

Points clés

Le choix d'inclure ou non des clauses d'arbitrage entre investisseurs et État dans les traités d'investissement devrait prendre en considération le fait que l'acceptation d'une clause d'arbitrage par l'État peut exposer celui-ci à des demandes de réparation de la part de l'investisseur touchant un large éventail de domaines politiques.

L'évolution des traités d'investissement et des règles d'arbitrage illustre dans quelle mesure il est possible d'accroître la transparence et comment la société civile peut soulever des questions d'intérêt général dans les procédures d'arbitrage.

La réforme de l'arbitrage entre investisseurs et État est au cœur d'un débat croissant. Il est crucial que les gouvernements et la société civile des pays à faible revenu contribuent à impulser le programme de réforme pour faire en sorte qu'il réponde à leurs préoccupations et leurs aspirations.

Traités d'investissement et développement durable : l'arbitrage entre investisseurs et État

Parmi les plus de 3000 traités internationaux d'investissement (TII) conclus dans le monde, beaucoup autorisent les investisseurs à attaquer les gouvernements des pays hôtes devant un tribunal d'arbitrage international, dont les décisions sont contraignantes et ont force exécutoire. De telles clauses, qui ont des implications financières considérables pour les pays concernés, rassurent les investisseurs étrangers qui se voient ainsi à l'abri d'une action injuste de l'État. Toutefois, les États ont fait l'objet de procédures sur des points qu'ils estiment être en droit de régler, notamment les questions de fiscalité, de protection de l'environnement et de santé publique. D'un point de vue historique, les arbitrages ont privilégié la confidentialité, alors même que les mesures de politiques publiques devraient pouvoir faire l'objet d'un examen du public. Certains États rechignent de plus en plus à approuver l'arbitrage entre investisseurs et État et des réformes ont augmenté la transparence dans certaines règles d'arbitrage. Les choix politiques en matière d'arbitrage exigent de peser attentivement le pour et le contre. Cette note d'information est la dernière d'une série de quatre qui promeut le débat sur les TII et le développement durable.

Qu'est-ce que l'arbitrage entre les investisseurs et l'État ?

L'arbitrage entre les investisseurs et l'État règle les litiges entre un investisseur et un pays d'accueil en faisant appel à un tribunal d'arbitrage international. La plupart des 3 000 et quelque TII conclus à travers le monde autorisent les investisseurs à porter les conflits devant un tribunal d'arbitrage. Le plus souvent, l'investisseur allègue que l'État a violé le traité et cherche habituellement à obtenir une indemnisation. Le tribunal prononce une sentence arbitrale obligatoire — qui en pratique

ressemble à un jugement d'un tribunal judiciaire.

Les indemnisations accordées aux investisseurs peuvent être très élevées. Même si un gouvernement gagne, il lui faudra peut-être couvrir ses propres frais de procédure, parfois considérables. Et les sentences arbitrales sont appuyées par des mécanismes d'exécution relativement efficaces qui aident l'investisseur à récupérer la somme qui leur a été accordée en dommages-intérêts (voir plus loin). L'arbitrage peut donc avoir des répercussions financières importantes.

Les pays à faible revenu devraient impulser le programme de réforme pour faire en sorte qu'il réponde à leurs préoccupations

Les arbitrages entre les investisseurs et l'État sont devenus plus fréquents ces dernières années. À la fin 2012, on recensait 514 dossiers relevant des TII qui avaient été portés devant un tribunal. En 2000, le nombre de dossiers était

inférieur à 50². De nombreux autres arbitrages ne sont pas rendus publics ou sont basés sur des contrats ou des lois plutôt que sur des traités.

Maints débats ont eu lieu au sujet d'une réforme éventuelle de l'arbitrage entre les investisseurs et l'État. Plusieurs des

préoccupations soulevées trouvent leur origine dans le fait que l'arbitrage international est d'abord apparu comme un mécanisme servant à régler les litiges commerciaux entre des entités du secteur privé.

Dans les années 1960, la volonté de promouvoir les investissements étrangers, d'empêcher les différends entre investisseurs et État de dégénérer en conflits entre États et minimiser le risque de voir des États puissants faire pression sur des nations plus pauvres ont incité les États à développer le recours à l'arbitrage aux différends entre État et investisseurs.

Toutefois, les différends entre les investisseurs et l'État sont distincts des litiges commerciaux car les politiques publiques sont souvent en jeu. Cette distinction, souvent négligée, a pourtant d'importantes répercussions. Par exemple, si c'est la confidentialité qui prône en arbitrage commercial, un certain degré de transparence et d'examen public est souhaitable dans les arbitrages entre les investisseurs et l'État. Des efforts récents en vue de réformer l'arbitrage entre les investisseurs et l'État, abordés plus bas, ont fait une distinction plus marquée entre certains types d'arbitrage entre les investisseurs et l'État et les arbitrages commerciaux.

Règles et procédures d'arbitrage

L'arbitrage entre les investisseurs et l'État peut être réalisé suivant différents ensembles de règles. Une des institutions les plus importantes est le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), sous l'égide de la Banque mondiale. Le CIRDI a été établi aux termes d'un traité entre États — la Convention de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la « Convention du CIRDI »).

Le CIRDI traite uniquement les différends entre les investisseurs et l'État lorsque l'État hôte et l'État de l'investisseur sont parties à la Convention du CIRDI. Toutefois, le règlement de « mécanisme supplémentaire » du CIRDI étend l'application de la plupart des règles de la Convention à des cas où l'État hôte ou l'État d'origine ne sont pas parties à la Convention.

Des organes privés tels que la Chambre de commerce internationale, le tribunal d'arbitrage international de Londres, la Chambre de commerce de Stockholm ou le Centre d'arbitrage international de Hong Kong administrent d'autres règles d'arbitrage. Contrairement au CIRDI, ces institutions sont principalement impliquées dans des litiges commerciaux entre des entités privées mais elles peuvent aussi régler les différends entre les investisseurs et l'État. Chaque institution a ses propres règles de procédure.

Les arbitrages peuvent aussi être réalisés en dehors de toute institution permanente (auquel cas on parle d'arbitrage ad hoc), selon une procédure qui suit souvent les règles adoptées par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI).

Dans la plupart des cas, un panel de trois arbitres est désigné par les parties pour régler le différend. Il est fréquent qu'un arbitre soit désigné par chacune des parties et que le président soit nommé conjointement par les deux parties ou par les deux arbitres déjà désignés par elles. Les arbitres sont généralement des avocats du secteur privé ou des juristes universitaires. Une fois un arbitrage terminé, le tribunal est dissous. Les arbitres pouvant être nommés même si l'une des parties refuse de coopérer, les procédures d'arbitrage peuvent continuer même si le gouvernement hôte n'y prend pas part.

Malgré des variantes importantes, les procédures arbitrales impliquent généralement : une phase préliminaire ; la constitution du tribunal ; la présentation d'actes de procédures et de preuves ; une audience publique et parfois d'autres mémoires écrits ; des discussions sur un éventuel accord à l'amiable ; une sentence arbitrale et, au besoin, la contestation ou l'exécution de la sentence³.

Comment les sentences arbitrales sont-elles exécutées?

L'application des sentences arbitrales est règlementée par les traités internationaux. La Convention de New York de 1958 pour la

reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères oblige plus de 140 États parties à reconnaître les sentences comme étant contraignantes et à les exécuter au sein de leur juridiction. Les États peuvent uniquement refuser leur exécution en cas de vices majeurs dans la procédure d'arbitrage ou si l'exécution se révélait contraire à l'ordre public du pays.

La Convention du CIRDI engage les États à reconnaître que les sentences des tribunaux d'arbitrage sont contraignantes et attend d'eux qu'ils exécutent la sentence comme s'il s'agissait d'un jugement définitif prononcé par leurs propres tribunaux. À la différence de la Convention de New York, la Convention du CIRDI ne renferme aucune exception. Toutefois, elle prévoit des raisons très précisément définies pour annuler une sentence par le biais d'une procédure spéciale engagée devant un comité *ad hoc*.

Si un État hôte ne respecte pas la sentence prononcée par le CIRDI ou une sentence couverte par la Convention de New York, l'investisseur peut tenter de forcer l'exécution en passant par les tribunaux nationaux d'un État tiers signataire où l'État hôte détient des intérêts, par exemple par la saisie des biens ou le gel de comptes bancaires (voir Encadré 1). Toutefois, les règles en matière d'immunité pour les actifs détenus par les États en leur capacité souveraine peuvent contrecarrer ce genre de stratégies d'exécution.

Il est difficile de trouver des données fiables et systématiques sur le respect des sentences arbitrales par les gouvernements. Dans certains cas, les gouvernements ont refusé de verser l'indemnisation. Mais les États font habituellement l'objet de pressions intenses pour s'acquitter de leur dette — d'une part parce que les dispositions juridiques appuient l'exécution et d'autre part parce qu'ils veulent éviter de dissuader d'autres investisseurs potentiels. On peut donc voir qu'un arbitrage entre un investisseur et l'État peut avoir de sérieuses répercussions financières.

Les débats sur la réforme de l'arbitrage

Les investisseurs peuvent préférer un arbitrage international au jugement d'un tribunal interne de l'État d'accueil où, en fonction du pays, la procédure judiciaire risque de faire l'objet d'une ingérence politique ou de nécessiter des procédures longues et complexes.

Cependant, les actions publiques contestées devant un tribunal d'arbitrage peuvent inclure des mesures dans des domaines que beaucoup de

Encadré 1. Saisie de l'avion princier

En 2011, une sentence arbitrale a fait la une des journaux lorsque des agents d'une société de construction internationale ont saisi un avion utilisé par le prince héritier thaïlandais à son atterrissage en Allemagne. La société cherchait à faire appliquer une sentence prononcée à l'encontre du gouvernement thaïlandais. Le gouvernement aurait prétexté que l'avion était un bien privé du prince, mais l'avion ne fut libéré qu'une fois que le gouvernement eut offert une garantie bancaire non négligeable⁴.

Du fait de la mondialisation, la plupart des États détiennent des actifs à l'étranger, et ce type de procédure peut constituer une mesure d'exécution efficace.

Encadré 2. Gérer l'arbitrage : leçons du Pérou

Le Pérou a établi un système de réponse pour traiter de l'arbitrage entre les investisseurs et l'État. Le système fait intervenir une commission interministérielle et un secrétariat technique qui représente l'État dans les différends liés aux investissements, des alertes précoces pour identifier les litiges et arriver à un règlement à l'amiable avant que les choses ne s'enveniment, et cette commission dispose de fonds destinés à couvrir les frais de procédure et des conseils d'experts. Les Nations Unies rapportent que le système a permis de rendre l'action publique plus efficace en termes de gestion des dossiers et d'éviter d'avoir recours à l'arbitrage⁵.

gouvernements considèrent en leur droit souverain de réglementer, y compris la fiscalité, la protection de l'environnement et la santé publique. Les mesures visant à introduire ou à élargir les prescriptions de résultats ont par ailleurs exposé les États à des demandes d'arbitrage (voir la note sur la libéralisation des investissements). Certains analystes s'inquiètent de la largesse avec laquelle certains tribunaux d'arbitrage ont interprété les TII, limitant ainsi la marge de manœuvre des États en matière de politiques.

Ainsi, certains gouvernements ont pris des mesures visant à limiter leur exposition aux arbitrages entre les investisseurs et l'État. Par exemple, l'expérience en matière d'arbitrages entre les investisseurs et l'État a conduit la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela à se retirer de la Convention du CIRDI, alors que d'autres pays ont mis un terme à plusieurs TII (par exemple, l'Afrique du Sud et l'Indonésie).

En 2011, le gouvernement australien a annoncé qu'il n'inclurait plus de clauses d'arbitrage entre les investisseurs et l'État dans les TII à venir, bien qu'un nouveau gouvernement en 2013 ait déclaré qu'il traiterait la question au cas par cas. Un traité récent entre l'Australie et le Japon ne renferme pas de clauses d'arbitrage entre les investisseurs et l'État alors qu'un autre TII australien avec la Corée du Sud comprend une clause d'arbitrage mais semble en exclure certains domaines politiques, comme la protection de l'environnement ou la santé publique.

En Europe, la proposition d'inclure une clause d'arbitrage entre investisseurs et État dans le traité de partenariat de commerce et d'investissement transatlantique entre l'UE et les États-Unis en cours de négociation a déclenché une vague de réactions de la société civile. En réponse, l'UE a lancé une consultation publique sur la question et il semble désormais que certains États membres de l'UE ne sont plus en faveur de l'inclusion d'une clause d'arbitrage entre les investisseurs et l'État dans le traité.

Un examen rigoureux s'impose

Compte tenu des importantes ramifications en jeu, la décision d'accepter ou non un arbitrage entre les investisseurs et l'État dans les TII exige de pleinement peser le pour et le contre. Généralement parlant, les pays ayant un système judiciaire efficace et indépendant ont sans doute moins à perdre en renonçant à la procédure d'arbitrage, puisque les investisseurs seront certainement plus enclins à faire confiance aux tribunaux nationaux.

Toutefois, si l'arbitrage est autorisé, les détails de cette clause sont importants. Certains traités d'investissement permettent un arbitrage entre les investisseurs et l'État mais ils prévoient aussi des dispositifs destinés à limiter le risque d'engager sa responsabilité encouru par l'État. Ainsi, certains traités stipulent que l'arbitrage ne peut pas commencer avant d'engager des poursuites devant une instance locale ou une tentative de conciliation pendant un certain délai, voire même jusqu'à l'épuisement des recours locaux.

De même, certains TII exigent des investisseurs qu'ils intentent une procédure dans un délai précis, par exemple trois ans, de manière à éviter de voir les procédures s'accumuler. D'autres TII excluent certaines dispositions du traité de l'application d'une procédure d'arbitrage entre les investisseurs et l'État.

Certains pays ont établi des institutions nationales pour minimiser le risque d'arbitrages et pour gérer les dossiers de manière compétente lorsque l'arbitrage ne peut pas être évité (voir Encadré 2).

La réduction des incertitudes quant à la manière dont les normes de protection sont formulées et interprétées dans les traités d'investissement revêt aussi une importance cruciale pour limiter le degré d'exposition à l'arbitrage (voir notre note d'information associée sur la protection des investissements).

Transparence et contribution du public aux procédures d'arbitrage

Dans beaucoup d'arbitrages, il y a bien d'autres choses en jeu que de simples considérations commerciales. Ceci tient non seulement au fait que les sentences arbitrales sont acquittées sur les deniers publics mais aussi parce que les politiques publiques et les intérêts de tierces parties peuvent être touchés.

De fait, les différends liés aux investissements peuvent naître d'une mesure prise par le gouvernement ou par un tribunal du pays hôte pour protéger l'intérêt public ou les intérêts de groupes locaux qui estiment qu'ils ont été lésés par un projet d'investissement. La transparence, l'examen du public et les soumissions de la société civile sont des éléments essentiels pour veiller à ce que ces considérations plus larges soient prises au sérieux.

Toutefois, beaucoup de procédures d'arbitrage sont privées. Dans plusieurs cas, le public ne peut pas assister aux audiences et des informations à propos du litige ne sont pas publiées. Il peut aussi y avoir des restrictions sur l'aptitude du public à faire des soumissions et à attirer l'attention du tribunal sur des questions de politiques publiques.

Les différents règlements d'arbitrage varient beaucoup à cet égard et certains ont récemment évolué sensiblement, pour tendre vers plus de transparence et de contrôle du public. Cette évolution comprend des changements apportés aux règles d'arbitrage et des variantes dans les pratiques de traités d'investissement.

Le règlement d'arbitrage du CIRDI a été modifié en 2006 pour accroître le contrôle du public. Ainsi, les règles modifiées autorisent les tribunaux à accepter les soumissions de la société civile et les tribunaux ont accepté ce type de soumissions dans plusieurs différends ayant trait à des contrats d'approvisionnement en eau et à des industries extractives. Mais l'accès aux audiences reste soumis à l'assentiment des parties et certaines demandes de soumissions ont été refusées.

En 2013, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté de nouvelles règles en matière de transparence dans les arbitrages entre investisseurs et État. Ces règles autorisent la divulgation des pièces principales du dossier ; habilent les tribunaux d'arbitrage à accepter les soumissions de la société civile ; et exigent des audiences publiques, hormis dans certaines circonstances exceptionnelles.

Les variantes dans les pratiques des traités d'investissements ont aussi permis d'accroître la transparence des procédures d'arbitrage. Certains traités récents conclus par les États-Unis et par le Canada renferment des dispositions détaillées qui réglementent l'accès à l'arbitrage et qui seraient applicables indépendamment de l'ensemble choisi de règles d'arbitrage.

Ces clauses de traité renforcent la transparence des procédures d'arbitrage et autorisent des soumissions de la société civile lorsque des critères précis sont satisfaits. Certaines exigent aussi des audiences publiques et des documents mis à la disposition du public, même si elles renferment généralement des exceptions pour les informations confidentielles.

Ce sont là autant de développements positifs mais il reste encore bien du pain sur la planche. À ce jour, seule une petite proportion des arbitrages a été effectuée en vertu de TII exigeant plus de transparence. Il faut plus de preuves rigoureuses pour déterminer dans quelle mesure les soumissions de la société civile peuvent faire une différence. Certains règlements d'arbitrage ne requièrent encore que très peu de transparence. Dans de tels cas, il se peut même que le public n'ait pas connaissance d'une procédure d'arbitrage en cours.

Par ailleurs, les effets véritables des nouvelles règles sur la transparence de la CNUDCI sont encore flous. Ces règles ne s'appliquent automatiquement qu'aux arbitrages entre les investisseurs et l'État effectués dans le cadre d'un TII signé après le 1er avril 2014 — à moins que les parties à un litige (entre les investisseurs et l'État), ou les deux États parties à un traité d'investissement antérieur à 2014, ne choisissent expressément d'adopter les nouvelles règles. Sachant qu'il existe déjà plus de 3 000 TII, les nouvelles règles ont peu

de chances de faire une différence notable à court terme sans niveaux marqués de « souscription volontaire ».

Les pays à faible revenu devraient contribuer à impulser le programme de réforme

Au-delà des choix politiques concernant les TIIs, il existe un débat international croissant concernant les moyens de réformer systématiquement le règlement des différends entre les investisseurs et l'État. Ainsi, certains analystes ont proposé une procédure d'appels ou même un tribunal permanent en matière d'investissements. La CNUDCI envisage l'élaboration d'une convention multilatérale sur la transparence dans l'arbitrage entre les investisseurs et l'État.

Jusqu'ici, ces débats ont été dominés par des juristes et par des pays à revenu élevé. Il est crucial que les gouvernements et la société civile des pays à faible revenu contribuent aussi à impulser le programme de réforme pour faire en sorte qu'il réponde à leurs préoccupations et leurs aspirations.

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.

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>

Protection des investissements : <http://pubs.iied.org/17240IIED>

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

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>

Notes

¹ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador. Award. 5 octobre 2012, ICSID Case No. ARB/06/11, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094.pdf> / ² Chiffres tirés de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (2012) World investment report 2012: towards a new generation of investment policies. http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/WIR2012_WebFlyer.aspx ; et CNUCED (2013) World investment report 2013: global value chains investment and trade for development. http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf / ³ Delaney, J et Barstow Magraw, D (2008) Procedural transparency. Dans : Muchlinski, P et al. (eds) The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford University Press, Oxford et New York, pp. 728-729 / ⁴ Jolly, D et Fuller, T (13 juillet 2011) Thai prince's plane is impounded in Germany. New York Times. <https://tinyurl.com/65wwxak> ; et Fuller, T (12 août 2011) A Thai jet is free to go, but larger questions of ownership linger. New York Times <https://tinyurl.com/3gl4pau> / ⁵ CNUCED (2011) Best practices in investment for development – how to prevent and manage investor-state disputes: lessons from Peru..



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

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

Tél: +44 (0)20 3463 7399
 Fax: +44 (0)20 3514 9055
www.iied.org

IIED invite vos réactions et commentaires sur : @IIED et www.facebook.com/theiied

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

