseurs perdent l'arbitrage, le gouvernement peut tout de même être obligé de payer une lourde facture de frais juridiques. Les pays à faible revenu pourraient éprouver des difficultés particulières à payer des compensations élevées. Il existe un risque que les obligations en matière d'indemnisation puissent dissuader une action publique pourtant souhaitable.

Par ailleurs, les pays à faible revenu peuvent s'exposer à des procédures par les investisseurs parce que leur gouvernement ou leurs organes judiciaires ne sont pas dotés des capacités requises pour assurer les normes de protection prescrites. Ainsi, un tribunal d'arbitrage a fait valoir que le TJE exige qu'un gouvernement « agisse de manière cohérente, sans la moindre ambiguïté et de façon totalement transparente dans ses relations avec l'investisseur étranger<sup>10</sup> ». C'est là une obligation contraignante pour nombre de gouvernements de pays à faible revenu,

notamment dans le cas d'investissements complexes qui font intervenir de nombreuses agences gouvernementales (souvent mal coordonnées), et lorsque les procédures d'agrément s'étalent sur des périodes prolongées.

## Un contexte en pleine mutation

En réponse à des préoccupations suggérant que la façon dont les tribunaux d'arbitrage interprètent le TJE et d'autres normes de protection des investissements risquent d'éroder la marge de manœuvre en matière de politiques au-delà de ce que les pouvoirs publics sont prêts à accepter, certains États ont revu leurs approches.

Certains États cherchent à présent à trouver un équilibre entre la protection de l'investissement et la préservation de la marge de manœuvre en matière de politiques pour permettre au gouvernement d'agir dans l'intérêt général. Parmi ces États figurent des pays à revenu élevé tels que les États-Unis et le Canada, qui ont vu leur propre action publique remise en cause par des investisseurs étrangers qui s'appuyaient sur des régimes généreux de protection des investissements. Certains pays à revenu faible ou intermédiaire ont aussi revu leur approche quant aux questions liées aux TII.

Une fois encore, en s'appuyant sur le TJE à des fins d'illustrations, trois développements démontrent des approches plus réfléchies à la rédaction des traités :

### Lien entre le TJE et le droit international

**coutumier.** Le nouveau modèle de TII développé par le Canada et les États-Unis précise que le TJE ne va pas au-delà de la norme minimale internationale en matière de traitement déjà requise par le droit international coutumier.

Le droit international coutumier est contraignant pour les États même s'ils n'ont pas signé de traité (voir la note d'information associée intitulée « Vue d'ensemble »). Il prescrit une norme minimale d'équité mais celle-ci est généralement interprétée comme une simple interdiction de tout cas flagrant de traitement arbitraire. Donc, le fait d'assimiler le TJE à la norme coutumière réduirait la portée de la protection de l'investissement et préserverait une plus grande marge en matière de politiques nationales.

Néanmoins, de récentes sentences ont suggéré que la norme coutumière évolue et tend à s'élargir et ils ont

### Encadré 1. Protection des investissements et législation relative à la commercialisation des cigarettes

En 2010 et 2011, une compagnie mondiale de tabac a initié des arbitrages pour obtenir indemnisation pour pertes causées par la législation visant à dissuader les gens de fumer en Uruguay puis en Australie<sup>11</sup>. La compagnie a argué que les mesures étaient en violation de la clause de TJE prévue dans les TII applicables et elle a cherché à obtenir réparation.

En 2013, le gouvernement de la Nouvelle-Zélande a annoncé qu'il attendrait de voir le résultat de l'arbitrage contre l'Australie avant de promulguer une loi anti-tabac analogue en Nouvelle-Zélande<sup>12</sup>. Le projet de loi a été débattu au parlement en février 2014<sup>13</sup>.

adopté des interprétations plus larges de cette norme. En d'autres termes, il n'y a pas de définitions précises de la norme minimale internationale de traitement requise en vertu du droit coutumier. Donc il reste à voir dans quelle mesure une formulation plus restrictive des traités pourra se révéler utile.

**Des obligations plus spécifiques.** Le deuxième exemple suppose de définir une norme en fonction d'obligations beaucoup plus précises, en faisant ou non référence au « traitement juste et équitable ». Cela peut inclure une obligation de ne pas pratiquer de déni de justice en cas de procédure judiciaire ou administrative, ou encore de ne pas soumettre l'investisseur à un harcèlement injustifié. Ainsi, le Modèle de traité d'investissement mis au point par la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) inclut une norme de « juste traitement administratif ».

Cette norme engage les États parties à « faire en sorte que leurs procédures administratives, législatives et judiciaires ne fonctionnent pas d'une manière qui soit arbitraire ou qui refuse [une justice] administrative et procédurale [équitable] aux investisseurs de l'autre État partie ou à leurs investissements... »<sup>14</sup> Ce langage plus précis est conçu pour sauvegarder les investissements étrangers sans pour autant exposer les États à des obligations qui sont difficiles à prévoir.

Niveau de développement. Un troisième exemple exige des tribunaux qu'ils tiennent compte du niveau de développement d'un pays lorsqu'ils appliquent le TJE. Ainsi, la clause de TJE que renferme l'accord d'investissement développé par le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) comprend le texte suivant:

*« Pour plus de certitude, les États membres apprécient que les différents États membres ont différentes formes de systèmes administratifs,*

*législatifs et judiciaires et que les États membres à différents stades de développement pourront ne pas atteindre les mêmes normes en même temps. »<sup>15</sup>*

Il est encore difficile de savoir comment les tribunaux d'arbitrage appliqueront ce type de disposition.

## Conclusion

Les récents développements en matière d'arbitrage entre investisseurs et États ont souligné les très profondes répercussions que les normes de protection de l'investissement peuvent avoir sur un large éventail de domaines politiques. Par ailleurs, on trouve de plus en plus de lignes directrices internationales sur les multiples façons de formuler des normes de protection des investissements. Ces lignes directrices ont été élaborées par les Nations Unies, par des groupes de réflexion et par des universitaires<sup>16</sup>.

Au moment de décider s'il convient de signer un TII et comment il devrait être rédigé, il est important que les gouvernements prennent la pleine mesure des coûts et avantages réels concernés, et de toutes les options disponibles.

## Lorenzo Cotula

Lorenzo Cotula est chercheur principal en droit et développement durable à l'IIED, où il dirige l'équipe en charge des outils juridiques. [www.iied.org/users/lorenzo-cotula](http://www.iied.org/users/lorenzo-cotula).

Cette note d'information fait partie d'une série de quatre qui vise à encourager le débat sur les traités d'investissement et le développement durable. Les autres notes de la série abordent les rubriques suivantes :

**Vue d'ensemble :** <http://pubs.iied.org/17238IIED>

**Libéralisation des investissements :** <http://pubs.iied.org/17239IIED>

**Arbitrage entre les investisseurs et l'État :** <http://pubs.iied.org/17241IIED>

Les notes d'information sont basées sur : Cotula, L (2013) Foreign investment, law and sustainable development: A handbook on agriculture and extractive industries. IIED, Londres. <http://pubs.iied.org/17513IIED>



## Knowledge Products

L'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED) promeut le développement durable, en reliant les priorités locales aux défis mondiaux. Nous soutenons certaines des populations les plus vulnérables du monde pour mieux faire entendre leurs voix dans la prise de décisions.

## Contact

Lorenzo Cotula  
[lorenzo.cotula@iied.org](mailto:lorenzo.cotula@iied.org)

80–86 Gray's Inn Road  
London, WC1X 8NH  
Royaume-Uni

Tél: +44 (0)20 3463 7399  
Fax: +44 (0)20 35 14 9055  
[www.iied.org](http://www.iied.org)

IIED invite les réactions et commentaires sur : @IIED et [www.facebook.com/theiied](http://www.facebook.com/theiied)



Cette recherche a été financée par UK aid du gouvernement britannique ; toutefois, les points de vue exprimés ici ne reflètent pas nécessairement ceux du gouvernement britannique.

## Notes

<sup>1</sup> Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (2012) World investment report 2012: towards a new generation of investment policies. p147. [http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/WIR2012\\_WebFlyer.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/WIR2012_WebFlyer.aspx) / <sup>2</sup> Pour consulter des exemples, voir les jugements d'arbitrage : Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States. Award. 23 mai 2003, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 43 ILM (2004) 133 ; et El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic. Award. 31 octobre 2011, ICSID Case No. ARB/03/15 / <sup>3</sup> Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States. Award. 23 mai 2003, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 43 ILM (2004) 133 / <sup>4</sup> CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic. Award. ICSID Case No. ARB/01/8, 12 mai 2005, 44 ILM 1205 ; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic. Decision on liability. 3 octobre 2006, ICSID Case No. ARB/02/1, 46 ILM 36 (2007), <https://tinyurl.com/kx3m2ns> / <sup>5</sup> Saluka Investments BV v. The Czech Republic. Partial award. 17 mars 2006, Permanent Court of Arbitration, <http://ita.law.uvic.ca/documents/Saluka-PartialawardFinal.pdf>, para. 305 / <sup>6</sup> Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmil S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania. Final award. 11 décembre 2013, ICSID Case No. ARB/05/20 / <sup>7</sup> Pour consulter des exemples de revendication d'un investisseur ayant trait aux obligations de performance, voir Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Government of Canada. Decision on liability and on principles of quantum. 22 mai 2012, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, [www.italaw.com/cases/1225](http://www.italaw.com/cases/1225). Pour des arbitrages ayant trait à la fiscalité, voir par exemple Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, Decision on Liability, 14 décembre 2012, ICSID Case No. ARB/08/5 ; et Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia. Award on jurisdiction and liability. 28 avril 2011. Arbitration under UNCITRAL Arbitration Rules, <http://italaw.com/documents/PaushokAward.pdf> / <sup>8</sup> Par exemple, Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador. Decision on the respondent's jurisdictional objections. 1er juin 2012, ICSID Case No. ARB/09/12, [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0935.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0935.pdf) / <sup>9</sup> Piero Foresti, Laura de Carli and Others v. Republic of South Africa, Award, 4 août 2010, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1, <http://italaw.com/cases/documents/447> / <sup>10</sup> Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (voir note 2) para. 154 (citation traduite de l'anglais) / <sup>11</sup> Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia. Notice of arbitration. 21 novembre 2011, arbitration under UNCITRAL Arbitration Rules, [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf) ; Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay. Request for arbitration. 19 février 2010. ICSID Case No. ARB/10/7, [www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0343.pdf) / <sup>12</sup> Peterson, LE (28 février 2013) First hearing in Philip Morris v. Australia arbitration is pushed into 2014, as New Zealand reveals it is awaiting outcome of Australian cases. IAREporter. [http://www.iareporter.com/articles/20130228\\_2](http://www.iareporter.com/articles/20130228_2) / <sup>13</sup> [www.health.govt.nz/our-work/preventative-health-wellness/tobacco-control/plain-packaging](http://www.health.govt.nz/our-work/preventative-health-wellness/tobacco-control/plain-packaging) / <sup>14</sup> Southern African Development Community (SADC) Model BIT Template 2012, [www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf](http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf), Article 5 Option 2 (citation traduite de l'anglais) / <sup>15</sup> Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area. <https://tinyurl.com/I27fqrw>, 2010, Article 14(3) (citation traduite de l'anglais) / <sup>16</sup> Mann, H et al. 2005. Model international agreement on investment for sustainable development: negotiators' handbook. 2e édition. IISD. [www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=686](http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=686) ; CNUCED (2012) Investment policy framework for sustainable development. [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2012d6\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2012d6_en.pdf)