

INTRODUCTION AUX

traités internationaux d'investissement et au règlement des différends entre investisseurs et états

Décembre 2021

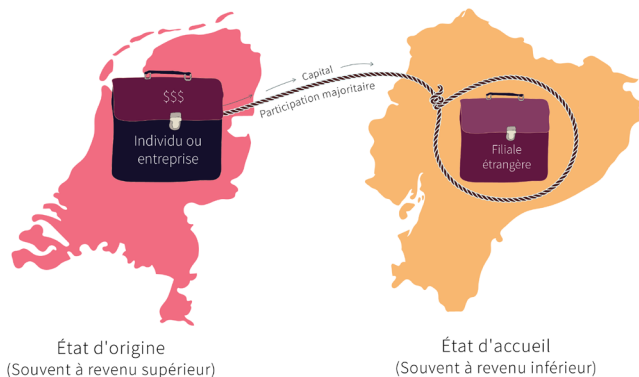


Columbia Center
on Sustainable Investment

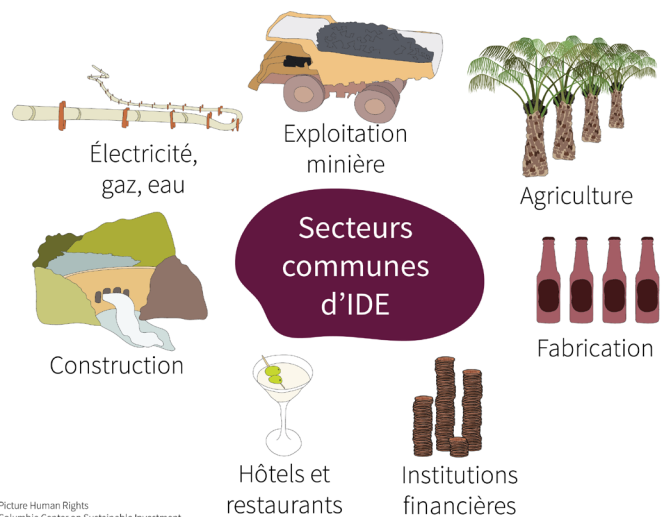
A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL
AND THE EARTH INSTITUTE, COLUMBIA UNIVERSITY

Qu'est-ce que l'investissement direct étranger (IDE) ? On parle d'IDE lorsqu'un individu ou une société d'un pays (« état d'origine ») crée ou achète la totalité ou une partie importante d'une société constituée dans un autre pays (« état d'accueil »). Les entreprises investissent à l'étranger notamment pour accéder à des ressources naturelles, notamment minières, à une main-d'œuvre plus abordable, par exemple dans le secteur industriel, et à de nouveaux marchés. De nombreux pays cherchent à attirer les IDE afin d'en tirer des avantages sous forme de recettes fiscales, de transferts de technologie, d'emplois et d'autres liens économiques. Les images ci-dessous illustrent le concept d'IDE, ainsi que certains des secteurs et des industries dans lesquels il est acheminé.

Qu'est ce que l'investissement direct étranger (IDE) ?



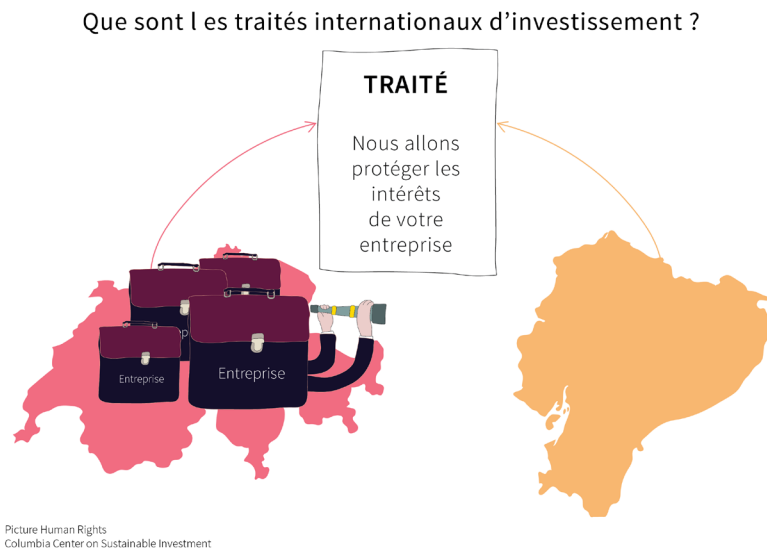
Picture Human Rights
Columbia Center on Sustainable Investment



Les gouvernements, les organisations intergouvernementales et les médias publient chaque année des données sur les IDE – le montant des investissements reçu par les gouvernements, quelles sont les tendances générales, etc. Il est important de noter que ces données peuvent comporter des failles importantes. Un [rapport du FMI de 2019](#) indique que près de 40 % des IDE mondiaux pourraient être des « investissements fantômes », ou des investissements dans des « des entreprises écrans ou coquilles » sans « aucune substance et aucun lien concret avec l'économie ». Cela donne une image très différente des flux mondiaux d'IDE que celle que l'on pourrait déduire de la plupart des rapports disponibles.

Les illustrations de cette introduction ont été développées en collaboration avec Picture Human Rights. Ces illustrations peuvent être utilisées sous une licence Creative Commons sur picturehumanrights.org/isds.

Que sont les traités internationaux d'investissement (TII) ? Les TII (également appelés accords internationaux d'investissement ou AII) sont des traités bilatéraux ou multilatéraux qui engagent les états parties à accorder des normes de traitement spécifiques aux investisseurs étrangers des autres états parties. Ces traités accordent aux investisseurs étrangers certaines protections et certains avantages, notamment le recours au règlement des différends entre investisseurs et états (RDIE) pour résoudre les litiges avec les états hôtes. Plus de [3 300 accords](#) ont été signés dans le monde.



Pourquoi les pays signent-ils des TII ? Les états signent souvent des TII en partant du principe que (1) les protections et les privilèges en matière d'investissement favoriseront les flux d'investissement, (2) ces flux d'investissement favoriseront le développement économique durable, et (3) que les avantages des TII en matière de développement sont plus importants que les coûts pour l'état et ses citoyens. Les partisans des TII affirment également que les traités, y compris leur mécanisme de règlement des différends, dépolitisent les différends entre les investisseurs et les états, et entre les états parties, et favorisent l'état de droit.

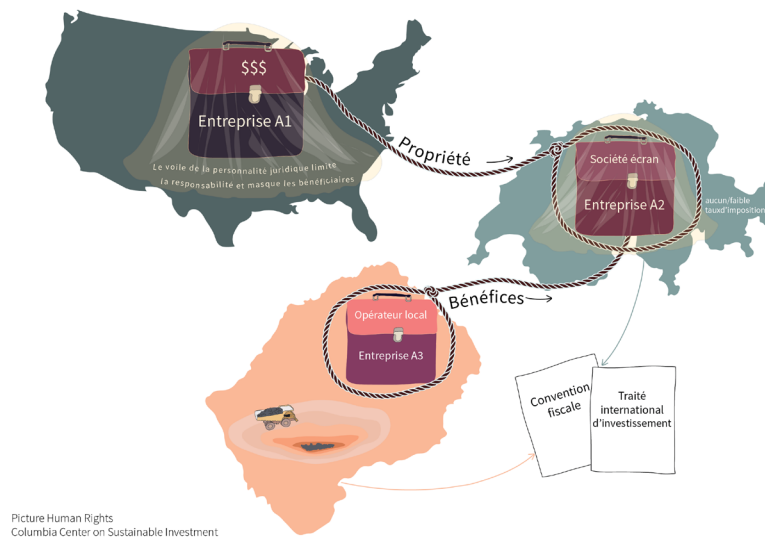
Cependant, les preuves factuelles, ne démontrent pas que les TII stimulent réellement les nouveaux investissements, et encore moins qu'ils démontrent que ces investissements profitent en fait aux pays d'accueil (ou d'origine), ou que le bénéfice de tout nouvel investissement l'emporte sur les coûts qui peuvent être associés aux traités d'investissement (par exemple, sous la forme d'un espace réglementaire perdu, des coûts de défense des différends et des coûts de paiement des sentences défavorables). Une méta-analyse de 74 études empiriques réalisée en 2020 a révélé que l'effet des TII sur les IDE est « si faible qu'il peut être considéré comme inexistant »¹.

Des doutes semblables existent quant à la contribution des TII à leurs autres objectifs présumés - à savoir la dépolitisation des différends et la promotion de l'état de droit. En conséquence, nombreux sont ceux qui se demandent si les TII sont conçus pour atteindre leurs objectifs déclarés de manière efficace et efficiente, et si ces objectifs officiels sont conformes aux objectifs des pays; et nombreux sont ceux qui s'inquiètent des coûts que les TII peuvent imposer aux états et aux parties prenantes qui en font partie.

Bien qu'il n'y ait pas de preuve évidente que les TII stimulent les nouveaux flux d'investissement, ils peuvent affecter la manière dont les investissements sont structurés. En effet, les arbitres ont interprété les traités de manière à permettre aux investisseurs de porter plainte par l'intermédiaire de filiales et de sociétés de portefeuille établies dans les parties au traité.

1 Une autre méta-analyse de 40 études empiriques réalisée en 2020 a estimé que l'impact des TII sur l'augmentation des IDE était inférieur à 1 % dans l'ensemble, si l'on tient compte du biais de publication des études existantes.

la structuration des entreprises : tout est facilité par la loi



Quels privilèges les TII accordent-ils aux investisseurs ? Les TII exigent généralement des états qu'ils offrent aux investisseurs étrangers certaines normes de traitement. Ces dispositions comprennent :

- L'obligation d'indemniser les investisseurs en cas d'expropriations directes ou indirectes²,
- Des protections contre le traitement par les acteurs gouvernementaux que les tribunaux jugent « injustes » ou « inéquitable », qui ont été interprétées comme couvrant les « [attentes légitimes](#) » des investisseurs concernant les activités commerciales futures et la conduite du gouvernement, et
- Les protections contre la « discrimination », qui ont été interprétées comme empêchant un traitement inégal même en l'absence de discrimination fondée sur la nationalité.

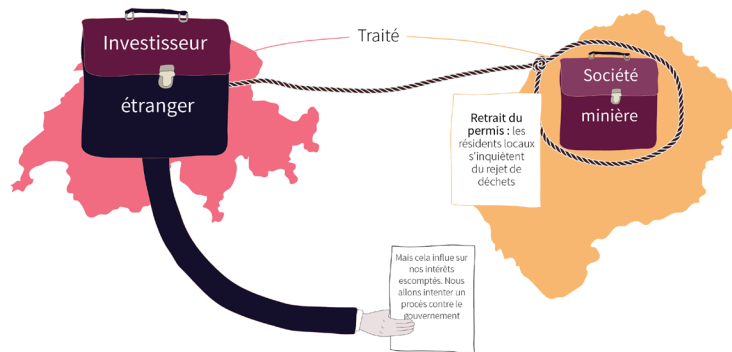
Qu'est-ce que le règlement des différends entre investisseurs et états (RDIE) ? Le RDIE permettent aux investisseurs étrangers (particuliers et entreprises)³ de dénoncer des violations de traités en poursuivant les états par voie d'arbitrage. Les tribunaux d'arbitrage sont nommés et payés par l'une ou les deux parties au litige. Les tribunaux ne sont pas liés par des précédents et peuvent ordonner des réparations (généralement sous la forme d'indemnités pécuniaires) aux investisseurs, s'ils estiment que les états ont violé les obligations découlant des traités. Dans la plupart des cas, les investisseurs ne sont pas obligés de tenter de résoudre les différends par les voies de recours internes disponibles avant de déposer une plainte dans le cadre du RDIE. Il s'agit là d'une situation exceptionnelle et inhabituelle : à l'inverse, l'OMC n'autorise les états qu'à présenter des réclamations contre d'autres états, et les tribunaux internationaux des droits de l'homme exigent des requérants qu'ils tentent d'épuiser les recours nationaux avant de soulever des litiges au niveau supranational.

² Les expropriations indirectes sont définies comme étant une ou plusieurs mesures gouvernementales qui privent substantiellement les investisseurs de la valeur de leurs investissements.

³ Les investisseurs protégés peuvent comprendre non seulement une entreprise multinationale (EMN) ayant son siège dans un État partie au traité, mais aussi une filiale établie dans un État partie au traité, des investisseurs par dettes ou par actions, des détenteurs de droits de propriété intellectuelle, des bailleurs de fonds tiers qui investissent dans des entreprises afin de bénéficier des privilèges du RDIE, d'autres personnes et entités.

Qu'est ce qu'est le règlement des différends investisseur état (RDIE) ?

1^{ère} partie : le pouvoir



Picture Human Rights
Columbia Center on Sustainable Investment

Comment le RDIE affectent-ils la capacité des états à gouverner ? Une façon d'envisager les traités est de dire qu'ils fournissent des protections substantielles applicables au niveau international pour les droits et les intérêts économiques des investisseurs couverts, qui s'apparentent au « [Lochnerisme](#) » [de la Cour suprême des États-Unis jusqu'aux années 1930](#). Cette approche privilégie les droits et intérêts économiques des investisseurs internationaux/entreprises multinationales (EMN) par rapport aux intérêts économiques et non économiques concurrentiels d'autres entités et individus. (Contrairement au Lochnerisme, cependant, où la Cour suprême des États-Unis a pu changer de cap, il est particulièrement difficile de rectifier le tir dans un régime de droit international des investissements [souvent fragmenté et conflictuel](#), dépourvu de freins et contrepoids significatifs). Le traitement préférentiel accordé aux intérêts économiques augmente le coût de la réglementation et, comme l'a reconnu le représentant des États-Unis pour le commerce, et [peut même refroidir les actions de bonne foi dans l'intérêt public](#).

Des poursuites ont été engagées contre des états pour contester une multiplicité d'actions, dont, entre autres :

- Les efforts pour lutter contre l'évasion fiscale et le blanchiment d'argent⁴ ;
- Les efforts pour renforcer les lois environnementales ou leur application⁵ ;
- Les efforts visant à lutter contre le changement climatique et à limiter l'extraction de combustibles fossiles⁶ ;
- La réglementation gouvernementale du prix et de la qualité des services publics essentiels tels que l'approvisionnement en eau et en énergie⁷ ;

4 Voir, par ex., *Federal Elektrik Yatirim c. Ouzbékistan*, affaire CIRDI n° ARB/13/9 ; *Quiborax c. Bolivie*, affaire CIRDI n° ARB/06/2, sentence, 16 septembre 2015.

5 Voir, par ex., *Glamis Gold Ltd. c. États Unis*, sentence, 8 Juin 2009 ; *Lone Pine Resources c. Canada*, CIRDI Affaire No. UNCT/15/2 (CNUDCI) ; *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. Germany*, CIRDI affaire No. ARB/09/6 ; *Gabriel Resources c. Romania*, CIRDI affaire No. ARB/15/31 ; *Clayton/Bilcon c. Canada*, Affaire CPA n° 2009-04, sentence sur la compétence et la responsabilité, 17 mars 2015, et sentence sur les dommages et intérêts, 10 janvier 2019.

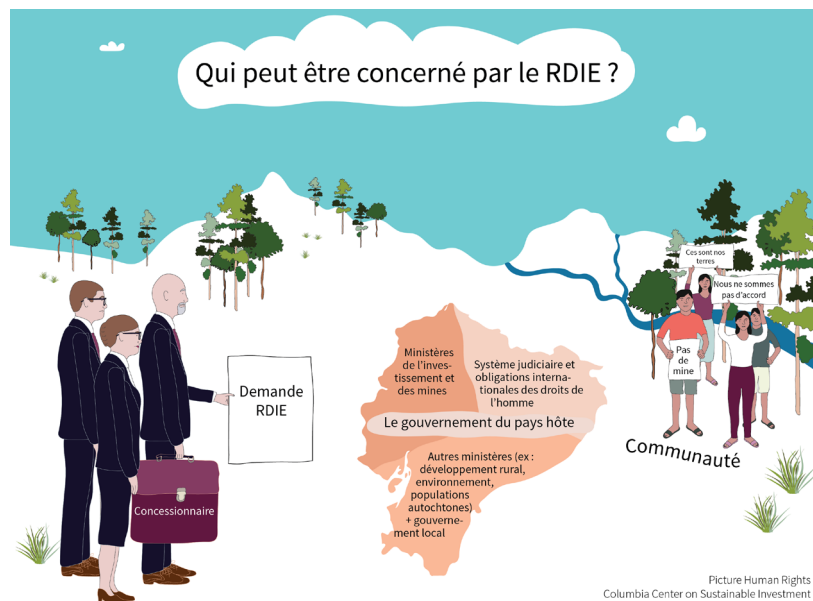
6 Voir, par ex., *RWE c. Pays-Bas*, CIRDI affaire n° ARB/21/4 ; *Uniper c. Pays-Bas*, CIRDI affaire n° ARB/21/22 ; *Rockhopper c. Italie*, CIRDI affaire n° ARB/17/14 ; *TransCanada c. États-Unis*, CIRDI affaire n° ARB/16/21 ; *Westmoreland c. Canada*, CIRDI affaire n° UNCT/20/3 ; *Lone Pine c. Canada*, CIRDI affaire n° UNCT/15/2.

7 Voir, par ex., *les affaires suivantes United Utilities (Tallinn) B.V. et Aktsiaselts Tallinna Vesi c. Estonie*, Affaire CIRDI No. ARB/14/24 ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c. Argentine*, affaire CIRDI n° ARB/03/19, sentence, 9 avril 2015 ; *TECO Guatemala Holdings, LLC c. Guatemala*, affaire CIRDI n° ARB/10/23, sentence, 19 décembre 2013, et décision d'annulation, 5 avril 2016.

- La réglementation gouvernementale des produits et services de santé⁸ ;
- Les efforts du gouvernement pour fixer les protections de la propriété intellectuelle à un niveau qui équilibre les besoins privés et publics⁹ ;
- Les initiatives gouvernementales pour tenter d'atténuer les effets de la discrimination historique¹⁰ ; et
- Les efforts du gouvernement pour garantir que les investissements étrangers catalysent le développement national¹¹.

Comment les droits des tiers sont-ils affectés par les différends RDIE ? Les procédures RDIE sont généralement obscures, secrètes et exclusives par rapport aux États-Unis et à d'autres systèmes juridiques nationaux, qui sont plus transparents et disposent de mécanismes permettant de prendre en compte et de sauvegarder les droits et les intérêts des non-parties. Les tribunaux RDIE ont le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou non les rapports d'amicus curiae de tiers ; pourtant ils les rejettent fréquemment (voir [ici](#) et [ici](#)) ou [leur imposent des restrictions importantes](#), ou, même lorsque [les droits ou les intérêts des non-parties](#) sont directement en jeu dans la plainte RDIE. [Contrairement aux protections juridiques communes](#) qui permettent aux non-parties concernées de participer aux affaires (par exemple en tant que partie jointe ou interpleader), et/ou qui exigent que les affaires soient rejetées si des tiers sont impliqués mais ne peuvent pas se joindre à la procédure, les tiers touchés par le RDIE n'ont aucune capacité claire d'intervenir efficacement dans une procédure RDIE ; et il n'existe pas de règles prévoyant le rejet des affaires RDIE lorsque ces affaires menacent les droits des tiers.

Les gouvernements [ont récemment affirmé](#) que les efforts de réforme internationale devraient répondre aux préoccupations selon lesquelles les [droits ou les intérêts des tiers peuvent être touchés](#) par les différends relatifs au RDIE. Mais aucun plan concret n'a été mis en place pour faire avancer ou mettre en œuvre ces réformes.



8 Voir, par ex., *Achmea B.V. c. République slovaque*, affaire CPA n° 2013-12 (CNUDCI) ; *HICEE B.V. c. République slovaque*, affaire CPA n° 2009-11 (CNUDCI), sentence finale, 17 octobre 2011 ; *Apotex Holdings Inc. et Apotex Inc. c. États-Unis d'Amérique*, affaire CIRDI n° ARB/AF/12/1, sentence, 25 août 2014.

9 Voir, par ex., *Eli Lilly and Company c. Canada*, affaire CIRDI n° UNCT/14/2 (CNUDCI), sentence finale, 16 mars 2017.

10 Voir, par exemple, *Piero Foresti, Laura de Carli & autres c. Afrique du Sud*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/07/1, sentence, 4 août 2010.

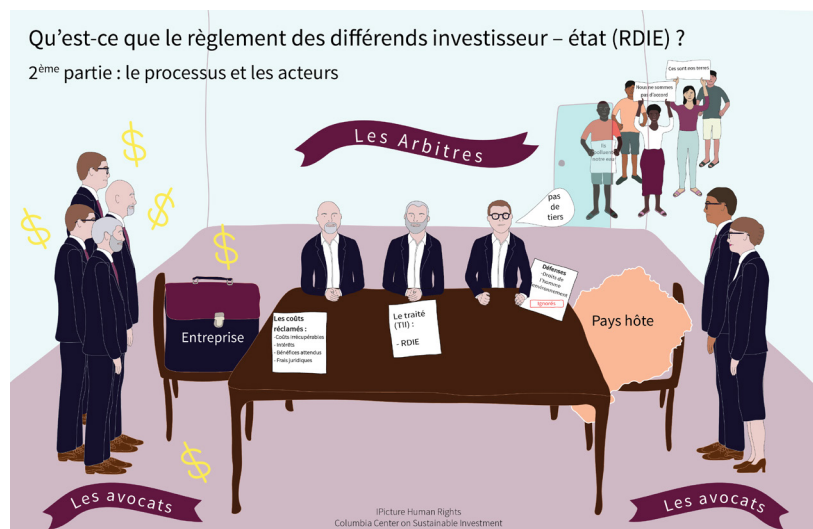
11 Voir, par exemple, *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Canada*, affaire CIRDI no ARB(AF)/07/4.

Combien de cas y a-t-il eu ? Jusqu'à la fin de 2018, au moins 1104 ont été déposés¹². Ces affaires ont connu une prolifération rapide ces dernières années ; si la première affaire RDIE a été engagée en 1987, plus de la moitié de toutes les affaires à ce jour ont été déposées entre 2013 et 2021.

Qui introduit habituellement les affaires RDIE ? Qui les défend habituellement ? Les demandes qui aboutissent sont souvent introduites par de grandes sociétés multinationales : les entreprises dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 1 milliard de dollars américains et les personnes dont la valeur est supérieure à 100 millions de dollars ont reçu environ 94,5% de l'ensemble des transferts financiers accordés par le RDIE (93,5% si l'on inclut les intérêts antérieurs à l'attribution). La grande majorité (86 %) des investisseurs demandeurs proviennent de pays à revenu élevé, tandis que la majorité (66 %) des affaires sont dirigées contre des pays à revenu faible ou intermédiaire. En particulier, dans les pays à faible revenu, les pertes liées au RDIE peuvent avoir un impact économique important (voir [ici](#) et [ici](#)).

Qui décide des affaires ? Les affaires RDIE sont généralement tranchées par des comités de trois arbitres, nommés et payés par l'investisseur et l'état défendeur (un arbitre est généralement choisi par chaque partie et un autre conjointement). La sélection des arbitres n'est généralement soumise à aucune exigence de qualification (liée par exemple à des domaines d'expertise), ni à des garanties d'indépendance significatives. Un petit groupe d'arbitres est nommé et reconduit dans la grande majorité des cas. Certains arbitres ont également une « double casquette », représentant des demandeurs dans des litiges RDIE tout en siégeant comme arbitres dans d'autres affaires.

Cela peut conduire, et a conduit, à des scénarios dans lesquels des avocats ont utilisé des sentences qu'ils ont rendues en tant qu'arbitres pour soutenir leurs positions juridiques lorsqu'ils plaident en tant qu'avocats. En outre, certains avocats et arbitres sont rémunérés en tant qu'experts dans d'autres litiges, ou en tant que conseillers auprès de tiers qui financent les demandes d'arbitrage. (Comme indiqué ci-dessous, l'Union européenne mène actuellement une initiative visant à remplacer les arbitres nommés et payés par les parties par un organisme permanent ou une liste d'arbitres. Des efforts sont également déployés pour limiter la « double casquette » dans les traités en cours de négociation ainsi que dans le cadre de processus de réforme RDIE mené par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Le contenu et l'adoption de ces éventuelles réformes restent toutefois incertains).



12 Cependant, toutes les affaires ou tous les dossiers ne sont pas accessibles au public car les règles exigeant la transparence ne sont pas systématiquement adoptées ou appliquées. Les parties en litige et/ou les arbitres peuvent toujours décider de garder les arbitrages partiellement ou totalement confidentiels, mais dans ce cas, les journalistes et d'autres personnes peuvent essayer d'utiliser les lois sur la liberté d'information pour accéder aux informations pertinentes.

Que prennent en compte les arbitres pour trancher les affaires ? Les tribunaux arbitraux examinent d'abord et avant tout les dispositions du traité d'investissement applicable pour statuer sur les affaires. Le fait qu'une action (ou inaction) gouvernementale contestée soit conforme ou non au droit national ou à d'autres domaines du droit international (par ex, la [CCNUCC](#), les cadres de protection des droits de l'homme, etc.) n'est généralement pas considéré comme un moyen de défense contre les demandes ou les responsabilités au titre du TII (mais une violation de ces autres sources de droit peut être considérée comme une violation du TII). Inversement, étant donné que les traités n'imposent presque universellement des obligations exécutoires qu'aux états, et non aux investisseurs, ce qui signifie que les états ne peuvent généralement pas initier de plaintes ni introduire de demandes reconventionnelles dans le cadre du RDIE, un investisseur peut obtenir gain de cause même s'il a violé le droit national ou d'autres normes internationales relatives aux droits de l'homme, ou à l'environnement dans le cadre de son exploitation de l'investissement. Pour influencer l'interprétation, l'état qui se défend, ainsi que l'autre ou les autres états parties au traité (y compris l'état d'origine de l'investisseur) peuvent proposer [des interprétations conjointes \(et unilatérales\)](#) pour clarifier le sens des dispositions du traité. Mais ce que déclare un état défendeur sur le sens du traité est souvent ignoré par les tribunaux. En effet, même lorsque toutes les parties au traité s'accordent sur l'interprétation correcte du traité, les tribunaux s'écartent de cette interprétation en faveur de la leur.

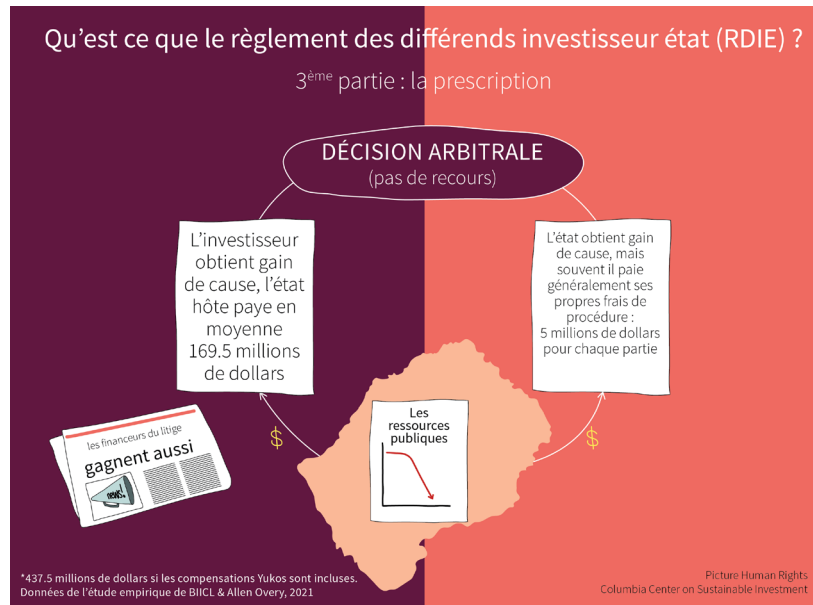
Les tribunaux peuvent s'inspirer, et le font souvent, des décisions antérieures de RDIE mais ne sont pas liés par les précédents.



Que se passe-t-il lorsque les investisseurs gagnent leur procès ? Les tribunaux RDIE n'imposent généralement pas d'exécution spécifique, c'est-à-dire qu'ils n'annulent pas ou n'exigent pas l'inversion du comportement de l'état. Au lieu de cela, ils accordent généralement des dommages-intérêts monétaires aux investisseurs (même dans les cas où les dommages-intérêts monétaires ne seraient pas une réparation admissible en vertu du droit national équivalent, où le renvoi ou d'autres réparations équitables peuvent s'appliquer). Mais la frontière entre réparation spécifique et réparation pécuniaire est de plus en plus floue. Les tribunaux ont, par exemple, ordonné des mesures d'injonction à l'encontre des états (par exemple, en demandant à l'exécutif de mettre fin aux efforts de recouvrement des impôts, de cesser les poursuites pénales et d'empêcher l'exécution des jugements des tribunaux nationaux) et ont ensuite jugé les états financièrement responsables des décisions gouvernementales de ne pas se conformer à ces ordonnances (par ex. [ici](#)). Les montants accordés aux états se chiffrent régulièrement en centaines de millions de dollars, et [ont atteint des milliards de dollars](#). En Juin 2021, le [montant moyen réclamé par les investisseurs](#) dans chaque plainte RDIE état de 1.16 milliards de dollars américains¹³. Le montant moyen que les états sont condamnés à payer est de 437,5 millions de dollars américains¹⁴. La [même étude de 2021](#) constate également que, si l'on exclut les valeurs aberrantes russes, tant le montant moyen réclamé que le montant moyen accordé sont en hausse. En effet, entre 2017 et 2020, les tribunaux ont ordonné aux gouvernements de payer en moyenne 315,5 millions de dollars américains chaque fois qu'ils ont été poursuivis avec succès.

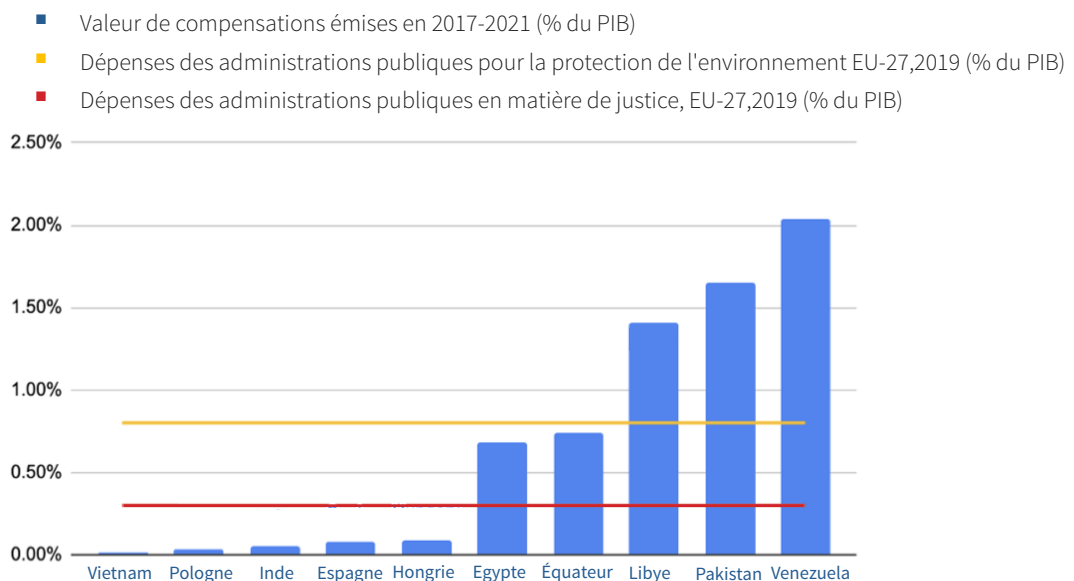
¹³ Si l'on retire un ensemble de demandes particulièrement importantes contre la Russie, portant sur des dizaines de milliards de dollars, le montant moyen demandé dans chaque cas est de 817,3 millions de dollars américains.

¹⁴ Si l'on exclut les sentences rendues contre la Russie, qui sont des valeurs aberrantes particulièrement importantes et qui condamnent ce gouvernement à payer 50 milliards de dollars américains aux investisseurs plaignants, la sentence moyenne de RDIE est de 169,5 millions de dollars américains.



Les pays à revenu faible ou intermédiaire sont souvent soumis à des indemnités qui absorbent une grande partie de leur budget annuel (c'est-à-dire des ressources qui pourraient autrement être consacrées à la santé, à l'éducation et à d'autres priorités nationales).

Le graphique ci-dessous montre la valeur des indemnités accordées au cours des cinq dernières années à dix états répondants, en pourcentage du PIB, et illustre le montant de ces récompenses par rapport aux dépenses des états de l'UE (en pourcentage du PIB) pour d'autres programmes publics.



Source : le calcul des auteurs est basé sur les données du navigateur RDIE de la CNUCED et de data.europa.eu du 4 Mai 2021

Les sentences sont fortement exécutoires et ne peuvent faire l'objet d'un « appel » en tant que tel, même si le tribunal RDIE a commis une erreur dans l'interprétation ou l'application du droit, ou dans sa compréhension des faits. Si les états ne règlent pas les indemnités et que les investisseurs ont du mal à les faire appliquer, par exemple en saisissant les biens de

l'état, ils peuvent essayer d'amener leur état « d'origine » à exercer des pressions diplomatiques ou à imposer des sanctions au gouvernement hôte¹⁵.

Quels sont les coûts pour les états de se défendre contre ces réclamations ? Une [procédure RDIE coûte en moyenne](#) 13 millions de dollars pour le demandeur et le défendeur réunis, y compris les frais de justice. Les affaires compliquées et à fort enjeu peuvent coûter plus cher. Dans l'affaire *TCC contre le Pakistan*¹⁶, par exemple, les frais de justice du Pakistan se sont élevés à près de 25,5 millions de dollars. Il a également été condamné à payer la totalité des frais de justice de plus de 59,5 millions de dollars engagés par le requérant, ainsi que le montant total des frais d'arbitrage, soit plus de 3,7 millions de dollars. Pour les états qui défendent plusieurs réclamations dans un court laps de temps, ces frais peuvent atteindre des sommes considérables - [pensez à la Colombie, où 17 affaires \(et ce n'est pas fini\) ont été déposées depuis 2016](#).

Qu'est-ce que le « financement par des tiers » et pourquoi est-ce important ? Les entreprises financières financent de plus en plus et recrutent même des investisseurs pour tenter des procès RDIE, en couvrant les frais de justice des requérants en échange d'une participation aux indemnités potentielles. Cela soulève [un certain nombre de questions](#), notamment celle de savoir si l'introduction du financement par des tiers entraîne une augmentation du nombre total de demandes ou de montants demandés, une augmentation des demandes « marginales » ou frivoles, une modification des ratios gains-pertes, un impact sur les résultats juridiques et le développement général du droit, et des effets plus larges sur les flux internationaux de capitaux et l'imposition de ces capitaux.

Actuellement, le financement par des tiers dans le cadre de plaintes contre des gouvernements est presque entièrement non réglementé dans l'arbitrage d'investissement. Cela diffère avec les approches adoptées dans certains pays au niveau national, où des considérations politiques limitent l'utilisation du financement par des tiers dans les poursuites contre le gouvernement. Aux États-Unis, par exemple, l'Anti-Assignment of Claims Act (*loi sur l'incessibilité ou la non-cession des créances*)¹⁷, interdit « le transfert ou la cession de toute partie d'une réclamation contre le gouvernement des États-Unis ou d'un intérêt dans une réclamation », ainsi que « l'autorisation de recevoir un paiement pour toute partie de la réclamation ». Il existe des exceptions, comme l'autorisation de transférer des intérêts dans des créances *après* que celles-ci aient été jugées valides et que le montant dû ait été déterminé.

L'anti-cession (ou la non-cession) vise à servir plusieurs objectifs politiques :

Primo : empêcher les personnes d'influence d'acheter des créances qui pourraient ensuite être sollicitées de manière inappropriée par des fonctionnaires ; deuxio : empêcher un éventuel paiement multiple des créances et éviter la nécessité d'enquêter sur les cessions présumées en permettant au gouvernement de ne traiter qu'avec le demandeur initial ; et tertio : conserver pour le gouvernement des défenses et des demandes reconventionnelles qui pourraient ne pas être disponibles contre un bénéficiaire¹⁸.

Ces objectifs politiques ne sont pas protégés par l'approche actuelle du laissez-faire en matière de financement par des tiers dans le cadre du RDIE.

¹⁵ Par exemple, suite au non-respect par l'Argentine de plusieurs indemnités accordées à des investisseurs américains entre 2000 et 2008, le gouvernement américain a retiré les avantages commerciaux accordés à l'Argentine en tant que pays en développement bénéficiaire du Système généralisé de préférences des États-Unis, et a voté contre l'octroi de prêts à ce pays par la Banque mondiale et la Banque interaméricaine de développement. Emmanuel Gaillard, Ilija Mitrev Penushliski, "State Compliance with Investment Awards", (2021) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*.

¹⁶ *Tethyan Copper Company c. Pakistan*, affaire CIRDI n° ARB/12/1, décision finale, 12 juillet 2019.

¹⁷ 31 USC § 3727

¹⁸ *Kingsbury c. United States* [1977] 563 F.2d 1019, 1024.



Et à présent ? Approches de la réforme : un certain nombre d'états envisagent diverses réformes de RDIE et de nouveaux modèles de TII, et élaborent de nouveaux traités qui visent à résoudre au moins certains des problèmes reconnus. Il est important de noter que le [groupe de travail III de la CNUDCI](#) - les premières négociations multilatérales majeures sur l'investissement qui ont eu lieu depuis la tentative ratée de l'OCDE au milieu des années 1990 d'établir un accord multilatéral sur l'investissement - poursuit également la réforme de RDIE.

Les efforts de la CNUDCI comprennent au moins quelques travaux supplémentaires sur le [tribunal multilatéral d'investissement proposé par l'Union européenne](#), qui suggère de remplacer les arbitres nommés et payés par les parties, par des « juges » salariés plus permanents comme moyen de résoudre certains problèmes liés au RDIE. Cependant, cela ne résoudra pas, à lui seul, bon nombre des problèmes susmentionnés liés au RDIE, tels que ceux liés au champ d'application matériel et à la crainte potentielle d'une réglementation des TII. En effet, cela pourrait même bloquer les interprétations juridiques et les types de dommages-intérêts qui menacent de contrecarrer ou d'augmenter indûment le coût de la réglementation d'intérêt public, ou de transférer ces coûts au public d'une manière incompatible avec le principe du « pollueur-payeur » ou d'autres considérations équitables. Il est également difficile de savoir si la proposition de tribunal multilatéral attirera suffisamment de signataires, ou les bons signataires, pour faire la différence pour les pays qui défendent des plaintes.

Pour la plupart, cependant, tous les efforts de réforme se sont concentrés sur des changements relativement mineurs de RDIE et [n'ont pas envisagé de réformes](#) plus fondamentales pour changer de cap sur un système TII/RDIE de plus en plus considéré comme inefficace, manquant de légitimité et ayant des effets involontaires et indésirables sur d'autres prérogatives réglementaires.

Au CCSI, nous soutenons qu'il est important d'évaluer plus largement les coûts et les avantages des [traités d'investissement et de RDIE](#), et de [reconsidérer le rôle des accords internationaux d'investissement](#) comme outils de promotion du développement durable, du point de vue des pays d'origine et d'accueil. Cela signifie qu'il faut examiner de plus près les [objectifs de ces accords et la manière dont les TII peuvent mieux s'aligner sur les objectifs de développement durable](#), ainsi que les [modes alternatifs de règlement des différends](#) qui pourraient mieux servir les objectifs identifiés.



Alors que des réformes sont en cours de discussion, les investisseurs continueront d'introduire, et les états de défendre, des plaintes dans un système RDIE désormais largement reconnu comme étant en proie à des inquiétudes, perçues et réelles, allant même jusqu' à sa légitimité. Le RDIE explore donc des moyens à plus court terme pour les états de sortir ou d'atténuer les effets négatifs reconnus des plus de 3 300 traités qui ont été conclus à ce jour. Au premier rang de ces options, nous avons plaidé pour [la résiliation \(ou le retrait du consentement à l'arbitrage RDIE\)](#) de ces traités, comme solution à court terme, parallèlement à tout projet à plus long terme.



ccsi.columbia.edu

Columbia Center on
Sustainable Investment

Jerome Greene Hall
435 West 116th Street
New York, NY 10027
Phone: +1 (212) 854-1830
Email: ccsi@law.columbia.edu

Veillez citer en tant que :

Centre Columbia pour l'Investissement Durable, *Introduction aux traités internationaux d'investissement et le règlement des différends entre investisseurs et états*, Décembre 2021

Publié par le Centre Columbia pour l'Investissement Durable, un centre de recherche appliquée de renom et un forum consacré à l'étude, à la discussion et à la pratique de l'investissement international durable.