

Droits humains et traités bilatéraux d'investissement

**Le rôle du droit relatif aux droits humains
dans l'arbitrage des différends entre
investisseurs et États**

Luke Eric Peterson



Droits et Démocratie

Centre international des droits de la personne
et du développement démocratique

Droits humains et traités bilatéraux d'investissement

**Le rôle du droit relatif aux droits humains
dans l'arbitrage des différends entre
investisseurs et États**

Luke Eric Peterson

Luke Eric Peterson, consultant et rédacteur pigiste, a publié de nombreux articles sur le régime de droit international encadrant l'investissement étranger direct. Il s'occupe d'un service d'information électronique sur le droit international de l'investissement, *Investment Arbitration Reporter* (www.iareporter.com). Pour entrer en contact avec lui : editor@iareporter.com.



Droits et Démocratie

Centre international des droits de la personne
et du développement démocratique

Droits et Démocratie

1001, boul. De Maisonneuve Est, bureau 1100

Montréal (Québec)

Canada H2L 4P9

Tél. : 514-283-6073 / téléc. : 514-283-3792

Courriel : publications@dd-rd.ca

Site Web : www.dd-rd.ca

Créé par une loi du Parlement en 1988, Droits et Démocratie est une organisation canadienne non partisane et indépendante qui a le mandat de promouvoir le développement démocratique et d'appuyer et défendre les droits de la personne tels que définis dans la Charte internationale des droits de l'homme des Nations unies. En partenariat avec la société civile et les gouvernements au Canada et à l'étranger, Droits et Démocratie met en œuvre et soutient des programmes visant à renforcer les lois et les institutions démocratiques, principalement dans les pays en développement.

© Droits et Démocratie (Centre international des droits de la personne et du développement démocratique), 2009.

Toute citation du présent texte est autorisée à condition d'en mentionner l'origine.

Ce texte est également disponible en anglais et en espagnol.

En ligne : www.dd-rd.ca.

Traduction : Claudine Vivier, Maria C. Corro, Adriana Chamorro.

Coordination du projet : Carole Samdup, conseillère principale, Droits économiques et sociaux, Droits et Démocratie.

Design: Green Communication Design inc. www.greencom.ca.

Production : Lise Lortie, adjointe aux publications, et Marie Malo, agente aux publications, Droits et Démocratie.

ISBN : 978-2-923539-32-4.

Imprimé au Canada.

Dépôt légal : Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2009.

Bibliothèque nationale du Canada, 2009.

Table des matières

Remerciements	5
Liste des acronymes	6
Résumé	7
Chapitre 1: Introduction	9
Le régime international de protection de l'investissement	10
Les dispositions des TBI	12
Traitement juste et équitable	12
Expropriation	13
Des obligations modestes pour les investisseurs	14
Les dispositions des TBI concernant le règlement des différends	15
L'utilisation des TBI dans les recours engagés par des investisseurs étrangers contre des États hôtes	17
Pouvoir réglementaire et souveraineté des États	20
Chapitre 2: Les rapports entre droits humains et traités d'investissement	21
Les droits humains en droit international	21
Les droits humains sont-ils invoqués dans les arbitrages relatifs aux traités d'investissement?	21
Analogies avec les droits humains dans la définition des protections dues aux investisseurs	22
Applicabilité des obligations des États relatives aux droits humains de non-investisseurs	26
Le droit humain à l'eau	26
Le droit humain à la liberté de réunion et à la liberté d'expression	31
Les droits humains des peuples autochtones	35
Réformes agraires et indemnités	36
Politiques visant des personnes ou des groupes désavantagés	39
Transparence et droit de recevoir des informations	40
Chapitre 3: Réflexions et recommandations	43
Travail d'observation et de suivi	43
Étude et analyse du traitement de questions similaires par les deux régimes	44
Étude et analyse de l'interprétation et de l'application du droit relatif aux droits humains par les arbitres d'investissement	44



Remerciements

L'auteur tient à remercier pour leur contribution Carole Samdup, de Droits et Démocratie, les membres du groupe consultatif, ainsi que les personnes de l'extérieur qui ont fait de précieux commentaires sur les différentes versions de ce texte.

Groupe consultatif

Peter Frankental

Directeur du Programme des relations économiques
Amnesty International, Royaume-Uni

Chris Jochnick

Directeur de l'Équipe sur le secteur privé
Oxfam America, États-Unis

Lucie Lamarche

Professeure de droit et titulaire de la Chaire G.F. Henderson en droits de la personne
Université d'Ottawa, Canada

Malcolm Langford

Directeur du Groupe de recherche sur les droits humains et le développement
Centre norvégien des droits de la personne, Université d'Oslo, Norvège

Michelle Leighton

Directrice, Programme des droits humains
Center for Law and Global Justice, University of San Francisco, États-Unis

Bruce Porter

Directeur
Social Rights Advocacy Centre, Canada

Liste des acronymes

ACIJ	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia
AII	Accord international d'investissement
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
AMI	Accord multilatéral sur l'investissement
BEE	Black Economic Empowerment (Promotion économique des Noirs)
CAFTA	US-Central America Free Trade Agreement (Accord de libre-échange centre-américain)
CCS	Chambre de commerce de Stockholm
CELS	Centro de Estudios Legales y Sociales
CCI	Chambre de commerce internationale
CIEL	Centre for International Environmental Law
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
FIAN	Foodfirst Information & Action Network
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
HDSA	Historically Disadvantaged South Africans (Citoyens sud-africains historiquement désavantagés)
IED	Investissement étranger direct
NPF	Nation la plus favorisée
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations unies
TBI	Traité bilatéral d'investissement
UNESCO	Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture
ZLEA	Zone de libre-échange des Amériques

Résumé

Durant la seconde moitié du 20^e siècle, on a vu se développer deux champs séparés du droit international : le régime de protection des droits humains, d'une part, et le régime qui protège l'investissement étranger direct de l'autre. Le régime des droits humains — fondé sur certains principes de droit international qui lient tous les États et sur une série de traités internationaux et régionaux — peut sembler plus familier. Mais l'investissement étranger est lui aussi encadré par tout un réseau de traités d'investissement et d'accords de libre-échange qui se sont mis à jouer un rôle déterminant depuis quelques années. Ce régime protège les investisseurs étrangers (firmes et particuliers) contre tout traitement arbitraire de la part des États d'accueil, y compris l'expropriation ou la nationalisation de leurs investissements.

Il arrive que les deux régimes entrent en contact. Les tribunaux internationaux d'arbitrage chargés d'établir si des États ont manqué ou non à leurs obligations envers des investisseurs étrangers se retrouvent à l'occasion à devoir traiter de questions relatives aux droits humains, y compris celle de l'applicabilité du droit relatif aux droits humains au règlement des différends entre investisseurs étrangers et États.

Ce document vise à familiariser experts et défenseurs des droits humains avec le régime de protection de l'investissement étranger pour qu'ils puissent en saisir les caractéristiques ainsi que les implications sur les plans politique et juridique. Y sont également évoquées une série de poursuites engagées par des investisseurs étrangers contre leurs États d'accueil pour manquement présumé à leurs obligations découlant de traités d'investissement et dans lesquelles les droits humains entrent eux aussi en ligne de compte. Le droit relatif aux droits humains peut intervenir de différentes manières dans ces arbitrages. Dans un certain nombre d'affaires, les arbitres l'ont invoqué pour les aider à interpréter, notamment par analogie, les protections légales dues aux investisseurs étrangers. Par exemple, ils ont tenu compte des normes des droits humains relatives à l'application régulière de la loi ou au droit à la propriété pour interpréter et clarifier les protections dues aux investisseurs étrangers en vertu de traités d'investissement.

Dans d'autres différends, les arbitres se voient demander par des États ou par des intérêts qui ne sont pas parties au litige (des organismes de la société civile, par exemple) de prendre en compte les droits humains de membres de collectivités. Quand les États sont accusés de non-respect des protections dues aux investisseurs étrangers, ils cherchent parfois à justifier leur conduite en invoquant qu'ils ont été tenus, de par leurs obligations de protection des droits humains, d'agir ainsi dans les circonstances. Par exemple, dans l'arbitrage d'un différend opposant l'Argentine à un groupe de multinationales étrangères de distribution de l'eau, l'État argentin a cherché à se défendre d'allégations d'infraction aux dispositions de traités en invoquant le droit de la population à l'eau.

Il reste à voir dans quelle mesure les États sont réellement tiraillés entre les différentes obligations que leur prescrit le droit international, ou si ces obligations sont conciliables. Ce qui est clair, c'est que ce sont les arbitres des différends associés à des traités d'investissement qui se retrouvent ici en première ligne. En effet, dans certaines procédures en cours engagées par des investisseurs contre des États, on leur demande de déterminer si des motivations relevant des droits humains peuvent atténuer ou annuler la responsabilité d'États qui auraient manqué à leurs obligations découlant de traités d'investissement.

Mais, à part les règles générales encadrant l'interprétation des traités, les arbitres ne disposent d'aucune feuille de route pour interpréter et définir les obligations des États en matière de droits humains. Les traités d'investissement et les accords de libre-échange n'offrent guère d'instructions sur la manière de concilier les dispositions des traités d'investissement avec ces obligations. Les États pourraient, à l'avenir, introduire des références explicites aux droits humains dans le libellé des traités qu'ils négocient. Les arbitres seraient ainsi clairement autorisés à évaluer l'applicabilité du droit relatif aux droits humains aux questions en litige. Toutefois, cette éventualité soulève inévitablement la question plus large de l'aptitude des arbitres à traiter des dimensions de ces affaires qui relèvent du droit relatif aux droits humains.

Dans certains cas, les tribunaux d'arbitrage de différends relatifs aux traités d'investissement et les cours régionales des droits humains pourraient être interchangeables — les plaignants éventuels pouvant décider de poursuivre un État soit pour manquement à ses obligations issues d'un traité d'investissement, soit pour non-respect d'une convention relative aux droits humains. Mais ces deux régimes de droit peuvent générer des décisions et conclusions très différentes susceptibles d'avoir pour les États des conséquences tout aussi différentes sur le plan des politiques et sur le plan financier. C'est pourquoi il est nécessaire que les défenseurs des droits humains et les décideurs comparent et évaluent comment ces deux régimes parallèles résolvent différemment certains types très courants de litiges, y compris les plaintes pour expropriation, déni de justice ou absence de procédures légales régulières, et les plaintes pour dommages moraux résultant de préjudices physiques ou psychologiques infligés par des États.

Plus généralement, il sera impératif de suivre plus étroitement les décisions arbitrales relevant du régime de protection de l'investissement étranger, afin de comprendre comment sont traitées les questions de droits humains dans les litiges où elles entrent en ligne de compte.

Cet ouvrage est le troisième volume d'une série de trois publications intitulée *Investir dans les droits humains*.

- Volume 1 : *Études d'impact des investissements étrangers sur les droits humains : Tirer les leçons de l'expérience des communautés aux Philippines, au Tibet, en République démocratique du Congo, en Argentine et au Pérou.*
- Volume 2 : *Droits devant : Un outil pour évaluer pas à pas l'impact des investissements étrangers sur les droits humains.*

Pour se les procurer : www.dd-rd.ca.

Chapitre I: Introduction

Quand on suit l'évolution parallèle de deux champs distincts du droit international — le régime de protection de l'investissement étranger, d'une part, et celui des droits humains de l'autre —, une chose saute aux yeux : le village global aurait bien besoin d'un plan d'urbanisme. Pendant des décennies, ces deux régimes ont largement évolué séparément, même si tous deux partagent certaines racines lointaines dans leurs intentions de limiter la souveraineté des États¹. Depuis quelques années, on s'est mis à spéculer sur la possibilité de frictions occasionnelles entre les deux régimes — voire de collisions dans certains cas². En effet, les États qui adoptent des mesures ou des politiques pour se conformer à leurs obligations en matière de droits humains pourraient très bien se faire accuser de manquer à leurs obligations internationales parallèles de protection des investisseurs étrangers et de leurs activités.

Droits et Démocratie a dernièrement parrainé une série d'études d'impact des projets d'investissement étranger sur les droits humains qui met en lumière une profonde méconnaissance, dans le milieu des organismes de défense et de promotion des droits humains, du régime juridique international encadrant et protégeant l'investissement étranger, et des effets de ce régime sur la situation des droits humains. Nous nous proposons donc ici de faire état de l'évolution rapide du régime international de traités qui gouvernent et protègent l'investissement étranger direct, et de montrer dans quelle mesure des questions relevant des droits humains peuvent effectivement intervenir dans les litiges opposant investisseurs étrangers et États d'accueil.

Comme on va le voir, les traités internationaux qui protègent l'investissement étranger autorisent les investisseurs à poursuivre les États devant des instances internationales d'arbitrage s'ils estiment avoir été privés des protections prévues dans un traité. Dans un nombre encore restreint, mais qui tend à augmenter, de ces procédures d'arbitrage entre investisseurs et États, on a vu invoquer le droit relatif aux droits humains. Mais la plupart du temps, les arbitres y font référence lorsque des droits comme le droit à la propriété ou à des procédures légales régulières peuvent les aider à interpréter les obligations contenues dans les traités d'investissement. Autrement dit, c'est aux droits humains susceptibles de protéger les gens d'affaires ou les acteurs économiques qu'ils se réfèrent pour faciliter leur interprétation des traités d'investissement.

Jusqu'ici, tout au moins, les arbitres n'ont pas invoqué le droit relatif aux droits humains à des fins radicalement différentes, par exemple pour souligner les obligations légales d'un État hôte envers des personnes non parties à l'arbitrage (des habitants de cet État, par exemple) ou s'en servir comme grille d'analyse pour interpréter et baliser toute autre obligation parallèle due aux investisseurs étrangers. Quoiqu'il en soit, les arbitres commencent à rencontrer des scénarios dans lesquels les États (ou des groupes d'intérêts extérieurs) invoquent les droits humains de groupes ou de personnes non parties à l'arbitrage. Comme on pourra le voir dans les sections qui suivent, dans certaines procédures d'arbitrage en cours entre investisseurs étrangers et États hôtes, les investisseurs accusent ces derniers de ne pas respecter leurs obligations envers eux, ce à

¹ Selon Dinah Shelton, on peut considérer le droit encadrant la responsabilité de l'État pour les préjudices subis par des ressortissants étrangers « comme le précurseur du droit international des droits humains ». Pour elle, bon nombre des recours relatifs à des préjudices subis par des ressortissants étrangers aux mains d'un État qui ont été intentés au 19^e siècle « relèvent de ce qu'on appellerait aujourd'hui des violations du droit international des droits humains ». Voir Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2^e éd., 2005, par. 59-62. En ce qui concerne ce qu'on a appelé la fragmentation du droit international en général, voir Martti Koskenniemi, « Fragmentation of International Law : Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law », Rapport adressé à la Commission du droit international, 4 avril 2006, en ligne : untreaty.un.org/ilc/guide/1_9.htm.

² En 2003, Droits et Démocratie a parrainé un « groupe de réflexion » où a été évoquée la possibilité de voir les droits humains jouer un rôle dans l'arbitrage de différends liés à des traités d'investissement. Des recherches menées par la suite ont porté sur la nécessité pour les États de composer avec leurs obligations dictées par les traités d'investissement et leurs obligations en matière de droits humains. Voir notamment Luke Eric Peterson et Kevin R. Gray, « International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration », Institut international du développement durable, document d'information 2003. www.iisd.org/pdf/2003/Investment_int_human_rights_bits.pdf; « Droits de l'homme, commerce et investissement », rapport du Haut-Commissaire aux droits de l'homme de l'ONU, 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/9 ; Rémi Bachand et Stéphanie Rousseau, « L'investissement international et les droits humains : enjeux politiques et juridiques », Droits et Démocratie, 2003, en ligne : www.dd-rd.ca. Lahra Liberti, « Investissements et droits de l'homme », dans Philippe Kahn et Thomas Walde (dir.), *New Aspects of International Investment Law* (Hague : Hague Academy of International Law, 2007).

quoi les États hôtes répliquent en invoquant leurs obligations plus larges de protection des droits humains de leurs propres citoyens ou d'autres personnes sous leur juridiction.

Dans une affaire en arbitrage sur laquelle nous reviendrons plus loin, on constate à l'examen des plaidoiries des parties (un groupe de multinationales de distribution de l'eau et la République argentine) que les États peuvent présenter des arguments très poussés en droit des droits humains dans les litiges associés à des traités d'investissement. Autrement dit, les États commencent à demander aux arbitres de ne plus interpréter les traités économiques internationaux dans un vacuum et de ne plus ignorer ou minimiser les obligations relevant du droit des droits humains.

Si cette évolution peut mettre mal à l'aise ceux qui doutent de la capacité des instances juridictionnelles « commerciales » d'interpréter ou d'examiner les normes des droits humains, il reste, comme on va le voir dans les pages qui suivent, que les arbitres traitent aujourd'hui d'affaires qui ont des répercussions ou des effets externes sur les droits humains. Que les arbitres ignorent ces normes de droits humains ou qu'ils en tiennent compte, il reste que le chat est sorti du sac et qu'il sera difficile de l'y faire rentrer. Cela peut expliquer pourquoi certains États et des organisations non gouvernementales, conscients de tout ce qui est en jeu dans ces arbitrages entre investisseurs et États, ont fait pression pour que les traités économiques soient interprétés à la lumière des obligations incombant aux États en matière de droits humains.

Certains des litiges décrits dans les lignes qui suivent peuvent constituer un important banc d'essai qui permettra d'évaluer dans quelle mesure les arbitres sont disposés à interpréter les obligations des États envers les investisseurs en tenant compte des obligations parallèles de ces mêmes États en ce qui touche aux droits humains de leurs propres citoyens. C'est pourquoi il est impératif que les défenseurs des droits humains se mettent à suivre de près l'évolution du régime de protection de l'investissement étranger, pour mieux saisir comment réagissent les tribunaux d'arbitrage quand les droits humains entrent en jeu dans les litiges opposant investisseurs et États hôtes.

Le régime international de protection de l'investissement

Il y a longtemps que la protection des ressortissants étrangers préoccupe le droit international. Bien avant l'apparition des traités d'investissement modernes, tous les États avaient fixé

« ... l'investissement étranger est gouverné par un patchwork complexe et hautement décentralisé de traités bilatéraux d'investissement (TBI). »

des normes minimales de protection (relevant du droit international coutumier) même si la portée de ces obligations a par la suite suscité bien des controverses et des débats. Il faut rappeler que le droit international encadrant le traitement des ressortissants étrangers ne protège pas seulement les acteurs économiques, mais aussi les simples citoyens. De ce fait, bon nombre des griefs formulés par des gouvernements contre des États étrangers au 19^e siècle et au début du 20^e pour mauvais traitements à l'endroit de leurs ressortissants portaient sur des violences ou des violations de ce qu'on pourrait appeler les droits civils de ces personnes³. Il s'agit notamment de cas d'arrestation ou de détention arbitraire, de brutalité policière, de détention au secret ou de violence collective ciblant des étrangers⁴. Qui plus est, il est arrivé que les traités négociés pour confirmer ou compléter ces obligations de faible portée visent à protéger non seulement des biens ou des intérêts économiques, mais aussi les droits civils et les libertés religieuses⁵. De fait, l'un des principaux objectifs poursuivis par plusieurs États, notamment les États-Unis et le Royaume-Uni, dans leurs négociations avec d'autres pays, était d'obtenir des garanties de respect de la liberté religieuse, ou du moins de la liberté de conscience, pour la protection des ressortissants étrangers⁶.

Durant la seconde moitié du 20^e siècle, les plaintes pour préjudices personnels ou décès de ressortissants étrangers ont eu tendance à provenir de victimes recourant aux mécanismes du système de protection des droits humains — à mesure qu'ils voyaient le jour — tandis que les plaintes portées par les États contre d'autres États pour mauvais traitements de leurs ressortissants tendaient à porter sur des préjudices économiques subis par des étrangers⁷. Dans le même sens, la négociation de traités de large portée protégeant tout l'éventail de droits — civils et économiques — garantis aux ressortissants étrangers, a semblé alors passer de mode. En revanche, durant la même période, on a pu voir se multiplier des accords plus étroits visant à protéger une seule catégorie de ressortissants étrangers : celle des investisseurs et leurs investissements. Ces traités internationaux de force contraignante protègent autant les entreprises que les personnes, mais au sens de leurs intérêts économiques et non au sens plus général de la protection de la santé et du bien-être de ces

³ Voir l'analyse des protections du type droits civils dans Edwin Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, The Banks Law Publishing Co, 1916, aux p. 69-77 ; on pourra se faire une idée des différends entre les USA et le Mexique portant sur les droits civils dans A.H. Feller, *The Mexican Claims Commission : A Study in the Law and Procedure of International Tribunals, 1923-1934*, New York, Macmillan Company, 1935, pp. 132-146.

⁴ Borchard, p. 98-99 et Feller, *ibid.*

⁵ Par exemple, l'article XII du traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu en 1851 entre les États-Unis et le Costa Rica non seulement protège les « habitations, les personnes et les biens », mais garantit également la liberté et la tolérance religieuse.

⁶ Pour une analyse exhaustive des négociations Royaume-Uni/Mexique, États-Unis/Colombie et États-Unis/Mexique menées durant les premières décennies du 19^e siècle, voir Wilkins B. Winn, « The Efforts of the United States to Secure Religious Liberty in a Commercial Treaty with Mexico, 1824-1831 », *The Americas*, vol. 28, n° 3, janvier 1972, 311-332.

⁷ Dinah Shelton, p. 56-57.

acteurs contre toute forme d'interférence⁸. Ce sont sur ces traités d'investissement et sur leur application que nous allons nous pencher ici.

Avec la croissance spectaculaire des flux d'investissement étranger direct (IED) dans le monde, la charpente de traités internationaux d'investissement s'est tranquillement élargie pour encadrer les milliards de dollars que représentent ces mouvements de capitaux transfrontaliers. Contrairement au système mis sur pied pour encadrer le commerce international — centralisé depuis longtemps autour de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et, avant elle, autour de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) —, l'investissement étranger est gouverné par un patchwork complexe et hautement décentralisé de traités bilatéraux d'investissement (TBI). On sait que les efforts déployés pour mettre en place un accord multilatéral d'investissement unique ont systématiquement échoué, souvent à cause de l'opposition concertée de groupes de la société civile qui se méfiaient des motifs animant les promoteurs de ces initiatives. Les organisations non gouvernementales (ONG) de défense des droits humains ont été le fer de lance du mouvement d'opposition à l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) négocié par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et, plus tard, à une initiative lancée par des États membres de l'OMC. À l'échelle régionale, les ONG de défense des droits humains ont également animé le mouvement d'opposition au projet de Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA), accord susceptible de contenir un chapitre sur l'investissement inspiré du modèle des traités bilatéraux d'investissement.

La crainte que l'AMI ou la ZLEA confèrent de puissantes protections légales aux biens et aux actifs, et restreignent le pouvoir des États de réglementer l'activité économique au nom d'objectifs plus larges, comme la promotion et la protection des droits humains, ou encore que ces accords obligent les États à indemniser les investisseurs quand leurs politiques de promotion des droits humains nuisaient aux intérêts de ces derniers a alimenté cette opposition des ONG⁹.

Malgré les inquiétudes suscitées par la multilatéralisation des règles de protection des investissements, les États ont négocié d'innombrables traités *bilatéraux* (et quelques traités régionaux) sur le modèle de l'AMI ou de la ZLEA sans guère attirer plus qu'une fraction de l'attention réservée aux projets d'accords multilatéraux sur l'investissement. Le nombre d'accords de ce

type a quintuplé durant les années 90, passant de 385 à 1857. Au milieu de l'année 2008, on dénombrait plus de 2600 traités bilatéraux d'investissement, sans compter les dispositions similaires à celles des TBI figurant dans un nombre croissant d'accords plus larges de libre-échange¹⁰. Cette tendance a eu pour résultat que bon nombre des objectifs recherchés par les promoteurs d'un accord multilatéral ou régional — notamment des protections à toute épreuve des biens et avoirs — ont été atteints par d'autres moyens. Si le patchwork actuel de traités bilatéraux d'investissement (et d'accords de libre-échange) n'offre pas une couverture universelle, il s'avère extrêmement efficace, puisqu'on voit des firmes internationales d'avocats d'affaires conseiller des investisseurs étrangers pour qu'ils structurent tous leurs projets et transactions d'investissement étranger direct de manière à les placer sous l'aile protectrice de l'un de ces traités¹¹. Il peut s'agir par exemple d'un investisseur américain qui intègre à son projet un véhicule d'investissement néerlandais de manière à bénéficier de la protection d'un traité conclu par les Pays-Bas avec le pays hôte visé.

En général, les investisseurs étrangers qui se servent de ce cadre juridique peuvent être des entreprises (sociétés de capitaux privées ou publiques), et des gens d'affaires qui investissent dans un autre pays. Toutefois, vu la formulation peu précise de nombreux traités d'investissement, les firmes et les particuliers disposent d'une large marge de manœuvre pour brandir ces protections contre *leur propre* gouvernement, tout simplement en structurant leurs activités de manière qu'elles appartiennent à des entités étrangères admissibles aux protections prévues par un traité international¹².

Par conséquent, étant donné que les flux d'investissement transfrontaliers circulent de plus en plus grâce au passeport protecteur de l'un ou l'autre de ces accords internationaux, il convient de bien saisir le type de protections qu'offrent ces instruments, pour évaluer ensuite quelles répercussions ces accords peuvent avoir sur les droits humains.

« Au milieu de l'année 2008, on dénombrait plus de 2600 traités bilatéraux d'investissement, sans compter les dispositions similaires à celles des TBI figurant dans un nombre croissant d'accords plus larges de libre-échange. »

⁸ Malgré la portée étroite de ces traités d'investissement, il se pourrait, selon certains, que des activités à but non lucratif (des organismes de charité ou d'aide au développement qui encouragent le développement économique dans des pays hôtes, par exemple) soient admissibles aux protections prévues par ces traités. Voir Luke Eric Peterson et Nick Gallus, « International Investment Treaty Protection of Not-for-Profit Organizations », document de travail du International Center for Not-for-Profit Law, en ligne : www.icnl.org/knowledge/pubs/BITNPOProtection2.pdf.

⁹ Voir par exemple Rick Rowden et Vicki Gass, « Investor Rights or Human Rights ? The Impacts of the FTAA », Action Aid USA Briefing Paper, novembre 2003.

¹⁰ Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED), *Recent Developments in International Investment Agreements 2007-June 2008*, IIA Monitor, n°2, 2008, en ligne : www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20081_en.pdf.

¹¹ Voir tableau 4 ci-après.

¹² Voir les opinions de la majorité et des juges dissidents dans *Tokios Tokeles c. Ukraine*, CIRDI, affaire ARB/02/18, décision sur la compétence et opinion dissidente, 29 avril 2004.

Les dispositions des TBI

Les traités bilatéraux d'investissement, apparus à la fin des années 1950, répondaient au besoin de suppléer aux maigres protections offertes par le droit international coutumier aux ressortissants étrangers. Il existait bien certaines protections minimales pour les investisseurs étrangers contre d'éventuels préjudices de la part d'un État hôte, mais il n'y avait pas unanimité sur les formes spécifiques de traitement nécessitant protection de la part des États hôtes. Par exemple, aux Nations unies, on assista à de sérieux accrochages entre pays développés et pays en voie de développement sur la question de savoir si les gouvernements pouvaient nationaliser des investissements étrangers dans le secteur des ressources naturelles sans *pleinement* dédommager les investisseurs étrangers¹³.

Dans un tel contexte, on espérait que les TBI allaient (théoriquement) éclaircir et fixer les règles juridiques applicables — tout au moins en ce qui touche aux flux d'investissement entre un certain nombre de pays. Toutefois, les clauses de ces traités donnent quand même matière à interprétation et arbitrage afin d'en déterminer l'application concrète, vu que la plupart des TBI autorisent les investisseurs à engager des poursuites s'ils estiment que l'État d'accueil a contrevenu aux dispositions d'un traité. L'Allemagne a conclu le premier traité moderne bilatéral d'investissement avec le Pakistan en 1959 ; d'autres États européens exportateurs de capitaux lui ont emboîté le pas en inaugurant leurs propres programmes de TBI dans les années suivantes. (Outre les traités qui font l'objet de notre étude, un investisseur ou son représentant local peut aussi négocier des contrats, des concessions ou des ententes avec les autorités locales¹⁴.)

Il faut préciser que la grande majorité des TBI n'obligent pas les pays à ouvrir leur économie aux investisseurs étrangers. Même si certains pays exigent l'accès au marché dans le cadre de leurs traités d'investissement, la plupart des TBI existants n'obligent pas les États à privatiser des secteurs économiques sensibles (ex. : transport aérien, banque, assurances) ou à ouvrir la propriété de ces secteurs à des étrangers. Les traités élargissent plutôt la protection des investissements étrangers effectués en conformité avec les règles existantes régissant la propriété étrangère dans l'économie du pays. Ainsi, si un État autorise un étranger à acquérir une entreprise locale ou à établir sur son territoire de nouvelles activités (investissement dit *greenfield*), ces investissements peuvent être protégés par un

traité international qui oblige le gouvernement du pays d'accueil à respecter les normes de protection les plus élevées applicables en vertu du droit interne¹⁵.

Ces traités d'investissement sont généralement des instruments dont l'unique fonction consiste à protéger les investisseurs étrangers et leurs actifs, et non à leur imposer des obligations ou des responsabilités légales. Si les dispositions des TBI diffèrent d'un cas à l'autre et évoluent avec le temps, elles prévoient généralement le rapatriement des bénéfices et autres fonds associés à l'investissement, la protection contre un traitement moins favorable que celui accordé aux investisseurs locaux et/ou aux investisseurs de pays tiers (traitement national et traitement de la nation la plus favorisée, respectivement), certaines normes de protection absolues (NPF) « traitement juste et équitable et « protection et sécurité intégrales », ainsi qu'une promesse d'indemnisation en cas de nationalisation ou d'expropriation. Plusieurs des principales protections prévues dans les TBI sont énumérées dans le tableau 1.

Traitement juste et équitable

Il s'agit peut-être de la protection la plus importante prévue dans les traités d'investissement. Le sens de cette obligation continue d'évoluer et les avis divergent quant à l'uniformité de cette norme dans tous les pays (quel que soit leur degré de développement)¹⁶. Minimale, cette norme vise à protéger les investisseurs contre les « dénis de justice », même s'il arrive aussi que les États manquent à cette obligation en agissant de mauvaise foi à l'endroit d'investisseurs ou quand les procédures légales régulières ne sont pas respectées. Dans certains cas, les arbitres ont établi que cette clause protégeait les « attentes légitimes » de l'investisseur — par exemple dans l'éventualité où l'État serait revenu sur des promesses faites par des fonctionnaires ou des organismes gouvernementaux. Il peut s'agir par exemple de brevets ou de permis promis à un investisseur étranger qui n'ont pas été délivrés, ou de non-respect par l'État hôte de sa promesse de vendre des parts d'une société d'État. Toutefois, il n'y a pas consensus sur ce que les investisseurs doivent exactement attendre des pays hôtes : un climat de stabilité pour les affaires, la transparence dans les relations avec les représentants de l'État, ou certaines normes d'efficacité administrative et d'application régulière de la loi.

¹³ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2004, p. 22-23.

¹⁴ Ces accords peuvent définir les droits et responsabilités respectifs des deux parties et prévoir un mode de règlement des différends (par exemple les tribunaux internes ou un mécanisme d'arbitrage quelconque). Si ces contrats ou ces accords peuvent offrir une couche de protection supplémentaire aux projets d'IED, ils varient cependant largement d'un projet à l'autre et n'entrent pas dans le cadre de la présente analyse. Dernièrement, l'auteur d'une étude préparée pour John Ruggie, représentant spécial de l'ONU sur la question des droits de l'homme, des sociétés transnationales et autres entreprises, a analysé un des aspects de ces arrangements contractuels (Andrea Shemberg, « Stabilization clauses and human rights », 11 mars 2008). Elle passe en revue une série de contrats investisseur/État et révèle qu'un certain nombre des clauses de stabilisation utilisées pour les investissements hors OCDE sont formulées en des termes très stricts qui pourraient permettre à un investisseur étranger de « se soustraire aux lois destinées à promouvoir des objectifs environnementaux, sociaux ou de droits humains ou de réclamer compensation si l'État tente d'appliquer ces lois » (par. 146).

¹⁵ Des traités récemment conclus par les États-Unis, le Canada, le Japon, Singapour et plusieurs autres pays comprennent effectivement ce genre d'engagements dits de pré-établissement, qui peuvent placer les investisseurs étrangers sur un pied d'égalité avec les investisseurs locaux quand il s'agit d'établir de nouveaux investissements ou de procéder à des acquisitions.

¹⁶ Nick Gallus, « The influence of the host state's level of development on international investment treaty standards of protection », *6(5) Journal of World Investment and Trade* 711 (octobre 2005).

Tableau I Principales protections prévues par les TBI

Traitement juste et équitable

Les arbitres doivent interpréter ce qui, au vu des faits qui leur sont présentés, constitue un traitement « injuste » ou « inéquitable ». Les tribunaux d'arbitrage n'ont pas donné la même interprétation de ce qu'implique concrètement cette protection. Pour certains arbitres, constitue par exemple un traitement « injuste » ou « inéquitable » un déni de justice de la part des tribunaux locaux, ou des cas où les autorités administratives ont agi de mauvaise foi ou ont soumis les investisseurs à du harcèlement ou à un traitement discriminatoire. Souvent, les arbitres interprètent la clause du traitement juste et équitable comme l'obligation de protéger les « attentes légitimes » des investisseurs, même si le sens à donner à ce concept ne fait pas consensus.

Protection et sécurité intégrales

L'État d'accueil doit assurer la protection policière de tout bien ou actif appartenant à des étrangers.

Traitement national

En vertu de la clause du traitement national, les investisseurs étrangers et leurs investissements doivent bénéficier d'un traitement aussi favorable que celui qui est accordé aux investisseurs (ou investissements) locaux.

Traitement de la NPF

Le traitement de la NPF fait en sorte que les investisseurs étrangers et leurs investissements bénéficient d'un traitement comparable à celui accordé à des investisseurs (ou des investissements) provenant de pays tiers.

Protections contre l'expropriation directe ou indirecte

Les traités protègent généralement les investisseurs contre toute expropriation directe ou indirecte en obligeant l'État hôte à verser pleine compensation pour tout investissement faisant l'objet d'un tel traitement.

Libres transferts de fonds

Les investisseurs étrangers ont le droit de rapatrier tous les fonds associés à l'investissement (bénéfices, dividendes, intérêts, frais et autres gains en capital).

Dans une sentence arbitrale qui a suscité bien des controverses, un tribunal a émis l'opinion que le traitement juste et équitable impliquait l'obligation pour l'État hôte « d'agir de manière cohérente, sans ambiguïté et dans une totale transparence vis-à-vis de l'investisseur étranger, de manière que celui-ci connaisse au préalable tous les règlements et règles qui vont encadrer ses investissements, ainsi que les objectifs des politiques, pratiques ou directives administratives pertinentes, pour être en mesure de planifier ses investissements de manière à se conformer à cette réglementation¹⁷ ».

Certains observateurs ont souligné qu'un tel fardeau d'obligations pèserait trop lourd même sur l'appareil gouvernemental des pays les plus avancés, et *a fortiori* sur celui des pays moins développés. On sait que les avocats du gouvernement du Chili ont qualifié cette interprétation —

reprise par la suite par certains tribunaux d'arbitrage — de programme « extrême » de bonne gouvernance imposé à des gouvernements¹⁸. En effet, tout accroissement à cette conception très large de la norme du traitement juste et équitable pourrait enclencher une obligation d'indemniser les investisseurs qui auraient été privés de cette protection.

Expropriation

La protection contre l'expropriation est une autre disposition majeure des traités d'investissement. Une des difficultés qui a surgi dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), qui contient des dispositions similaires à celles des traités d'investissement, est de définir la notion d'expropriation « indirecte ». Pendant longtemps, on n'a pas su avec certitude clairement distinguer les mesures réglementaires ayant un impact sur la

¹⁷ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États Unis du Mexique (affaire ARB(AF)/00/2), sentence du 29 mai 2003.

¹⁸ MTD Equity Sdn Bhd et MTD Chile S.A. c. République du Chili (affaire ARB/01/7), décision sur l'annulation, 16 février 2007, par. 66.

« Si les traités d'investissement obligent les États à traiter les investisseurs étrangers ou les entreprises appartenant à des intérêts étrangers selon certaines balises, ils n'imposent pas en contrepartie d'obligations ou de limites équivalentes aux investisseurs. »

profitabilité d'un investissement de celles qui équivalent à une expropriation « indirecte » (l'appropriation ou la privation d'un investissement par des moyens indirects ou par voie réglementaire). Cette incertitude persistante a incité certains États à formuler plus clairement leurs nouveaux traités d'investissement de manière à éviter que les mesures réglementaires légitimes répondant à des objectifs d'intérêt public puissent être qualifiées d'expropriation indirecte au sens d'un traité. Le projet de modèle canadien de 2004 de traité d'investissement stipule ce qui suit :

(...) À moins de circonstances rares, les mesures réglementaires non discriminatoires élaborées et appliquées dans un but de protection légitime du bien-être public concernant, par exemple, la santé, la sécurité et l'environnement, ne seraient pas considérées comme menant à une expropriation indirecte (...) ¹⁹.

Mais ce type de disposition n'apparaît pas dans la plupart des traités, ce qui laisse aux arbitres une grande marge discrétionnaire pour établir précisément ce qui distingue les mesures réglementaires légitimes (qui ne constitueront pas une expropriation) des actions ou mesures qui équivalent à l'expropriation d'un investissement.

Des obligations modestes pour les investisseurs

Si les traités d'investissement obligent les États à traiter les investisseurs étrangers ou les entreprises appartenant à des intérêts étrangers selon certaines balises, ils n'imposent pas en contrepartie d'obligations ou de limites équivalentes aux investisseurs. Selon une étude publiée par l'ONU en 2001 et qui répertoriait les traités d'investissement existants ²⁰, ceux-ci imposaient rarement des obligations aux investisseurs ou à leurs États d'origine. Et depuis on ne s'est guère soucié d'introduire dans les traités des dispositions en ce sens. Quoi qu'il en soit, certains analystes ont estimé que les accords

protégeant les investissements assignent implicitement certaines responsabilités aux investisseurs. Le professeur Peter Muchlinski a soutenu que la clause du traitement juste et équitable accordée par les États hôtes aux investisseurs étrangers peut être interprétée comme imposant certaines obligations à ces mêmes investisseurs, y compris l'obligation de s'abstenir de conduites inadmissibles ²¹. Autrement dit, un investisseur ne pourrait pas prétendre avoir subi un traitement injuste ou inéquitable de la part d'un État hôte si lui-même s'était livré à des actes « inadmissibles », par exemple en donnant aux représentants de ce gouvernement une image fautive de ses activités ou de son expérience en affaires ²². Cet argument a été repris dans plusieurs décisions arbitrales, quand les tribunaux formés pour entendre des litiges associés aux traités d'investissement ont statué que les représentations frauduleuses ou certaines formes de malversation peuvent ôter tout crédit aux allégations portées par un investisseur contre un État hôte ²³.

Même si la plupart des TBI n'imposent pas *explicitement* d'obligations aux investisseurs, il existe plusieurs propositions qui visent à introduire des responsabilités de ce genre dans le libellé des traités, notamment une condition assujettissant les protections accordées aux investisseurs à diverses obligations de leur part, y compris celle de respecter les instruments de l'Organisation internationale du travail (OIT) et de l'OCDE portant sur les responsabilités des entreprises, de manière qu'ils ne puissent pas contourner les conventions internationales relatives au travail et aux droits humains ²⁴. Un projet de modèle de traité d'investissement proposé en 2008 aux fins de discussion par le gouvernement norvégien va dans ce sens en introduisant quelques obligations pour les investisseurs ²⁵. Le préambule, en particulier, qui pourra s'appliquer chaque fois que les arbitres seront appelés par un investisseur à interpréter les dispositions du traité, énonce plusieurs objectifs, notamment la responsabilité sociale des entreprises, la lutte anti-corruption et les principes « de transparence, de reddition de comptes et de légitimité » que doivent respecter tous les participants du processus. De plus, le projet de traité « encourage » les investisseurs à respecter les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et le Pacte mondial de l'ONU. Toutefois, il ne va pas jusqu'à assigner aux investisseurs des obligations concrètes. Outre cette initiative, des experts ont proposé des clauses à intégrer aux traités qui autoriseraient les citoyens à déposer des « demandes reconventionnelles » contre des investisseurs en

¹⁹ Consulter www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux.

²⁰ CNUCED, « Social Responsibility », UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 2001, p. 17.

²¹ Peter Muchlinski, « Caveat Investor ? The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard », *55 International and Comparative Law Quarterly*, juillet 2006, p. 567-598.

²² Voir l'analyse de l'affaire *Azinian c. Mexique* dans Muchlinski, p. 576-577.

²³ *Inceysa Vallisoletana c. El Salvador*, sentence arbitrale du 2 août 2006 ; *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, sentence arbitrale du 27 août 2008.

²⁴ Pour plus de détails sur le projet de modèle de traité d'investissement du IISD, co-rédigé par l'auteur du présent document de travail, voir en ligne : www.iisd.org/investment/model_agreement.asp.

²⁵ Pour plus amples renseignements, consulter en ligne : www.regjeringen.no/en/dep/nhd/documents/Consultations/Horingsdokumenter/2008/horing-modell/for/investeringsavtaler/-4.html?id=496026.

cas de certaines violations des droits humains²⁶. Toutefois, ces propositions sont jusqu'ici restées à l'état de projet. En attendant, le représentant spécial de l'ONU sur la question des droits de l'homme, des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, déplore, dans son rapport de 2008 au Conseil des droits de l'homme, que les droits des sociétés transnationales se soient beaucoup élargis, entre autres par l'entremise des traités bilatéraux d'investissement, alors que le cadre juridique réglementant ces mêmes sociétés n'a pas connu la même expansion²⁷.

Faute d'un unique accord mondial sur l'investissement mieux équilibré, les réformes ponctuelles ou à la pièce des traités bilatéraux d'investissement risquent d'avoir un effet limité. Par exemple, dans l'éventualité où le gouvernement norvégien négocie des traités bilatéraux plus équilibrés avec des partenaires étrangers, rien ne dit que les investisseurs norvégiens vont choisir de s'en servir ; peut-être vont-ils préférer structurer leurs activités d'IED de façon à profiter de la protection d'accords négociés par d'autres États avec le pays hôte qu'ils visent. On sait que de nombreux TBI donnent une définition du terme « investisseur » suffisamment vague pour s'appliquer à toute société constituée conformément aux lois du pays d'origine qu'ils peuvent choisir. Par exemple, les investisseurs de nombreux pays peuvent, et ils le font, décider de se constituer en société aux Pays-Bas afin de profiter des TBI conclus par cet État avec un grand nombre de pays en voie de développement. Certes, vu l'ensemble de protections offertes et les écarts existant dans le système actuel en termes de couverture, il est parfaitement compréhensible que les investisseurs aillent « magasiner » ailleurs pour bénéficier des protections d'un traité si leur État d'origine n'a pas conclu de traité avec le pays hôte qui les intéresse. Toutefois, ce phénomène de « magasinage » de traités pourrait nuire aux efforts sporadiquement déployés par des gouvernements pour réformer ou rééquilibrer les traités d'investissement.

Les dispositions des TBI concernant le règlement des différends

C'est un puissant mécanisme international de règlement des différends qui donne effet aux protections prévues dans les TBI, dans la mesure où il permet aux investisseurs de demander réparation devant un tribunal d'arbitrage contre l'État hôte s'ils estiment que celui-ci n'a pas respecté les clauses de protection du traité. Généralement, l'investisseur va désigner un arbitre, l'État en cause fera de même, et un troisième arbitre sera choisi par consensus ou par un organe de supervision. Les investisseurs peuvent contester toutes les formes d'action

« Autrement dit, quand un investisseur estime avoir été privé d'un « traitement juste et équitable » ou d'une autre forme de protection garantie par le traité, il peut engager une action contre l'État hôte devant un tribunal international d'arbitrage dans le but d'obtenir une compensation financière pour infraction aux dispositions du traité. »

gouvernementale, y compris de nouvelles charges fiscales, des décisions administratives, des lois ou autres. Et ce qui est peut-être plus important encore, les investisseurs peuvent alléguer des pertes financières résultant du non-respect des dispositions du traité.

Même si les TBI sont des traités conclus d'État à État, ils ouvrent le chemin aux arbitrages entre investisseurs et États. Grâce au mécanisme d'arbitrage prévu dans les TBI, les investisseurs peuvent faire appliquer les dispositions du traité sans avoir à compter sur leur État d'origine pour défendre leur cause à leur place (comme l'exigent le système de l'OMC ou les formes traditionnelles de protection diplomatique utilisées pour protéger les ressortissants étrangers et les biens appartenant à des étrangers). Autrement dit, quand un investisseur estime avoir été privé d'un « traitement juste et équitable » ou d'une autre forme de protection garantie par le traité, il peut engager une action contre l'État hôte devant un tribunal international d'arbitrage dans le but d'obtenir une compensation financière pour infraction aux dispositions du traité.

Il n'existe pas de tribunal ou d'instance unique pour entendre de telles causes ; celles-ci sont réglées au cas par cas selon plusieurs règles de procédure. La plupart des traités d'investissement proposent plus d'un mode d'arbitrage, ce qui laisse à l'investisseur le choix d'adopter celui qui lui convient. Ce choix peut avoir des conséquences importantes dans la mesure où les règles de procédure diffèrent, notamment en ce qui concerne le degré de confidentialité entourant l'arbitrage. Nous présentons dans le tableau qui suit plusieurs des options offertes en matière de procédures d'arbitrage.

Les procédures d'arbitrage prévues dans les TBI présentent un certain nombre de caractéristiques qui méritent d'être notées, à commencer par leur manque de transparence. En effet, rien n'oblige à rendre les procédures publiques. Si les arbitrages effectués sous l'égide du CIRDI de la Banque Mondiale figurent tous sur un registre public, ceux qui empruntent d'autres règles de procédure ne sont pas assujettis aux mêmes conditions de transparence²⁸. En outre, certaines règles procédurales imposent de formidables barrières à toute divulgation, même

²⁶ Voir par exemple Todd Weiler, « Balancing Human Rights and Investor Protection: A New Approach for a Different Legal Order », 27 *Boston College International and Comparative Law Review* 429 (2004).

²⁷ Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général pour la question des droits de l'homme, des sociétés transnationales et autres entreprises, 7 avril 2008, par. 12.

²⁸ www.worldbank.org/icsid.

Tableau 2 : Options d'arbitrage offertes par les TBI

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)

Le CIRDI de la Banque Mondiale est la seule instance dont l'unique fonction consiste à régler les litiges entre investisseurs et États. Pendant des décennies, le Centre n'a traité qu'un petit nombre de litiges *contractuels*. Mais, dans les années 1990, le nombre de dossiers a explosé quand les investisseurs ont commencé à se prévaloir des options d'arbitrage prévues dans les TBI. Parmi les divers modes d'arbitrage offerts pour le règlement de différends associés à des traités d'investissement, le CIRDI se distingue par le fait qu'il publie la liste complète des arbitrages effectués sous son égide. Toutefois, les auditions se déroulent à huis clos, à moins que les parties n'en décident autrement.

Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI)

Contrairement au CIRDI, la CNUDCI n'administre ni ne supervise des arbitrages. Elle a plutôt formulé des règles de procédure à l'intention des parties qui désirent que leur différend soit arbitré sur un mode « ad hoc ». Parce que les arbitrages régis par les règles de la CNUDCI ne se déroulent pas sous un même toit, il est extrêmement difficile de connaître le nombre d'affaires actuellement en cours. Quoi qu'il en soit, les TBI proposent généralement cette avenue et les études montrent qu'un nombre substantiel d'arbitrages de différends relatifs à des traités d'investissement empruntent ce canal moins visible.

Chambre de commerce de Stockholm (CCS)

Les procédures d'arbitrage de la CCS, même s'il est rare qu'elles soient mentionnées dans les traités d'investissement, sont toutefois offertes dans un petit nombre de TBI, en particulier ceux dont l'une ou les deux parties sont originaires de pays d'Europe de l'Est ou de l'ex-Union soviétique, ainsi que dans le Traité sur la Charte de l'énergie, un important accord multilatéral encadrant le commerce et l'investissement dans le secteur énergétique. La CCS arbitre un petit nombre de litiges en rapport avec les traités d'investissement ; cela peut aller jusqu'à plusieurs par année, comme le révèlent les statistiques qu'elle publie. On ne dispose guère de renseignements sur ces procédures, à moins que les parties décident d'en divulguer.

Chambre de commerce internationale (CCI)

La Cour internationale d'arbitrage de la CCI, qui siège à Paris, est une instance très populaire de résolution des différends commerciaux. Elle arbitre également un petit nombre de litiges associés à des traités d'investissement, sur lesquels on ne dispose guère d'informations. Ce nombre réduit d'arbitrages de différends relatifs à l'investissement s'explique par le fait que la plupart des TBI ne mentionnent pas les procédures de la CCI parmi leurs options d'arbitrage.

si une des parties (l'investisseur ou l'État) souhaite rendre publiques certaines informations. Par exemple, dans les règles procédurales de la CNUDCI, souvent choisies par les parties, la confidentialité est de mise et les plaidoiries et les auditions ne sont généralement pas considérées comme faisant partie du domaine public.

Chose curieuse, il est impossible de connaître le nombre de poursuites intentées contre des États, et encore moins de connaître le détail de ces affaires ainsi que leurs implications juridiques, politiques et financières. Pour certaines affaires évoquées ici, l'information a été obtenue à la suite des recherches

et investigations menées aux fins de la présente étude. Dans certains cas, ce sont les parties elles-mêmes qui cherchent à divulguer des informations sur leur action en justice ; dans d'autres, des journalistes ou des organisations non gouvernementales enquêtent sur ces affaires et déterrent de nouvelles informations²⁹.

La marge de manœuvre dont disposent les parties pour choisir l'arbitre de leur différend est un autre trait notable des procédures d'arbitrage. Il n'existe pas d'instance permanente pour entendre ces causes, qui sont plutôt traduites devant des tribunaux d'arbitrage constitués expressément au cas par cas.

²⁹ Pour suivre ce qui se passe dans ce domaine, on peut consulter le *Investment Arbitration Reporter*, un service de presse électronique géré par l'auteur du présent document (www.iareporter.com).

« On assiste depuis quelque temps à une prolifération des procédures d'arbitrage associées aux TBI, avec des douzaines d'affaires inscrites en une seule année. Il est probable qu'il y en a d'autres qui sont intentées sans qu'on le sache. »

La possibilité pour des individus d'intervenir à titre d'avocats (plaider au nom des investisseurs ou des États) ou d'agir à titre d'arbitres (qui vont siéger dans d'autres affaires et interpréter le sens à donner aux traités) a suscité bien des analyses et des débats³⁰. Certains ont préconisé la mise en place d'un tribunal permanent où siègeraient à temps plein des juges indépendants chargés de régler les différends relatifs aux traités d'investissement³¹. Toutefois, ces propositions n'ont jusqu'à présent en rien modifié le modèle actuel d'arbitrage au cas par cas.

Il faut souligner que les traités d'investissement ont généré un important volume de litiges en droit *international*. En effet, les investisseurs peuvent souvent éviter d'utiliser les tribunaux *nationaux* de l'État hôte. Ils vont préférer recourir à l'arbitrage international, après avoir observé le délai d'attente prescrit (généralement de courte durée) par le traité d'investissement concerné. De toute évidence, cette pratique n'a rien de commun avec le système international des droits humains, dans lequel il faut avoir au préalable épuisé tous les recours internes avant de pouvoir accéder aux organes de surveillance de l'application des traités ou aux cours régionales des droits humains, cette démarche étant dictée par le souci de respecter la souveraineté des États et le principe de subsidiarité (à savoir que les conflits doivent être réglés dans la mesure du possible à l'échelon local).

Comme nous le soulignerons dans les pages qui suivent, il ne fait aucun doute que les droits humains sont à l'occasion invoqués devant des tribunaux d'arbitrage de différends relatifs à des traités d'investissement. Cette tendance soulève bien entendu la question de savoir si ces arbitres sont capables de traiter convenablement les dimensions de ces affaires portant sur les droits humains. Quoi qu'il en soit, il reste que les droits humains sont déjà invoqués, et vont continuer de l'être, dans les arbitrages relatifs aux traités d'investissement. Il est par conséquent utile de comprendre comment fonctionnent ces instances, et de les comparer aux mécanismes de traitement des plaintes en vigueur dans le système des droits humains. Dans le tableau 3 (page suivante), nous comparons plusieurs aspects des procédures des mécanismes de protection des investissements et des mécanismes mis en place dans le domaine des droits humains, à savoir les deux cours régionales des droits humains les plus utilisées.

Nous allons montrer dans la section qui suit comment des investisseurs étrangers se servent des traités d'investissement pour engager des poursuites contre des États en alléguant des infractions aux dispositions desdits traités. Nous verrons dans les autres sections dans quelle mesure le droit relatif aux droits humains entre en jeu dans ces arbitrages entre investisseurs et États, et comment les arbitres traitent les obligations des États en matière de droits humains.

L'utilisation des TBI dans les recours engagés par des investisseurs étrangers contre des États hôtes

Les TBI sont devenus un élément majeur du paysage réglementaire de l'investissement étranger, avec la multiplication des poursuites intentées par des investisseurs étrangers contre des États, qui se retrouvent donc obligés de rendre leur conduite conforme à leurs obligations internationales dictées par ces traités. Comme on l'a noté plus haut, lorsqu'il n'existe pas de traité entre le pays d'origine de l'investisseur et le pays où il désire investir, il est de plus en plus courant de voir les investisseurs structurer leurs investissements de manière à les faire transiter par au moins un pays ayant déjà signé un traité avec l'État hôte visé. De cette façon, même en l'absence de traité entre le pays d'origine et le pays hôte visé, la transaction peut bénéficier de la protection d'un traité. Vu qu'il existe plus de 2600 TBI en vigueur, il n'est pas facile de déterminer quels sont les traités internationaux qui s'appliquent dans un projet d'IED donné. Le tableau qui suit offre à cet égard des pistes pour qui veut comprendre quels sont les traités qui peuvent être invoqués dans le cas d'un projet d'IED. Toutefois, seuls les investisseurs eux-mêmes sont en mesure de savoir comment ils ont structuré leurs investissements et, par conséquent, de connaître les protections dont ils peuvent se prévaloir.

Comme les investisseurs étrangers structurent de plus en plus leurs investissements de manière à profiter de la protection d'un ou de plusieurs traités, il n'est pas surprenant de voir se multiplier les procédures d'arbitrage. Il s'agit habituellement de poursuites intentées par des investisseurs qui allèguent que l'État dans lequel ils ont investi a manqué aux obligations qui lui incombaient aux termes d'un traité. Dans un petit nombre de cas, cependant, des gens d'affaires, et non des sociétés, engagent individuellement des poursuites contre un gouvernement. Il peut s'agir de différends de nature strictement économique, mais il arrive aussi que des gens d'affaires invoquent les dispositions plus classiques du droit international concernant le traitement des ressortissants étrangers et allèguent avoir été arbitrairement emprisonnés,

³⁰ Michael Goldhaber, « Are Two Hats Too Many ? », *The American Lawyer Magazine*, volume 27, n° 6, FocusEurope edition, été 2005.

³¹ Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.

Tableau 3 : Comparaison des principales caractéristiques des cours régionales des droits humains et de l'arbitrage des différends relatifs aux traités d'investissement

Questions	Cours régionales des droits humains (Cour européenne des droits de l'homme ou Cour interaméricaine des droits de l'homme)	Arbitrage des différends relatifs à des traités d'investissement
<i>Comment les individus peuvent-ils porter plainte pour violation des dispositions d'un traité ?</i>	Épuisement des recours internes exigé au préalable.	Il est rare que l'épuisement des recours internes soit exigé. Le traité peut prescrire un délai d'attente (3-6 mois) avant que l'investisseur puisse faire appel à l'arbitrage international, mais les arbitres annulent souvent cette condition.
<i>Qui entend ces causes ?</i>	Des juges à temps plein siégeant selon un calendrier précis.	Des arbitres désignés pour régler un seul et unique différend; membres de firmes d'avocats, universitaires ou juges à la retraite.
<i>Les plaintes doivent-elles être rendues publiques ?</i>	Oui.	Non. Les arbitrages CIRDI sont rendus publics, mais rien n'exige que les arbitrages empruntant d'autres règles le soient.
<i>Les auditions sont-elles ouvertes au public ?</i>	Oui, sauf si les circonstances exigent le huis clos.	Non. Seulement dans les rares cas où les procédures sont publiques (à la demande des deux parties).

harcelés, soumis à des violences physiques ou même à la torture. Par exemple, un homme d'affaires néerlandais, M. Trinh Vinh Binh, a poursuivi en 2005 le gouvernement vietnamien en vertu du traité d'investissement conclu entre les Pays-Bas et le Vietnam³². Outre les allégations classiques de confiscation d'actifs économiques, M. Trinh a aussi soutenu avoir fait l'objet de détention illégale avant procès, de torture et de violences physiques aux mains des autorités vietnamiennes. Cette plainte, si elle se démarque nettement des motifs invoqués habituellement dans les arbitrages relatifs aux investissements, ressemble aux plaintes déposées en vertu des conventions de protection des droits humains, même si elle a été soumise à l'arbitrage en vertu d'un traité économique.

Quoi qu'il en soit, à l'époque moderne, il est inhabituel qu'on invoque des traités d'investissement pour protéger ce qu'on peut qualifier de droits civils de ressortissants étrangers ou ce qui relève de leur bien-être physique. Dans la très grande majorité des cas connus, il s'agit de procédures entreprises par des sociétés ou des entreprises qui allèguent que certaines mesures (lois, règlements administratifs) ou certaines actions (ou omissions) gouvernementales contreviennent à une ou plusieurs des obligations de l'État hôte envers les investissements étrangers. Souvent, les investisseurs vont alléguer qu'ils ont fait l'objet d'une expropriation directe ou indirecte, par exemple en soutenant que les actions du gouvernement ont eu pour effet de réduire ou d'annuler la valeur d'un

³² Cette affaire a été arbitrée selon les règles procédurales de la CNUDCI et très peu d'informations ont transpiré. Un règlement a été conclu avant même que les arbitres aient eu l'occasion de rendre une décision. Nous reprenons ici des informations confidentielles obtenues par Droits et Démocratie.

Tableau 4 : Les traités qui peuvent s'appliquer pour un projet d'investissement donné

1. Le pays d'origine de l'investisseur étranger peut avoir conclu un TBI avec le pays hôte. Si plusieurs investisseurs étrangers de différents pays d'origine participent à un projet d'investissement donné, plusieurs TBI peuvent s'appliquer dans le cas du projet en question.
2. Les investisseurs peuvent constituer des filiales ou des sociétés de portefeuilles extraterritoriales, ce qui leur donne droit aux protections prévues dans les TBI signés entre ces pays tiers et le pays hôte. Parmi les affaires les plus connues, mentionnons les poursuites engagées par le conglomérat américain de construction Bechtel contre la Bolivie, malgré l'absence de traité d'investissement entre les États-Unis et la Bolivie, parce que Bechtel avait « déménagé » ses investissements dans une concession de services de distribution des eaux via les Pays-Bas. Grâce à cette manœuvre, les investissements devenaient « néerlandais » et Bechtel pouvait invoquer le TBI conclu entre les Pays-Bas et la Bolivie. Par conséquent, il est essentiel pour les pays hôtes et les observateurs de déterminer quelles sociétés intermédiaires ont pu avoir été utilisées dans les transactions entourant un projet d'IED pour bien comprendre quels traités sont applicables à un investissement donné.
3. Même lorsque le pays d'origine d'un investisseur a conclu un TBI avec le pays hôte, l'investisseur peut choisir d'invoquer le traité d'un autre pays d'origine que le sien en structurant son investissement avec créativité. Par exemple, la société Aeroport Development Corporation (ADC), qui a son siège à Montréal, a invoqué le TBI conclu entre Chypre et la Hongrie dans les procédures en arbitrage qu'elle a engagées dans le cadre d'un différend l'opposant à la Hongrie et concernant la construction et l'exploitation d'un terminal à l'aéroport de Budapest. Même si le Canada a signé un TBI avec la Hongrie, ADC a fait transiter son investissement par des filiales chypriotes, ce qui lui permettait d'invoquer le TBI Chypre-Hongrie au cas où les dispositions de ce traité s'avéraient plus généreuses que celles figurant dans le TBI Canada-Hongrie.
4. Les investisseurs peuvent invoquer la clause du traitement de la NPF figurant dans un TBI afin d'obtenir les droits ou protections plus avantageux énoncés dans d'autres traités. Par exemple, un investisseur du Royaume-Uni (RosInvest Co UK Ltd) a invoqué cette clause avec succès dans une récente procédure d'arbitrage engagée contre la Russie en vertu du TBI Royaume-Uni—Russie, ce qui lui a permis de bénéficier des protections plus généreuses offertes par le TBI Danemark-Russie. Toutefois, ce ne sont pas tous les tribunaux d'arbitrage qui adoptent une interprétation de la clause NPF aussi favorable aux investisseurs, ce qui laisse un flou sur la question. Tout au moins, les gouvernements doivent être bien conscients que les investisseurs peuvent invoquer la clause NPF figurant dans un TBI donné pour « importer » dans l'arbitrage les dispositions d'autres traités.

Les Nations unies dressent la liste de tous les TBI conclus par chaque pays et conservent une copie de chacun de ces accords*. Toutefois, vu les douzaines de traités en cours de négociation à tout moment, les ministres des affaires étrangères ou du commerce international devraient être en mesure de fournir les informations les plus à jour sur les traités récemment signés par leurs gouvernements respectifs.

* Voir www.unctad.org/iia ou les bases de données « IIA databases » pour plus amples renseignements.

investissement. Dans d'autres cas, ils allèguent avoir été traités de manière injuste, arbitraire ou discriminatoire. Ils vont par exemple soutenir que leur investissement a bénéficié d'un traitement moins favorable que celui accordé à d'autres investissements en ce qui touche aux licences, permis et mesures réglementaires, ou que les procédures administratives

ou légales n'étaient ni transparentes ni régulières, ou encore qu'ils ont subi un préjudice de la part d'un nouveau gouvernement qui a annulé les mesures de privatisation entamées par son prédécesseur ou qui a imposé de nouveaux impôts ou taxes, ou de nouvelles redevances à des investissements existants.

Au moment d'écrire ces lignes, les procédures d'arbitrage en instance entre investisseurs et États touchaient la plupart des secteurs économiques (énergie, extraction minière, télécommunications, services d'évacuation des eaux usées ou de distribution de l'eau, secteur manufacturier, services financiers, médias et industrie du divertissement, agriculture et agroalimentaire) et soulevaient des questions fondamentales sur les limites imposées par les traités d'investissement à la souveraineté des États³³. Si, sur le fond, ces affaires peuvent être radicalement différentes, toutes visent éventuellement le versement d'indemnités par les États. Les dédommagements réclamés par les investisseurs ne correspondent pas nécessairement aux indemnités que leur accorderont les arbitres s'ils jugent que l'État a manqué à ses obligations conventionnelles ; toutefois, les préjudices financiers allégués par des investisseurs étrangers peuvent leur valoir, quand l'arbitrage leur est favorable, des dizaines, voire des centaines de millions de dollars en indemnités.

On assiste depuis quelque temps à une prolifération des procédures d'arbitrage associées aux TBI, avec des douzaines d'affaires inscrites en une seule année. Il est probable qu'il y en a d'autres qui sont intentées sans qu'on le sache. Certaines de ces poursuites peuvent être justifiées par des gestes incontestablement abusifs de la part de gouvernements ou de fonctionnaires, notamment ceux qui entraînent la destruction de biens ou actifs des investisseurs. Mais dans d'autres cas, les poursuites intentées par les investisseurs visent à bloquer ou à contester les efforts déployés par des gouvernements désireux de réglementer l'investissement étranger pour des raisons d'intérêt public qu'ils jugent importantes, notamment des questions relatives à la santé publique, à l'environnement ou à la culture.

Pouvoir réglementaire et souveraineté des États

Les traités d'investissement se sont mis à attirer l'attention, surtout en Amérique du Nord, lorsque des investisseurs étrangers ont engagé des poursuites qui touchaient la question névralgique du pouvoir réglementaire des États. On a beaucoup parlé des dispositions de l'ALENA similaires à celles des TBI à la fin des années 1990, à cause d'une série d'actions intentées par des investisseurs pour contester des mesures comme l'interdiction, par la Californie, d'un additif controversé à l'essence et la décision du Canada de bannir un autre additif au carburant³⁴. Plus de dix ans plus tard, le Canada fait toujours face à des poursuites intentées au titre des dispositions de l'ALENA de type TBI et qui portent sur des sujets controversés comme l'étude d'impact environnemental d'un site contesté de carrière, l'élimination d'un insecticide agrochimique dangereux, le Lindane, et un projet d'enfouissement de déchets municipaux non toxiques sur le site d'une mine³⁵.

Il reste bien des questions épineuses à résoudre quand il s'agit d'interpréter et d'appliquer les obligations découlant des traités d'investissement. Il faut fixer la ligne au-delà de laquelle une réglementation ou une action de l'État deviennent une forme d'« expropriation » exigeant le versement d'indemnités aux investisseurs étrangers touchés ; il faut aussi déterminer quel genre de politiques différentielles entre divers acteurs économiques sera jugé admissible parce que non contraire à l'obligation de traitement national envers les investisseurs et les investissements étrangers, et enfin déterminer si l'absence de certaines exceptions dans les TBI peut être interprétée comme une indication que ces exceptions ne sont pas implicitement prévues dans le traité.

Vu la multiplicité d'actions et de politiques gouvernementales susceptibles d'être visées lors des procédures d'arbitrage associées à des TBI, il n'est pas surprenant que les droits humains commencent eux aussi à entrer en scène dans ce contexte, comme nous allons le voir dans le chapitre suivant. Mais avant d'aborder ce sujet, nous allons d'abord rappeler brièvement quel est le statut des droits humains en droit international.

³³ On trouvera des informations sur les arbitrages (la plupart en vertu de traités, un petit nombre en vertu de contrats) effectués par le CIRDI sur le site www.worldbank.org/icsid. Voir également la mise à jour des arbitrages relatifs aux traités d'investissement sur le site du service d'information *Investment Arbitration Reporter* (www.iareporter.com).

³⁴ Howard Mann et Konrad Von Moltke, « NAFTA's Chapter 11 and the Environment », International Institute for Sustainable Development, document de travail, 1999.

³⁵ Luke Eric Peterson, « Drowning in Chapter 11 Lawsuits », *Embassy : Canada's Foreign Policy Newsweekly*, 16 avril 2008, en ligne : www.embassymag.ca/page/view/.2008.april.16.peterson.

Chapitre 2: Les rapports entre droits humains et traités d'investissement

Les droits humains en droit international

Parallèlement à toute l'architecture de traités visant à protéger l'investissement étranger, il existe une autre série de traités internationaux conclus, ceux-là, pour réaliser le mandat énoncé dans la Charte des Nations unies³⁶. Celle-ci a habilité l'ONU à favoriser « le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et les conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social », ainsi que « le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ». La Charte oblige donc les États membres à agir, « tant conjointement que séparément », en coopération avec l'ONU dans le but de promouvoir les droits humains.

À l'instar du droit encadrant l'investissement étranger, toutes ces obligations légales ne prennent pas leur source dans des traités. Certaines la trouvent dans le droit international coutumier, qui se fonde sur une longue pratique des États et qui lie tous les États sans exception, qu'ils y consentent ou non. Comme le font remarquer Robert Howse et Makau Mutua :

La portée et le contenu du droit coutumier international des droits humains, comme le droit coutumier en général, sont en perpétuelle évolution. La liste des droits humains qui jouissent déjà d'un statut coutumier généralement accepté peut encore s'allonger. Mais il est clair qu'en vertu du droit international existant, « un État viole le droit international si, dans le cadre des politiques gouvernementales, il pratique, encourage ou tolère les actes suivants : le génocide, l'esclavage ou la traite d'esclaves; le meurtre ou la disparition d'individus ; la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; la détention arbitraire prolongée ; la discrimination

raciale systématique comme la politique d'apartheid, et la perpétration systématique de violations flagrantes des droits humains internationalement reconnus³⁷ ».

Vient compléter ces obligations coutumières toute une gamme de traités relatifs aux droits humains, dont un grand nombre ont été négociés sous l'égide de l'ONU, comme les pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques, et aux droits économiques, sociaux et culturels, tandis que d'autres sont des conventions strictement régionales comme celles qui ont été adoptées en Europe, en Amérique et en Afrique. Ce catalogue impressionnant (et qui continue de s'élargir) de traités conclus par les États se superpose aux obligations coutumières mentionnées précédemment pour imposer aux États des obligations majeures en matière de droits humains.

Vu que les États sont liés à la fois par ces obligations contraignantes en matière de droits humains et par leurs obligations envers les investisseurs étrangers, peut-il arriver que ces deux catégories d'obligations interagissent? Nous allons aborder cette question dans la section qui suit en examinant plusieurs litiges connus opposant des investisseurs étrangers à des États hôtes en vertu de traités d'investissement.

Les droits humains sont-ils invoqués dans les arbitrages relatifs aux traités d'investissement ?

De manière générale, les arbitres des différends relatifs à des traités d'investissement ne sont pas habilités à déterminer s'il y a eu manquement aux obligations des États en matière de droits humains. En tant qu'instances de compétence limitée, les tribunaux d'arbitrage doivent se limiter à déterminer si telle clause de tel traité d'investissement a été respectée ou non.

³⁶ Cette section s'inspire largement d'une publication antérieure de Droits et Démocratie, *Protection des droits humains et mondialisation de l'économie : un défi pour l'OMC*, de Robert Howse et Makau Mutua (2000 : Centre international des droits de la personne et du développement démocratique), en ligne : www.dd-rd.ca/site/publications.

³⁷ Howse et Mutua, p. 9.

Toutefois, cela ne signifie pas pour autant que le droit relatif aux droits humains ne puisse pas faire partie de la toile de fond à partir de laquelle sont interprétées et appliquées les dispositions des traités d'investissement. Il est depuis longtemps admis que le droit applicable aux arbitrages en matière d'investissement comprend le droit international (et pas uniquement le traité d'investissement en cause), et que celui-ci ne se cantonne pas au seul droit économique ou commercial³⁸.

De fait, déjà dans les années 1980, un tribunal d'arbitrage avait reconnu que les obligations imposées par d'autres traités internationaux ratifiés par un État hôte pouvaient justifier le traitement réservé par cet État à un investisseur étranger. Dans cette affaire, SPP c. Égypte, les arbitres du CIRDI ont accepté l'argument selon lequel un État hôte pouvait être lié par certaines obligations découlant de la Convention de l'UNESCO (Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture) concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel³⁹. Au vu des faits en l'espèce, l'adhésion de l'Égypte à la convention de l'UNESCO n'excusait en rien le fait qu'elle ait annulé un contrat d'investissement conclu antérieurement et concernant la construction d'un complexe touristique adjacent à un site patrimonial. Toutefois, les arbitres ont estimé que la Convention de l'UNESCO pouvait s'appliquer et ils ont en particulier refusé d'accorder aux investisseurs compensation pour la perte de futurs profits au motif qu'ils ne pouvaient pas ordonner une indemnisation pour des activités qui contreviendraient au droit international une fois la Convention de l'UNESCO entrée en vigueur et par conséquent applicable à ce moment-là au site du projet d'investissement en cause⁴⁰. Plus récemment, on a vu à plusieurs reprises des tribunaux d'arbitrage admettre l'applicabilité d'autres instruments du droit international étrangers au droit des investissements (qu'ils portent sur l'environnement ou la culture) dans le règlement de différends relatifs à des manquements allégués d'États aux obligations contractées en vertu de traités d'investissement⁴¹.

De plus, en vertu des règles internationales gouvernant l'interprétation des traités, les arbitres peuvent interpréter les obligations d'un traité à la lumière « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », comme l'énonce l'article 31.3(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Même si les arbitres n'ont guère eu tendance à invoquer cet article, il est bien clair qu'ils pourraient le faire⁴². Bien entendu, il s'agira de déterminer *quelles* règles de droit international s'appliquent à une situation donnée. Si les normes impératives de *jus cogens* contre l'esclavage ou la discrimination raciale ou les autres

« Quand on passe en revue les différends soumis à l'arbitrage en vertu de TBI, on constate que le droit relatif aux droits humains a de fait été invoqué dans plusieurs affaires. Toutefois, cette intervention des droits humains peut suivre deux scénarios différents. »

obligations en matière de droits humains prescrites dans la Charte de l'ONU prêteront relativement peu à controverse, les avis divergent quant à l'applicabilité d'autres normes du droit international, comme celles contenues dans les traités relatifs aux droits humains. Quoi qu'il en soit, cela donne aux arbitres une grande latitude pour prendre en compte les droits humains et d'autres obligations incombant aux États en vertu du droit international quand ils interprètent les obligations relevant des traités d'investissement.

Quand on passe en revue les différends soumis à l'arbitrage en vertu de TBI, on constate que le droit relatif aux droits humains a de fait été invoqué dans plusieurs affaires. Toutefois, cette intervention des droits humains peut suivre deux scénarios différents. Il y a tout d'abord les cas où les obligations de protection des droits humains d'acteurs économiques (droit à la propriété ou à des procédures légales régulières) servent à définir les protections dues aux investisseurs en vertu d'un TBI. En deuxième lieu, il y a cette nouvelle tendance où l'on voit entrer en scène les obligations de protection des droits humains de l'État hôte envers des personnes ou groupes sous sa juridiction qui ne sont pas parties à l'arbitrage. On a vu dernièrement des États (et parfois des organisations non gouvernementales) invoquer ces obligations de protection des droits humains pour justifier ou défendre certaines actions ou mesures gouvernementales susceptibles d'avoir nui aux intérêts d'investisseurs étrangers.

Analogies avec les droits humains dans la définition des protections dues aux investisseurs

Si la plupart des traités d'investissement restent muets sur la question des droits humains, cela ne signifie pas que celle-ci n'a pas sa place dans les litiges opposant investisseurs étrangers et États hôtes. D'ailleurs, cette intervention des droits humains peut emprunter plusieurs avenues dans les différends relatifs aux traités d'investissement conclus par des États. En passant en revue les affaires connues, nous avons constaté que les droits humains ont été invoqués dans un petit nombre

³⁸ Voir Peterson et Gray, 2003.

³⁹ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Égypte, CIRDI, affaire ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992, 32 I.L.M. 933 (1993), par. 154.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 190-191.

⁴¹ Voir par exemple Howard Mann, « International Investment Agreements, Business and Human Rights : Key Issues and Opportunities », Institut international du développement durable, 2008, p. 25-29.

⁴² Voir Moshe Hirsch, « Interactions between Investment and Non-Investment Obligations in International Investment Law », dans Schreuer, Christoph, Muchlinski, Peter, Ortino, Frederico (dir.), *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 154-181.

d'arbitrages relatifs à des traités d'investissement, du moins si l'on se fie à ce qui a été rendu public. Il s'agit la plupart du temps des sentences arbitrales finales, et non des plaidoiries qui sont, elles, rarement rendues publiques. Nous allons en donner quelques exemples dans la section qui suit.

Le plus souvent, du moins jusqu'à présent, les arbitrages de différends touchant l'investissement où il est fait mention du droit relatif aux droits humains sont ceux où ces obligations sont invoquées *au nom de l'investisseur* ou encore utilisées par les arbitres pour définir les obligations contractées en vertu du TBI. Si la chose peut surprendre certains observateurs, il reste que les sociétés et les gens d'affaires peuvent se prévaloir de certaines protections en matière de droits humains⁴³. Si les particuliers peuvent jouir des protections énoncées dans tout le dispositif de traités régionaux et internationaux relatifs aux droits humains, les entreprises bénéficient elles aussi de certaines protections à ce chapitre, du moins en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est pourquoi il arrive que des investisseurs (sociétés ou gens d'affaires à titre individuel) entament des procédures pour violation de droits humains (devant la Cour européenne relatif aux droits de l'homme) plutôt qu'une poursuite en arbitrage au titre d'un traité d'investissement contre un État hôte, ou encore qu'ils utilisent ces deux recours en parallèle⁴⁴.

Il n'est par conséquent pas vraiment surprenant de voir, dans plusieurs arbitrages de différends entre investisseurs et États hôtes, les arbitres (ou les avocats représentant les investisseurs) faire référence à la jurisprudence du droit relatif aux droits humains lorsqu'ils interprètent et appliquent les protections *dues aux investisseurs* en vertu de traités d'investissement. En général, ils l'ont fait sans en expliquer en profondeur les fondements théoriques. Ils semblent plutôt, comme dans l'affaire *Mondev c. États-Unis*, avoir estimé que la jurisprudence en matière de droits humains pouvait les aider à interpréter, par voie d'analogie, certaines dispositions de traités d'investissement⁴⁵.

Dans l'affaire *Mondev c. États-Unis* arbitrée par un tribunal constitué en vertu de l'ALENA, un promoteur immobilier canadien contestait le traitement que lui avaient réservé les tribunaux américains. Face à l'argument présenté par *Mondev* voulant qu'il n'ait pas été traité conformément au droit international, le tribunal a examiné la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au titre de l'article 6(1),

qui garantit entre autres choses le droit pour chacun de faire entendre sa cause par un tribunal⁴⁶. Dans d'autres procédures d'arbitrage, notamment l'affaire *Tecmed c. Mexique*, les arbitres ont invoqué la jurisprudence du droit relatif aux droits humains pour interpréter les obligations contractées par l'État hôte en vertu d'un TBI en cas d'expropriation⁴⁷. C'est ainsi, par exemple, que les arbitres se sont référés à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le « respect des biens » pour interpréter les protections du traité d'investissement relatives à l'expropriation ou à la nationalisation. Dans l'affaire *Azurix c. Argentine*, un tribunal du CIRDI a repris le raisonnement utilisé dans l'affaire *Tecmed c. Mexique* en estimant qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme offrait un guide utile pour interpréter la clause du TBI USA/Argentine portant sur l'expropriation⁴⁸.

On trouve un autre exemple de renvoi à la jurisprudence des droits humains pour interpréter les protections dues aux investisseurs dans une affaire opposant une société pétrolière enregistrée aux Pays-Bas au gouvernement de la Roumanie⁴⁹. Même si la Roumanie a demandé au tribunal de décliner toute compétence au motif que le groupe néerlandais était, en fait, contrôlé par des ressortissants roumains, le tribunal s'est refusé à le faire. Les arbitres ont plutôt fait observer que les conditions du TBI Pays-Bas/Roumanie était suffisamment larges pour permettre à des citoyens roumains de constituer des sociétés aux Pays-Bas et de s'en servir pour investir en Roumanie. Ce faisant, ils bénéficiaient indirectement des protections que la Roumanie est tenue d'offrir aux entreprises néerlandaises en vertu du traité international qu'elle a signé. Pour justifier cette interprétation du traité d'investissement Pays-Bas/Roumanie, les arbitres ont jugé que le fait pour les États de négocier des traités internationaux *s'appliquant à leurs propres citoyens* ne prêtait pas à contestation :

L'exemple classique, et bien de notre époque, ce sont les droits de l'homme, mais rien ne s'oppose à ce que les États soient animés par des considérations identiques dans d'autres domaines comme le commerce ou l'environnement ; et comme l'expérience nous l'a appris, on retrouve d'importants éléments associés à la propriété, aux actifs et à l'activité économique au cœur même des régimes des droits humains⁵⁰.

⁴³ Marius Emberland, *The Human Rights of Companies : Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford University Press, 2006.

⁴⁴ On pense par exemple à la tactique utilisée par des investisseurs dans la société pétrolière russe *Yukos*, qui ont engagé des procédures en arbitrage au titre de traités d'investissement et engagé en même temps des procédures devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un autre cas, l'affaire *Limited Liability Company AMTO c. Ukraine*, les arbitres ont clairement stipulé dans leur sentence finale que les requérants avaient aussi engagé une action devant la Cour européenne des droits de l'homme. On peut consulter cette décision en ligne : ita.law.uvic.ca/documents/Amto/Award.pdf.

⁴⁵ *Mondev International Ltd c. USA*, CIRDI, affaire ARB/(AF)/99/2, sentence arbitrale du 11 octobre 2002, par. 144, en ligne : ita.law.uvic.ca/documents/Mondev-Final.pdf.

⁴⁶ Sentence arbitrale, *Mondev*, par. 141-144.

⁴⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États Unis du Mexique* (affaire ARB(AF)/00/2), sentence arbitrale en date du 29 mai 2003, par. 116-122, en ligne : ita.law.uvic.ca/documents/tecnicas_001.pdf.

⁴⁸ *Azurix Corp. c. Argentine*, CIRDI, affaire ARB/01/12, sentence arbitrale du 14 juillet 2006, par. 311-2, en ligne : ita.law.uvic.ca/documents/AzurixAwardJuly2006.pdf.

⁴⁹ *Rompétrol Group N.V. c. Roumanie*, décision sur la compétence et la qualité pour agir, 18 avril 2008, en ligne : ita.law.uvic.ca/documents/RomPetrol.pdf.

⁵⁰ *RomPetrol c. Roumanie*, sentence arbitrale en date du 18 avril 2008, par. 109.

« ... il arrive aux arbitres — et à certains investisseurs — d’invoquer la jurisprudence du droit relatif aux droits humains pour étayer ou orienter certaines interprétations des protections dues aux investisseurs. »

Autrement dit, ces exemples, notamment les traités relatifs aux droits humains, ont aidé le tribunal à statuer que la Roumanie avait de son plein gré négocié un traité international qui protégeait ses propres citoyens, à la condition qu’ils aient constitué une société sur le territoire d’un autre État et qu’ils aient ensuite invoqué le traité à titre d’investisseurs étrangers.

Dans une affaire d’arbitrage récente opposant également des investisseurs à la Roumanie, celle-ci demandait aux arbitres d’accueillir avec scepticisme la plainte de deux ressortissants suédois, tous deux nés en Roumanie et qui conservaient des liens étroits avec leur pays d’origine. Pour justifier son rejet de certaines objections d’ordre juridictionnel émises par la Roumanie, le tribunal a voulu savoir si les deux requérants étaient effectivement des citoyens suédois de droit, et par conséquent autorisés à poursuivre la Roumanie en invoquant le TBI conclu entre la Suède et la Roumanie. Pour ce faire, le tribunal a indiqué qu’il tiendrait compte de l’article 15 de la Déclaration universelle des droits de l’homme, en vertu duquel tout individu a droit à une nationalité, et que « nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité⁵¹ ». Le tribunal n’a pas évoqué ce droit plus avant, mais cette référence semble avoir teinté son approche face aux objections de la Roumanie qui plaidait que les requérants n’avaient pas qualité pour agir. Le tribunal a d’ailleurs relevé que c’est à l’État qui conteste l’octroi de la nationalité à une personne par un autre État qu’échoit le fardeau de la preuve⁵².

Dans le règlement d’un différend opposant une société de distribution de gaz basée aux États-Unis à l’Argentine, les arbitres ont là encore invoqué le droit relatif aux droits humains en faveur d’investisseurs étrangers. Dans une sentence rendue en 2005, le tribunal a rejeté les objections émises par l’Argentine selon lesquelles les conséquences sociales et économiques de sa récente crise financière compromettaient l’exercice des droits humains et soulevaient de ce fait des questions sur l’applicabilité des traités d’investissement et des protections dues aux étrangers investissant dans les services publics argentins. Les arbitres ont jugé, sans élaborer davantage, que les droits humains fondamentaux n’avaient pas été touchés par la crise ; plus encore, ils ont ajouté que la constitution de l’Argentine

et les traités internationaux relatifs aux droits humains protégeaient les droits de propriété et qu’il était donc peu probable qu’il y ait incompatibilité entre les dispositions de ces instruments et celles du traité d’investissement protégeant le droit à la propriété⁵³.

L’affaire *Trinh Vinh Binh c. Vietnam* est un autre cas notable où on a vu invoquer les obligations relevant des droits humains dans l’arbitrage d’un différend investisseur/État, cette fois dans le cadre du TBI conclu entre les Pays-Bas et le Vietnam. Comme on l’a noté plus haut, les conclusions de cet arbitrage régi par le règlement procédural de la CNUDCI n’ont pas été rendues publiques. De plus, les plaidoiries sont demeurées confidentielles. Toutefois, une enquête menée pour Droits et Démocratie a révélé que la partie requérante, un homme d’affaires ayant la double nationalité vietnamo-néerlandaise, a invoqué les obligations découlant du droit relatif aux droits humains. Il a été allégué que M. Trinh, qui avait investi des millions de dollars au Vietnam, avait été détenu par les autorités vietnamiennes pendant une période d’une durée excessive (18 mois) avant son procès, et qu’il avait été soumis à la « torture » et à des « traitements inhumains » aux mains de ces mêmes autorités. M. Trinh a plaidé que la conduite de la police et des forces de sécurité vietnamiennes, manifestement illégale, corrompue et contraire aux normes internationales du droit à des procédures légales régulières et du droit relatif aux droits humains, constituait une violation des dispositions du TBI conclu entre le Vietnam et les Pays-Bas et garantissant « une protection et une sécurité pleine et entière » ainsi qu’un « traitement juste et équitable ».

Enfin, dans une affaire dans laquelle les arbitres n’ont toujours pas rendu leur sentence, un groupe de personnes des Premières Nations canadiennes poursuit le gouvernement des États-Unis en alléguant qu’il a compromis les activités de leur entreprise de transformation et de vente de produits du tabac. Il conteste en particulier une entente intervenue entre l’État américain et quatre grands producteurs de tabac et invoquent les répercussions de cette entente sur leurs propres affaires aux États-Unis. Il allègue que les États-Unis ont contrevenu à une disposition de l’ALENA qui oblige les États à accorder aux investisseurs « un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable, ainsi qu’une protection et une sécurité intégrales⁵⁴ ». Ce qu’il faut noter, c’est qu’elles plaident que l’interprétation de cette obligation au titre de l’ALENA doit se faire en conformité avec le droit international en général et, avec le droit international relatif aux droits humains en particulier, notamment les obligations envers les peuples autochtones. Parmi ces obligations

⁵¹ Ioan Michula et consorts c. Roumanie, CIRDI, affaire ARB/ 05/20, décision concernant la compétence et la qualité pour agir, 24 septembre 2008, par. 88.

⁵² *Ibid.*, par. 87.

⁵³ CMS Gas Transmission Company c. Argentine, CIRDI, affaire ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005. par. 114-121. Cette analyse superficielle peut laisser perplexe dans la mesure où le tribunal semble balayer du revers les retombées de la crise financière sur la situation des droits humains des citoyens argentins en raisonnant selon le syllogisme suivant : la propriété est un droit humain ; les traités d’investissement protègent la propriété ; conclusion : les traités d’investissement sont des traités qui protègent les droits humains.

⁵⁴ Grand River Enterprises c. États-Unis d’Amérique, mémoire au conseil d’arbitrage, 10 juillet 2008, en ligne : www.state.gov/documents/organization/107684.pdf.

figurent, aux dires des investisseurs, celle de respecter le droit des peuples autochtones d'occuper et de disposer de leurs territoires traditionnels, y compris aux fins de poursuivre des activités commerciales traditionnelles, ainsi que l'obligation « d'agir de façon proactive en engageant de bonne foi des consultations auprès des peuples autochtones avant d'imposer des mesures qui compromettent les droits de propriété de particuliers ou de groupes ou des activités économiques autochtones⁵⁵ ».

Essentiellement, les requérants demandent aux arbitres de tenir compte des obligations relatives aux droits humains des peuples autochtones quand ils interprètent le sens de ce qui constitue un traitement « juste et équitable » des investisseurs. Il faudra attendre 2009 ou peut-être 2010 pour qu'une décision soit rendue dans cette affaire.

On peut donc voir, à la lumière de ces exemples, qu'il arrive aux arbitres — et à certains investisseurs — d'invoquer la jurisprudence du droit relatif aux droits humains pour étayer ou orienter certaines interprétations des protections dues aux investisseurs. Rappelons ici que les arbitres des différends relatifs aux traités d'investissement n'ont pas compétence pour tenir les États responsables de manquement à leurs obligations relatives aux droits humains. Aux termes des traités d'investissement, leur tâche se borne à déterminer s'il y a eu non-respect des protections prévues dans ces traités. Dans le cadre de cet exercice d'interprétation, les arbitres peuvent se tourner (ce qu'ils font parfois) vers le droit relatif aux droits humains pour y trouver des analogies ou faciliter leur interprétation du sens à donner aux obligations découlant du traité d'investissement concerné.

Les traités d'investissement peuvent donc s'avérer utiles aux investisseurs étrangers (particuliers et sociétés) qui souhaitent promouvoir certaines catégories *étroites* de droits humains. S'ils peuvent invoquer les TBI pour contester la confiscation de leurs biens, les investisseurs étrangers victimes de mauvais traitements (détention avant-procès, traitements inhumains ou autres violations plus graves) peuvent aussi obliger les États à en répondre en recourant aux procédures d'arbitrage prévues par les traités d'investissement⁵⁶. Qui plus est, les médias ou les éditeurs étrangers peuvent engager des actions contre des gouvernements qui cherchent à censurer la presse ou à la réduire au silence. Mentionnons à ce chapitre qu'un tribunal d'arbitrage du CIRDI a déclaré un État responsable d'infraction

aux règles d'un traité d'investissement pour avoir sanctionné une maison d'édition étrangère qui avait publié du matériel de campagne pour un parti d'opposition⁵⁷. Même si la notification en arbitrage ne semble pas avoir été rédigée dans des termes faisant expressément référence aux droits humains, l'investisseur a plaidé que des représailles politiques contre la société ayant publié du matériel pour l'opposition devaient être considérées comme un traitement injuste et inéquitable et donc contraire à un traité d'investissement⁵⁸. À noter que ce différend aurait pu donner lieu à une plainte pour violation des dispositions relatives à la liberté d'expression de la Convention européenne des droits de l'homme plutôt qu'à une procédure en arbitrage en vertu d'un TBI. On constate donc que, dans une certaine mesure, les traités régionaux relatifs aux droits humains et les traités d'investissement confèrent des formes de protection qui peuvent se recouper ; il revient aux parties plaignantes de décider quelle avenue emprunter pour obtenir réparation.

S'il ne faut pas sous-estimer la portée des traités d'investissement pour ce qui est de promouvoir certains objectifs associés aux droits humains, on ne doit pas la surestimer pour autant. Il est effectivement indispensable, pour quiconque désire se prévaloir des dispositions d'un traité de ce type, de pouvoir démontrer l'existence d'un investissement. Comme on l'a déjà noté, ces traités d'investissement protègent une catégorie beaucoup plus étroite de ressortissants étrangers que ce que faisait la génération de traités internationaux antérieurs, qui pour leur part protégeaient *tous* les ressortissants étrangers (qu'ils soient ou non engagés dans des activités d'investissement à l'étranger).

Outre les affaires où des investisseurs étrangers recourent aux traités d'investissement pour faire valoir certains droits humains, un autre scénario peut se produire dans le cadre du régime de protection de l'investissement étranger : il s'agit des litiges entre investisseurs et États dont l'issue peut affecter les droits humains d'autres personnes résidant sur le territoire du pays hôte. Ce sont *ces répercussions* sur l'exercice des droits humains, sur lesquelles portaient les études d'impact entreprises antérieurement par Droits et Démocratie, que nous allons à présent aborder.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Même des organisations à but non lucratif pourraient sans doute bénéficier de certaines des protections prévues par les traités d'investissement, du moins quand elles déploient des activités à l'étranger axées sur le développement économique et pouvant être qualifiées d'« investissements ». Par conséquent, si une organisation de promotion des droits humains prévoyait par exemple financer et administrer à l'étranger un projet destiné à améliorer les conditions de vie socio-économiques des femmes, ces activités pourraient être protégées contre l'ingérence des autorités de l'État concerné. Sur les possibilités pour les organisations à but non lucratif de se prévaloir des traités d'investissement, voir Luke Eric Peterson et Nick Gallus, « International Investment Treaty Protection of Not-for-Profit Organizations », International Center for Not-for-Profit Law Working Paper, mai 2008, en ligne : www.icnl.org/knowledge/pubs/BITNPOProtection2.pdf.

⁵⁷ *Tokios Tokeles c. Ukraine*, CIRDI, affaire ARB/02/18, sentence du 26 juillet 2007, par. 123. Au vu des faits en l'espèce, les arbitres n'ont pas pu conclure que l'Ukraine avait conspiré pour punir une maison d'édition contrôlée par des intérêts lithuaniens pour des raisons politiques. Toutefois, ils ont établi sans équivoque que cette conduite, si elle avait été démontrée, contrevient aux dispositions du traité.

⁵⁸ Pour une analyse plus approfondie, voir « Memo on Freedom of Expression and Investment Treaties for Vale-Columbia Center for Sustainable Investment », document non publié en possession de l'auteur.

Applicabilité des obligations des États relatives aux droits humains de non-investisseurs

Quand un litige opposant un investisseur et un État hôte est soumis à l'arbitrage international, l'une des questions centrales qui se pose est de savoir si les droits humains de ceux qui ne sont pas partie à l'arbitrage (par exemple les communautés ou personnes sous la juridiction de l'État hôte) peuvent entrer en ligne de compte dans le règlement du différend. Il peut arriver qu'un État prenne des mesures pour s'acquitter de ses obligations relatives aux droits humains des membres d'une collectivité locale, et que ces mesures nuisent aux intérêts d'un investisseur étranger (en lui imposant des charges ou des coûts supplémentaires, par exemple). Si l'investisseur poursuit l'État pour non-respect d'un traité d'investissement, les arbitres vont-ils tenir compte de la dimension plus large des droits humains? En théorie, les États ont toute latitude pour invoquer en défense leurs obligations en matière de droits humains. Mais le font-ils réellement dans le cadre de ces arbitrages? Nous allons voir, dans la section qui suit, que les États commencent effectivement à soumettre des arguments fondés sur le droit relatif aux droits humains, obligeant de ce fait les arbitres à se prononcer sur leur admissibilité et leur bien-fondé.

Le droit humain à l'eau

C'est dans les arbitrages associés à des investissements étrangers dans le secteur de la distribution de l'eau et des services sanitaires qu'on voit le plus souvent les États invoquer leurs obligations relatives aux droits humains des personnes vivant sur leur territoire. Depuis une dizaine d'années, on compte au moins une douzaine de procédures d'arbitrage engagées contre des États par des sociétés étrangères ayant investi dans ce secteur⁵⁹. Dix de ces poursuites ont été intentées contre l'Argentine, les deux autres contre la Bolivie et la Tanzanie, respectivement⁶⁰. D'autres actions ont pu être engagées sans qu'on le sache, vu qu'il n'existe aucune règle universelle exigeant la divulgation d'informations sur ces procédures d'arbitrage.

« ... il s'agit des litiges entre investisseurs et États dont l'issue peut affecter les droits humains d'autres personnes résidant sur le territoire du pays hôte. »

Les organes des Nations unies insistent de plus en plus pour que le droit à l'eau soit considéré comme sous-entendu dans plusieurs des droits énoncés par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), à savoir le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint et le droit à une nourriture et à un logement suffisants. Qui plus est, le droit à l'eau et les obligations qui en découlent figurent en toutes lettres dans plusieurs autres instruments internationaux, comme la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁶¹. À tout le moins, les États sont tenus d'agir au maximum de leurs ressources disponibles en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le Pacte. Dans son Observation générale n° 15, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui procède à des interprétations du PIDESC non contraignantes mais qui font cependant autorité, énonce une série de mesures que les États doivent prendre, y compris veiller à ce que des tiers qui gèrent ou contrôlent les services d'eau ne compromettent pas « l'accès physique, à un coût abordable et sans discrimination, à une eau salubre et de qualité acceptable, en quantité suffisante⁶² ».

On a depuis longtemps formulé l'hypothèse que les droits humains pouvaient entrer en jeu dans certains des litiges ayant conduit à des procédures d'arbitrage investisseur/État dans le secteur de l'eau⁶³. Les nouvelles recherches menées par Droits et Démocratie révèlent que des arguments de cette nature ont été invoqués par l'État hôte dans au moins une de ces procédures d'arbitrage international, à savoir celle concernant la concession accordée à Aguas Argentinas⁶⁴. Comme nous le verrons plus en détail ci-après, le fait que l'Argentine invoque ses

⁵⁹ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République argentine (CIRDI, affaire ARB/97/3) ; Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. c. République argentine (ARB/03/17) ; Aguas Cordobesas, S.A., Suez et Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. c. République argentine (ARB/03/18) ; Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c. République de l'Argentine (ARB/03/19) ; Azurix Corp. c. République argentine (CIRDI, ARB/01/12) ; Aguas del Tunari S.A. c. République de Bolivie (CIRDI, ARB/02/3) ; SAUR International c. République argentine (CIRDI, ARB/04/4) ; Anglia Water Group c. République argentine (CNUDCI, requête en arbitrage soumise en 2003) ; Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c. République Unie de Tanzanie (CIRDI, ARB/05/22) ; Impregilo S.p.A c. République argentine (CIRDI, ARB/07/17) ; Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République argentine (CIRDI, ARB/07/26).

⁶⁰ *Op. cit.*

⁶¹ Observation générale n° 15 (2002), 20 janvier 2003 ; le Comité des droits économiques, sociaux et culturels y stipule que le droit à l'eau est implicitement contenu dans les articles 11 et 12 du PIDESC et explicitement énoncé dans l'article 14(2) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et dans l'article 24(2) de la Convention relative aux droits de l'enfant.

⁶² Observation générale n° 15, par. 24.

⁶³ Voir par exemple l'analyse présentée dans Peterson et Gray, *op. cit.*

⁶⁴ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal S.A. c. République argentine, CIRDI, ARB/03/19, et Anglian Water Group c. République argentine (procédure d'arbitrage CNUDCI). En fait, ces arguments invoquant la protection des droits humains pourraient s'appliquer dans plusieurs procédures d'arbitrage connues concernant les services de distribution de l'eau, mais nous avons centré notre analyse sur l'affaire Aguas Argentinas parce que ce différend a été étudié dans le premier volume de la série *Investir dans les droits humains* de Droits et Démocratie.

obligations en matière de droits humains dans l'affaire Aguas Argentinas oblige le tribunal d'arbitrage à prendre ces arguments en considération et à déterminer s'ils sont admissibles. De fait, le tribunal chargé d'arbitrer le différend a reconnu au tout début des procédures que « la cause pouvait soulever toute une gamme de questions complexes de droit public et de droit international, y compris des considérations relatives aux droits humains⁶⁵ ». La sentence d'arbitrage pourrait être rendue en 2009.

Ce différend prend sa source dans un investissement majeur effectué par un consortium de sociétés étrangères réunissant Suez, Vivendi, Anglian Water Group et Aguas Barcelona, dans les services d'approvisionnement en eau de la ville de Buenos Aires. Avec des investisseurs argentins, les firmes étrangères ont constitué une société locale, Aguas Argentinas S.A., qui a conclu un contrat de 30 ans pour le contrôle et la gestion des services d'eau et d'égouts. Les investisseurs ont par la suite eu toutes sortes de démêlés avec les autorités argentines. Plus tard, avec l'aggravation de la crise financière du pays, ils ont contesté le gel des tarifs appliqués aux consommateurs. Ils soutenaient qu'ils étaient autorisés, selon les termes du contrat, à modifier leurs tarifs en cas d'inflation ou de dévaluation de la monnaie, de manière à pouvoir maintenir l'« équilibre économique du projet » jusqu'à son terme. Le gouvernement argentin a répliqué qu'Aguas Argentinas (une société locale) était partie aux contrats de concession et que les investisseurs *étrangers* — qui n'étaient pas eux-mêmes signataires desdits contrats — ne devraient donc pas être autorisés à soumettre une notification en arbitrage en alléguant le non-respect de ces engagements contractuels. Il revenait plutôt à la société locale d'entamer des poursuites devant les tribunaux internes. De plus, le gouvernement a plaidé qu'Aguas Argentinas n'avait pas respecté ses obligations contractuelles, notamment en ce qui touche à la qualité de l'eau et à son approvisionnement.

En mars 2006, le gouvernement argentin a résilié le contrat de concession en invoquant des défaillances techniques de la part d'Aguas Argentinas. À ce moment-là, les investisseurs étrangers s'étaient depuis longtemps

tournés vers l'arbitrage international en alléguant que les actions de l'Argentine portaient atteinte aux protections prévues dans les TBI que cet État avait signés avec les pays d'origine des investisseurs, soit la France, l'Espagne et le Royaume-Uni. En août 2006, un tribunal d'arbitrage s'est déclaré compétent pour entendre les arguments des investisseurs et juger de leur bien-fondé⁶⁶. L'argument central plaidé par les investisseurs était que l'Argentine n'avait pas respecté ses engagements contractuels, ce qui l'avait menée à manquer à ses obligations de protéger les investissements étrangers aux termes des TBI qu'elle avait signés. Il faut noter que, dans les documents déposés dans cette procédure d'arbitrage du CIRDI, l'Argentine a fait des droits humains un des piliers de sa défense.

L'Argentine plaide l'applicabilité du droit relatif aux droits humains dans les procédures d'arbitrage relatives aux TBI

Tout d'abord, l'Argentine a plaidé qu'il ne fallait pas interpréter ses obligations relevant des TBI dans un *vacuum*, en les dissociant du reste du droit international. Elle a souligné en particulier que les TBI « ne devaient pas être interprétés comme s'ils n'avaient aucun effet sur l'exécution d'autres obligations internationales liant les États signataires de tels TBI⁶⁷ ». Selon l'Argentine, avec une telle approche, les obligations des TBI seraient ainsi interprétées à la lumière d'autres règles de droit international liant l'Argentine, le Royaume-Uni, la France et l'Espagne, y compris « tout traité relatif aux droits humains dans lequel le droit à l'eau est envisagé⁶⁸ ».

Deuxièmement, après avoir défendu l'applicabilité du droit relatif aux droits humains, l'Argentine a soutenu que sa conduite à l'endroit des investisseurs requérants était motivée par divers manquements et défaillances de la part d'Aguas Argentinas, auxquels s'ajoutait l'obligation impérative, pour elle-même, de protéger le droit de sa population à l'eau⁶⁹. Selon l'Argentine, ce sont ces manquements d'Aguas Argentinas qui ont poussé les autorités argentines à intervenir pour empêcher que le droit à l'eau soit compromis par des tierces parties⁷⁰.

⁶⁵ Suez et consorts c. Argentine, CIRDI ARB/03/19, ordonnance en réponse à une demande de transparence et de participation en qualité d'*amicus curiae*. ita.law.uvic.ca/documents/suezMay19EN.pdf.

⁶⁶ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., et Vivendi Universal S.A. c. République argentine, CIRDI ARB/03/19, décision sur la compétence, 3 août 2006.

⁶⁷ Contre-mémoire de la République argentine, affaire ARB/03/19, 8 décembre 2006, par. 794, document non publié en possession de l'auteur.

⁶⁸ *Ibid.*, par. 796.

⁶⁹ *Ibid.* par. 800.

⁷⁰ *Ibid.* (Nous n'émettons aucune opinion ici sur les allégations factuelles contradictoires de l'Argentine et des investisseurs étrangers.)

L'interprétation de l'obligation relative à l'expropriation à la lumière des droits humains

Si l'Argentine invoque ses obligations en matière de protection des droits humains, c'est pour contrer plusieurs allégations de manquement de sa part à ses obligations découlant de TBI. Par exemple, en réponse aux accusations d'expropriation indirecte de la concession d'Agua Argentinas, le gouvernement argentin a plaidé que les mesures qu'il avait prises étaient motivées par l'obligation, contraignante en droit international, de réagir à des manquements du concessionnaire qui « créaient des problèmes fondamentaux sur le plan des droits humains⁷¹ ». L'Argentine a en particulier cité l'Observation générale n° 15 concernant le « droit à l'eau », qui selon elle lui impose la responsabilité primordiale de veiller à l'approvisionnement en eau de tous les membres de la société⁷². Elle a soutenu que, pour ces raisons impératives, ses actions constituaient une réaction légitime et appropriée, et non un geste d'expropriation indirecte contraire aux dispositions des TBI en cause⁷³.

À cela, les parties requérantes ont répliqué que le droit à l'eau n'était pas applicable dans l'affaire en arbitrage⁷⁴. Selon elles, les motifs d'un État ne doivent pas entrer en ligne de compte quand il s'agit de déterminer s'il y a eu expropriation ; les plaignants ont plutôt insisté sur les effets des mesures prises par l'Argentine et ont invoqué des décisions arbitrales antérieures qui avaient jugé non pertinentes les raisons ou intentions motivant la conduite d'un gouvernement⁷⁵. Il faut noter en particulier que les investisseurs ont insisté sur le fait qu'ils avaient obtenu des « engagements spécifiques » ou des promesses de la part du gouvernement argentin — sous forme de mécanismes d'ajustement des tarifs —, ce qui rendait leurs allégations d'expropriation radicalement différentes de celles présentées dans d'autres affaires dans lesquelles les investisseurs n'avaient pas obtenu ce genre d'engagements de la part d'un gouvernement.

L'interprétation de la clause du traitement juste et équitable sous l'angle des droits humains

En plus d'invoquer ses obligations en matière de droits humains en réponse aux allégations d'expropriation,

l'Argentine a également présenté une défense inspirée du droit relatif aux droits humains contre les allégations de manquements à son obligation de « traitement juste et équitable » des investisseurs. Elle a plaidé que cette dernière obligation devait être interprétée en fonction des circonstances qui dictaient sa conduite, à savoir l'exceptionnelle crise sociale et économique qui la frappait, et en tenant compte également d'autres normes internationales applicables, y compris le droit à l'eau⁷⁶. Là encore, l'Argentine a cité l'Observation générale n° 15 pour soutenir qu'elle avait la « responsabilité primordiale » d'assurer l'approvisionnement en eau de toute sa population⁷⁷.

Les investisseurs du consortium Agua Argentinas ont pour leur part plaidé qu'il fallait interpréter la clause du traitement juste et équitable comme l'obligation pour l'État d'offrir un climat d'affaires stable et prévisible de manière à satisfaire aux *attentes légitimes et raisonnables* de l'investisseur. L'Argentine s'est opposée en qualifiant cette grille d'interprétation d'irréaliste parce que trop large. Elle a toutefois ajouté que toute tentative du tribunal pour évaluer les « attentes légitimes et raisonnables » des investisseurs devait tenir compte du contexte plus large dans lequel l'État argentin avait agi⁷⁸.

L'état de nécessité et les obligations découlant du droit relatif aux droits humains

L'état de nécessité, ou de force majeure, est le troisième argument invoqué en défense par l'Argentine dans l'affaire Agua Argentinas qui donne une place prépondérante aux droits humains. Selon ce raisonnement, toute infraction aux dispositions de TBI peut être justifiée par les circonstances dans lesquelles l'Argentine devait agir du fait de la crise financière. La défense de nécessité est particulièrement litigieuse, vu que les tribunaux qui ont arbitré d'autres différends impliquant l'Argentine en sont arrivés à des conclusions divergentes quant à son applicabilité à la crise financière argentine⁷⁹. Dans l'affaire Agua Argentinas, le gouvernement a plaidé qu'à cause de l'état d'urgence survenu en décembre 2001, l'Argentine a satisfait aux conditions strictes imposées par le droit international coutumier pour mériter d'être excusée de manquements aux dispositions de traités. Elle a invoqué, parmi les arguments majeurs de sa défense de nécessité,

⁷¹ *Ibid.*, 842-843.

⁷² Réplique de l'Argentine, CIRDI ARB/03/19, 17 août 2007, par. 1003-5, document non publié en possession de l'auteur.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Réplique de Suez et consorts, CIRDI, affaire ARB/03/19, par. 321.

⁷⁵ Réplique de Suez et consorts, par. 387-403.

⁷⁶ Contre-mémoire de l'Argentine, CIRDI, affaire ARB/03/19, par. 864.

⁷⁷ *Ibid.*, par. 893-4.

⁷⁸ Contre-mémoire de la République argentine, par. 892-893.

⁷⁹ Voir Luke Eric Peterson, « Argentina Prevails in Large Part in Financial Crisis Dispute with Insurance Company », *Investment Arbitration Reporter*, 8 septembre 2008, en ligne : www.iareporter.com/Archive/IAR-09-08-08.pdf.

un certain nombre d'obligations en matière de droits humains dictées par la Charte de l'ONU, divers traités et conventions ainsi que le droit interne en vertu desquels le gouvernement est tenu d'agir de manière à protéger et à faire respecter les droits à la vie, à la santé et à des services d'assainissement et d'hygiène. Reconnaisant le rôle capital de l'accès à l'eau dans l'exercice de ces droits, l'Argentine a souligné qu'il lui incombait de prendre des mesures d'urgence destinées à assurer et à élargir un accès permanent à l'eau et aux services sanitaires durant la crise financière⁸⁰.

La partie requérante a répliqué à ces arguments en plaidant que l'Argentine avait d'autres options que la rupture de ses engagements envers les sociétés étrangères de gestion des eaux et l'abandon du cadre réglementaire accepté antérieurement. Les investisseurs ont soutenu en particulier que l'Argentine aurait pu établir des « systèmes d'interfinancement » qui aurait fait en sorte que les catégories de consommateurs les plus pauvres soient protégées des hausses de tarifs durant la période de crise, tandis que les consommateurs les plus riches et l'industrie (qui continue d'exporter à des prix exprimés en dollars) auraient subi des augmentations de tarifs alignées sur la hausse des prix d'autres produits de base⁸¹.

La défense de nécessité soumise par l'Argentine (pour justifier ses mesures d'urgence portant préjudice aux investissements étrangers) a suscité de vifs désaccords entre les arbitres d'autres différends, tout comme l'avait fait son argument invoquant l'obligation de protéger les droits humains des citoyens argentins. Dans l'affaire CMS c. Argentine, comme on l'a vu, le tribunal avait de manière passablement péremptoire rejeté les arguments de l'Argentine invoquant la protection des droits humains. D'autres instances d'arbitrage, en revanche, ont davantage prêté attention à une défense de protection des droits humains plus globale soumise par l'Argentine. Celle-ci a plaidé que les mesures d'urgence prises pour faire face à la crise financière étaient nécessaires pour maintenir l'ordre constitutionnel et les droits et libertés fondamentaux de la population. Toutefois, face à cette défense plus générale, les tribunaux en arrivent à des conclusions totalement divergentes.

Dans l'arbitrage *Sempra c. Argentine*, par exemple, un tribunal du CIRDI a révélé qu'un témoin-expert pour la société américaine avait admis que l'Argentine aurait été

« La défense de nécessité soumise par l'Argentine (pour justifier ses mesures d'urgence portant préjudice aux investissements étrangers) a suscité de vifs désaccords entre les arbitres d'autres différends jusqu'à présent, tout comme l'avait fait son argument invoquant l'obligation de protéger les droits humains des citoyens argentins. »

tendue, en vertu de la Convention américaine des droits de l'homme, de préserver son ordre constitutionnel dans la tourmente de la crise financière 2001-2002⁸². Mais les arbitres ont conclu que l'ordre constitutionnel (et la survie de l'État) n'avait pas été compromis par la crise et que l'Argentine avait plusieurs autres options à sa disposition. Cette approche a empêché l'Argentine de plaider la défense de nécessité pour justifier les mesures d'urgence qu'elle avait prises durant cette crise⁸³.

En revanche, un autre tribunal du CIRDI a émis une opinion radicalement différente dans l'affaire *Continental Casualty c. Argentine*, puisqu'il a estimé que les énormes difficultés sociales et économiques qu'a connues l'Argentine avaient de toute évidence conduit le gouvernement à agir par nécessité⁸⁴. Le tribunal a fait observer que les arbitres devaient reconnaître aux États une importante marge discrétionnaire quant au choix de leurs actions en périodes de crises aussi graves, et ne pas chercher à imaginer à leur place les mesures à prendre⁸⁵. De plus, les arbitres ont reconnu la nécessité pour les États d'agir de manière proactive pour protéger les garanties constitutionnelles et les libertés fondamentales, plutôt qu'attendre qu'il soit trop tard pour protéger ces libertés lorsque survient une catastrophe⁸⁶.

Dans des mémoires déposés par l'Argentine dans le cadre de cet arbitrage et auxquels on n'avait pas eu accès jusqu'ici, le gouvernement a plaidé qu'il avait l'obligation d'assurer l'exercice des droits humains fondamentaux et le respect de la dignité humaine en cas de crise financière catastrophique et que ces droits procédaient d'un ordre supérieur à celui des droits contenus dans les traités d'investissement⁸⁷. Invoquant la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, l'Argentine a soutenu qu'aucune obligation au titre d'un traité

⁸⁰ Contre-mémoire de l'Argentine, par. 1011-1025 et 1059-1061.

⁸¹ Réplique de Suez et consorts, par. 508.

⁸² *Sempra c. Argentine*, CIRDI, ARB/02/16, sentence en date du 28 septembre 2007, par. 331.

⁸³ *Ibid.*, par. 332.

⁸⁴ *Continental Casualty c. Argentine*, CIRDI, affaire ARB/03/9, sentence en date du 5 septembre 2008, par. 180-181.

⁸⁵ *Ibid.*, par. 181.

⁸⁶ *Ibid.*, par. 180.

⁸⁷ Contre-mémoire de l'Argentine dans l'affaire *Continental Casualty c. République argentine*, CIRDI, affaire ARB/03/9, par. 851, document non publié en possession de l'auteur.

d'investissement ne pouvait s'opposer à l'obligation du gouvernement de garantir le « libre et plein exercice des droits de toutes les personnes sous sa juridiction⁸⁸ ».

Arguments de droit relatif aux droits humains présentés par des ONG dans l'arbitrage Aguas Argentinas

Dans plusieurs arbitrages relatifs à des traités d'investissement, les arbitres ont confirmé qu'ils étaient habilités à admettre des mémoires soumis par des intervenants non parties au litige, quoique, du fait des conditions de stricte confidentialité, il peut s'avérer difficile pour quiconque désire intervenir de savoir ce qui se passe dans une procédure d'arbitrage. En plus de la défense de droits humains soumise par l'Argentine dans l'arbitrage Aguas Argentinas, un groupe d'organisations non gouvernementales intervenant dans l'affaire a présenté des arguments similaires⁸⁹.

Dans un mémoire déposé plusieurs mois après que l'Argentine a présenté sa défense d'obligation de protection relatif aux droits humains (elle-même confidentielle), ces ONG ont présenté leurs arguments au tribunal d'arbitrage. Elles y ont souligné que l'Argentine avait des obligations liées à l'exercice du droit à l'eau en vertu du droit international, et que ces obligations pouvaient être invoquées dans l'affaire, à la fois en tant que droit applicable au litige et en tant que « grille de lecture » à travers laquelle interpréter et appliquer les obligations contenues dans les TBI⁹⁰. Ces ONG semblaient optimistes quant à la capacité des arbitres d'en arriver à une interprétation harmonieuse des obligations des TBI et des obligations en matière de droits humains, à la condition qu'ils prennent ces dernières sérieusement en ligne de compte.

Dans leur mémoire, les ONG font observer que, en vertu du droit relatif aux droits humains, l'Argentine est tenue d'adopter des mesures destinées à garantir l'accès de la population à l'eau — accessibilité physique et économique. En ce sens, le gel tarifaire décrété en pleine crise économique a permis à la population d'avoir accès à l'eau et aux services sanitaires, et cette mesure était par conséquent conforme aux exigences du droit international relatif aux droits humains. Quant à la clause du « traitement juste et équitable », les ONG ont soutenu qu'aucun investisseur ne pouvait « légitimement s'attendre » à ce qu'un gouvernement permette que l'on multiplie par trois les tarifs de l'eau après la dévaluation du peso argentin. De ce fait, un investisseur étranger ne

peut plaider que le non-respect de ses attentes équivaut à un traitement injuste ou inéquitable de la part de l'Argentine. Les ONG ont également soutenu que les investisseurs étrangers ne devraient pas être autorisés à invoquer le fait que l'Argentine se soit apparemment engagée — par exemple dans les contrats de concession — à s'abstenir de prendre certaines mesures destinées à protéger les droits humains lors d'une éventuelle crise économique. Les ONG soutiennent que les arbitres porteraient atteinte à l'« ordre public » s'ils interprétaient les protections des TBI, et notamment la norme du traitement juste et équitable, dans un sens qui légitime toute tentative d'un gouvernement de se soustraire à ses obligations en matière de droits humains.

Des questions épineuses qui restent à résoudre

Les arguments de l'Argentine et des ONG intervenant en qualité d'*amicus curiae*, ainsi que les répliques des sociétés concernées, devraient inciter le tribunal d'arbitrage à régler le litige dans un sens large, qui prenne en compte non seulement les obligations légales de l'Argentine envers les investisseurs étrangers, mais aussi toute la constellation d'obligations de protection des droits humains qui lui sont applicables. Il n'existe pas ici de réponse facile ou toute prête à la question de savoir ce qu'exigent de la part de l'Argentine ces obligations de protection des droits humains dans les circonstances précises de la crise financière, et les arbitres devront évaluer ces obligations et envisager de quelle manière les concilier avec les obligations découlant des TBI qu'elle a signés. Même si les arbitres concluent à l'applicabilité des obligations découlant du droit relatif aux droits humains au règlement du litige, cela n'excuse pas pour autant les actions prises par l'Argentine contre les investisseurs étrangers. Les arbitres se retrouvent devant la tâche ardue et novatrice de déterminer comment les États doivent jongler avec les obligations relevant du droit international relatif aux droits humains et celles qui découlent du droit économique international.

La sentence arbitrale, attendue pour le début de l'année 2009, pourrait être le premier cas connu où les arbitres consacrent un long moment à l'analyse d'une défense de protection des droits humains soumise par un État dans le règlement d'un différend relatif à un traité d'investissement. Un cas qui mérite aussi d'être souligné est l'arbitrage récent d'un autre différend relatif à un TBI et opposant une société de distribution des eaux du Royaume-Uni, Biwater Gauff Tanzania Ltd, à la République de Tanzanie ; dans cette affaire, le gouvernement tanzanien

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provision de Servicios de Acción Comunitaria, Union de Usuarios y Consumidores, et Center for International Environmental Law (CIEL).

⁹⁰ Mémoire soumis en qualité d'*amicus curiae*, CIRDI, affaire ARB/03/19, 4 avril 2007, en ligne : www.ciel.org/Tae/ICSID_Amicus_5Apr07.html; une partie de la recherche nécessaire à la rédaction de ce mémoire a été effectuée par deux ONG dans le cadre de l'une des études d'impact sur les droits humains du projet parrainé par Droits et Démocratie.

n'a pas à proprement parler construit sa défense en termes de droits humains, et le tribunal d'arbitrage n'a pas non plus examiné les obligations de la Tanzanie en matière de droits humains⁹¹. Mais dans la sentence finale, rendue en juillet 2008, les arbitres laissent entendre que la Tanzanie a ingénieusement évité la question de ses obligations relatives à l'exercice du droit à l'eau : « Les services de distribution de l'eau et les services sanitaires ont une importance vitale, et la République a plus que le droit de protéger ces services en cas de crise : elle a le devoir moral, et peut-être même l'obligation légale de le faire⁹². »

En revanche, vu la place centrale qu'occupent les arguments invoquant le droit à l'eau dans l'arbitrage du différend opposant l'Argentine et le consortium Aguas Argentinas, le tribunal sera probablement obligé de tenir compte de la dimension des droits humains dans sa décision. Il sera important, pour les défenseurs des droits humains, de suivre et d'analyser le règlement de ce différend par le tribunal d'arbitrage. Lorsque la sentence sera rendue, le site Web du CIRDI l'annoncera, mais il faudra attendre peut-être des mois avant que les parties autorisent le CIRDI à publier cette décision. Il peut arriver, dans des cas plutôt rares, que les parties ne s'entendent pas pour rendre une sentence publique, mais que l'une ou l'autre prenne l'initiative de la faire circuler.

Le droit humain à la liberté de réunion et à la liberté d'expression

En vertu du droit relatif aux droits humains, les États doivent s'acquitter d'un certain nombre d'obligations en ce qui touche à la protection du droit de leurs citoyens de se réunir pacifiquement, de s'exprimer librement et de prendre part à des manifestations non violentes. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce ces obligations, tout comme le font les conventions régionales des droits humains⁹³. De plus, dans certaines circonstances, les États peuvent devoir prendre certaines mesures « positives » ou « proactives » pour garantir l'exercice de ces droits. La Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, a statué que les États ont l'obligation de fournir une protection policière lors de manifestations publiques susceptibles d'être la cible de violences ou d'éléments perturbateurs⁹⁴. Ces droits s'avèrent particulièrement pertinents quand on parle

« Du point de vue des droits humains, il leur faut naviguer avec doigté dans les situations où des protestataires s'opposent aux activités d'un investisseur étranger ; on sait en effet, par de nombreux exemples, que dans les pays en développement, la police et les forces de sécurité n'hésitent pas à faire preuve d'un zèle excessif quand il s'agit de protéger des projets d'investissement étranger. »

d'investissement étranger, dans la mesure où certains projets d'IED peuvent susciter controverses et mouvements d'opposition.

S'ils sont tenus, en vertu du droit relatif aux droits humains, de protéger la liberté de réunion et d'expression, les États peuvent parallèlement s'engager, en signant des traités d'investissement, à offrir aux investisseurs ou aux investissements étrangers « une protection et une sécurité pleine et entière ». Cette obligation signifie, minimalement, qu'ils doivent fournir une protection policière de base aux projets d'investissement étranger. Il ne s'agit pas d'une obligation contraignante à strictement parler, mais il reste qu'elle exige de l'État hôte qu'il agisse dans une certaine mesure avec *la diligence requise*. Par exemple, dans un différend opposant dans les années 1990 une société américaine à l'État qui était alors le Zaïre, les arbitres ont conclu que le gouvernement zaïrois avait contrevenu à l'obligation d'assurer une « protection et une sécurité pleine et entière » parce qu'il n'avait rien fait pour empêcher le saccage et le pillage d'installations manufacturières privées par des membres de ses forces armées. Ce devoir de diligence des États en ce qui touche à la protection des investissements étrangers s'étend aussi aux actions d'acteurs non étatiques (citoyens, autres entreprises, criminels, etc.)⁹⁵. Pour obscurcir encore le tableau, certains arbitres ont estimé que la norme de protection et de sécurité pleine et entière implique non seulement la protection *physique* des investissements appartenant à des intérêts étrangers, mais aussi une protection contre d'autres formes de « harcèlement » qui ne menacent pas physiquement des biens et ne constituent pas non plus des menaces de violence⁹⁶. Cette interprétation est contestée, mais on

⁹¹ Bewater Gauff (Tanzania) Limited c. République unie de Tanzanie, CIRDI, affaire ARB/05/22, sentence en date du 24 juillet 2008, en ligne : ita.law.uvic.ca/documents/Bewateraward.pdf

⁹² Paragraphe 434.

⁹³ Cette section s'inspire d'un memorandum antérieur et non publié préparé pour Droits et Démocratie sur certaines des répercussions possibles des négociations d'un TBI entre le Canada et la Chine.

⁹⁴ Voir par exemple l'affaire Platform Artze fur das Leben c. Autriche, 25 mai 1988, requête n° 10126/82, Cour européenne des droits de l'homme, et en particulier l'analyse de l'affaire à la lumière de l'article 19, en ligne : www.article19.org.

⁹⁵ CNUCED, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (United Nations : New York and Geneva, 1998), p. 55.

⁹⁶ Voir Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine, CIRDI, affaire ARB/97/3, sentence en date du 20 août 2007, par. 7.4.13-7.4.17.

peut très bien imaginer que des campagnes d'opposants, même si elles ne s'accompagnent pas d'actions visant à bloquer des routes ou l'accès à des installations, puissent être considérées comme des formes de « harcèlement »⁹⁷.

Il faut aussi souligner que les États hôtes peuvent s'engager à prendre des mesures encore plus radicales de protection et de sécurité physique en signant des contrats ou des accords avec un investisseur particulier. Par exemple, il arrive qu'un État accepte d'assurer une protection policière 24 heures sur 24 sur le site de certaines installations, ou d'affecter certaines ressources (hélicoptères, véhicules de police) ou encore qu'il s'engage à prévenir toute « interférence » d'éléments extérieurs dans les activités d'un investisseur⁹⁸. Ces obligations vont bien au-delà des normes énoncées dans les traités internationaux, et débordent de notre propos. Toutefois, elles peuvent imposer des obligations légales encore plus draconiennes, qui risquent d'entrer encore plus en collision avec les droits humains, dans la mesure où ces obligations contractuelles demeurent secrètes parce qu'enfouies dans les ententes d'affaires confidentielles conclues avec des investisseurs étrangers⁹⁹.

Dans le meilleur des cas, les États vont jouer les équilibristes en essayant de concilier le droit légitime de protester et l'obligation de fournir une protection policière de base à des projets d'IED. Du point de vue des droits humains, il leur faut naviguer avec doigté dans les situations où des protestataires s'opposent aux activités d'un investisseur étranger ; on sait en effet, par de nombreux exemples, que dans les pays en développement, la police et les forces de sécurité n'hésitent pas à faire preuve d'un zèle excessif quand il s'agit de protéger des projets d'investissement étranger¹⁰⁰. Et il semble, comme certains faits le suggèrent, que les gouvernements se sentent à divers degrés *légalement* poussés à faciliter la voie aux projets d'IED. Le gouvernement du Guatemala, par exemple, a avoué se sentir déchiré entre son devoir d'assurer la sécurité d'un projet d'IED très controversé d'exploitation minière d'or et d'argent dans l'ouest du pays et son obligation de protéger le droit des citoyens et des peuples autochtones de se rassembler et de protester contre le

projet minier. Comme les grands organes de presse l'ont abondamment rapporté, l'opposition publique au projet a dégénéré en affrontement violent entre manifestants et forces de l'ordre quand les premiers ont tenté de bloquer des routes et d'interrompre les activités sur le site de la mine¹⁰¹. La couverture médiatique de ces événements semble suggérer que le gouvernement se sentait légalement tenu de faire en sorte que les protestations ne fassent pas dérailler le projet en question. En avril 2005, l'agence Associated Press relevait que « le gouvernement avait déclaré qu'il devait honorer le contrat de concession minière sous peine d'encourir des poursuites très onéreuses de la part de l'entreprise¹⁰² ».

En général, les traités d'investissement restent *muets* quant aux obligations incombant aux États de protéger les droits à la liberté d'expression et de réunion, et n'offrent aucune aide quand il s'agit de ménager un juste équilibre entre les obligations relatives aux droits humains et la protection policière des projets d'IED. Par exemple, quel degré de perturbation de leurs activités les investisseurs aux prises avec des protestations populaires peuvent-ils tolérer ? Il arrive que les protestataires bloquent les routes ou les installations pendant plusieurs heures, le temps de manifester. Les actions des protestataires peuvent par contre forcer l'interruption des activités pendant des semaines ou même des mois. De la même façon, les conflits de travail peuvent entraîner des pertes ou des interruptions d'activité pour les investisseurs étrangers, qu'il s'agisse de piquetage, de grèves d'occupation ou d'autres types de manifestation. Mais les traités d'investissement n'énoncent aucune ligne directrice pour aider les arbitres à concilier, dans des cas concrets, les obligations d'un État en matière de droits humains et son obligation d'assurer la sécurité des investissements étrangers.

En passant en revue les affaires d'arbitrage connues, on constate que, dans plusieurs litiges, les investisseurs étrangers ont poursuivi les États hôtes en alléguant que les protestations de citoyens ou de travailleurs avaient conduit à des manquements, de leur part, à leur obligation d'assurer « protection et sécurité » à l'investisseur concerné. Les transcriptions auxquelles nous avons accès

⁹⁷ On trouvera une interprétation plus étroite de la clause « protection et sécurité pleine et entière » dans l'affaire BG Group Plc. c. République d'Argentine, (arbitrage CNUDCI), sentence en date du 24 décembre 2007, par. 326, en ligne : ita.law.uvic.ca/documents/BG-award_000.pdf.

⁹⁸ Voir par exemple les clauses draconiennes des contrats investisseur/État conclus en rapport avec le projet de pipeline Tchad-Cameroun, Amnesty International UK, *Contracting out of human rights : The Chad-Cameroon Pipeline Project*, p. 25-26.

⁹⁹ Pour en savoir plus sur les contrats investisseur/État en général, voir Andrea Shemberg, « Stabilization clauses and human rights », version préliminaire du 11 mars 2008, en ligne : www.reports-and-materials.org/Stabilization-Clauses-and-Human-Rights-11-mar-2008.pdf, ainsi que IIED, *Lifting the lid on foreign investment contracts : the real deal for sustainable development*, octobre 2005.

¹⁰⁰ Voir Droits et Démocratie, « L'extraction minière en terre sacrée : protéger les droits des communautés autochtones », étude de cas du Projet d'étude d'impact des investissements étrangers sur les droits humains, en ligne : www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/mondialisation/EIDH/philippines.pdf; voir aussi Amnesty International, *Policing to Protect Human Rights : A Survey of Police Practice in Countries of the Southern African Development Community, 1997-2002*, Amnesty International Publications 2002 ; pour un exemple de projet d'investissement ayant provoqué de graves violations des droits humains, voir Amnesty International, « India : The 'Enron Project' in Maharashtra — Protests Suppressed in the Name of Development », 17 juillet 1997, ASA 20/031/1997, en ligne : web.amnesty.org/library/Index/eng/ASA200311997.

¹⁰¹ Wendy Stueck, « Clashes Reported in Guatemala over Glamis Mining Project », *The Globe and Mail*, 13 janvier 2005.

¹⁰² Mark Stevenson, « Gold Rush Runs into Opposition over Mines, Cyanide », *The Associated Press*, 12 avril 2005.

ne disent pas si les États ont explicitement invoqué les droits humains en défense, par exemple en faisant référence à leurs obligations découlant du droit relatif aux droits humains. Dans chacune de ces affaires, les arbitres ont jugé que les perturbations alléguées par les investisseurs n'étaient pas graves au point que l'on puisse en conclure que l'État avait manqué à son obligation d'assurer une sécurité et une protection de base au projet. En fait, comme nous allons le voir, ces arbitrages nous donnent quelques raisons d'être optimistes, bien que nous devions rester prudents, et de croire que l'obligation conventionnelle de protection et de sécurité pleine et entière n'a qu'une portée réduite et que les tribunaux se montrent effectivement sensibles à la difficulté pour les États de concilier la nécessité de protéger les investissements étrangers et celle de protéger les droits démocratiques de leurs citoyens. Mais il faut quand même rappeler que les arbitres ne sont en rien obligés de suivre strictement la voie tracée par des instances d'arbitrage antérieures ; rien n'indique par conséquent que les futurs tribunaux traiteront les questions de doctrine dans le même sens.

Affaires où les arbitres n'ont pas conclu à des manquements à l'obligation de protection et de sécurité des investissements

Dans un litige bien connu opposant une firme espagnole à l'État du Mexique, l'investisseur accusait les autorités mexicaines d'avoir manqué à leur obligation de lui assurer « une protection et une sécurité pleine et entière » parce qu'elles n'avaient pas pu prévenir les « manifestations populaires hostiles » à un site controversé d'enfouissement et de traitement de déchets dangereux¹⁰³. Dans une sentence arbitrale rendue en 2003, le tribunal a statué que l'investisseur n'avait pas apporté « suffisamment de preuves pour démontrer que les autorités mexicaines, qu'elles soient fédérales, d'État ou municipales, n'avaient pas réagi raisonnablement, selon les paramètres inhérents à un État démocratique, aux mouvements d'action directe conduits par les opposants au site d'enfouissement¹⁰⁴ ». Toutefois, si l'investisseur avait apporté des preuves suffisantes quant à la conduite des autorités mexicaines, le tribunal aurait eu à trouver un moyen de concilier le droit de manifester publiquement et l'obligation de fournir protection et sécurité aux projets d'investissement étranger.

Dans un autre arbitrage relatif à un TBI, un investisseur étranger a plaidé sans succès que l'État de Roumanie n'avait pas réprimé un conflit de travail, et que cela avait

« En fin de compte, les arbitres auraient alors à déterminer à partir de quel moment les forces de police ou de sécurité seraient tenues, en vertu des obligations contractées par l'État selon les termes d'un traité, de réduire ou même de démanteler les mouvements de protestation de citoyens, faute de quoi l'État serait obligé d'indemniser financièrement l'investisseur pour non-respect dudit traité. »

porté préjudice à ses activités industrielles dans ce pays¹⁰⁵. À cela, le gouvernement roumain a répliqué que le conflit de travail avait été causé par le fait que la firme étrangère n'avait pas versé aux travailleurs les salaires qu'elle leur devait, et que les protestations ouvrières s'étaient déroulées dans le calme et après notification à la préfecture. Le tribunal s'est déclaré favorable à cet argument et a fait observer que rien ne prouvait que les autorités gouvernementales n'avaient pas respecté les obligations relativement minimales découlant de cette disposition précise du traité d'investissement.

Dans une troisième affaire réglée en août 2008, l'investisseur alléguait avoir été la cible d'« émeutes ouvrières » et soutenait que l'incapacité des autorités bulgares de réprimer ces émeutes constituait un manquement à son obligation de fournir à l'investisseur étranger une protection et une sécurité pleine et entière¹⁰⁶. La Bulgarie a répliqué que les soi-disant « émeutes » étaient en fait les manifestations pacifiques de travailleurs que la firme avait privés de leur salaire, et que les autorités avaient assuré une présence policière adéquate pour encadrer ces manifestations. Il faut noter que le tribunal s'est montré incapable de déterminer laquelle de ces deux versions des faits était la plus plausible. Le fardeau de la preuve reposant sur l'investisseur, l'argument de non-respect de l'obligation d'assurer protection et sécurité à l'investisseur n'a pas été retenu.

À l'examen de ces trois affaires, on peut déceler chez les arbitres une tendance à adopter une interprétation relativement restrictive de la norme de « protection et de sécurité pleine et entière », en la considérant comme un devoir de diligence plutôt que comme une norme strictement contraignante. Dans les arbitrages évoqués ici, les requérants n'ont généralement pas réussi à apporter « la preuve suffisante » que l'État ne s'était pas acquitté de ses obligations en matière d'encadrement policier de protestations de citoyens ou de travailleurs. Vu les faits

¹⁰³ Tecmed c. Mexique, sentence en date du 29 mai 2003, par. 175.

¹⁰⁴ Tecmed c. Mexique, par. 177.

¹⁰⁵ Noble Ventures Inc. c. Roumanie, CIRDI, affaire ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, par. 160-167, en ligne : ita.law.uvic.ca/documents/Noble.pdf.

¹⁰⁶ Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie, CIRDI, affaire ARB/03/24, sentence en date du 27 août 2008.

allégués dans ces procédures d'arbitrage, il semble que les arbitres n'aient pas eu de difficultés particulières à traiter ces affaires. Les choses deviendraient beaucoup plus épineuses si les mobilisations ou les protestations populaires perturbaient de manière beaucoup plus grave les activités de firmes étrangères. En fin de compte, les arbitres auraient alors à déterminer à partir de quel moment les forces de police ou de sécurité seraient tenues, en vertu des obligations contractées par l'État selon les termes d'un traité, de réduire ou même de démanteler les mouvements de protestation de citoyens, faute de quoi l'État serait obligé d'indemniser financièrement l'investisseur pour non-respect dudit traité. S'il est arrivé que des arbitres aient eu à traiter de questions aussi délicates, ces affaires n'ont pas été rendues publiques, mais on peut parfaitement concevoir que ce genre de situation puisse se poser à l'avenir. D'ailleurs, dans le domaine commercial, des arbitres ont eu à traiter d'affaires où il y a eu collision entre des protestations populaires et les impératifs de libre-échange et de libre transit¹⁰⁷.

Il est fort probable qu'à l'avenir les arbitres auront à mettre en balance la sécurité des investisseurs et les droits des citoyens de protester ou de se réunir. De plus, il se peut que des litiges impliquant les droits de squatters et des « interférences » prolongées de citoyens ou de groupes locaux soient soumis à l'arbitrage. Une requête en arbitrage déposée en vertu de l'Accord de libre-échange États-Unis/Amérique centrale (CAFTA) pourrait créer un précédent à ce chapitre. Dans cette affaire, un investisseur américain plaide que le gouvernement guatémaltèque n'a pas assuré la protection de ses lignes de chemin de fer. Dans un document datant de 2007 dans lequel l'investisseur soumet une première ébauche de ses griefs, il se plaint d'avoir fait l'objet « d'interférences de la part d'éléments de la population locale qui ont vandalisé les voies, volé des matériaux pour leur usage personnel et installé des camps de squatters le long des voies, dans certains cas avec la collaboration des autorités locales¹⁰⁸ ».

Si la perspective de voir les tribunaux d'arbitrage des différends relatifs à des investissements traiter de ces questions peut déprimer certains défenseurs des droits humains, ceux-ci ne doivent pas pour autant fermer les yeux sur cette éventualité. Même en supposant que les arbitres admettent la nécessité de tenir compte des obligations des États en matière de protection des droits humains, il serait bon que les traités d'investissement formulent des lignes directrices pour aider les arbitres à concilier les protections dues aux investisseurs étrangers et les obligations de protection des droits humains des

citoyens du pays hôte. Les gouvernements pourraient vouloir préciser que le devoir des États hôtes de fournir « une protection et une sécurité pleine et entière » aux investisseurs ou investissements étrangers ne doit pas empiéter sur les droits démocratiques des citoyens, garantis par divers traités internationaux et nationaux, de se réunir et de s'exprimer pacifiquement. Qui plus est, les traités d'investissement pourraient stipuler en toutes lettres que les obligations envers les investisseurs doivent être interprétées conformément aux normes des droits humains. Mieux encore, les négociateurs des traités pourraient davantage tenir compte des difficultés qui attendent les arbitres en offrant à ces derniers des balises quant au juste équilibre à trouver dans des situations concrètes. Par exemple, quel degré de perturbations faut-il que les investisseurs subissent avant qu'il y ait violation de leurs droits garantis par traité, de manière à protéger l'exercice des droits démocratiques des citoyens ?

Malheureusement, certains États n'ont guère besoin d'excuses pour piétiner les droits et libertés des citoyens, en particulier quand des projets économiques aux retombées financières et politiques considérables sont en jeu. En l'absence de balises plus claires encadrant la norme de protection et de sécurité pleine et entière et ses rapports avec les droits humains des citoyens, les investisseurs ou les États peuvent avoir le champ libre pour bluffer ou exagérer les exigences de sécurité et de protection des investissements étrangers. On le sait, il est courant que des investisseurs envoient des lettres de menaces aux gouvernements où ils enjoignent ceux-ci à revenir sur certaines mesures ou positions sous peine de poursuites en dommages et intérêts devant des instances d'arbitrage. Vu que ce genre de correspondance demeure généralement confidentiel, il est impossible d'évaluer comment les investisseurs étrangers peuvent définir (ou peut-être exagérer) les obligations des États hôtes à leur égard en matière de sécurité et de protection policière. C'est pourquoi les défenseurs des droits humains seraient bien avisés de suivre et de faire connaître les décisions arbitrales qui mettent en balance la sécurité des investisseurs et les droits des membres des collectivités touchées. Si les gouvernements étaient davantage sensibilisés, en particulier ceux qui n'ont guère d'expérience en matière d'arbitrage de différends relatifs à des traités d'investissement, les décideurs seraient moins enclins à prendre des mesures malvenues au détriment des droits démocratiques fondamentaux des citoyens.

¹⁰⁷ Arthur Appleton et Bernd U. Graf, « Freedom of Speech and Assembly versus Trade and Transit Rights : Roadblocks to EU and MERCOSUR Integration », *34 Legal Issues of Economic Integration*, n° 3, pp. 255-81, 2007.

¹⁰⁸ Lettre d'intention de requête en arbitrage, *Railroad Development Corporation c. République du Guatemala*, 13 mars 2007, en ligne : dace.mineo.gob.gt/dacepdf/doc1exp16dace07.pdf.

Les droits humains des peuples autochtones

Jusqu'à présent, on compte deux arbitrages connus dans lesquels est clairement invoquée la nécessité de mettre en balance les obligations envers les investisseurs et la protection des droits humains des peuples autochtones. Nous avons déjà évoqué la poursuite intentée par Grand River Enterprises en vertu de l'ALENA dans laquelle des investisseurs des Premières Nations allèguent ne pas avoir bénéficié d'un traitement juste et équitable aux États-Unis, en insistant en particulier sur le manquement du gouvernement des États-Unis à certaines obligations relatives aux droits humains des personnes autochtones.

Un autre litige soumis à l'arbitrage au titre de l'ALENA et opposant la société minière canadienne Glamis Gold Ltd. au gouvernement des États-Unis offre, pour sa part, un scénario passablement différent. Dans cette affaire, les obligations en matière de droits humains sont invoquées non pas en faveur, mais contre un investisseur. La société minière plaide que le code minier de l'État de Californie porte atteinte aux protections garanties par l'ALENA. Glamis s'oppose en particulier aux règles exigeant le remblayage de mines à ciel ouvert à proximité de sites sacrés autochtones. La firme canadienne a soumis sa plainte en 2003 et, en 2005, un groupe autochtone (les Quechan) a soumis une requête pour intervenir en qualité d'*amicus curiae*. En même temps, la communauté quechan a déposé un mémoire pour examen par le tribunal. Parmi les arguments invoqués dans ce mémoire, elle encourage notamment les arbitres « à interpréter le texte d'un accord international de manière à concilier toutes les obligations internationales applicables¹⁰⁹ ». Dans cette affaire, la communauté quechan invite le tribunal à interpréter les protections dues à Glamis au titre de l'ALENA « en conformité avec les obligations du droit international conventionnel et coutumier de manière à préserver et protéger les droits des peuples autochtones à disposer de leur territoire et de ses ressources¹¹⁰ ».

Au moment d'écrire ces lignes, la sentence arbitrale n'était toujours pas rendue et on l'attend pour le début de l'année 2009. Toutefois, parallèlement à cet arbitrage, il faut noter que les cours régionales des droits humains ont elles aussi, à leur manière, eu à traiter des rapports entre droits des autochtones et protections légales dues aux investisseurs étrangers. Au Paraguay, pays qui se vante d'un régime extrêmement stratifié de propriété foncière, des peuples autochtones ont engagé des procédures devant la Cour interaméricaine des droits de

l'homme en invoquant leurs droits à leurs territoires ancestraux. Dans l'affaire Sawhoyamaxa, la Cour a jugé que le Paraguay avait porté atteinte à divers droits garantis à la communauté sawhoyamaxa par la Convention américaine des droits de l'homme à la suite d'une lutte de plus de dix ans menée par cette communauté pour récupérer les titres de propriété de ses territoires ancestraux¹¹¹. Parmi ces droits figuraient le droit à la propriété ainsi que le droit à la protection judiciaire et à un procès juste (droits qui, selon la Cour, ont été violés à cause d'un mécanisme de revendication territoriale totalement inefficace).

Pour sa part, le gouvernement du Paraguay a répliqué que les terres en question étaient la propriété de citoyens allemands qui les exploitaient. Mais la Cour a statué que cela ne soustrayait en rien le Paraguay à son obligation d'assurer la restitution des terres aux Sawhoyamaxa. Tout en refusant de dicter de quelle manière l'État devait concilier les droits de propriété de la communauté autochtone et les droits de propriétaires étrangers, la Cour a noté que si l'État ne pouvait pas, « pour des motifs objectifs et raisonnés », restituer les terres ancestrales à leurs premiers propriétaires, il devait leur attribuer « des terres de superficie et de qualité équivalentes, sélectionnées avec l'accord des membres des communautés autochtones...¹¹² ». Vu que le Paraguay n'avait rien fait en ce sens, la Cour l'a déclaré responsable de violation des droits de propriété des Sawhoyamaxa garantis par la Convention américaine des droits de l'homme.

Fait particulièrement intéressant à noter, le Paraguay a tenté de justifier son inaction en faisant référence à un TBI protégeant les investissements allemands au Paraguay. Selon ses dires, ce traité interdit aux autorités paraguayennes d'exproprier des biens appartenant à des Allemands, argument que la Cour a rejeté en faisant observer que le traité autorisait l'expropriation « à des fins d'utilité publique ». La Cour a également noté que l'application des dispositions des traités commerciaux devait toujours être compatible avec la Convention américaine des droits de l'homme, « un traité multilatéral protégeant les droits de l'homme qui se situe dans une classe à part et qui génère des droits pour chaque être humain et ne repose pas totalement sur la réciprocité entre États¹¹³ ».

La Cour a fait observer à juste titre qu'en général les traités d'investissement n'interdisent pas l'expropriation ou la nationalisation de biens à des fins d'intérêt public.

¹⁰⁹ Glamis Gold Ltd c. United States of America, mémoire de la nation indienne Quechan, page 9.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 9-10.

¹¹¹ Communauté autochtone Sawhoyamaxa c. Paraguay, décision en date du 29 mars 2006.

¹¹² Décision Sawhoyamaxa, par. 15.

¹¹³ *Ibid.*, par. 140.

« Même s'ils autorisent l'expropriation de terres appartenant à des étrangers, ces TBI fixent des critères d'indemnisation qui peuvent compliquer la tâche des gouvernements de pays en développement qui envisagent de procéder à des restitutions de terres. »

Il s'agit de quelque chose qu'il est important de rappeler, vu que le gouvernement allemand aurait invoqué le traité Allemagne/Paraguay pour tenter de *dissuader* l'État paraguayen de procéder à l'expropriation de terres appartenant à des Allemands¹¹⁴. Toutefois, on constate à la lecture de l'article 4 du traité Allemagne/Paraguay qu'il autorise clairement l'expropriation, moyennant le versement d'indemnités au propriétaire touché¹¹⁵.

Même s'ils autorisent l'expropriation de terres appartenant à des étrangers, ces TBI fixent des critères d'indemnisation qui peuvent compliquer la tâche des gouvernements de pays en développement qui envisagent de procéder à des restitutions de terres. Comme on le verra dans la section qui suit, on compte plusieurs arbitrages en cours dans lesquels des investisseurs s'opposent à des mesures de réforme agraire. Les circonstances factuelles à la source de ces litiges peuvent varier, certains États semblant suivre des procédures légales soigneusement balisées, tandis que d'autres semblent procéder de manière plutôt capricieuse. Il y a en revanche une question qui revient dans tous ces litiges, et c'est le montant de l'indemnité que l'État doit verser en cas de violation d'un TBI à la suite de mesures de réforme agraire.

Réformes agraires et indemnités

De manière générale, les TBI n'interdisent pas aux États d'exproprier des terres ou des ressources appartenant à des étrangers, moyennant toutefois le versement d'une indemnité dans de telles circonstances. Si la formulation peut varier d'un traité à l'autre, il reste que cette compensation doit souvent équivaloir à la juste valeur marchande des avoirs en question¹¹⁶. Il peut par conséquent exister de profondes divergences entre le droit interne et les TBI sur la question de l'indemnisation. La législation de certains pays peut en effet autoriser le

versement d'indemnités inférieures à la valeur marchande lorsque les expropriations sont effectuées pour des raisons particulièrement importantes. En Afrique du Sud, par exemple, les indemnités versées aux propriétaires peuvent être inférieures à la valeur marchande des biens dont ils sont dépossédés lorsque l'État procède à des expropriations afin de corriger des pratiques racialement discriminatoires ou à des fins de réforme agraire¹¹⁷.

En revanche, les TBI peuvent être interprétés comme donnant ouverture à une indemnisation équivalant à la valeur marchande des biens expropriés, ce qui peut obliger l'État qui exproprie à verser des montants bien supérieurs et éventuellement compliquer ou compromettre des réformes agraires ou d'autres mesures de redistribution. Dans une décision qui, même si elle ne relève pas d'un TBI, est souvent citée par les arbitres de différends relatifs à des investissements, un tribunal d'arbitrage a jugé que le gouvernement du Costa Rica avait l'obligation de verser une indemnité équivalant à la valeur marchande à la suite de l'expropriation d'un territoire décrété réserve naturelle¹¹⁸. Si le tribunal a admis qu'il n'y avait pas consensus sur les critères régissant l'indemnisation en droit international —, à savoir une indemnisation pleine et entière, suffisante, appropriée, juste ou raisonnable — il a ajouté qu'en l'espèce les membres du tribunal et les deux parties avaient convenu que le critère à appliquer était celui qui exigeait une compensation équivalant à la « juste valeur marchande » des biens expropriés¹¹⁹.

Il est important de souligner, par contre, que les tribunaux d'arbitrage n'ont pas encore établi de manière exhaustive le montant des indemnités à verser quand des investisseurs allèguent que des mesures de réforme agraire violent les dispositions de traités d'investissement. Même si les TBI énoncent en général des critères d'indemnisation, ces critères demeurent sujets à interprétation ou à débat. C'est particulièrement le cas lorsque la formulation des traités demeure ambiguë (parlant d'indemnités appropriées, ou justes, ou équitables, et non de juste valeur marchande). Par exemple, un arbitre, le professeur Ian Brownlie, a jugé dans une affaire qui n'impliquait pas une réforme agraire mais concernait une société de télédiffusion, que la clause garantissant une « juste compensation » définie plus loin dans le traité comme représentant la « véritable valeur » des investissements,

¹¹⁴ Voir le rapport de FIAN, *Globalizing Economic and Social Rights by strengthening extraterritorial state obligations*, février 2005. En ligne : www.eed.de/fix/files/doc/eed_fian_bfdw_case_studies_human_rights_05_eng.pdf

¹¹⁵ On pourra consulter un certain nombre de traités d'investissement conclus par le Paraguay sur le site de la CNUCED (www.unctad.org/ia).

¹¹⁶ Quelques exemples : le TBI Afrique du Sud / Corée, qui parle de « valeur marchande », ou le traité Allemagne/Namibie qui parle de la valeur d'un investissement immédiatement avant l'expropriation (« immediately prior to the expropriation »), ou le traité Paraguay / Royaume-Uni qui parle de la valeur marchande aussitôt avant que l'on ait procédé à l'expropriation (« immediately before the expropriation took place »).

¹¹⁷ Voir l'analyse de Luke Eric Peterson, « South Africa's Bilateral Investment Treaties: Implications for Development and Human Rights », document de travail du South African Institute for International Affairs, publié dans Frederick Ebert Stiftung Dialogue on Globalization Occasional Papers Series, n° 26, novembre 2006, p. 25-27.

¹¹⁸ CDSE c. Costa Rica, sentence en date du 17 février 2000, CIRDI, affaire ARB/96/1, par. 69-71, en ligne : ita.law.uvic.ca/documents/santaelena_award.pdf.

¹¹⁹ *Ibid.*

« ... en cas d'expropriation, il risque d'y avoir des divergences entre les tribunaux d'arbitrage et les cours des droits humains quant aux montants à accorder aux investisseurs étrangers à titre d'indemnisation. »

n'exigeait pas nécessairement le versement d'une indemnité équivalant à la valeur marchande desdits investissements¹²⁰. Dans sa décision, le professeur Brownlie citait le travail du professeur Oscar Schacter : « L'expropriation à grande échelle comme dans le cas d'une réforme agraire générale soulève souvent des questions quant à la capacité de l'État d'indemniser pleinement les expropriés. Dans ces cas, on peut plaider qu'un montant inférieur à la pleine valeur des avoirs expropriés constituerait une "juste compensation", faute de quoi l'État se retrouverait aux prises avec un écrasant fardeau financier¹²¹ ». »

D'autres ont avancé que les normes d'indemnisation des TBI devaient être interprétés avec souplesse, comme on le fait dans le cas de l'application des conventions régionales des droits humains quand entrent en jeu certains intérêts ou buts sociaux qui prévalent¹²². Les commentateurs évoquent parfois la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a statué que « l'article 1 ne garantit pourtant pas dans tous les cas le droit à une compensation intégrale, car les objectifs légitimes "d'utilité publique" peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande¹²³ ». D'ailleurs, dans un effort pour amarrer les critères d'indemnisation des TBI à ceux que l'on retrouve dans les régimes régionaux de droit relatif aux droits humains, le gouvernement norvégien a récemment rédigé un modèle de traité d'investissement qui reprend l'approche empruntée dans la Convention européenne des droits de l'homme en ce qui touche à l'expropriation¹²⁴. Cette approche inspirée du droit relatif aux droits humains pourrait conduire à l'octroi de compensations inférieures à la valeur marchande par les arbitres de certains différends relatifs à des investissements, en fonction des circonstances et des motifs ayant présidé

à la décision d'exproprier, par exemple lorsqu'un gouvernement entreprend de bonne foi des mesures de redistribution de terres en faveur de personnes autochtones.

Il faut souligner, cependant, que des positions de ce genre prêtent à contestation, vu que les investisseurs et les États risquent fort de défendre des points de vue radicalement différents en l'absence de dispositions parfaitement claires dans les traités. Il reste toutefois qu'il ne s'agit pas de pures conjectures, comme on va le voir dans la section qui suit, car un certain nombre de mesures de réforme agraire sont actuellement contestées par des investisseurs au motif qu'elles contreviennent aux obligations issues de TBI.

Réformes agraires et obligations découlant des TBI

Si les tribunaux d'arbitrage n'ont pas eu encore à déterminer s'ils devaient ordonner une indemnisation équivalant à la valeur marchande des biens expropriés lorsque des États liés par des TBI entreprennent des réformes agraires, ils vont inévitablement devoir le faire. Des investisseurs européens ont d'ailleurs engagé des poursuites ou menacé de le faire contre une poignée de pays en voie de développement. D'autres recours peuvent avoir été intentés et même avoir été réglés sans qu'on le sache. Parmi les affaires connues, citons la poursuite intentée par un investisseur du Royaume-Uni contre le gouvernement du Venezuela en 2005 après qu'une agence de l'État a autorisé la confiscation de terres appartenant à des ressortissants du Royaume-Uni pour les redistribuer à des paysans sans terre vénézuéliens¹²⁵. Ailleurs, le gouvernement de Namibie a fait face à des menaces de poursuites de même nature¹²⁶. À la suite du projet d'expropriation d'exploitations agricoles appartenant à des Allemands dans le cadre du programme namibien de redistribution de terres, des citoyens allemands ont menacé la Namibie de poursuites au titre du TBI conclu entre l'Allemagne et la Namibie. Certains se sont d'abord tournés vers les tribunaux namubiens. La Haute Cour de Namibie, dans un arrêt rendu en mars 2008 et impliquant trois ressortissants allemands, a jugé que le ministère

¹²⁰ CME v. Czech Republic, Separate Opinion On the Issues at the Quantum Phase, Ian Brownlie, 14 mars 2003, en ligne : ita.law.uvic.ca/documents/CME2003-SeparateOpinion_001.pdf

¹²¹ *Ibid.*, par. 31.

¹²² Voir l'exposé du professeur Zachary Douglas lors d'une conférence sur l'arbitrage en droit de l'investissement et les droits humains, 21 mars 2007, American University, en ligne : www.wcl.american.edu/arbitration/webcasts.cfm.

¹²³ *Les Saints Monastères c. Grèce*, arrêt du 9 décembre 1994, Séries A, n° 301-A (1995), en ligne : cmiskp.echr.coe.int.

¹²⁴ On trouvera un commentaire en anglais sur ce modèle de traité d'investissement inspiré de l'approche de la CEDH en ligne : www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/Horinger/Horingsdokumenter/2008/horing---modell-for-investeringsavtaler/-4.html?id=496026.

¹²⁵ « UK farm Group settles BIT claim over Venezuelan land seizures and invasions », *Investment Treaty News*, 11 avril 2006, en ligne : www.iisd.org/pdf/2006/itn_april11_2006.pdf.

¹²⁶ « Absentee landlords to challenge Namibian Government over expropriation », *BBC Monitoring International Reports*, 2 décembre 2005 ; Brigitte Weidlich, « Namibian President to make landmark visit to Germany », *Agence France-Presse*, 26 novembre 2005 ; « German Farmers Challenge Namibia Land Reform, International Arbitration Considered », *Investment Treaty News*, 31 mai 2006, en ligne : www.iisd.org/pdf/2006/itn_may31_2006.pdf.

responsable de la réforme agraire avait l'obligation d'agir en conformité avec le TBI Allemagne/Namibie¹²⁷. Toutefois, la Cour n'a pas examiné plus avant les exigences du traité ; elle a simplement indiqué que le ministère en question n'avait pas tenu compte du TBI, ni d'autres dispositions du droit interne. Sans s'attarder sur les dispositions du traité, elle a statué que la décision gouvernementale d'exproprier les ressortissants allemands était contraire aux lois et à la constitution namibiennes.

Le gouvernement sud-africain a lui aussi fait face à une procédure d'arbitrage au titre d'un TBI qui n'a pas été rendue publique pendant des années, jusqu'à ce que certaines informations transpirent durant l'automne 2008¹²⁸. Un investisseur suisse a poursuivi avec succès l'Afrique du Sud pour ne pas avoir assuré à ses propriétés la protection policière exigée aux termes d'un traité bilatéral d'investissement Afrique du Sud/Suisse. Cet investisseur a également voulu poursuivre l'Afrique du Sud pour expropriation (et pleine compensation) parce que ses terres avaient été revendiquées par plusieurs Sud-Africains dans le cadre d'un mécanisme interne de revendications territoriales. Au vu des faits en l'espèce, le tribunal arbitral a débouté l'investisseur sur sa poursuite en expropriation parce que le processus de revendications territoriales sud-africain était encore en cours, et que sa plainte était par conséquent prématurée. Quoiqu'il en soit, il est possible que d'autres investisseurs étrangers emboîtent le pas et invoquent les protections de leurs TBI au cas où le gouvernement sud-africain décide d'exproprier des propriétés foncières.

Bien entendu, les politiques abusives de redistribution de terres vont elles aussi faire l'objet de contestations en vertu de traités d'investissement. En 2003, un groupe d'agriculteurs hollandais a déposé une requête en arbitrage au titre d'un TBI contre le Zimbabwe, à la suite de la confiscation brutale et violente d'exploitations agricoles appartenant à des étrangers. Les requérants hollandais alléguaient que le gouvernement avait, « par des mesures législatives et des moyens extralégaux, mis en œuvre un programme d'acquisition de terres et d'aménagements appartenant aux requérants et à d'autres dans le but de les redistribuer à certains de ses citoyens¹²⁹ ».

En fin de compte, les défenseurs des droits humains doivent admettre que l'arbitrage international de différends reliés à des TBI représente le principal canal par lequel les réformes agraires risquent d'être contestées dans les pays en développement et même dans les pays développés

« ... il serait possible de soumettre des requêtes aux organes de surveillance de l'application des droits humains, y compris aux cours régionales des droits de l'homme, pour que ces instances interprètent l'absence de transparence des procédures d'arbitrage de différends investisseurs/États comme un manquement de l'État à ses obligations en matière de droits humains. »

par les investisseurs étrangers. Ces traités permettent aux investisseurs de contester les mesures de réforme agraire ou d'autres initiatives de redistribution (y compris celles en faveur de peuples autochtones), et ce, sans avoir à passer par les tribunaux nationaux ou par les mécanismes constitutionnels des pays où sont entreprises ces réformes.

Si on laisse de côté le domaine de l'arbitrage pour aller voir comment ces questions sont traitées dans d'autres instances juridiques internationales, force est de constater qu'en cas d'expropriation, il risque d'y avoir des divergences entre les tribunaux d'arbitrage et les cours des droits de l'homme quant aux montants à accorder aux investisseurs étrangers à titre d'indemnisation. C'est pourquoi il est impératif d'étudier plus attentivement de quelle manière les différents organes juridictionnels internationaux traitent des différends de nature similaire. Les défenseurs des droits humains doivent absolument suivre l'évolution de ce nouveau champ du droit international. Ils ne doivent plus se contenter de surveiller les mécanismes du système des droits humains et de faire pression en faveur de l'adoption de déclarations et de normes favorisant l'adoption de politiques nationales de redistribution de terres et de ressources à l'échelle nationale, sans tenir compte de ce qui se passe du côté du régime de protection des investissements étrangers — avec les répercussions que cela suppose pour les réformes agraires et les initiatives de redistribution. Certes, il faudrait que les traités d'investissement prévoient des lignes directrices plus claires pour aider les arbitres à concilier les protections dues aux investisseurs et les droits des autochtones, les initiatives de réforme agraire et le calcul des indemnités à verser aux propriétaires étrangers expropriés.

¹²⁷ Gunther Kessl et al. v. Ministry of Lands and Resettlement et al., arrêt du 6 mars 2008, par. 106-107.

¹²⁸ « Swiss Investor Prevailed in 2003 in Confidential BIT Arbitration over South African Land Dispute », *Investment Arbitration Reporter*, 22 octobre 2008, en ligne : www.iareporter.com/Archive/IAR-10-22-08.pdf.

¹²⁹ Bernardus Henricus Funnekotter et consorts c. République du Zimbabwe, requête en arbitrage soumise au CIRDI, 30 mai 2003, p. 14 (document non publié en possession de l'auteur).

Politiques visant des personnes ou des groupes désavantagés

Il arrive souvent que des gouvernements adoptent des politiques ou des mesures préférentielles qui visent à améliorer le sort de personnes ou de groupes marginalisés ou défavorisés, qu'il s'agisse d'autochtones, de membres de minorités (ou de majorités) ethniques, des femmes, etc. Or, il pourrait se produire des frictions entre certaines de ces mesures et les protections accordées aux investisseurs étrangers par les traités d'investissement, en particulier lorsque ces mesures imposent des obligations ou des exigences aux investisseurs ou aux firmes appartenant à des intérêts étrangers, ou lorsqu'elles privent les investisseurs étrangers de certains avantages ou privilèges. Quoi qu'il en soit, il est rare que les États assortissent de réserves ou d'exceptions les traités d'investissement qu'ils signent. En de rares occasions, certains traités prévoient des exceptions qui autorisent l'adoption de mesures d'action positive en faveur de groupes désignés, sans que les investisseurs étrangers puissent alléguer qu'elles contreviennent aux garanties de non-discrimination contenues dans le traité d'investissement (ou traitement national)¹³⁰.

Autrement dit, lorsque des programmes spéciaux sont mis en place pour favoriser un groupe ou une minorité, il ne serait pas possible à un investisseur étranger d'invoquer son droit à un « traitement national » pour obtenir les mêmes avantages ou préférences que ceux accordés à ces groupes. Toutefois, ces clauses d'exception n'apparaissent pas dans tous les traités. Qui plus est, lorsqu'elles y figurent, elles peuvent ne s'appliquer qu'à certaines des dispositions du traité, et non à toutes. Par exemple, une exception pourra s'appliquer à la clause de traitement national, mais pas aux dispositions garantissant aux investisseurs étrangers un « traitement juste et équitable » ou d'autres protections.

Il est extrêmement rare qu'un État introduise une exception générale dans un traité d'investissement afin qu'aucune de ses dispositions ne puisse être invoquée pour contester des politiques ou des mesures spéciales favorisant des groupes historiquement désavantagés. Un accord conclu entre la Nouvelle-Zélande et la Thaïlande fait ici figure d'exception, puisqu'il est assorti d'une exception générale qui fait en sorte qu'aucune des

protections accordées aux investisseurs ne peut prévaloir sur le pouvoir de l'État d'accorder un traitement spécial ou plus favorable au peuple Maori¹³¹.

Il ne s'agit pas là de pures conjectures. Pendant des années, la stratégie de promotion économique des Noirs (Black Economic Empowerment, ou BEE) adoptée par le gouvernement sud-africain pour atténuer les effets persistants du système d'apartheid, a suscité bien des controverses¹³². Les politiques de BEE prévoient toute une gamme de mesures en faveur des citoyens sud-africains historiquement désavantagés (HDSA), notamment des programmes d'équité en emploi, un accès préférentiel aux licences et contrats gouvernementaux, et des règles qui obligent les entreprises à vendre des parts à des partenaires HDSA. Malgré leurs bonnes intentions, ces politiques se sont attiré les critiques à la fois de ceux qui prétendent qu'elles imposent un trop lourd fardeau aux entreprises et de ceux qui estiment qu'elles ne bénéficieraient qu'à une petite élite de HDSA privilégiés et disposant d'un réseau de relations¹³³. Le gouvernement a réagi à ces critiques en adaptant progressivement ses politiques, pour, d'une part, atténuer les propositions d'étendre l'actionnariat noir à plus grande échelle et, de l'autre, pour élargir la portée de ces politiques pour qu'elles profitent aux personnes plus pauvres et moins avantagées.

Certaines entreprises étrangères ont réagi avec méfiance à la stratégie BEE, et c'est à l'adoption de ces politiques qu'on attribue généralement l'échec de négociations commerciales entre l'Afrique du Sud et les États-Unis. Pendant ce temps, certains pays avec lesquels l'Afrique du Sud avait conclu des accords économiques ont exprimé l'avis que l'imposition des mesures BEE aux entreprises étrangères pouvait être contraire aux engagements économiques internationaux de l'Afrique du Sud¹³⁴.

Dernièrement, un groupe d'investisseurs européens dans le secteur minier a créé un précédent en déposant une requête en arbitrage contre l'Afrique du Sud au motif que les conditions imposées par la stratégie BEE violaient les dispositions de traités d'investissement que l'Afrique du Sud avait conclus avec le Luxembourg et l'Italie. Ces investisseurs contrôlent plusieurs sociétés minières sud-africaines et sont titulaires de divers droits miniers qui ont été soumis à un processus obligatoire de « conversion »,

¹³⁰ On peut par exemple comparer à cet égard la pratique du Canada ou des États-Unis à celle du Royaume-Uni ou des Pays-Bas. De manière générale, les deux premiers introduisent dans les traités des exceptions qui restreignent l'obligation d'accorder un traitement « non moins favorable » aux investisseurs étrangers lorsque l'État adopte des politiques ou des programmes spéciaux visant des personnes ou des groupes désavantagés.

¹³¹ Voir l'article 15.8 de l'Accord de partenariat économique Nouvelle-Zélande/Thaïlande de 2005, en ligne : www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/0--Trade-archive/0--Trade-agreements/Thailand/0-cep-index.php.

¹³² « South African Mining : the Diggers are Restless », *The Economist*, 22-28 juin 2002.

¹³³ « Welcome to the Club », *Time Magazine*, 29 mai 2005, en ligne : www.time.com/time/europe/html/050606/africa/story.html.

¹³⁴ Luke Eric Peterson, « South Africa's Bilateral Investment Treaties: Implications for Development and Human Rights », *Frederich Ebert Stiftung Occasional Papers Series*, n° 26, novembre 2006, en ligne : library.fes.de/pdf-files/iez/global/04137.pdf.

en vertu duquel toutes les ressources minérales sud-africaines doivent être placées sous contrôle de l'État et les titres réattribués pour des périodes précises. Dans le cadre de ce processus de conversion, on évalue les entreprises pour mesurer les progrès qu'elles font pour atteindre un certain nombre d'objectifs de progrès social, d'emploi et de développement, y compris l'embauche de cadres HDSA et l'octroi d'avantages et de programmes spéciaux pour les travailleurs HDSA. Pour les investisseurs, ces politiques inspirées de la stratégie BEE imposent des coûts très lourds aux entreprises, équivalent à une « expropriation » de leurs droits miniers préexistants et constituent un traitement « injuste » et « inéquitable » contraire aux dispositions des traités de protection des investissements signés par l'Afrique du Sud.

Dans leur requête en arbitrage déposée en 2006, qui restait confidentielle au moment d'écrire ces lignes, les investisseurs allèguent qu'ils pourraient ultimement subir des pertes s'élevant à 350 millions de dollars américains à cause des effets des mandats BEE introduits par le gouvernement sud-africain. En 2007, un tribunal a été formé pour arbitrer le différend, mais les procédures avancent avec lenteur ; les arguments écrits doivent être soumis en 2008 et 2009, et les auditions se tenir plus tard en 2009.

Pour l'instant, tous les arguments de droit soumis dans cette affaire demeurent confidentiels. Toutefois, on sait déjà que les politiques de droits humains sont en cause dans le litige. Les arbitres devront notamment déterminer dans quelle mesure les obligations découlant des traités d'investissement, notamment celles qui touchent l'expropriation et le traitement juste et équitable, ont ou non préséance sur les objectifs de politiques inspirées par les droits humains ou doivent être interprétées à la lumière de ces objectifs. Il faut noter ici que les TBI en cause — des traités signés avec l'Italie et l'entité Belgique/Luxembourg — restent muets sur tout ce qui a trait aux politiques sociales ou aux droits humains et ne formulent aucune ligne directrice pour aider les arbitres à déterminer si la stratégie BEE est contraire ou non aux protections accordées par traité aux investisseurs étrangers¹³⁵. En fait, les traités signés avec l'Italie et l'entité Belgique/Luxembourg se démarquent radicalement de la Constitution sud-africaine, qui énonce une longue liste d'objectifs et de buts primordiaux qui visent notamment à effacer les divisions héritées du passé et à promouvoir les valeurs démocratiques, la justice sociale et l'exercice des droits humains fondamentaux. Par conséquent, il reviendra aux parties de défendre l'approche qu'elles veulent voir les arbitres

adopter — interpréter le traité dans un vacuum ou en tenant compte du contexte social plus large ou du droit international relatif aux droits humains — et aux arbitres de finalement juger de la valeur de ces arguments.

Certains ont soutenu que les arbitres devaient interpréter ces traités d'investissement particuliers dans un sens étroit, en se basant sur le seul droit international protégeant l'investissement et sans tenir compte des obligations plus larges incombant à l'Afrique du Sud en matière de droits humains¹³⁶. Dans cette optique, « seul le droit international traitant des investissements étrangers et, dans un petit nombre de cas, les règles de droit international étroitement associées aux activités/investissements qui constituent l'objet du litige » devraient s'appliquer dans l'interprétation des normes du traité d'investissement¹³⁷. On peut s'attendre à ce que le gouvernement sud-africain et certains organismes de promotion des droits humains contestent cette optique et défendent une interprétation beaucoup moins étroite des dispositions des traités d'investissement à la lumière d'enjeux plus larges relatifs aux droits humains.

L'arbitrage du différend opposant ces investisseurs à l'Afrique du Sud traîne depuis des années et tant qu'il ne sera pas réglé, il risque de constituer un banc d'essai pour ceux qui veulent voir les obligations relevant de TBI amarées aux obligations de protection des droits humains. Toutefois, la plus grande difficulté pour ceux qui souhaitent suivre ces procédures ou tenter d'influencer le traitement de ce litige, c'est que rien ne garantit (du moins au moment d'écrire ces lignes) que le processus sera rendu public. Les arguments demeurent confidentiels et les auditions elles-mêmes se déroulent derrière des portes closes, contrairement aux procédures habituelles des tribunaux. Et même si les ONG réussissent à intervenir, cela n'apportera pas nécessairement plus de transparence aux procédures et au règlement du différend. Vu la multiplication des litiges investisseurs/États dans lesquels entrent en jeu les droits humains, la question de la transparence devient un enjeu de plus en plus crucial.

Transparence et droit de recevoir des informations

Même lorsque les observateurs ont la conviction que des questions d'importance relatives aux droits humains sont mises en jeu dans le système juridique international qui protège l'investissement étranger direct, il ne leur est pas nécessairement facile de suivre ces procédures, et encore moins d'y intervenir ou d'exercer une influence. Les

¹³⁵ Certains traités d'investissement sud-africains prévoient certaines exceptions (de faible portée) visant à empêcher les investisseurs étrangers d'alléguer qu'ils ont été traités moins favorablement que les personnes HDSA.

¹³⁶ Matthew Coleman et Kevin Williams, « South Africa's Bilateral Investment Treaties, Black Economic Empowerment and Mining: A Fragmented Meeting ? », *Business Law International*, vol. 9, n° 1, p. 56-94.

¹³⁷ *Ibid.*, par. 11-19.

mécanismes de règlement des différends prévus dans les TBI n'offrent pas le même degré de transparence que les procédures en vigueur dans d'autres champs du droit international, en particulier dans le système de protection des droits humains.

Les efforts d'investigation et de suivi, aussi sérieux soient-ils, ne parviennent qu'à mettre en lumière des bribes d'informations. Si les procédures d'arbitrage demeurent confidentielles, c'est parce que les parties le souhaitent ou parce qu'elles se voient interdire d'en parler publiquement. Deux facteurs militent en faveur de cette opacité. En premier lieu, les traités eux-mêmes, qui stipulent rarement que les procédures d'arbitrage entre investisseurs et États peuvent être rendues publiques. Si le Canada et les États-Unis ont dernièrement tablé sur une plus grande transparence dans leurs traités d'investissement, nombreux sont les États qui n'ont pas suivi leur exemple. Si bien qu'il revient souvent aux règles de procédure adoptées pour régler les différends — qu'il s'agisse de celles de la Banque mondiale (CIRDI) ou des règles *ad hoc* de la CNUDCI — de stipuler dans quelle mesure ces procédures seront ouvertes au public. Dans la grande majorité des cas, ceux qui ont formulé ces règles procédurales ne se souciaient guère de transparence. Les règles de la CNUDCI et celles de certaines chambres de commerce ont été conçues pour l'arbitrage commercial entre deux parties, domaine où la confidentialité a toujours été de rigueur. Même si le système du CIRDI offre le plus haut degré de transparence grâce à un registre public de toutes les affaires arbitrées par le Centre, les procédures elles-mêmes demeurent confidentielles à moins que les deux parties n'en décident autrement. De plus, les efforts déployés il y a plusieurs années pour rendre plus transparentes les procédures du CIRDI ont été neutralisés par les objections de nombreux partenaires du Centre.

Si les gouvernements persistent à négocier des traités d'investissement qui prévoient des règles de procédures sans grande transparence, le règlement des différends entre investisseurs et États va continuer à se dérouler plus ou moins dans l'ombre.

À moins de changements dans les traités d'investissement ou les règles de procédure dans le sens d'une plus grande transparence, les citoyens concernés peuvent toujours contester la confidentialité des procédures d'arbitrage en recourant aux lois sur l'accès à l'information ou aux mécanismes de droits humains. Par exemple, Margarete

Stevens, qui fut chef adjoint du contentieux pour le CIRDI, a fait remarquer, lors d'une conférence organisée en 2007, qu'une décision récente de la Cour interaméricaine des droits de l'homme pourrait être de bon augure pour tous ceux qui veulent obliger les gouvernements à divulguer davantage d'informations sur les poursuites engagées contre eux par des investisseurs étrangers¹³⁸. Elle a expliqué que la Cour a déclaré la République du Chili responsable de violation de l'article 13 de la Convention américaine des droits de l'homme pour ne pas avoir informé davantage la population chilienne sur un grand projet forestier, y compris sur les contrats conclus avec des investisseurs étrangers. Dans l'affaire *Claude-Reyes et autres c. Chili*, la Cour interaméricaine a affirmé que le droit à la liberté d'information comprend le droit de rechercher et de recevoir des informations¹³⁹. De plus, la Cour a insisté sur l'importance de la divulgation d'informations dans le fonctionnement de la démocratie :

À cet égard, l'État doit agir en accord avec les principes d'ouverture et de transparence dans le domaine de l'administration publique pour permettre à toutes les personnes sous sa juridiction d'exercer un contrôle démocratique de ses actions, de manière qu'elles puissent poser des questions, faire enquête et évaluer la qualité de la gestion des affaires publiques¹⁴⁰.

En statuant que le Chili n'était pas justifié de soustraire des informations à la population, la Cour a ajouté que cette attitude compromettrait la capacité des citoyens d'exercer une surveillance ou un « contrôle » démocratique sur les actions de l'État.

Comme l'a suggéré Margarete Stevens, on peut facilement imaginer des organes de presse, des organisations non gouvernementales ou des citoyens alléguer qu'il y a violation des droits humains en cas de rétention d'informations sur des poursuites engagées par des investisseurs étrangers contre un État. Ils pourraient le faire sous forme de requêtes demandant au gouvernement de divulguer des renseignements sur un ou tous les arbitrages en cours (y compris ceux dont le public ignore l'existence). En Amérique du Nord, d'ailleurs, certains ont eu recours aux lois d'accès à l'information pour obtenir des renseignements sur les poursuites investisseur/État dont l'existence était connue mais dont le contenu demeurait confidentiel. Dans l'affaire *Loewen c. États-Unis*, un tribunal de l'ALENA a reconnu que les gouvernements étaient légalement tenus de publier des documents relatifs aux procédures d'arbitrage. Le tribunal a publié cet avis après

¹³⁸ Observations émises lors d'une conférence sur l'arbitrage en droit de l'investissement et les droits humains le 21 mars 2007, American University, en ligne : wcl.american.edu/arbitration/webcasts.cfm.

¹³⁹ *Claude-Reyes et autres c. Chili*, décision du 19 septembre 2006, Cour interaméricaine des droits de l'homme; l'organisation non gouvernementale CELS, qui a participé aux premiers stades du projet d'études d'impact sur les droits humains de Droits et Démocratie, a soumis un mémoire en qualité d'*amicus curiae* dans l'affaire *Claude-Reyes*.

¹⁴⁰ Par. 86.

que le gouvernement des États-Unis l'a approché à la suite d'une requête soumise par des ONG américaines qui invoquaient la liberté de recevoir des informations¹⁴¹. De plus, il serait possible de soumettre des requêtes aux organes de surveillance de l'application des droits humains, y compris aux cours régionales des droits de l'homme, pour que ces instances interprètent l'absence de transparence des procédures d'arbitrage de différends investisseurs/États comme un manquement de l'État à ses obligations en matière de droits humains.

En même temps, tout en adressant des demandes en ce sens — par le truchement des lois d'accès à l'information ou des mécanismes de plainte du système des droits humains, les intervenants concernés pourraient également continuer d'intervenir directement auprès des arbitres pour obtenir plus d'informations sur des affaires pendantes. Ces requêtes, qui invoqueraient expressément l'exercice des droits humains, pourraient inviter les arbitres eux-mêmes à statuer sur le sens à donner à ces normes de droits humains et sur leur applicabilité.

¹⁴¹ On trouvera plus amples renseignements sur cet épisode dans *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États*, déclaration du Comité de l'investissement de l'OCDE, en ligne : www.oecd.org/dataoecd/5/32/35085008.pdf.

Chapitre 3: Réflexions et recommandations

On peut tirer une série de conclusions des divers scénarios d'arbitrage que nous venons d'évoquer. En premier lieu, lorsque le droit relatif aux droits humains a été invoqué dans les sentences ou décisions arbitrales, il l'a été *jusqu'à présent* pour confirmer les *droits des investisseurs* (droit à la propriété, droit à des procédures légales régulières, etc.). Dans un petit nombre d'affaires, les arbitres ont recouru à des analogies avec la jurisprudence du droit relatif aux droits humains pour étayer leur interprétation de certaines des protections dues aux investisseurs, comme le droit à la propriété ou le droit à des procédures légales régulières.

Deuxièmement, outre cette pratique, on voit apparaître dans les arbitrages liés à des traités d'investissement d'autres scénarios où interviennent cette fois les droits humains de personnes ou groupes qui ne sont pas parties aux traités. Ce sont les litiges dans lesquels entre en ligne de compte le droit des citoyens à la liberté de se réunir, de s'exprimer et de protester contre les décisions du gouvernement ou d'investisseurs ; les cas où l'État a adopté des mesures d'action positive en faveur de personnes ou de groupes historiquement désavantagés ; les cas où il y a friction entre les droits ou les revendications des peuples autochtones et les droits des investisseurs étrangers ; et, enfin, ceux dans lesquels l'État justifie sa réglementation de l'industrie de la distribution des eaux et des services d'égout par la nécessité de s'acquitter de ses obligations en matière de droits humains, notamment en ce qui concerne le droit à la santé, à une nourriture suffisante et à l'accès à l'eau.

Troisièmement, on constate aussi que, dans certains de ces derniers scénarios, les États et parfois des ONG soumettent aux tribunaux d'arbitrage des arguments fondés sur le droit relatif aux droits humains. L'affaire *Aguas Argentinas* en est un des exemples les plus éloquentes. Étant donné la confidentialité qui entoure bien souvent les plaidoiries, il est fort possible que cela soit le cas dans d'autres arbitrages qui n'ont toujours pas été rendus publics.

Quatrièmement, il appartient dorénavant aux tribunaux d'arbitrage, lorsque sont invoquées ces obligations relatives aux droits humains, de déterminer dans quelle mesure elles sont applicables au règlement d'un différend donné. Par exemple, les arbitres vont évaluer si les obligations découlant du droit relatif aux droits humains peuvent être invoquées par un État pour se justifier ou se défendre contre l'accusation d'avoir manqué à ses obligations envers des investisseurs étrangers. Si les arbitres n'ont pas compétence pour établir si un État n'a pas respecté ses obligations en matière de droits humains, ils peuvent cependant exprimer des opinions sur ce qu'exigent ces obligations de l'État en question, et juger si elles peuvent justifier ou excuser les actions de l'État qui nuisent aux intérêts d'investisseurs étrangers.

Enfin, les arbitres ne disposent pas de lignes directrices, à part les règles générales encadrant l'interprétation des traités, pour les orienter dans l'interprétation des obligations des États en matière de droits humains. Ils n'en ont guère plus pour les aider à concilier, dans des circonstances concrètes, les obligations relevant du droit relatif aux droits humains et celles qui découlent des traités d'investissement.

À la lumière de ces conclusions, les défenseurs des droits humains devraient à présent penser à tirer profit de certaines ouvertures qui se présentent et que nous allons esquisser dans ce chapitre.

Travail d'observation et de suivi

On voit se multiplier les procédures d'arbitrage de différends relatifs à des traités d'investissement où interviennent des enjeux de droits humains. Ces affaires soulèvent des questions majeures, et jusqu'ici peu explorées, sur la façon de ménager un juste équilibre entre le droit relatif aux droits humains et les obligations découlant de traités d'investissement.

Tout d'abord, la première chose à faire consiste à suivre de plus près l'évolution de ce champ décentralisé et opaque du droit international. Il faut s'employer à suivre à la trace toutes les procédures intentées en vertu de traités d'investissement de manière à repérer celles qui soulèvent des questions se rapportant aux droits humains¹⁴². Il existe de nombreuses procédures d'arbitrage dont l'existence a été publiquement divulguée, par exemple sur le site du CIRDI, et que les chercheurs, les organisations de la société civile et les journalistes devraient suivre systématiquement et en permanence.

À l'heure actuelle, les observateurs n'ont qu'une capacité limitée de suivre et d'analyser l'évolution du régime du droit de l'investissement. Du fait des règles d'arbitrage utilisées dans les différends relatifs à des traités d'investissement, un nombre inconnu de poursuites en arbitrage peuvent être intentées sans que le public en soit informé. Les États peuvent rendre ces processus plus transparents en négociant des traités d'investissement qui prévoient un mécanisme de règlement des différends non confidentiel. Toutefois, vu qu'il existe des centaines de ces traités déjà en vigueur, certains ont émis des propositions plus larges de révision des règles de procédure arbitrales de manière que l'arbitrage de tous les différends investisseurs/États empruntant ces règles procédurales soit rendu public¹⁴³.

Étude et analyse du traitement de questions similaires par les deux régimes

Il est nécessaire d'étudier en quoi le régime de protection de l'investissement étranger et le système des droits humains offrent des formes de protection communes à certains acteurs. Par exemple, tant les traités d'investissement que les traités des droits humains prévoient des protections en cas d'expropriation. Pourtant, comme on l'a noté plus haut, les mécanismes juridictionnels des droits humains et les tribunaux d'arbitrage des différends liés aux investissements peuvent en arriver à des conclusions radicalement différentes quand il s'agit de statuer si tel geste posé par un gouvernement entraîne pour lui l'obligation d'indemniser le propriétaire touché, et de déterminer le montant de l'indemnité (équivalente ou inférieure à la valeur marchande) à accorder.

L'autre différence entre les deux systèmes réside dans la question de l'indemnisation *des dommages* moraux (plutôt que des pertes financières). Il est courant, dans les mécanismes du

système des droits humains, d'accorder une forme de compensation pour les dommages moraux subis par les victimes de violations des droits humains (par exemple, pour les souffrances endurées, l'atteinte à la dignité, la peur, la détresse psychologique, etc.)¹⁴⁴. Si on examine la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dans le nombre impressionnant de cas où le tribunal a ordonné un dédommagement, il s'agit d'indemnisation pour dommages moraux et non pour pertes financières¹⁴⁵. Il faut noter que cette pratique a commencé à faire école du côté de l'arbitrage des différends liés à l'investissement. Au début de l'année 2008, des arbitres ont accordé des dommages moraux à une société dont les dirigeants avaient « souffert de stress et d'anxiété après avoir été harcelés, menacés et détenus » par des agents de l'État et intimidés par des individus armés¹⁴⁶. Au premier coup d'œil, le montant accordé — un million de dollars américains — semble de beaucoup excéder les indemnités accordées dans la plupart des affaires traitées par les mécanismes juridictionnels du système des droits humains, même celles impliquant les violations les plus graves comme la torture, les disparitions ou les exécutions extrajudiciaires. Il est donc prioritaire pour les chercheurs et les preneurs de décisions d'évaluer comment ces deux régimes de droit international traitent des questions similaires, y compris l'octroi d'indemnités pour dommages moraux.

À ce jour, nombreux sont les défenseurs des droits humains qui ignorent encore que les particuliers ou les entreprises peuvent choisir de déposer des griefs d'apparence similaire soit en recourant aux mécanismes des droits humains (comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme), soit en soumettant une requête en arbitrage devant les mécanismes prévus par les traités bilatéraux d'investissement. Pour les États et les personnes sous leur juridiction, les décisions de ces différents mécanismes juridictionnels internationaux peuvent avoir des conséquences radicalement différentes sur les plans juridique, politique et financier.

Étude et analyse de l'interprétation et de l'application du droit relatif aux droits humains par les arbitres d'investissement

Il est clair que les intérêts des investisseurs étrangers peuvent entrer en collision avec les droits fondamentaux des personnes qui vivent dans le pays d'accueil. Comme on l'a évoqué plus haut, des investisseurs ont récemment engagé des actions en

¹⁴² On trouve sur le site Web du CIRDI des informations sur les procédures d'arbitrage en cours sous l'égide de cet organe (www.worldbank.org/icsid). Autres sources : *Investment Arbitration Reporter* et la recension semestrielle du *American Lawyer Magazine* des procédures d'arbitrage de différends importants (au sens des enjeux financiers) concernant des investissements.

¹⁴³ Dernièrement, le professeur John Ruggie, représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU, a appelé les États-parties de la CNUDCI à envisager une révision des règles procédurales pour faire en sorte que les arbitrages entre investisseurs et États « où entrent en jeu les droits humains et d'autres responsabilités des États » se déroulent dans une plus grande transparence. Parmi les changements proposés pourraient figurer la divulgation de toutes les procédures d'arbitrage en cours ainsi qu'un accès du public aux audiences et aux documents. Mais il reste à voir si les gouvernements vont tenir compte de ces propositions lors de leur révision du règlement d'arbitrage de la CNUDCI. On trouvera l'exposé adressé par John Ruggie au Groupe de travail sur l'arbitrage de la CNUDCI, 4-8 février 2008, en ligne : www.reports-and-materials.org/Ruggie-statement-UNCITRAL-Feb-2008.pdf.

¹⁴⁴ Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2^e éd., Oxford University Press, 2005, p. 291-293.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 296.

¹⁴⁶ *Desert Line Properties LLC c. Yemen*, CIRDI, affaire ARB/05/17, sentence du 6 février 2008.

arbitrage qui pourraient avoir des répercussions sur l'exercice du droit à l'eau, compromettre l'adoption par un État de mesures d'action positive en faveur de personnes désavantagées ou sa capacité de composer entre l'obligation d'assurer la sécurité des investisseurs et celle de respecter les droits humains des personnes qui protestent contre un projet d'IED. Dans ces affaires, les États (ou des tierces parties) demandent aux arbitres de tenir compte des obligations de l'État hôte en matière de droits humains et de déterminer si ces obligations peuvent excuser ou justifier certaines mesures gouvernementales qui nuisent aux intérêts d'investisseurs étrangers.

Parce que la plupart des traités d'investissement ne font jamais référence au droit relatif aux droits humains, les États pourraient choisir, à l'avenir, d'introduire dans les traités qu'ils négocient le discours des droits humains¹⁴⁷. Ce faisant, ils obligeraient les arbitres à évaluer l'applicabilité du droit relatif aux droits humains aux questions en litige. Toutefois, cela soulève inévitablement la question plus large de la capacité des arbitres d'interpréter les dimensions du droit relatif aux droits humains entrant en jeu dans ces affaires. Comme l'a noté Anne van Aaken, il ne faut pas sous-estimer ce pouvoir d'interprétation des arbitres, en particulier dans un contexte où l'on compte chaque année des douzaines de procédures d'arbitrage investisseur/État intentées en vertu de traités d'investissement¹⁴⁸. Comme le fait observer Van Aaken, la question de savoir qui arbitre ces différends devient cruciale¹⁴⁹. Certes, il y a là un dilemme inextricable pour ceux qui préconisent que les arbitres se réfèrent à un champ plus large du droit international, y compris le droit relatif aux droits humains. Dans l'éventualité où les arbitres acceptent de le faire, il leur faudra tirer des conclusions sur la façon dont il faut interpréter et comprendre les obligations des États en matière de droits humains. Il peut arriver, en de rares occasions, que les arbitres possèdent une solide expertise en droit relatif aux droits humains. En effet, certaines des personnes qui siègent dans des tribunaux d'arbitrage possèdent de l'expérience et des compétences dans ce champ du droit¹⁵⁰. Mais dans bien des cas, les arbitres risquent de n'avoir qu'une expertise limitée à ce chapitre.

On peut concevoir diverses stratégies pour combler ces lacunes. Par exemple, on pourrait choisir des arbitres possédant une expertise en droit relatif aux droits humains. Toutefois, en l'absence de règles contraignantes, il appartient à chacune des parties de choisir son propre arbitre. Par ailleurs, les arbitres pourraient consulter des experts ou des agences spécialisées (notamment les organes de surveillance de l'application des traités de l'ONU) pour obtenir des éclaircissements sur les questions de droits humains entrant en jeu dans une affaire. Cependant, faute de mandats à cet effet, les arbitres ont toute latitude pour déterminer dans quelle mesure ils examineront les obligations relevant des droits humains et sur quelle base. Par exemple, les arbitres d'un différend relatif à un traité d'investissement ont récemment rejeté la requête d'un État qui voulait obtenir une opinion de la Cour ou de la Commission européenne des droits de l'homme sur des questions de droit européen¹⁵¹. Les États doivent évaluer s'il est nécessaire que les traités d'investissement prévoient des procédures de renvoi obligatoire autorisant la consultation d'agences spécialisées ou de mécanismes juridictionnels du système des droits humains sur des questions relatives au droit relatif aux droits humains.

Le régime international de protection de l'investissement étranger est un système de droit international solide et de large portée, qui compte plusieurs milliers de traités ouvrant la voie à des litiges susceptibles d'avoir des conséquences considérables. Dans un certain nombre de cas, les arbitres chargés de régler ces différends doivent traiter de questions relevant des droits humains, et il appartient aux acteurs qui militent pour la protection et la promotion des droits humains d'étudier cette nouvelle tendance et d'en analyser les implications plus larges.

¹⁴⁷ À noter que le représentant spécial John Ruggie a récemment souhaité que les organes gouvernementaux fassent preuve d'une plus grande cohérence quand ils rédigent les traités d'investissement (ou tout autre traité économique). Il a en effet constaté que les ministères du commerce ou du développement économique ont trop souvent travaillé à contresens des obligations des États en matière de droits humains et des institutions chargées de mettre en œuvre ces obligations. Rapport du 7 avril 2008, par. 33 (en anglais); les mémoires préparés à l'intention du Représentant spécial préconisaient l'introduction de références aux droits humains dans la formulation des traités d'investissement; voir Mann, 2008, p. 39.

¹⁴⁸ Anne van Aaken, « Fragmentation of International Law : The Case of International Investment Protection », University of St.Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series, document de travail n° 2008-1, p. 33.

¹⁴⁹ S'ils n'ont clairement pas compétence pour déclarer les États responsables de manquements à leurs obligations de protection des droits humains, les tribunaux d'arbitrage peuvent en revanche donner leur propre évaluation de ce qu'impliquent ces obligations lorsqu'ils interprètent les obligations issues des traités d'investissement. Dans le cas du droit à l'eau, par exemple, qui n'a que minimalement été interprété par les cours ou tribunaux internationaux, les arbitres de différends relatifs à des investissements pourraient faire œuvre de pionniers et montrer la voie dans l'analyse de ce droit humain en évolution.

¹⁵⁰ Le juge Pedro Nikken, qui a déjà siégé à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, préside le tribunal d'arbitrage dans l'affaire *Aguas Argentinas*. Ailleurs, le juge Thomas Burgenthal, qui a déjà présidé cette même Cour, et le professeur Lucius Cafilich, qui y a lui aussi siégé, ont présidé plusieurs tribunaux d'arbitrage formés en vertu de traités d'investissement.

¹⁵¹ Même si le libellé des traités ne prévoit pas ce genre de renvoi, les États ont, à l'occasion, demandé aux arbitres de rechercher l'opinion d'autres organes ou tribunaux. Par exemple, dans l'affaire *Eastern Sugar c. République tchèque* engagée en vertu d'un TBI conclu entre les Pays-Bas et la République tchèque, cette dernière a demandé aux arbitres de renvoyer l'affaire à la Cour européenne de justice ou à la Commission européenne pour obtenir une opinion sur certaines questions, notamment au sujet de l'extinction implicite du traité applicable à la suite de l'adhésion de la République tchèque à l'Union européenne. Les arbitres n'étaient pas obligés d'accéder à cette demande et ils ne l'ont pas fait. Voir *Eastern Sugar B.V. c. République tchèque*, sentence partielle du 27 mars 2007, en ligne : ita.law.uvic.ca/documents/EasternSugar.pdf.

