



**CENTRE
SUD**

Document
de recherche
Juin 2016

68

**PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT
INTERNATIONAL : ANALYSE COMPARATIVE DU
PARTENARIAT TRANSPACIFIQUE ET DES
NOUVEAUX MODÈLES D'ACCORD DES PAYS EN
DÉVELOPPEMENT**

Kinda Mohamadieh et Daniel Uribe



DOCUMENT DE RECHERCHE

68

PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL : ANALYSE COMPARATIVE DU PARTENARIAT TRANSPACIFIQUE ET DES NOUVEAUX MODÈLES D'ACCORD DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT

Kinda Mohamadieh et Daniel Uribe¹ *

CENTRE SUD

JUIN 2016

¹ Kinda Mohamadieh travaille comme chercheuse et Daniel Uribe comme chercheur invité au Centre Sud (Genève). Les auteurs expriment leur gratitude à Carlos Correa et Manuel Montes, conseillers principaux du Centre Sud, et à Sanya Reid Smith, conseillère juridique au Third World Network, pour la relecture de ce document. Les auteurs assument l'entière responsabilité des données, analyses et opinions de ce document, qui ne doivent pas nécessairement être associées au Centre Sud.

*Traduit de l'anglais par Nina Begic

LE CENTRE SUD

En août 1995, le Centre Sud est devenu une organisation intergouvernementale permanente de pays en développement. Le Centre jouit d'une pleine indépendance intellectuelle dans la poursuite de ses objectifs, qui sont de promouvoir la solidarité entre pays du Sud, la coopération Sud-Sud et la participation coordonnée des pays en développement aux forums internationaux. Il prépare, publie et distribue des documents d'information, des analyses stratégiques et des recommandations sur les questions économiques, sociales et politiques internationales concernant les pays du Sud.

Le Centre Sud bénéficie du soutien et de la coopération des gouvernements des pays du Sud et il collabore régulièrement avec le Mouvement des pays non alignés et le Groupe des 77 et de la Chine. Ses études et prises de position sont établies en faisant appel aux capacités techniques et intellectuelles des gouvernements et des institutions du Sud, ainsi que des citoyens de ces pays. Les sessions de travail en groupe et de larges consultations impliquant les spécialistes des diverses régions du Sud, et parfois également du Nord, permettent d'étudier les problèmes courants dans le Sud, ainsi que de partager les expériences et les connaissances.

NOTE

Les lecteurs sont encouragés à citer ou à reproduire le contenu du présent document de recherche pour leur usage personnel. Cependant, nous leur demandons de bien mentionner le Centre Sud comme source et d'envoyer au Centre Sud une copie de la publication dans laquelle apparaît la reproduction ou citation.

Les opinions exprimées dans ce document n'engagent que le ou les auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles du Centre Sud ou de ses États membres. Toute erreur ou omission qui pourrait être rencontrée relève de la seule responsabilité du ou des auteurs.

Centre Sud
Ch. du Champ d'Anier 17
CP 228, 1211 Genève 19
Suisse
Tél. (41) 022 791 80 50
Fax (41) 022 798 85 31
south@southcentre.int
www.southcentre.int

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
SECTION I : LE PROGRAMME D'ACCORDS ÉCONOMIQUES INTERNATIONAUX DES ÉTATS-UNIS	3
Les modèles d'ABI américains et leurs dispositions générales.....	5
Présentation des modèles successifs d'ABI américains (voir l'encadré 2)	8
Les nouvelles dispositions du chapitre du PTP sur l'investissement	12
SECTION II : ANALYSE COMPARATIVE DES ACCORDS D'INVESTISSEMENT : EXEMPLES DE L'INDE ET DU BRÉSIL ET DU PTP	15
Définition des investissements et des investisseurs.....	17
Le principe du traitement national.....	19
Le traitement de la nation la plus favorisée (NPF).....	22
Expropriation directe et indirecte	23
Le principe du traitement juste et équitable	26
Les obligations des investisseurs.....	28
Le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)	29
Les prescriptions de résultats	32
Portée et défauts des exceptions générales et des dispositions relatives au droit de réglementer	33
CONCLUSION	38
ANNEXES	40

INTRODUCTION

Le régime des accords internationaux d'investissement (AII) est à la croisée des chemins. D'un côté, de plus en plus d'analystes et de responsables politiques du monde entier s'accordent sur la nécessité de réformer radicalement le régime des AII. De l'autre, des États continuent de négocier et de conclure des AII, sachant que plus de 3 280 étaient en vigueur au premier semestre de l'année 2016, un record historique².

Le modèle sur lequel repose la majorité des AII en vigueur est extrêmement désavantageux pour les pays en développement, s'agissant notamment de la réalisation de leurs objectifs de développement et de la marge de manœuvre dont ils disposent dans le choix de leurs politiques. Le problème fondamental que pose le régime de protection de l'investissement réside dans le caractère inéquitable de certaines dispositions prévues aux AII, qui protègent essentiellement les droits des investisseurs tout en réduisant leurs obligations, si toutefois elles les abordent. De nombreux AII ne reconnaissent pas expressément la nécessité de préserver le pouvoir de réglementation des pays d'accueil.

Actuellement, plusieurs pays, développés et en développement, s'emploient à réformer leurs modèles d'AII. D'après la CNUCED³, depuis 2012, au moins 110 États ont révisé leurs politiques d'investissement national ou international et au moins 60 États ont élaboré ou commencé à élaborer de nouveaux modèles d'AII. La CNUCED souligne qu'aujourd'hui, la question n'est pas de savoir si une réforme est nécessaire, mais de savoir ce qu'il faut réformer, comment et dans quelle mesure⁴. Bien qu'une réforme du régime des accords internationaux de protection de l'investissement ait été amorcée, elle est encore balbutiante.

Dans ce contexte, la conclusion du chapitre sur l'investissement de l'Accord de partenariat transpacifique (PTP) par 12 pays, dont les États-Unis, a constitué l'un des faits les plus marquants de l'année 2015. En outre, l'Inde a dévoilé son nouveau modèle d'AII. En Afrique du Sud, une nouvelle loi sur l'investissement national est entrée en vigueur à la fin de l'année 2015. Le Brésil a élaboré un modèle d'accord de facilitation des investissements et de coopération, puis engagé des négociations avec plusieurs pays, notamment le Malawi, le Chili, la Colombie, l'Angola, le Mexique et le Mozambique.

Un examen approfondi des modèles d'AII conclus l'année dernière montre que la manière de procéder aux réformes des AII varie substantiellement selon les pays. Certains pays mettent fin aux AII qu'ils ont conclus et, pour les remplacer, adoptent de nouvelles lois nationales ou élaborent de nouveaux modèles d'accord tenant compte de leur droit souverain en matière de réglementation⁵ (par exemple, l'Afrique du Sud, l'Indonésie et la Bolivie se sont retirées de la plupart, si ce n'est de l'ensemble, des AII auxquels elles étaient parties). D'autres pays proposent d'apporter des modifications qui ne seraient, en fait, que superficielles ou qui n'impliqueraient pas de véritable changement systémique. En effet, les infimes clarifications ainsi que les nouvelles dispositions et clauses d'exception au titre du *droit de réglementer* que les pays proposent d'insérer dans les AII n'abordent pas directement le problème posé par

² Voir : CNUCED, *Investment Policy Monitor* N° 15, mars 2016 et <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

³ Voir : CNUCED, *Taking Stock of IIA Reform, Issues Note*, mars 2016.

⁴ *Ibid.*

⁵ Voir : Centre Sud (2015), *Investment Treaties: Views and Experiences from Developing Countries*.

certaines dispositions qui restreignent particulièrement la marge de manœuvre réglementaire des États, telles que les dispositions relatives au *traitement juste et équitable*.

La première section de ce document décrit la pratique des États-Unis en matière d'AII, notamment les dispositions générales de leurs modèles d'accord bilatéral d'investissement (ABI). Elle présente également l'évolution du programme américain de négociation des ABI jusqu'à la conclusion du PTP⁶. Cette section permet de mettre en contexte, à des fins d'analyse, la logique qui régit le chapitre du PTP sur l'investissement. La deuxième section de ce document compare les principes qui sous-tendent respectivement le chapitre du PTP sur l'investissement et les nouveaux modèles d'AII de l'Inde et du Brésil⁷. Les AII en question y sont examinés sous plusieurs angles : les définitions qu'ils contiennent, leur champ d'application, les dispositions relatives au traitement national, au traitement de la nation la plus favorisée (NPF), à l'expropriation directe et indirecte, au traitement juste et équitable, aux obligations des investisseurs, aux prescriptions de résultats et au droit de réglementer, les exceptions générales et les modalités du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Cette analyse montre que les dispositions de fonds et les principes de règlement des différends varient considérablement selon les AII.

⁶ Consultable à l'adresse : <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fr>.

⁷ Nous avons analysé le modèle d'AII de l'Inde à partir de la version publiée par le Gouvernement indien en janvier 2016. Nous avons basé notre analyse du modèle d'AII du Brésil sur la traduction non officielle de l'accord conclu entre le Brésil et le Malawi. Il convient de souligner que les AII conclus à ce jour par le Brésil, notamment avec le Mozambique, l'Angola, le Mexique et le Malawi, diffèrent en plusieurs aspects. Pour en savoir plus à ce sujet, voir Nathalie Bernasconi et Martin Dietrich Brauch (septembre 2015), *Comparative Commentary to Brazil's Cooperation and Investment Facilitation Agreements with Mozambique, Angola, Mexico and Malawi*.

SECTION I : LE PROGRAMME D'ACCORDS ÉCONOMIQUES INTERNATIONAUX DES ÉTATS-UNIS

C'est depuis longtemps dans la tradition des États-Unis de signer des accords économiques, qui, à l'origine, consistaient en des traités d'amitié, de commerce et de navigation. Ces derniers ont jeté les bases des relations bilatérales des États-Unis en matière de commerce et d'investissement⁸. Les 21 traités d'amitié, de commerce et de navigation conclus par les États-Unis entre 1946 et 1966⁹ accordaient des avantages aux investisseurs individuels et institutionnels, y compris aux filiales américaines établies à l'étranger¹⁰. C'est sur cette base que les États-Unis ont, par la suite, élaboré leurs modèles d'ABI, désireux de renforcer la protection et les garanties des investisseurs, et notamment de les protéger contre l'expropriation en leur accordant la possibilité d'être pleinement indemnisés¹¹.

En 1981, lorsque les États-Unis lancèrent leur programme d'ABI, dans le cadre du programme d'accords économiques internationaux, l'objectif du modèle d'ABI était d'assurer la stabilité des normes juridiques internationales afin de protéger les investissements américains en cours dans les pays en développement¹². Ce premier modèle d'ABI visait, d'après ses concepteurs, à protéger le *stock d'investissement en cours*¹³, et *pas nécessairement* à promouvoir les mouvements d'investissement direct étranger (IDE). Les États-Unis mirent également leurs ABI à profit pour améliorer leurs relations avec des pays importants sur le plan politique¹⁴. Plus récemment, ils se sont employés à réduire les prescriptions de résultats qui régissent les investissements réalisés sur le territoire du pays d'accueil, pendant toute la durée des investissements à compter de leur établissement (ou de leur entrée)¹⁵.

C'est l'augmentation du nombre d'ABI conclus entre des pays européens et des pays en développement qui incita les États-Unis à élaborer leur programme d'accords économiques internationaux¹⁶. Les États-Unis conclurent leurs premiers ABI dans les années 1980¹⁷, bien après la signature des premiers ABI européens, au début des années 1960¹⁸. Les États-Unis sont actuellement partie à 46 ABI (dont 40 sont en vigueur) ainsi qu'à 67 autres types d'AII

⁸ Congressional Research Service, Library of Congress, *Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate* (étude réalisée pour la Commission des relations étrangères du Sénat des États-Unis), 2001, p. 265.

⁹ Kenneth J. Vandeveld, *The Bilateral Investment Treaty Program of the United States*, *Cornell International Law Journal* 21 (2), 1988, p. 208.

¹⁰ K. Scott Gudgeon, *United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purpose, and General Treatment Standards*, *Berkeley Journal of International Law* 4 (1), 1986, p. 108.

¹¹ Martin A. Weiss, *The U.S. Bilateral Investment Treaty Program: An Overview* (Congressional Research Service, 2007).

¹² Gudgeon, *op. cit.*, p. 110.

¹³ *Ibid*, p. 111.

¹⁴ Adam Chilton, *The Politics of the United States' Bilateral Investment Treaty Program*, Document de travail N° 722, Coase-Sandor Institute for Law and Economics, 2015, p. 11.

¹⁵ Bureau des affaires économiques du Département d'État des États-Unis, *Bilateral Investment Treaties and Related Agreements*, 2016. Consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.state.gov/e/eb/ifa/bit ABI/> (consulté le 21 mars 2016).

¹⁶ Weiss, *op. cit.*

¹⁷ Les États-Unis ont commencé à négocier des ABI pendant la première moitié des années 1980. Le premier ABI des États-Unis fut conclu en 1982 avec le Panama, sur leur modèle d'ABI élaboré en 1981. C'est également sur ce modèle que les États-Unis se sont basés pour négocier et conclure des ABI avec le Sénégal, Haïti, le Zaïre (aujourd'hui Congo), le Maroc, la Turquie, le Cameroun, le Bangladesh, l'Égypte et la Grenade. Voir : Gudgeon, *op. cit.*, p. 105.

¹⁸ Weiss, *op. cit.*, p. 2.

(dont 49 sont en vigueur)¹⁹. De plus, en 2015, les États-Unis ont conclu le chapitre du PTP sur l'investissement (qui n'est pas encore en vigueur au moment de la rédaction de ce document) avec 11 autres pays (l'annexe 1 au présent rapport présente l'évolution dans le temps du nombre d'ABI conclus par plusieurs membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), dont les États-Unis).

Des études ont révélé que ce sont surtout les investisseurs américains qui ont recours au RDIE. Ils sont à l'origine d'environ 130 procédures sur 608 répertoriées²⁰. Selon la CNUCED, les États-Unis ont été cités comme partie défenderesse dans 15 procédures de RDIE, tandis que les investisseurs américains ont engagé 138 procédures au titre des ABI ou du chapitre sur l'investissement des accords de libre-échange (ALE) dont le pays est signataire. Quatre-vingt de ces 138 procédures ont été engagées à l'encontre de pays en développement (l'annexe 2 liste les recours introduits à leur encontre par les investisseurs américains). Parmi ces 80 procédures, 64 sont déjà closes : 24 ont été tranchées en faveur de l'investisseur, 13 ont été réglées à l'amiable, 21 ont été tranchées en faveur de l'État, et 6 ont fait l'objet d'un désistement. Il convient de noter que le règlement amiable n'est habituellement pas rendu public et implique l'indemnisation de l'investisseur. En outre, même lorsque l'État obtient gain de cause, il engage généralement d'importants frais de justice au cours de la procédure. Les mesures publiques contestées relèvent aussi bien de la gestion des ressources que de la protection de l'environnement et de l'ordre public²¹.

Plusieurs procédures ont été engagées par des sociétés pétrolières américaines qui avaient été contraintes par les autorités locales d'effectuer des dépenses en recherche et développement après que les champs pétrolifères de la région d'accueil s'étaient avérés plus vastes que prévu²². Un des tribunaux alors saisis²³ a conclu que ces mesures imposaient de nouvelles obligations constituant des prescriptions de résultats interdites par le chapitre sur l'investissement de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), et a ordonné à l'État d'indemniser les sociétés pétrolières à hauteur de 13 millions de dollars des États-Unis, majorés des intérêts. De même, une société américaine a engagé une autre procédure au titre

¹⁹ CNUCED, Investment Policy Hub, *United States of America: Bilateral Investment Treaties*. Consultable (en anglais) à l'adresse : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/223#iiaInnerMenu> (consulté le 18 mars 2016). Voir aussi : CNUCED, International Investment Agreements Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#footnote>. D'après la CNUCED, le moteur de recherche ne recense pas les ABI et les autres types d'AII ayant été dénoncés, résiliés d'un commun accord ou renégociés.

²⁰ Voir : CNUCED, *IIA Issues Note* No. 1, février 2015, consultable (en anglais) à l'adresse : http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf (consulté en avril 2016). Nous parlons ici de procédures répertoriées, car de nombreuses procédures de RDIE ne sont pas rendues publiques, souvent lorsqu'il s'agit d'un différend porté devant un tribunal spécial. De plus, les droits procéduraux des investisseurs américains sont interprétés de manière large dans 98 % des cas. Voir : Gus Van Harten, *Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration*, *Osgoode Hall Law Journal* (50)1, 2012, consultable (en anglais) à l'adresse : <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1036&context=ohlj> (les résultats concernant l'interprétation des droits fondamentaux sont du même auteur, un professeur de droit canadien).

²¹ Voir : International Investment Arbitration Public Policy (IIAPP), *Cases and Regulatory Impacts*, consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.iiapp.org/cases-regulatory-impacts/> (consulté le 8 avril 2016).

²² Voir : Public Citizen, *Table of Foreign Investor-State Cases and Claims under NAFTA and other U.S. "Trade" Deals*, juin 2015, consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.citizen.org/documents/investor-state-chart.pdf> (consulté le 8 avril 2016), p. 16.

²³ *Mobil Investments Canada Inc. et Murphy Oil Corporation c. Canada*, affaire n° ARB(AF)/07/4 du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

de l'ALÉNA après s'être vue imposer des prescriptions environnementales liées à un projet d'extraction minière situé dans un lieu important pour des espèces maritimes en danger. Les prescriptions enjoignaient à l'investisseur de réaliser plusieurs études approfondies des répercussions du projet sur l'environnement, qu'il a considérées comme arbitraires, discriminatoires et injustes²⁴. En mars 2015, le tribunal a tranché en faveur de l'investisseur²⁵, et conclu que l'étude des répercussions environnementales était *arbitraire*, portait atteinte aux attentes des investisseurs et contrevenait ainsi à l'obligation de *norme minimale de traitement*²⁶.

D'autres procédures ont porté sur des mesures prises par l'État pour garantir la prestation de services de base, tels que l'approvisionnement en eau et l'assainissement²⁷. En 2001, une société américaine titulaire d'une concession privée de distribution et d'assainissement d'eau dans un pays en développement a mis en cause des mesures publiques visant à empêcher l'augmentation des tarifs et à garantir la qualité des services. Les mesures contestées avaient été adoptées par l'État à la suite de plaintes de consommateurs concernant notamment la mauvaise odeur de l'eau, dont la cause s'était avérée être la présence d'algues dans le réservoir. L'investisseur a accusé l'État de violer ses obligations de *traitement juste et équitable* en lui interdisant d'augmenter ses tarifs et en n'allouant pas suffisamment de fonds publics aux infrastructures d'approvisionnement et d'assainissement²⁸. En 2006, un tribunal arbitral a conclu que même une mesure étatique légitime qui sert l'intérêt public peut donner lieu à une demande d'indemnisation²⁹, et a ordonné à l'État défendeur de verser 165 millions de dollars, majorés des intérêts, au titre de la violation du droit de l'investisseur de bénéficier d'un *traitement juste et équitable*.

Dispositions générales des modèles d'ABI américains

Entre la conclusion de leur premier ABI avec le Panama en 1982 et celle du PTP, les États-Unis ont révisé leur modèle d'ABI à trois reprises (en 1994, en 2004 et en 2012)³⁰.

Néanmoins, les versions successives de leur modèle d'ABI ne sont pas fondamentalement différentes. Elles traitent essentiellement de six aspects fondamentaux de la protection des investissements et des investisseurs :

i) Le traitement de l'investissement : les principes du traitement national et du traitement NPF s'appliquent à chaque phase de l'investissement, notamment durant l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et l'aliénation.

²⁴ Voir : Public Citizen, *op. cit.*, p. 17.

²⁵ *Clayton et Bilcon of Delaware Inc. c. Gouvernement du Canada*, affaire n° 2009-04 de la Cour permanente d'arbitrage.

²⁶ Voir : Public Citizen, *op. cit.*

²⁷ *Azurix Corp. c. République argentine*, affaire n° ARB/01/12 du CIRDI.

²⁸ Voir : Public Citizen, *Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies*, consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.citizen.org/documents/egregious-investor-state-attacks-case-studies.pdf> (consulté le 8 avril 2016).

²⁹ *Azurix Corp. c. République argentine*, sentence arbitrale (14 juillet 2006).

³⁰ Voir le programme d'ABI lancé en 1977 par les États-Unis et géré conjointement par le Département d'État américain et le représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales.

ii) Le droit de propriété (expropriation directe, expropriation indirecte et indemnisation) : le concept d'expropriation est délimité et le principe d'une indemnisation *prompte, adéquate et effective* (également appelé *formule de Hull*) est reconnu. Le concept d'expropriation n'est pas précisément défini dans les anciens modèles d'ABI des États-Unis, dont la *largeur* et la *souplesse* permettent de qualifier d'expropriation *toute mesure* privant un investisseur de la gestion, du contrôle ou de la valeur économique de son investissement³¹.

iii) Les transferts de propriété : les investisseurs ont le droit de transférer librement, sans délai et au taux de change du marché le titre de propriété d'un investissement.

iv) Les prescriptions de résultats : des prescriptions de résultats sont assujetties à des restrictions concernant notamment le contenu national, les contingents d'exportation et le transfert de technologie.

v) Le règlement des différends : les investisseurs ont le droit d'engager une procédure d'arbitrage international à l'encontre d'un pays d'accueil en cas de différend relatif à un investissement.

vi) Les cadres dirigeants et le conseil d'administration : une société constituant un investissement aux termes de l'ABI ne peut se voir imposer les prescriptions d'un État relatives à la nationalité de ses cadres dirigeants. Les investisseurs ont ainsi le droit de choisir leur personnel de direction sans considération de nationalité³², selon la méthode de la liste négative. Cette restriction fait l'objet d'une disposition autonome³³ dans les modèles d'ABI dernièrement conclus par les États-Unis, alors qu'elle était intégrée dans la clause de *prescriptions de résultats* des ABI précédents.

D'après le Bureau du représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, les ABI signés par les États-Unis visent principalement à³⁴ :

- i) protéger les investissements étrangers des ressortissant américains ;
- ii) encourager l'adoption de mesures nationales favorisant les mécanismes de marché par un traitement ouvert, transparent et non discriminatoire des investissements privés ; et
- iii) appuyer l'élaboration de règles de droit international compatibles avec ces objectifs.

³¹ Présidence des États-Unis, instrument de ratification du traité conclu entre les États-Unis d'Amérique et la République populaire du Bangladesh concernant la promotion et la protection réciproques des investissements (1986), consultable (en anglais) à l'adresse :

<http://www.state.gov/documents/organization/43480.pdf> (consulté le 14 avril 2016). Ce document précise que dans l'ABI la portée du terme *expropriation* est large et souple, de sorte à ce qu'indépendamment de sa forme, toute mesure qui a pour conséquence de priver un investisseur de la gestion, du contrôle ou de la valeur économique d'un investissement, peut constituer une expropriation exigeant une indemnisation équivalente à sa *juste valeur marchande*.

³² Bureau des affaires économiques et commerciales du Département d'État américain, *op. cit.*

³³ Voir, par exemple, les ABI conclus par les États-Unis avec l'Uruguay (2005) et le Rwanda (2008).

³⁴ Bureau du représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, *Bilateral Investment Treaties*, consultable (en anglais) à l'adresse: <https://ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties> (consulté le 18 mars 2016)

Le préambule des ABI conclus par les États-Unis manifeste généralement l'intention des parties de :

- i) promouvoir leur coopération et leur développement économiques ; et
- ii) protéger les investissements des ressortissants de l'autre partie³⁵.

Dans les ABI conclus après 2004, les parties expriment, en outre, leur intention de concevoir des moyens efficaces pour faire valoir et faire respecter les droits attachés aux investissements visés³⁶. L'un des derniers ABI signés par les États-Unis en 2012 mentionne également la *volonté* de réaliser ces objectifs tout en protégeant la santé, la sécurité, l'environnement et les droits des travailleurs³⁷. Le préambule des ABI n'a cependant pas d'effet contraignant : il énonce les objectifs et les intentions des parties contractantes, mais ne protège pas nécessairement leur marge de manœuvre réglementaire si l'accord contient des dispositions de fond intrusives. Cela étant, il peut jouer un rôle dans l'interprétation des dispositions de fond des ABI³⁸.

Plusieurs commentateurs estiment que les États-Unis concluent des ABI dans le principal objectif d'améliorer leurs relations avec des pays en développement importants sur le plan stratégique³⁹ (voir l'encadré 1).

Encadré 1. Les ABI, des instruments de politique étrangère

Réflexions d'Adam S. Chilton dans son étude *The Politics of the United States' Bilateral Investment Treaty Program*⁴⁰

Le programme des États-Unis de négociation et de conclusion d'ABI tient compte des objectifs stratégiques des États-Unis, notamment le soutien militaire de l'autre partie aux opérations américaines, d'autres types d'intérêts stratégiques, en particulier si le pays partenaire est un *ancien État communiste*, ou encore la recherche du soutien du pays partenaire aux actions américaines dans des instances internationales telles que l'Assemblée générale des Nations Unies⁴¹.

Du reste, l'expérience démontre que les objectifs économiques des ABI traditionnellement invoqués par les États-Unis (par exemple, contribuer à l'élaboration du droit international de l'investissement et protéger les investisseurs nationaux à l'étranger) ne suffisent pas à expliquer leur stratégie, d'autant plus que :

³⁵ Voir, par exemple, les ABI conclus par les États-Unis avec le Bangladesh (1986), l'Argentine (1991) et Bahreïn (1999).

³⁶ Voir, par exemple, les ABI conclus par les États-Unis avec l'Uruguay (2005) et le Rwanda (2008).

³⁷ Le préambule de l'ABI conclu entre les États-Unis et le Rwanda (2012) énonce la volonté d'atteindre ces objectifs d'une façon compatible avec la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement et avec la promotion des droits internationaux des travailleurs.

³⁸ CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development (IPFSD)*, p. 48.

³⁹ Chilton, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.* p. 4.

1. Les négociateurs américains ne s'attendent généralement pas à ce que les mouvements d'IDE augmentent significativement grâce aux ABI, ce dont ils avertissent leurs partenaires potentiels⁴².
2. De récentes études prouvent que même si les ABI ont un effet positif sur l'ensemble des mouvements d'IDE⁴³, ils n'ont qu'une faible incidence statistique sur les mouvements d'IDE bilatéraux entre les États-Unis et leurs partenaires⁴⁴ et ils n'ont pas de corrélation directe avec l'arrivée d'IDE américains (voir annexe 3).
3. Les États-Unis ne souhaitent pas négocier, conclure et ratifier des ABI avec *n'importe quel* pays, mais ont plutôt la volonté croissante de signer des ABI avec des pays qui partagent leurs positions politiques.
4. Les ABI n'influencent pas les décisions que prennent les sociétés américaines en matière d'investissement. D'après une étude menée en 2010, les responsables de services juridiques au sein de ces sociétés estiment que l'existence d'un ABI n'a pas d'influence sur les décisions de leur société en matière d'investissement⁴⁵.

Panorama des modèles d'ABI américains (voir l'encadré 2)

C'est sur leur premier modèle d'ABI, conçu dans les années 1980, que les États-Unis se basent pour conclure leurs premiers ABI avec le Panama et l'Égypte. À la différence des traditionnels traités d'amitié, de commerce et de navigation américains, ce modèle protège les investissements indirects, ce qui revient à protéger de nombreuses formes d'investissements, y compris des personnes morales de droit étranger et des filiales étrangères régies par le droit du pays d'accueil⁴⁶. L'objectif est alors d'étendre les avantages des ABI à tous les investissements, quel que soit le statut juridique de l'entreprise locale à travers laquelle ils sont réalisés⁴⁷.

La seconde génération des modèles d'ABI américains voit le jour dans les années 1990. C'est en effet à cette période marquée par une forte hausse du nombre d'ABI conclus dans le monde que les États-Unis élaborent un nouveau modèle⁴⁸. À partir de 1994, c'est le chapitre de l'ALÉNA sur l'investissement⁴⁹ qui sert de modèle aux nouveaux ABI.

⁴² Kenneth J. Vandeveld, *Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties*, *Columbia Journal of Transnational Law* 36, 1998, p. 524; et Jose E. Alvarez, *The Once and Future Foreign Investment Regime*, In : *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, M. H. Arsanjani et al., Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 621. In : Chilton, *op. cit.*, p. 9.

⁴³ Gregory Shaffer et Tom Ginsburg, *The Empirical Turn in International Legal Scholarship*, *American Journal of International Law*, vol. 106 (1), 2012. In : Chilton, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁴ Clint Peinhardt et Todd Allee, *Failure to Deliver: The Investment Effects of US Preferential Economic Agreements*, *The World Economy* 35 (6), 2012. In : Chilton, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁵ Jason Webb Yackee, *Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence*, *Virginia Journal of International Law* 51 (397), 2010. In : Chilton, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁶ Gudgeon, *op. cit.*, p. 114.

⁴⁷ *Ibid*, p. 115.

⁴⁸ Shayerah Ilias Akhtar et Martin A. Weiss, *U.S. International Investment Agreements: Issues for Congress*, (Congressional Research Service 2013), p. 4.

⁴⁹ Weiss, *op. cit.*, p. 12.

Les procédures de règlement des différends engagées à l'encontre des États-Unis au titre de l'ALÉNA, principalement afférentes à des mesures environnementales prises par les États fédérés⁵⁰, suscitent alors des craintes quant aux avantages considérables concédés aux investisseurs étrangers, qui peuvent notamment recourir au RDIE pour bénéficier d'un traitement plus favorable que celui qui est accordé aux investisseurs américains⁵¹.

En 2012, désireux de préserver leur droit de légiférer dans l'intérêt national, les États-Unis élaborent un nouveau modèle d'ABI limitant la portée de la protection de l'investissement⁵². Néanmoins, le modèle de 2012 diffère peu du modèle antérieur de 2004, dont il conserve les dispositions de fond sur la protection des investisseurs⁵³.

Le texte du modèle de 2012 sert de base au chapitre 9 du PTP sur l'investissement⁵⁴. Malgré la clarification et l'ajout de plusieurs clauses, des interrogations subsistent quant à l'équilibre réel entre les avantages accordés aux investisseurs et la marge de manœuvre dont disposent les États pour réglementer dans l'intérêt public. En dépit de ses nouvelles dispositions sur l'environnement, la santé publique et la sécurité, le modèle de 2012 n'a pas dissipé les nombreuses inquiétudes concernant notamment la marge de manœuvre réglementaire des États et l'obligation des investisseurs de prévenir et réparer les préjudices causés à l'intérêt public dans le pays d'accueil.

En effet, dans les derniers ALE américains, comme le PTP ou l'ALE conclu en 2014 avec la Colombie, le chapitre sur l'investissement se distingue peu des modèles précédents. Par exemple, la définition de l'investissement est pratiquement identique. La différence réside dans la précision faite dans le corps du texte selon laquelle l'investissement ne peut pas désigner une ordonnance ou un jugement issus d'une action judiciaire ou administrative (cette restriction figurait en note de bas de page dans le modèle d'ABI de 2012 et l'ALE conclu avec la Colombie).

Pour ce qui est des dispositions relatives au traitement national, au traitement NPF et à l'expropriation, le PTP emploie les mêmes termes que le modèle d'ABI de 2012. Outre le fait que les mécanismes internationaux de règlement des différends sont exclus des dispositions relatives au traitement NPF, aucun changement n'a été introduit dans le PTP. S'agissant du traitement juste et équitable, les nouveaux ALE reprennent les mêmes termes que le modèle d'ABI de 2012, à la différence toutefois que le traitement accordé aux investisseurs en cas de conflit armé ou de guerre civile fait l'objet d'une disposition autonome, distincte de la disposition relative à la norme minimale de traitement et au traitement juste et équitable.

Le PTP comporte également des dispositions explicatives, précisant notamment que « le simple fait qu'une Partie prenne ou omette de prendre une mesure qui pourrait être contraire

⁵⁰ On peut notamment citer parmi ces procédures : *Methanex Corp. c. États-Unis d'Amérique*, *Glamis Gold Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, *Terminal Forest Products Ltd. c. États-Unis d'Amérique*. Pour plus d'informations à ce sujet (en anglais), voir : Département d'État des États-Unis, *Cases Filed Against the United States of America*, <http://www.state.gov/s/l/c3741.htm>, (consulté le 29 mars 2016).

⁵¹ Akhtar et Weiss, *op. cit.*, p. 10.

⁵² *Ibid*, p. 11.

⁵³ Voir : Public Citizen, version annotée du modèle d'ABI de 2012 montrant les différences vis-à-vis du modèle d'ABI de 2004, consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.citizen.org/documents/2012-model-bit-changes.pdf> (consulté le 13 avril 2016).

⁵⁴ Akhtar et Weiss, *op. cit.*, p. 10.

aux attentes d'un investisseur ne signifie pas qu'il y a eu manquement [...], même si cela a pour effet d'entraîner une perte ou un dommage à l'investissement visé » (paragraphe 4 de l'article 9.6). Le PTP stipule également que « le simple fait de ne pas accorder, renouveler ou maintenir une subvention ou une contribution, ou de la modifier ou de la réduire, ne constitue pas un manquement à la norme minimale de traitement » (paragraphe 5 de l'article 9.6). Ses formulations ont conservé l'esprit des anciens accords américains qui confèrent aux investisseurs étrangers le *droit* de ne pas voir leurs attentes contrariées par une réorientation des politiques publiques⁵⁵. L'imprécision dans laquelle ces dispositions sont rédigées laisse une très grande latitude aux tribunaux de RDIE pour accorder des indemnisations aux investisseurs au titre de la norme minimale de traitement et du traitement juste et équitable au simple motif que des mesures publiques font obstacle à leurs attentes, ce qui a pour conséquence de restreindre le droit de réglementer des États⁵⁶. En ce qui concerne les prescriptions de résultats, le PTP est plus restrictif, bien qu'il utilise un libellé très proche du modèle d'ABI de 2012.

Encadré 2. L'évolution des modèles d'ABI américains

Les modèles d'ABI américains

Le premier modèle d'ABI américain (1981)

Le premier modèle d'ABI contient des dispositions relatives au traitement de l'investissement, évoquant notamment les principes du traitement national et du traitement NPF, ainsi qu'à l'interdiction des prescriptions de résultats, à la nationalisation et à l'expropriation. Une des ambitions de ce type d'accord est d'accorder aux sociétés régies par le droit du pays d'accueil la possibilité de nommer le personnel dirigeant, technique ou spécialisé de leur choix pour gérer l'organisation et l'exploitation de leur investissement. Il importe de souligner que, pendant cette période, les États-Unis ont discrètement mis de côté l'idée d'inclure des dispositions encadrant le transfert de technologie et la coopération entre les Parties, que l'Allemagne et le Pakistan abordent déjà dans le tout premier ABI conclu (1959), et visant à améliorer la productivité et les conditions de vie dans les pays d'origine et d'accueil.

Le deuxième modèle d'ABI américain (1992 - 1998)

Les dispositions du modèle d'ABI de 1994 sont identiques à celles du modèle précédent. Le modèle de 1994 précise toutefois qu'en cas d'expropriation, une indemnisation équivalant à la juste valeur marchande de l'investissement à la date de l'expropriation ou avant la date à laquelle a été annoncée l'expropriation, majorée d'intérêts au taux commercial calculés à compter de la date de l'expropriation, doit être versée à l'investisseur dans une monnaie librement convertible. La multiplication des procédures engagées à l'encontre des États-Unis

⁵⁵ Public Citizen, *Secret TPP Investment Chapter Unveiled: It's Worse than We Thought, Analysis of Specific TPP Investment Provisions and Their Threats to the Public Interest: Scope of ISDS Challenges Expanded, Promised Procedural Reforms Absent*. Consultable (en anglais) à l'adresse :

<http://www.citizen.org/documents/analysis-tpp-investment-chapter-november-2015.pdf> (consulté le 8 avril 2016).

⁵⁶ *Ibid.*

et du Canada au titre de l'ALÉNA a éveillé la défiance à l'égard des garanties prévues par les ABI pour protéger les investisseurs, notamment contre l'expropriation indirecte et la réglementation des autorités publiques, ce qui a conduit à l'élaboration du modèle d'ABI de 2004.

Le troisième modèle d'ABI américain (2004)

Le modèle de 2004 diffère des précédents ABI et ALE en plusieurs aspects. Il comporte en particulier une disposition autonome consacrée à la norme minimale de traitement qui inclut, entre autres, les principes du traitement juste et équitable et de sécurité intégrale de l'investissement, qui n'étaient mentionnés qu'en des termes généraux dans l'article II du modèle de 1994 (sur le traitement de l'investissement). La disposition associe la norme minimale de traitement aux principes du droit coutumier concernant le traitement des ressortissants étrangers (annexe A du modèle d'ABI américain de 2004). Elle a été reprise à l'identique dans le modèle d'ABI américain de 2012.

S'agissant du règlement des différends, le modèle de 2004 décrit les procédures de RDIE de manière plus détaillée. D'une part, une section distincte de l'accord est consacrée au RDIE. Elle instaure la nécessité d'établir un lien de causalité entre un manquement à l'accord et la perte ou le dommage subis par un investisseur relativement à un investissement (article 24). D'autre part, un article sur la transparence des procédures arbitrales prévoit notamment quels documents doivent être mis à la disposition du public, les Parties étant toutefois autorisées à désigner les renseignements ne devant pas être divulgués (article 29.3).

Le quatrième modèle d'ABI américain (2012)

Des modifications ont été apportées au modèle de 2012 afin d'en garantir la conformité avec l'intérêt public et les politiques économiques de l'administration des États-Unis. Ce modèle contient de nouvelles dispositions concernant :

a) Les prescriptions de résultats : les restrictions en matière de prescriptions de résultats sont étendues de manière à interdire d'imposer aux investisseurs ou de les empêcher d'acheter, d'utiliser ou de privilégier une technologie particulière dans le but de protéger les investisseurs, les investissements ou la technologie de la Partie, ou une personne de la Partie (paragraphe h de l'article 28.1).

b) La transparence : chaque Partie est notamment tenue d'offrir aux personnes concernées et à l'autre Partie une possibilité raisonnable de présenter leurs observations sur les mesures envisagées, de répondre aux observations de fond reçues pendant la période prévue à cet effet, de justifier par écrit, dans son Journal officiel ou de manière visible sur un de ses sites Internet, les modifications de fond apportées à ces mesures (paragraphe d de l'article 11.3) et d'autoriser les investisseurs de l'autre Partie à participer à l'élaboration de normes au sein d'organismes de normalisation nationaux (paragraphe b de l'article 11.8).

c) Les procédures de règlement des différends : le modèle évoque l'établissement éventuel d'un mécanisme d'appel chargé de revoir les sentences rendues par les tribunaux de RDIE en application de l'ABI. Les Parties sont tenues de tout mettre en œuvre pour s'assurer que ces mécanismes d'appel prévoient des dispositions favorisant

la transparence de la procédure similaires à celles sur la transparence établies à l'article 29 (article 28.10). L'article 29 du modèle d'ABI américain de 2012 établit la publicité des procédures arbitrales, ce qui implique de tenir des audiences publiques et de mettre à la disposition du public les documents relatifs aux procédures (avis d'intention, avis d'arbitrage, plaidoiries, mémoires, exposés, ordonnances, sentences et décisions, entre autres). Il est stipulé que le tribunal doit prendre les dispositions nécessaires pour empêcher la divulgation de renseignements désignés comme protégés, qui serait contraire aux intérêts essentiels de sécurité d'une Partie à l'ABI (article 18), à la protection de l'intérêt public ou aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises particulières, publiques ou privées (article 19).

Les acteurs étatiques estiment néanmoins que le modèle de 2012 n'a pas suffisamment limité les droits fondamentaux accordés aux investisseurs⁵⁷. La définition de l'investissement, dont les associations de consommateurs et de défense de l'environnement tenaient absolument à réduire la portée, est restée inchangée. De même, les dispositions relatives à la norme minimale de traitement, au traitement national, au traitement NPF, au traitement juste et équitable et à l'expropriation directe et indirecte sont identiques à celles du modèle précédent⁵⁸.

Les nouvelles dispositions du chapitre du PTP sur l'investissement

Les tenants du chapitre du PTP sur l'investissement estiment que ce nouvel instrument répond à l'essentiel des questions soulevées par le cadre juridique international de l'investissement⁵⁹ et notamment par le mécanisme de RDIE. En outre, ce modèle de chapitre est censé préserver la marge de manœuvre réglementaire des États, en particulier grâce aux nouvelles dispositions qu'il comporte sur la santé, la sécurité, la stabilité financière et l'environnement⁶⁰. On l'accuse toutefois de reprendre, dans une large mesure, les dispositions du modèle d'ABI américain et d'autres accords existants. On lui reproche également d'être bien moins complet que les modèles d'accords d'autres pays, qui promeuvent des investissements respectueux sur le plan environnemental et social et protègent plus efficacement la marge de manœuvre dont disposent les États dans le choix de leurs politiques et de leur réglementation⁶¹ (l'encadré 3 présente l'opinion d'universitaires et de spécialistes sur le PTP).

⁵⁷ Voir : Public Citizen, version annotée de l'ABI de 2012 montrant les différences avec l'ABI de 2004, consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.citizen.org/documents/2012-model-bit-changes.pdf> (consulté le 8 avril 2016).

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, *op.cit.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Nathalie Bernasconi-Osterwalder, *How the Investment Chapter of the Trans-Pacific Partnership Falls Short*, consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.iisd.org/blog/how-investment-chapter-trans-pacific-partnership-falls-short> (consulté le 18 mars 2016).

Encadré 3. Opinions d'universitaires et de spécialistes sur le PTP

- « Il renforce un système boiteux bien plus qu'il ne le réforme » (Columbia Centre on Sustainable Development, Columbia University Law School).
- « Mises à part quelques légères modifications apportées à la suite de la multiplication des différends, il est clair que les États-Unis ont réussi à imposer leur modèle d'accord d'investissement à leurs partenaires » (Nathalie Bernasconi, le 6 novembre 2015, International Institute for Sustainable Development).
- « Contrairement aux affirmations de l'administration selon lesquelles il permettrait en quelque sorte de limiter l'utilisation et les abus du mécanisme de RDIE, le chapitre du PTP sur l'investissement reprend, souvent mot pour mot, les formulations les plus polémiques des anciens accords mis en application par le RDIE » (Public Citizen).

Plusieurs pays émergents et en développement ont trouvé d'autres solutions, plus équilibrées que les accords d'investissement internationaux⁶² (voir la Section II pour un examen plus approfondi du modèle d'accord de l'Inde et de celui que le Brésil a conclu avec le Malawi). Plusieurs pays, comme l'Afrique du Sud, ont préconisé d'inscrire des normes de protection des investisseurs dans la législation nationale (voir l'encadré 4).

Encadré 4. Exemple de législation nationale sur l'investissement

Loi sud-africaine de promotion et de protection des investissements⁶³

Le préambule de la loi sud-africaine de promotion et de protection de l'investissement (*Promotion and Protection of Investment Law*) reconnaît l'importance de promouvoir et de protéger les droits garantis par la Constitution. Il insiste sur la nécessité de garantir l'équilibre entre les droits et les obligations des investisseurs. Il stipule également que les investissements doivent être promus, protégés et encouragés conformément à la loi, et réaffirme le droit de l'État de réglementer dans l'intérêt public.

La loi met sur un pied d'égalité, à quelques exceptions près, les investisseurs nationaux et étrangers en définissant comme investisseur toute entreprise, de quelque nationalité qu'elle soit, effectuant un investissement en Afrique du Sud. La définition de l'investissement étant basée sur la notion d'entreprise, les investisseurs doivent remplir trois conditions :

- i) Engager des ressources économiques ;
- ii) Pendant une période donnée, et ;
- iii) Escompter des bénéfices.

⁶² *Ibid.*

⁶³ La présente section est basée sur la version publiée dans le Journal officiel sud-africain n° 39514 du 15 décembre 2015. La loi a été promulguée en janvier 2016. Voir : <https://www.thedti.gov.za/gazettes/39514.pdf> (consulté le 5 avril 2016).

La loi prévoit des règles d'interprétation strictes essentiellement basées sur les objectifs de la loi de promotion et de protection de l'environnement elle-même, sur la Constitution qui mentionne la Déclaration des droits de l'Afrique du Sud et le droit coutumier et sur les accords internationaux applicables ratifiés par l'Afrique du Sud (article 3 de la loi).

L'article 6 de la loi instaure le principe d'un traitement administratif juste, faisant de ce fait obstacle aux procédures administratives, législatives ou judiciaires arbitraires et protégeant les investisseurs de tout déni de justice administrative ou procédurale vis-à-vis de leurs investissements, conformément à la Constitution et à la législation en vigueur. L'article prévoit que les investisseurs ont le droit de connaître les motifs, par écrit, des décisions administratives qui touchent leurs investissements, conformément à l'article 33 de la Constitution.

L'article 8 de la loi garantit aux investisseurs étrangers un traitement non moins favorable que celui qui est réservé aux investisseurs nationaux dans des *circonstances similaires*. L'expression *circonstances similaires* est très large et requiert d'examiner le fond de chaque affaire, notamment, mais pas uniquement, l'effet des investissements étrangers sur les tiers, les populations locales et l'environnement (alinéas 1 et 2 de l'article 8). L'article 8 énonce, en outre, que le principe du *traitement national* ne signifie en aucun cas que le pays est tenu d'étendre aux investisseurs étrangers et à leurs investissements un traitement, une préférence ou un privilège accordés par les dispositions fiscales d'une loi nationale, d'un accord ou d'un arrangement international, ni ceux octroyés dans le cadre de procédures de passation de marchés publics ou découlant de subventions, de contributions ou de toute mesure visant à promouvoir ou préserver le patrimoine culturel ou améliorer la protection des personnes habituellement victimes de discriminations, entre autres (alinéa 4 de l'article 8).

L'article 9 traite de la sécurité physique des investisseurs et des investissements étrangers, et dispose que l'État doit, sous réserve de la disponibilité des ressources et des capacités nécessaires, leur accorder le même niveau de sécurité que celui qui est généralement accordé aux investisseurs nationaux, conformément aux normes minimales de traitement prescrites par le droit international coutumier.

S'agissant du droit de propriété et de l'expropriation (article 10), la loi accorde à la propriété le même niveau de protection juridique⁶⁴ que la Constitution. L'article 25 de la Constitution garantit le droit de propriété et interdit les expropriations (paragraphe 1 de l'article 25), à l'exception de celles réalisées à des fins publiques ou dans l'intérêt public⁶⁵ qui doivent donner lieu à une indemnisation juste et équitable⁶⁶ (paragraphe 2 de l'article 25).

La loi ne consacre pas de dispositions spécifiques aux prescriptions de résultats. Elle prévoit néanmoins d'imposer une taxe sur les transferts de fonds liés aux investissements

⁶⁴ En Afrique du Sud, la propriété ne se limite pas à la propriété foncière (alinéa b de l'article 25.4 de la Constitution).

⁶⁵ Relèvent, par exemple, de l'intérêt public l'engagement, au niveau national, de réformes foncières ou de réformes visant à garantir un accès équitable aux ressources naturelles d'Afrique du Sud.

⁶⁶ Le montant de l'indemnisation doit notamment prendre en compte, outre l'intérêt public et les intérêts des personnes concernées, l'affectation, l'acquisition, l'utilisation et la valeur marchande de la propriété, ainsi que l'objectif de l'expropriation.

(article 11). Elle garantit à l'État le droit de réglementer et de prendre les mesures nécessaires afin de s'acquitter de son obligation de maintenir la paix et la sécurité internationales, de protéger ses intérêts en matière de sécurité et d'assurer la stabilité financière (article 12)⁶⁷.

La loi autorise l'État à se soumettre à l'arbitrage international s'il fait l'objet d'une procédure de règlement des différends, sous réserve de l'épuisement préalable des voies de recours nationales. Le cas échéant, l'arbitrage doit opposer l'Afrique du Sud au pays d'origine de l'investisseur étranger (alinéa 5 de l'article 13). L'épuisement des voies de recours implique également que l'Afrique du Sud et l'investisseur demandeur aient d'abord tenté de résoudre leur différend par la médiation de l'instance compétente (alinéa 1 de l'article 13). L'investisseur n'est toutefois pas privé de la possibilité d'engager des procédures auprès d'un tribunal national ou d'un organisme officiel (alinéa 4 de l'article 13).

SECTION II : ANALYSE COMPARATIVE DES ACCORDS D'INVESTISSEMENT : EXEMPLES DE L'INDE ET DU BRÉSIL ET DU PTP

Cette section étudie les différences entre les règles de protection de l'investissement que prévoient le modèle d'ABI de l'Inde et l'ABI conclu entre le Brésil et le Malawi, d'une part, et le chapitre du PTP sur l'investissement⁶⁸, d'autre part. Cette comparaison porte sur les aspects suivants : la définition d'un investisseur et de l'investissement, les principes du traitement national, du traitement NPF et du traitement juste et équitable, l'expropriation directe et indirecte, les obligations des investisseurs, le RDIE, les prescriptions de résultats ainsi que le *droit de réglementer* et les *exceptions générales* (voir l'encadré 5).

Encadré 5. Comparaison du modèle d'ABI de l'Inde, de l'ABI du Brésil et du PTP			
	Modèle d'ABI de l'Inde	ABI du Brésil	Chapitre 9 du PTP
Définitions	Définition restreinte, basée sur la notion d' <i>entreprise</i> , qui énonce des caractéristiques cumulatives, prévoit plusieurs exclusions et oblige l'investisseur à se conformer aux lois du pays d'accueil.	Définition fondée sur la notion d' <i>entreprise</i> et qui comporte plusieurs exclusions.	Définition large qui repose sur la notion d' <i>actif</i> et énonce des caractéristiques non cumulatives.
Traitement national	Application uniquement après la phase d' <i>établissement</i> de l'investissement, sachant que des éléments de	Application soumise aux exceptions prévues par les dispositions juridiques et réglementaires en vigueur.	Application dès la phase d' <i>établissement</i> , et grande liberté d'appréciation

⁶⁷ La loi dresse une liste non exhaustive des domaines dans lesquels l'État est susceptible d'adopter des mesures législatives ou d'autres mesures, parmi lesquels figurent la lutte contre les inégalités historiques, sociales et économiques, la défense des droits garantis par la Constitution, la valorisation et la protection du patrimoine culturel et des connaissances ancestrales et la protection de l'environnement.

⁶⁸ Consultable à l'adresse : <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>.

	définition sont donnés pour déterminer la <i>similarité</i> des circonstances.		laissée aux tribunaux pour déterminer la <i>similarité</i> des circonstances.
Traitement NPF	Aucune disposition en la matière.	Application dès la phase d' <i>établissement</i> , sous réserve de certaines exceptions.	Application dès la phase d' <i>établissement</i> mais principe exclu des procédures et des mécanismes de règlement des différends.
Expropriation directe et indirecte	Interdiction des expropriations directes et des mesures équivalentes à une expropriation, à l'exception de celles réalisées à des fins publiques, dans le respect de l'application régulière de la loi et moyennant une indemnisation adéquate.	Interdiction de l'expropriation directe uniquement.	Interdiction de l'expropriation directe et indirecte.
Traitement juste et équitable	Aucune disposition en la matière.	Aucune disposition en la matière.	Dispositions identiques au modèle précédent, accordant aux tribunaux une grande latitude d'interprétation quant à l'obligation de satisfaire les attentes des investisseurs.
Obligations des investisseurs	Chapitre consacré aux obligations des investisseurs en matière de conformité anti-corruption, de fiscalité et de confidentialité.	Article consacré aux bonnes pratiques des investisseurs en matière de contribution au développement durable et au progrès économique, social et environnemental.	Aucune disposition en la matière.
RDIE	Engagement des procédures assujetti à l'épuisement des voies de recours nationales et à un délai de prescription. Règles sur la conduite des arbitres, les décisions	Absence de RDIE : différends réglés d'État à État, en complément d'une procédure de <i>prévention des différends</i> .	Épuisement des voies de recours nationales non requis, indemnisation d'un montant illimité majoré d'intérêts,

	arbitrales et la transparence des procédures arbitrales.		portée du RDIE étendue à certains contrats d'investissements, absence de règles pour limiter la marge d'interprétation des tribunaux arbitraux et régir la conduite des arbitres.
Prescriptions de résultats	Aucune disposition en la matière.	Aucune disposition en la matière.	Interdictions des prescriptions de résultats plus nombreuses que dans les ABI traditionnels.

➤ Définition de l'investissement et d'un investisseur

Dans les ABI traditionnels, l'investissement est défini au sens large du terme. Il ne se limite pas aux investissements directs étrangers et englobe généralement *tout type d'actif*, ce qui inclut les actifs incorporels, notamment les prêts hypothécaires, les droits de propriété intellectuelle, les actions et les autres formes de participations au capital dans une entreprise, ainsi que les gains et les bénéfices envisagés par les investisseurs. Une telle acception de l'investissement présente le risque de protéger des actifs susceptibles de ne pas être économiquement avantageux pour le pays d'accueil (voir l'encadré 6).

Encadré 6. Exemples de procédures arbitrales

L'affaire Eli Lilly (affaire n° UNCT/14/2 du CIRDI) : la définition de l'*investissement* au sens large du terme a constitué le fondement de la plainte introduite par le laboratoire pharmaceutique américain Eli Lilly à l'encontre du Canada. La procédure, qui portait sur l'invalidation d'un brevet, a été engagée en septembre 2013 au titre du chapitre de l'ALÉNA sur l'investissement et selon le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). En 2010, la Cour fédérale du Canada avait invalidé un brevet détenu par Eli Lilly, cinq ans avant son expiration. En vertu des principes généralement acceptés du droit international, les questions relatives à l'invalidation d'un brevet relèvent de la compétence exclusive des tribunaux du pays de délivrance dudit brevet⁶⁹. C'est pourtant auprès d'un tribunal arbitral ne relevant pas du droit canadien, et dont les décisions sont insusceptibles de recours au Canada, qu'Eli Lilly a demandé la réparation des préjudices qu'elle aurait subis du fait de l'invalidation du brevet. Il faut noter que l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) confère aux États signataires une grande latitude en matière de révocation et d'invalidation de brevets. Il stipule que « pour toute décision concernant la

⁶⁹ Voir : Carlos Correa (mai 2013), *Accords d'investissement : une nouvelle menace pour les flexibilités prévues à l'Accord sur les ADPIC ?*, article publié dans le numéro 72 du South Bulletin.

révocation ou la déchéance d'un brevet, une possibilité de révision judiciaire sera offerte » (article 32).

L'affaire de l'emballage unique du tabac (affaire n° ARB/10/7 du CIRDI) : La société Philip Morris a déposé plainte contre la République de l'Uruguay au titre de l'ABI conclu par celle-ci avec la Suisse. La société demanderesse estimait que la politique publique de lutte contre le tabagisme adoptée par l'Uruguay (ordonnance 514 du 18 août 2008) violait ses droits de propriété intellectuelle et avait entraîné une baisse de ses ventes. La politique mise en cause prévoyait d'établir un *paquet unique* obligatoire pour tous les types de cigarettes. L'Uruguay a soutenu que les activités de Philip Morris ne constituaient pas un investissement parce qu'elles ne contribuaient pas au développement du pays. Dans l'exposé des motifs, le tribunal arbitral a rejeté les critères du *test de Salini*, selon lequel un investissement suppose 4 éléments : 1) des apports d'argent ou d'actifs ; 2) une certaine durée ; 3) une prise en charge de risques ; 4) une contribution au développement économique du pays d'accueil. Le tribunal s'est déclaré très réservé quant à la pertinence d'interpréter la notion d'*investissement* à partir du *test de Salini*, celui-ci n'étant pas reconnu comme conforme à la jurisprudence constante. Il a notamment considéré que la contribution de l'investisseur au développement économique du pays d'accueil n'est pas constitutive de la notion d'*investissement*, laquelle a donc été interprétée au sens large⁷⁰.

Les définitions contenues dans les ABI de l'Inde et du Brésil

Les pays en développement qui s'emploient à réviser leurs AII définissent généralement l'investissement au sens plus strict du terme. L'**Inde** a élaboré une définition basée sur la notion d'*entreprise*, qui oblige tout investisseur à respecter le droit du pays d'accueil. Pour être défini comme tel, un investissement doit également satisfaire un ensemble de conditions telles que l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, une certaine durée, la perspective de produire des gains ou des bénéfices, la prise en charge de risques et la contribution au développement de la Partie sur le territoire de laquelle il est réalisé (paragraphe 4 de l'article 1 du modèle d'ABI de l'Inde). La définition contenue dans le modèle indien exclut les investissements de portefeuille, les titres de créances délivrés ou les emprunts contractés par l'État ou une entreprise qu'il possède (majoritairement ou non), les frais de pré-exploitation relatifs à l'entrée, à l'établissement, à l'acquisition ou à l'expansion d'un investissement, mais également certains actifs incorporels tels que le fonds de commerce, la valeur de la marque et la part de marché, tout comme les créances liquides au seul titre de contrats commerciaux portant sur la vente de biens ou de services.

L'accord de facilitation des investissements et de coopération du **Brésil** contient lui aussi une définition basée sur la notion d'*entreprise*⁷¹, couvrant tout bien ou droit qu'un investisseur d'une Partie détient ou contrôle, directement ou indirectement, sur le territoire d'une autre Partie *en vue d'établir* une entreprise produisant des biens et des services dans le cadre de relations économiques durables. En outre, la définition de l'ABI brésilien exclut les titres de

⁷⁰ Affaire n° ARB/10/7 du CIRDI, paragraphes 201-208 de la sentence arbitrale.

⁷¹ À noter que les modèles d'ABI de l'Inde et du Brésil ne définissent pas l'investissement de la même façon, bien qu'il repose dans les deux cas sur la notion d'*entreprise*. En comparaison avec la formulation retenue dans le modèle d'ABI de l'Inde, l'expression « en vue d'établir une entreprise » employée dans le modèle d'ABI du Brésil peut donner lieu à une interprétation plus large du champ d'application.

créances publiques, les investissements de portefeuille et les créances liquides au seul titre de contrats commerciaux.

Les définitions contenues dans le chapitre du PTP sur l'investissement

De même que le modèle d'ABI qui l'a précédé, le PTP définit l'investissement de manière large et à partir de la notion d'*actif* : « tout actif qu'un investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement et qui a les caractéristiques d'un investissement, y compris l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de bénéfices ou la prise en charge de risques ». Ces caractéristiques sont non-cumulatives, à l'inverse des caractéristiques listées dans le modèle indien qui sont cumulatives et qui doivent donc toutes être réunies pour qu'un investissement soit considéré comme tel au titre de l'accord. Le PTP précise qu'*investissement* ne peut pas désigner « un prêt consenti par une Partie à une autre Partie » (note de bas de page n° 10 du chapitre 9 du PTP) ni « une ordonnance ou un jugement issu d'une action judiciaire ou administrative ».

Aux termes du chapitre 9 du PTP, un investisseur désigne une entité qui « essaie d'effectuer » un investissement, c'est-à-dire qui a « pris une ou des actions concrètes pour effectuer un investissement, par exemple en affectant des ressources ou des capitaux en vue de lancer une affaire, ou en effectuant une demande de permis ou de licence » (note de bas de page n° 12 du chapitre 9 du PTP). Une acception si étendue pourrait ouvrir la voie à des demandes d'indemnisations motivées par l'échec d'une tentative d'investissement⁷². De plus nombreuses procédures risquent d'être engagées à l'encontre des États, étant donné la portée considérable des mécanismes de RDIE auxquels les investisseurs peuvent recourir au titre des AII.

Il convient de noter que le champ d'application du PTP s'étend aux mesures prises ou maintenues par les gouvernements ou les autorités des Parties au niveau central, régional ou local. Dans le cadre de la révision de leur modèle d'ABI, les pays en développement tendent à exclure de leur champ d'application les mesures prises au niveau local, notamment par les collectivités locales et les entreprises qu'elles possèdent, majoritairement ou non (par exemple, paragraphe 7 de l'article 1 et article 2 du modèle d'ABI de l'Inde).

➤ **Le principe du traitement national**

Les dispositions relatives au traitement national obligent chaque Partie à accorder aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs. En vertu de ce principe, aucune Partie ne peut imposer aux investisseurs étrangers des obligations plus contraignantes que celles qu'elle applique à ses propres investisseurs.

Pour statuer sur le caractère discriminatoire d'une mesure qui, d'après les dispositions relatives au traitement national, devrait s'appliquer aux investisseurs et aux investissements se trouvant dans des *circonstances similaires*, les tribunaux doivent tenir compte de la base de comparaison nationale, du niveau de traitement accordé aux investisseurs de chaque Partie

⁷² Voir : Public Citizen (2015), *Secret TPP Investment Chapter Unveiled: It's Worse than We Thought*.

dans des *circonstances similaires* et de tout élément pertinent justifiant une différence de traitement.

La notion controversée de *circonstances similaires* sert souvent de base à l'interprétation du principe du traitement national. Certains tribunaux l'ont interprétée au sens large du terme au point de considérer que des investisseurs engagés dans des secteurs tout à fait différents se trouvent dans des *circonstances similaires*. Une telle interprétation limite la capacité des États à distinguer les investisseurs sur la base de facteurs liés à leur activité, et non à leur nationalité. Elle empêche les États d'encourager les investissements compatibles avec leurs objectifs d'industrialisation et de développement en fonction du rapport coûts-avantages qu'ils présentent, par exemple en fonction de leurs effets sur la balance des paiements, de leurs conséquences environnementales, du nombre d'emplois qu'ils génèrent ou de leurs apports en termes de progrès et de transfert technologiques (voir l'encadré 7).

Encadré 7. Exemples d'interprétations arbitrales

L'affaire Occidental Exploration c. République de l'Équateur (affaire n° NU 3467 de la Cour d'arbitrage international de Londres, sentence du 1^{er} juillet 2004) : la société demanderesse a soutenu que l'Équateur avait manqué à ses obligations du fait que d'autres sociétés bénéficiaient d'un remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) à l'exportation de marchandises telles que des fleurs, des produits miniers ou des produits de la pêche (voir paragraphe 168 de la sentence arbitrale)⁷³. Le tribunal a considéré que l'Équateur avait contrevenu à ses obligations en matière de traitement national. Il a jugé que l'expression *circonstances similaires* ne pouvait pas être interprétée de manière aussi stricte que l'avait fait l'Équateur, car l'essence même du principe du traitement national est d'accorder aux investisseurs étrangers la même protection que celle accordée aux producteurs locaux, et que ce principe ne pouvait pas être respecté si seul le secteur de l'activité visée était pris en compte (paragraphe 173 de la sentence arbitrale).

L'affaire Bilcon c. Gouvernement du Canada (affaire n° 2009-04 de la Cour permanente d'arbitrage, engagée au titre de l'ALÉNA) : le tribunal a considéré qu'un projet controversé d'extraction minière se trouvait dans des *circonstances similaires* à celles d'autres projets dont l'ampleur, la situation géographique et les conséquences environnementales étaient pourtant différentes (l'affaire est décrite de façon plus détaillée dans la présente section).

Le principe du traitement national dans les ABI de l'Inde et du Brésil

Les pays en développement qui révisent leurs AII tentent d'y préciser la notion de *circonstances similaires* et limitent l'application du principe du traitement national aux phases *postérieures à l'établissement* de l'investissement. Par exemple, le traitement national aux termes du modèle d'ABI de l'**Inde** ne s'applique qu'à la gestion, la direction, l'exploitation, la vente ou autre aliénation d'investissements sur son territoire (paragraphe 1 de l'article 4). En outre, le modèle indien précise que la notion de *circonstances similaires* doit être interprétée au regard de l'ensemble des circonstances, ce qui implique de déterminer si les investisseurs ou les investissements subissent un traitement différencié sur la base d'objectifs réglementaires légitimes notamment en identifiant les biens ou services consommés ou

⁷³ Voir : Christoph H. Schreuer, *Protection against Arbitrary or Discriminatory Measures*, p. 195. Consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/93.pdf>.

générés par l'investissement et ses effets réels et potentiels sur des tiers, sur la population locale ou sur l'environnement, s'il s'agit d'un investissement effectué par un État, par une entreprise que l'État possède majoritairement ou non ou par une entreprise privée, ainsi que les obstacles pratiques que pose la réglementation de l'investissement (note de bas de page n° 2).

Le **Brésil** applique le principe du traitement national aux investissements et aux activités commerciales des investisseurs de l'autre Partie sous réserve des exceptions prévues par les dispositions juridiques et réglementaires en vigueur (paragraphe 2 de l'article 10 de l'ABI conclu entre le Brésil et le Malawi)⁷⁴.

Le principe du traitement national dans le chapitre du PTP sur l'investissement

Les dispositions du PTP en matière de traitement national opèrent dès la phase d'*établissement* de l'investissement, ce qui revient à protéger « l'établissement et l'acquisition » en plus de « l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou d'une autre aliénation d'investissements » sur le territoire de chaque Partie (article 9.4).

Le droit d'*établissement* désigne le droit d'entrée des investisseurs et des investissements d'une Partie sur le territoire de l'autre Partie. Le PTP garantit aux investisseurs étrangers le droit d'établir leur investissement dans des conditions non moins favorables que celles qui sont accordées, dans des *circonstances similaires*, aux investisseurs du pays d'accueil. Dans les faits, ces dispositions ont pour conséquences de libéraliser le secteur de l'investissement et de restreindre la marge de manœuvre dont disposent les États pour réglementer l'entrée des investissements. De fait, les États prennent l'engagement de très long terme d'ouvrir leurs frontières aux investisseurs étrangers⁷⁵, sous réserve de certaines exceptions.

Aux termes d'une note de bas de page du PTP, l'interprétation de la notion de *similarité des circonstances* requiert d'apprécier « l'ensemble des circonstances, y compris la question de savoir si le traitement en cause fait une distinction entre les investisseurs ou les investissements en fonction d'objectifs légitimes de bien-être public » (note de bas de page n° 14). Certains spécialistes estiment que ces dispositions laissent néanmoins une grande latitude aux tribunaux arbitraux pour statuer sur la *légitimité* des mesures⁷⁶, alors qu'une définition plus précise obligerait les investisseurs à démontrer avoir subi une discrimination fondée sur leur nationalité⁷⁷.

⁷⁴ L'ABI du Brésil stipule également que le droit des investisseurs de demander la révision administrative d'une mesure doit être proportionnel au niveau de développement et à la disponibilité des ressources des Parties (paragraphe 4 de l'article 10).

⁷⁵ Voir : Institut international du développement durable (IISD), *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, p. 27-28, et CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*.

⁷⁶ Public Citizen (2015), *Secret TPP Investment Chapter Unveiled: It's Worse than We Thought*. Notons que, selon l'interprétation de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), une mesure *légitime* peut être entendue comme étant la pratique générale suivie par un grand nombre d'États. Ainsi, la légitimité de mesures juridiques et réglementaires prises par le pays d'accueil pour répondre à une situation particulière pourrait ne pas être reconnue. Voir : Canada — *Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques*, rapport du Groupe spécial du 17 mars 2000, p. 194, consultable à l'adresse : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds114_f.htm.

⁷⁷ Voir : Lise Johnson, Lisa Sachs (novembre 2015) *The TPP's Investment Chapter: Entrenching, rather than reforming, a flawed system*, Columbia Center on Sustainable Development, p. 10.

Les dispositions du PTP en matière de traitement national permettent aux investisseurs de contester des mesures prétendument discriminatoires qui ne sont pourtant pas fondées sur leur nationalité et ne procèdent donc pas d'une intention de nuire aux investisseurs étrangers⁷⁸. Selon l'association Public Citizen, des mesures non discriminatoires pourraient être mises en cause par des investisseurs estimant qu'elles sont légèrement plus contraignantes à leur égard en raison du mode de gestion de leur société⁷⁹.

Des tribunaux ont appliqué le principe du traitement national d'une manière qui a remis en question le droit de réglementer des États, notamment dans le domaine de l'environnement, même en l'absence de discrimination fondée sur la nationalité. Comme en témoigne l'affaire de RDIE opposant Bilcon au Gouvernement du Canada (affaire n° 2009-04 de la Cour permanente d'arbitrage, engagée au titre de l'ALÉNA), il est arrivé que des tribunaux arbitraux élargissent la portée du principe du traitement national au-delà de son objectif initial qu'est la protection contre la discrimination fondée sur la nationalité ; les investisseurs peuvent ainsi contester tout traitement différencié⁸⁰. Dans cette affaire, le tribunal a fait droit à la demande de l'investisseur et jugé que le Canada avait violé le principe du traitement national en refusant d'autoriser le projet de Bilcon, du fait que d'autres projets d'extraction minière avaient été autorisés. Le tribunal n'a pas tenu compte des différences relatives à l'ampleur, à la situation géographique et aux conséquences environnementales du projet⁸¹. Le Canada a invoqué ces différences pour démontrer que le projet de Bilcon et les autres projets d'exploitation minière ne se trouvaient pas dans des *circonstances similaires*. Le tribunal a rejeté ces arguments et conclu que le Canada avait manqué à ses obligations en matière de traitement national au titre de l'ALÉNA.

Le tribunal a estimé que le Canada avait soumis l'investissement de Bilcon à un *traitement défavorable* par comparaison à celui accordé à des projets *similaires* de l'industrie extractive, en violation des objectifs de libéralisation de l'investissement visés par l'ALÉNA⁸². Le tribunal n'a toutefois pas considéré que le Canada avait l'intention de discriminer le projet de Bilcon sur la base de sa nationalité.

➤ Le traitement NPF

En vertu de la clause NPF, les investisseurs ont le droit de bénéficier d'un traitement aussi favorable que celui que le pays d'accueil accorde aux investisseurs de tout pays tiers en vertu d'un ABI. Tout traitement *plus favorable* consenti par le pays d'accueil au titre d'un ABI conclu avec un pays tiers peut ainsi faire l'objet d'une réclamation des investisseurs, même si l'ABI conclu entre leur pays d'origine et le pays d'accueil leur accorde un niveau de protection différent⁸³.

⁷⁸ Lise Johnson, Lisa Sachs (novembre 2015), *The TPP's Investment Chapter: Entrenching, rather than reforming, a flawed system*, et Public Citizen (2015), *Secret TPP Investment Chapter Unveiled: It's Worse than We Thought*.

⁷⁹ *Ibid*, Public Citizen (2015), p. 12.

⁸⁰ Voir : Lise Johnson, Lisa Sachs (novembre 2015) *The TPP's Investment Chapter: Entrenching, rather than reforming, a flawed system*, Columbia Center on Sustainable Development.

⁸¹ *Ibid*.

⁸² Voir : paragraphe 724 de la décision arbitrale rendue dans l'affaire *Bilcon c. Gouvernement du Canada*, citée dans Lise Johnson, Lisa Sachs (novembre 2015).

⁸³ Voir : CNUCED, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, p. 46, consultable (en anglais) à l'adresse : [http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/IIA-IPFSD.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/IIA-IPFSD.aspx).

Il convient de noter que si un État révisé ou renégocie un AII (quand leurs partenaires sont prêts à le faire) sans par ailleurs supprimer les dispositions problématiques que contiennent d'autres ABI auxquels il est partie, les engagements contractés au titre de ces derniers sont susceptibles de s'appliquer à l'AII nouvellement renégocié ou révisé par le jeu de la clause NPF, en fonction de son libellé⁸⁴. Il est donc important que les États désireux de limiter l'étendue de leurs obligations évitent d'incorporer une clause NPF dans leurs nouveaux ABI, sans quoi les dispositions *plus favorables* des anciens ABI encore en vigueur à la date de prise d'effet des *nouveaux* AII risqueraient d'y être importées.

La société Philip Morris a invoqué la clause NPF pour contester une disposition qu'énonçait l'ABI conclu entre l'Uruguay et la Suisse (paragraphe 2 de l'article 10), au titre duquel elle avait par ailleurs engagé une procédure de RDIE à l'encontre de l'Uruguay. Le paragraphe 2 de l'article 10 de l'ABI exige des Parties qu'elles soumettent un litige aux tribunaux compétents de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été effectué. L'investisseur peut en appeler à un tribunal arbitral seulement si aucun jugement n'a été rendu dans les 18 mois suivant l'engagement d'une procédure⁸⁵.

Le traitement NPF dans les ABI de l'Inde et du Brésil

Le modèle d'ABI de l'**Inde** ne comporte pas de clause NPF. Les dispositions en matière de traitement NPF que contient l'ABI du **Brésil** opèrent dès la phase d'établissement et excluent expressément les préférences et les privilèges accordés dans le cadre d'une zone de libre-échange, d'une union douanière, d'un marché commun ou d'un accord visant à éviter la double imposition (paragraphe 5 et 6 de l'article 10). En outre, l'ABI du Brésil ne doit pas être interprété comme empêchant une Partie d'adopter ou de mettre en œuvre des mesures nécessaires pour imposer ou percevoir des impôts de manière équitable et efficace conformément à sa législation (paragraphe 7 de l'article 10).

Le traitement NPF dans le chapitre du PTP sur l'investissement

La clause NPF du PTP est de large portée et opère dès la phase d'établissement. Elle oblige chaque Partie à accorder aux investisseurs d'une autre Partie un « traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs de toute autre Partie ou de tout État tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements » (article 9.5).

➤ **Expropriation directe et indirecte**

Les AII posent des conditions strictes à l'expropriation directe, qui doit notamment donner lieu à l'indemnisation de l'investisseur, être réalisée à des fins publiques et de façon non

⁸⁴ Voir : CNUCED, 2010, *Traitement de la nation la plus favorisée*.

⁸⁵ Voir : Carlos Correa, Nirmalya Syam et German Velasquez, *Les accords commerciaux et d'investissement : des obstacles aux mesures nationales de santé publique et de lutte contre le tabagisme*, novembre 2012.

discriminatoire (c'est-à-dire qu'elle ne peut viser une entreprise ou une nationalité particulières) et respecter le principe de l'application régulière de la loi⁸⁶.

Les dispositions des AII en matière d'expropriation ont été étendues à l'expropriation directe et à l'expropriation indirecte, lesquelles sont parfois respectivement dénommées *expropriation* et *mesures équivalentes à une expropriation*. L'expropriation indirecte est généralement définie comme toute mesure étatique qui porte gravement atteinte à un investissement, sans transfert formel de titre de propriété⁸⁷.

Pour établir si une mesure constituait une expropriation indirecte, les tribunaux ont procédé de manière différente selon les cas. Dans l'affaire opposant Metalclad aux États-Unis du Mexique (affaire n° ARB(AF)/97/1 du CIRDI, sentence arbitrale d'août 2000), le tribunal a interprété l'expropriation indirecte d'une manière extrêmement large, en tenant uniquement compte des effets des mesures sur l'investisseur (selon la doctrine dite *du seul effet*) (voir l'encadré 8).

Encadré 8. Exemple d'interprétation arbitrale

Le RDIE opposant Metalclad aux États-Unis du Mexique a été engagé au titre de l'ALÉNA. Le tribunal s'est penché sur un ensemble de mesures qui se sont soldées par le refus à la société Metalclad d'un permis de construire pour une installation de traitement de déchets dangereux. Le tribunal a déclaré que l'expropriation aux termes de l'ALÉNA inclut non seulement des prises de possession de biens ouvertes, délibérées et reconnues telles qu'une saisie pure et simple ou un transfert formel ou obligatoire d'un titre de propriété en faveur du pays d'accueil, mais aussi une atteinte dissimulée ou fortuite à l'utilisation du bien qui a pour effet de priver le propriétaire, en totalité ou en grande partie, de l'exploitation de l'avantage économique qu'il est raisonnable d'attendre dudit bien, même si le pays d'accueil n'en retire pas nécessairement un avantage évident (paragraphe 103 de la sentence arbitrale). Le tribunal a également examiné un décret du gouvernement mexicain qui a classé la zone d'installation de l'investisseur en réserve écologique. À cet égard, le tribunal a déclaré n'avoir besoin ni de se prononcer ni de se pencher sur les raisons pour lesquelles, ou l'intention dans laquelle, le décret écologique a été pris pour déterminer s'il y avait eu expropriation indirecte. Le tribunal a donc expressément déclaré que l'objectif du décret n'était pas important. D'autres tribunaux ont utilisé un test de proportionnalité pour vérifier si l'intérêt public visé par une mesure d'expropriation était proportionnel à la charge qu'elle faisait peser sur l'investisseur⁸⁸. L'interprétation de la notion d'*expropriation indirecte* selon la doctrine du seul effet pourrait s'étendre à n'importe quelle mesure réglementaire, en particulier celles qui portent sur les procédés de production, le transfert de technologie ou les produits nocifs.

L'expropriation directe et indirecte dans les ABI de l'Inde et du Brésil

⁸⁶ Voir : IISD, *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, p. 19.

⁸⁷ Suzy H. Nikiéma, *Indemnisation de l'expropriation*, mars 2013. Consultable à l'adresse : http://www.iisd.org/pdf/2013/best_practice_compensation_expropriation_fr.pdf. D'après Nikiéma, n'importe quelle réglementation étatique pourrait ainsi être considérée comme une expropriation indirecte, selon la définition contenue dans l'ABI et les critères employés par les tribunaux, qui peuvent être variés, voire contradictoires.

⁸⁸ Voir : IISD, *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, p. 19.

Seule l'expropriation directe est couverte par l'ABI du **Brésil**, qui dispose que, sous réserve des dispositions juridiques et réglementaires en vigueur, aucune Partie n'a le droit de nationaliser ni n'exproprier directement un investissement visé, sauf si les conditions suivantes sont réunies : a) à des fins publiques ; b) de façon non discriminatoire ; c) moyennant une indemnisation effective ; et d) dans le respect du principe de l'application régulière de la loi (article 8 sur la prise en charge des risques et la prévention des différends).

Le modèle d'ABI de l'**Inde** couvre les expropriations directes et les mesures équivalentes à une expropriation, à l'exception des expropriations réalisées à des fins publiques, dans le respect de l'application régulière de la loi et moyennant une indemnisation adéquate (article 5). Il dresse la liste des éléments que les tribunaux doivent examiner pour déterminer si une mesure ou un ensemble de mesures équivaut à une expropriation, parmi lesquels figurent ses conséquences économiques, sa durée, son caractère et plus particulièrement son objet, son contexte et l'intention sous-jacente, et le fait qu'elle porte atteinte ou non aux engagements pris dans le cadre d'un contrat, d'une licence ou d'autres documents juridiques (paragraphe 3 b) de l'article 5). Aux termes du PTP, comme exposé ci-après, la liste des éléments devant être pris en compte pour décider si une action constitue ou non une expropriation indirecte inclut également les attentes des investisseurs, désignées par l'expression « attentes distinctes et raisonnables sous-tendant l'investissement » (annexe 9-B du PTP). S'agissant du modèle d'ABI de l'Inde, ses dispositions en matière d'expropriation excluent les mesures réglementaires ou judiciaires non discriminatoires conçues et appliquées par une Partie dans l'objectif légitime de protéger l'intérêt public dans des secteurs tels que la santé publique, la sécurité ou l'environnement (paragraphe 5 de l'article 5).

L'expropriation directe et indirecte dans le chapitre du PTP sur l'investissement

Le chapitre du PTP sur l'investissement prévoit qu'« aucune Partie ne nationalise ni n'exproprie un investissement visé, directement ou indirectement, au moyen de mesures équivalentes à une nationalisation ou à une expropriation, sauf si toutes les conditions suivantes sont réunies : a) à des fins publiques ; b) de façon non discriminatoire ; c) moyennant une indemnisation prompte, adéquate et effective [...] ; d) si elle respecte le principe de l'application régulière de la loi ». Le PTP prévoit également que l'article 9.8 sur l'expropriation et l'indemnisation doit être interprété conformément à l'annexe 9-B. Aux termes de l'annexe, la décision selon laquelle une action constitue ou non une expropriation indirecte exige une enquête fondée sur les faits, au cas par cas, qui prend en compte, entre autres, les facteurs suivants : les effets économiques de l'action du gouvernement, la mesure dans laquelle l'action porte atteinte aux « attentes distinctes et raisonnables sous-tendant l'investissement » et le caractère de l'action (paragraphe 3 de l'annexe 9-B). Pour statuer sur la légitimité des attentes des investisseurs, les tribunaux doivent tenir compte de « facteurs comme le fait que le gouvernement ait ou non donné à l'investisseur des assurances écrites contraignantes, ainsi que [de] la nature et [de] l'étendue de la réglementation gouvernementale ou [de] la possibilité de réglementation gouvernementale dans le secteur pertinent » (note de bas de page n° 36 de l'annexe 9-B).

Dans l'annexe 9-B, la tentative d'exclure de la notion d'expropriation « les actions réglementaires non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien être public, par exemple en matière de santé publique, de sécurité ou d'environnement » est minée par l'ajout de l'incise « sauf dans de rares

circonstances »⁸⁹ (paragraphe 3.b) de l'annexe 9-B). Ces *rare circumstances* n'étant pas définies dans le paragraphe 3.b), les tribunaux arbitraux disposent d'une grande latitude pour créer des précédents. En définitive, c'est aux tribunaux arbitraux qu'il appartient d'examiner ces éléments et de décider si une mesure ou une série de mesures constitue une expropriation indirecte. Le PTP laisse ainsi cette question en suspens, en conséquence de quoi l'identification des cas de mesure d'expropriation indirecte et de mesure non indemnisable restera la seule prérogative des tribunaux arbitraux. Les arbitres devront prendre leurs décisions au cas par cas⁹⁰.

Il est important de noter que les dispositions du PTP sur l'expropriation ont repris la formulation employée dans les AII précédemment conclus par les États-Unis (à l'instar des modèles d'ABI de 2004 et de 2012, des ALE conclus avec l'Australie, le Chili, la Colombie, la Corée, le Maroc, Oman, le Panama, le Pérou et Singapour, de l'ALE conclu avec les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (DR-CAFTA) et des ABI conclus avec Rwanda et l'Uruguay)⁹¹.

➤ Le principe du traitement juste et équitable

La majorité des procédures de RDIE sont engagées au titre des dispositions relatives à l'expropriation directe et indirecte et au principe du traitement juste et équitable⁹². En faisant appel à ce principe, les investisseurs ont réussi à remettre en cause des mesures prises par toutes les branches de l'État et à tous les niveaux de l'administration⁹³.

La clause de traitement juste et équitable est une disposition *fourre-tout*, surtout du fait qu'elle ne définit pas ce qui constitue une violation. De plus en plus souvent, l'interprétation qu'en donnent les tribunaux englobe non seulement le déni de justice, mais aussi les attentes légitimes des investisseurs, la perte de bénéfices attendus ou la violation par un État de ses obligations de transparence en matière de décisions administratives⁹⁴. Certains tribunaux d'investissement en donnent une interprétation élargie qui inclut l'obligation de fournir un cadre commercial et réglementaire *stable et prévisible*, en vertu de quoi les investisseurs peuvent réclamer des indemnisations au motif d'une réorientation des politiques fiscales et réglementaires (voir l'encadré 9). Cette interprétation est basée sur l'idée d'un *statu quo* législatif.

⁸⁹ L'expression *rare circumstances* était déjà employée dans les modèles d'ABI américains de 2004 et de 2012.

⁹⁰ Nahila Cortes, *Indirect Expropriation under the TPP: A New Frontier for the Right of States to Regulate?*, 20 décembre 2015, American University Washington College of Law. Consultable (en anglais) à l'adresse : <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/12/20/indirect-expropriation-under-the-tpp-a-new-frontier-for-the-right-of-states-to-regulate/>.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Voir : IISD, *A review of recent investment arbitration decisions 2012-2013*.

⁹³ Lise Johnson, Lisa Sachs (novembre 2015), p. 4. Presque 75 % (17 sur 23) des procédures rendues publiques intentées au titre des AII conclus par les États-Unis et remportées par les investisseurs ont établi que l'État avait violé le principe du traitement juste et équitable ou la norme minimale de traitement. Voir : Public Citizen, *"Fair and Equitable Treatment" and Investors' Reasonable Expectations: Rulings in U.S. FTAs & BITs Demonstrate FET Definition Must be Narrowed*, septembre 2012, <http://www.citizen.org/documents/MST-Memo.pdf>.

⁹⁴ Voir : IISD, *Les traités d'investissement et leur importance pour le développement durable : questions et réponses*, p. 15, et IISD, *A review of recent investment arbitration decisions 2012-2013*, p. 17.

Des interprétations aussi vastes de l'obligation de traitement juste et équitable menacent la capacité de réglementer des pays en développement, où le cadre réglementaire évolue au fur et à mesure du renforcement des capacités de l'État et des mutations sociétales à l'œuvre. Elles s'opposent généralement à la nature même de la réglementation, censée évoluer au gré des contextes locaux, nationaux et mondiaux.

Encadré 9. Évolution du cadre réglementaire entravée par l'interprétation du principe du traitement juste et équitable

L'affaire Tecmed c. États-Unis du Mexique (affaire n° ARB(AF)/00/2 du CIRDI) : le tribunal a considéré que le Mexique avait l'obligation, en vertu du principe du traitement juste et équitable, d'agir d'une manière qui ne nuise pas aux attentes fondamentales qu'avait l'investisseur étranger au moment d'investir et, de ce fait, l'obligation d'agir d'une manière dénuée d'ambiguïté et entièrement transparente pour que l'investisseur connaisse à l'avance l'ensemble des dispositions juridiques et réglementaires et leurs objectifs respectifs⁹⁵.

L'**affaire Tecmed** portait sur le remplacement d'une licence à durée indéterminée par une licence à durée déterminée pour l'exploitation d'une décharge. L'investisseur a fait valoir qu'une telle modification du cadre commercial et réglementaire constituait une violation du principe du traitement juste et équitable en vertu de l'ABI conclu entre l'Espagne et le Mexique. Le tribunal a fait droit à la plainte de l'investisseur au motif que les autorités mexicaines n'avaient pas respecté ses attentes légitimes⁹⁶.

Le traitement juste et équitable dans les ABI de l'Inde et du Brésil

Les pays en développement qui s'emploient à réviser leurs ABI évitent d'y inclure l'obligation de traitement juste et équitable. Par exemple, le modèle d'ABI de l'Inde et l'ABI conclu par le Brésil et le Malawi ne font aucune référence au *traitement juste et équitable*.

Le modèle d'ABI de l'**Inde** dispose qu'aucune Partie ne peut appliquer aux investissements un traitement non conforme au droit international coutumier, tel qu'un déni de justice dans les procédures judiciaires ou administratives, une violation du principe de l'application régulière de la loi, une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les convictions religieuses ou un cas d'arbitraire manifeste tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement (paragraphe 1 de l'article 3). L'objectif sous-jacent est d'assurer la conformité de l'ABI à l'application du droit international coutumier⁹⁷, et ainsi d'éviter que les obligations de l'État en matière de traitement des investissements ne soient trop largement interprétées⁹⁸.

⁹⁵ À noter que certains tribunaux ont interprété le principe du traitement juste et équitable de manière plus restreinte, le limitant à l'obligation des États à ne pas agir de manière *odieuse ou choquante*.

⁹⁶ Voir : CNUCED, *Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, p. 65.

⁹⁷ La note de bas de page n° 1 du modèle d'ABI de l'Inde rappelle que le droit international coutumier provient uniquement d'une pratique générale et uniforme que suivent les États et qu'elle découle d'un sentiment d'obligation juridique.

⁹⁸ Il faut souligner que les tribunaux considèrent parfois la notion de *déni de justice* comme équivalente au concept général de *faute* en droit international, tandis que certaines interprétations restrictives la limitent à la violation du droit de comparaître devant un tribunal. Par ailleurs, des tribunaux d'investissement ont récemment étendu la notion de déni de justice de manière à ce qu'elle comprenne non seulement la violation du droit de comparaître devant un tribunal, mais aussi les décisions manifestement injustes ainsi que l'ingérence du pouvoir

Le traitement juste et équitable dans le chapitre du PTP sur l'investissement

À l'inverse, les dispositions relatives au traitement juste et équitable que comporte le chapitre du PTP sur l'investissement reprennent dans une large mesure les formulations employées dans d'anciens AII encore en vigueur et dans le modèle d'ABI américain de 2012. L'article du PTP sur la *norme minimale de traitement* oblige les Parties à accorder « aux investissements visés un traitement conforme aux principes du droit international coutumier applicables, y compris un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales » (article 9.6). La notion de *traitement juste et équitable* est clarifiée par une liste non exhaustive d'obligations, comme celle « de ne pas dénier justice dans les instances décisionnelles pénales, civiles ou administratives, conformément au principe de l'application régulière de la loi consacré dans les principaux systèmes juridiques du monde ». Par conséquent, ce libellé donne aux tribunaux une grande marge de manœuvre pour compléter cette liste.

Le chapitre 9 du PTP précise en outre que « le simple fait qu'une Partie prenne ou omette de prendre une mesure qui pourrait être contraire aux attentes d'un investisseur ne signifie pas qu'il y a eu manquement au présent article [sur la norme minimale de traitement] » (paragraphe 4 de l'article 9.6). Cette formulation signifie, selon les spécialistes, que la contradiction des *attentes* des investisseurs ne peut fonder à elle seule une procédure engagée au titre de la norme minimale de traitement. Néanmoins, cela suppose que la contradiction des attentes d'un investisseur peut être prise en compte pour conclure à une violation de la norme minimale de traitement, et notamment du principe du traitement juste et équitable⁹⁹.

Le PTP précise que l'article sur la norme minimale de traitement doit être interprété conformément au droit international coutumier (note de base de page n° 15 et annexe 9-A du chapitre 9 du PTP), lequel « provient d'une pratique générale et uniforme que suivent les États et [...] découle d'un sentiment d'obligation juridique ». Cette disposition a été reprise à l'identique dans l'ALE conclu avec les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (annexe 10-B du DR-CAFTA). Dans de précédentes affaires, certains tribunaux avaient ignoré cette annexe et fondé leur décision sur une interprétation du principe du traitement juste et équitable étendue à l'obligation de satisfaire les *attentes* des investisseurs¹⁰⁰.

➤ **Les obligations des investisseurs**

Les obligations des investisseurs dans les ABI de l'Inde et du Brésil

Un des principaux objectifs de la réforme du régime de protection de l'investissement est de rééquilibrer les droits et les obligations des investisseurs aux termes des AII. Le modèle d'ABI de l'**Inde** consacre un chapitre aux obligations des investisseurs, lesquels doivent se conformer à l'ensemble des lois, des règlements et des directives administratives du pays

législatif ou exécutif dans le cours de la justice (voir : Mavluda Sattorova, *Denial of Justice Disguised? Investment Arbitration and the Protection of Foreign Investors from Judicial Misconduct*, *International and Comparative Law Quarterly* 61(1), 2012).

⁹⁹ Voir : Lise Johnson, Lisa Sachs (novembre 2015), p. 4.

¹⁰⁰ Voir : affaires *Railroad Development Corporation c. République du Guatemala* et *TECO Guatemala Holdings c. République du Guatemala* citées dans Public Citizen (2015), *Secret TPP Investment Chapter Unveiled: It's Worse than We Thought*, p. 11.

d'accueil en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, la gestion, l'exploitation et l'aliénation des investissements (articles 11 et 12 du chapitre III). Le modèle indien contient, en outre, des dispositions relatives à la conformité anti-corruption, à la fiscalité et à la confidentialité. L'article 12 énonce les bonnes pratiques des investisseurs, qui doivent intégrer volontairement dans leurs pratiques et leurs politiques internes les normes internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises.

L'ABI du **Brésil** comporte un article détaillé sur les bonnes pratiques des investisseurs, notamment en matière de contribution au développement durable du pays d'accueil et de la population locale, mais également de stimulation du progrès économique, social et environnemental, de respect des droits humains des personnes affectées par leurs activités, de renforcement des capacités locales et de formation de capital humain (en particulier par la création de possibilités d'emploi).

Les obligations des investisseurs dans le chapitre du PTP sur l'investissement

À l'inverse, le PTP ne fait aucune référence directe aux obligations ni aux bonnes pratiques des investisseurs. Le chapitre du PTP sur l'investissement consacre un article à la responsabilité sociale des entreprises (article 9.17), rappelant qu'il est important que « chacune des Parties encourage les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa compétence à intégrer volontairement, dans leurs politiques internes, les normes, les lignes directrices et les principes internationalement reconnus en matière de responsabilité sociale des entreprises que la Partie a avalisés ou appuyés ». Toutefois, l'article affirme simplement l'importance d'encourager les entreprises et n'impose aucune obligation particulière aux investisseurs.

➤ **Le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)**

Le RDIE dans les ABI de l'Inde et du Brésil

De nombreux pays en développement se sont montrés très critiques à l'égard du système de RDIE. L'ABI du **Brésil** ne prévoit pas la possibilité d'établir un mécanisme de RDIE, mais renferme un article plus général sur la *prévention des différends* selon lequel les différends peuvent uniquement être réglés d'État à État (paragraphe 3 de l'article 13). Il établit un *Comité mixte* de résolution des litiges, composé de représentants mandatés par chaque Partie (article 3). Les Parties désignent, en outre, des *centres de coordination* ou de *médiation* (article 4), dont la mission principale est d'assister les investisseurs de l'autre Partie.

Par exemple, l'ABI du Brésil dispose que la Chambre du commerce extérieur du Brésil, qui fait partie du Conseil de gouvernement de la Présidence de la République du Brésil, est le centre de coordination désigné par le Brésil et que le Centre pour l'investissement et le commerce du Malawi, un organisme public chargé de promouvoir l'investissement et le commerce, est celui désigné par le Malawi. Par ailleurs, avant d'engager une procédure, les Parties sont tenues d'entreprendre des consultations et des négociations sous la médiation du Comité mixte. À l'issue des consultations et des négociations entre les Parties, le Comité mixte peut autoriser le recours à un arbitrage d'État à État (article 13) si les Parties le jugent opportun (paragraphe 6 de l'article 13).

Le modèle d'ABI de l'**Inde** assujettit l'engagement d'une procédure d'arbitrage à l'épuisement des voies de recours nationales (paragraphe 1 de l'article 15). Le recours à une telle procédure est soumis à un délai de prescription de 6 ans à partir du jour où l'investisseur a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la mesure mise en cause (paragraphe 5 i) de l'article 15). Il faut souligner que le texte prévoit un délai d'au moins 5 ans à partir du jour où l'investisseur a eu connaissance de la mesure mise en cause pour épuiser toutes les voies de recours judiciaires et administratives relatifs à la mesure faisant l'objet de la procédure (paragraphe 2 de l'article 15). Les investisseurs disposent donc d'un an à compter de l'épuisement des voies de recours nationales pour engager une procédure arbitrale.

Le modèle indien prévoit que les investisseurs souhaitant saisir un tribunal arbitral doivent notamment renoncer à leur droit d'engager ou de poursuivre, auprès d'un tribunal administratif ou d'une cour administrative d'appel d'une Partie, ou d'une autre instance de règlement des différends, une procédure se rapportant à la mesure de la Partie défenderesse dont il est allégué qu'elle constitue un manquement (paragraphe 5 iii) et 5 iv) de l'article 15). En outre, un article sur la prévention des conflits d'intérêts des arbitres (article 19) prévoit les motifs pour lesquels les Parties peuvent récuser un arbitre désigné conformément à l'ABI, et liste plusieurs critères servant à s'assurer que les arbitres sont indépendants, impartiaux et exempts de tout conflit d'intérêt (paragraphe 10 de l'article 19). Le modèle indien comporte également un article sur la transparence des procédures arbitrales (article 22).

Aux termes du modèle indien, les dommages pécuniaires ne peuvent excéder la perte subie par l'investisseur ou, selon le cas, la filiale régie par le droit du pays d'accueil, et doivent être diminués des indemnités ou des réparations déjà versées par une autre Partie, de toute restitution de biens, de l'abrogation ou de la modification de la mesure ou de tout autre facteur atténuant¹⁰¹ (paragraphe 3 de l'article 26). Ces dispositions sont assorties d'une clause de rendez-vous prévoyant l'éventuelle mise en place d'un mécanisme d'appel.

Il est important de noter que les dispositions du modèle indien ne s'appliquent pas aux mesures prises par les autorités locales, ni aux mesures portant sur la fiscalité, sur la délivrance de licences obligatoires relatives à des droits de propriété intellectuelle, sur la révocation, la limitation ou la création de droits de propriété intellectuelle (pour autant qu'elles soient conformes à l'Accord sur les ADPIC), sur les marchés publics, sur les subventions ou les contributions accordées par une Partie ou sur les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental (paragraphe 4 de l'article 2). Les mesures non discriminatoires d'application générale prises par la banque centrale ou l'autorité monétaire des Parties sont elles aussi exclues du champ d'application du modèle indien (paragraphe 2 de l'article 32).

Le RDIE dans le chapitre du PTP sur l'investissement

Le chapitre du PTP sur l'investissement ne requiert pas l'épuisement des voies de recours nationales. Il autorise les investisseurs à demander des indemnisations au motif de l'échec d'une tentative d'investissement, définie comme « une ou des actions concrètes pour effectuer

¹⁰¹ Voir aussi la note de bas de page n° 4 du modèle d'ABI de l'Inde, qui précise que les facteurs atténuants peuvent comprendre l'utilisation antérieure et actuelle de l'investissement, l'histoire de son acquisition et de son affectation, les réparations octroyées à l'investisseur par un tiers, tout préjudice non réparé causé par l'investisseur à l'environnement ou la population locale et tout autre élément pertinent au regard de la nécessité de trouver un équilibre entre l'intérêt public et les intérêts de l'investisseur.

un investissement, par exemple en affectant des ressources ou des capitaux en vue de lancer une affaire, ou en effectuant une demande de permis ou de licence » (article 9.1 et note de bas de page n° 12). Les procédures de RDIE peuvent porter sur la restructuration de la dette souveraine (seules les clauses NPF et de traitement national peuvent être invoquées en cas de restructuration négociée, c'est-à-dire de négociation à laquelle ont consenti les détenteurs d'au moins 75 % de la dette) (définitions de l'article 9.1 et paragraphe 2 de l'annexe 9-G).

Par ailleurs, un investisseur d'une Partie peut soumettre une plainte à l'arbitrage au motif que l'État défendeur a manqué à un autre accord d'investissement relativement à « a) des ressources naturelles contrôlées par une autorité nationale, comme le pétrole, le gaz naturel, les minéraux des terres rares, le bois d'œuvre, [...] y compris leur exploration, leur extraction, leur raffinage, leur transport, leur distribution ou leur vente ; b) la fourniture, pour le compte de la Partie, de services destinés au grand public pour : la production ou la distribution d'électricité, le traitement ou la distribution d'eau, les télécommunications [...] ; c) la réalisation de projets d'infrastructure [...] » [sic] (définition d'*accord d'investissement* de l'article 9.1 et article 9.19 sur la soumission d'une plainte à l'arbitrage). L'annexe 9-L autorise les investisseurs à engager une telle procédure même après avoir soumis une renonciation écrite à l'accord d'investissement invoqué (quand bien même ce dernier prévoirait le règlement des litiges par une instance nationale). En vertu du chapitre du PTP sur l'investissement, le délai de prescription dans lequel un investisseur peut introduire une procédure est prolongé à 3 ans et 6 mois à partir du jour où il a eu connaissance du manquement (contre 3 ans dans le modèle d'ABI américain de 2012) (paragraphe 1 de l'article 9.21).

Contrairement à d'autres ABI en vigueur, le chapitre du PTP sur l'investissement ne confère pas de protections supplémentaires, qui seraient pourtant nécessaires pour empêcher les tribunaux d'interpréter trop largement les obligations des États. Bien que le Bureau du représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales soutienne que les dispositions prévues renforcent les moyens de traiter et de rejeter de manière accélérée les plaintes manifestement dénuées de fondement juridique (paragraphe 4 de l'article 9.23), le PTP ne fait, à cet égard, que reprendre les dispositions de précédents AII tels que le DR-CAFTA (paragraphe 4 de l'article 10.20) et l'ALE conclu entre les États-Unis et le Pérou (paragraphe 4 de l'article 10.20), lesquelles n'ont pas efficacement limité les plaintes abusives¹⁰².

Le chapitre du PTP sur l'investissement ne consacre aucune disposition à l'éthique des arbitres, mais comporte une *clause de rendez-vous* (paragraphe 6 de l'article 9.22) disposant qu'« avant l'entrée en vigueur du présent accord, les Parties fournissent des directives concernant l'application du code de conduite relatif à la procédure de règlement des différends [...] aux arbitres [...] et des directives concernant l'application d'autres règles ou lignes directrices pertinentes concernant les conflits d'intérêts dans le cadre de l'arbitrage international ». Il n'est pas possible de savoir avec certitude si ces directives seront efficaces en la matière.

S'agissant de la transparence et de la participation du public, certains spécialistes estiment que le PTP marque un recul par rapport à d'autres ABI récemment conclus par les États-Unis¹⁰³.

¹⁰²Public Citizen (2015), *Secret TPP Investment Chapter Unveiled: It's Worse than We Thought*.

¹⁰³Lise Johnson, Lisa Sachs (novembre 2015), p. 12.

Ils soulignent que le PTP contient une disposition, non prévue aux précédents ABI, selon laquelle l'État « devrait s'efforcer d'appliquer [ses lois en matière d'accès à l'information] de façon adéquate pour que les renseignements désignés comme renseignements protégés ne soient pas divulgués » lors de la procédure de RDIE. Les investisseurs pourraient invoquer cette clause pour empêcher que des renseignements soumis à un tribunal ou délivrés par celui-ci ne soient rendus publics¹⁰⁴. Par ailleurs, la recevabilité des mémoires présentés en tant qu'*amicus curiae* (paragraphe 3 de l'article 9.23) reste à l'appréciation des tribunaux arbitraux.

En vertu du chapitre du PTP sur l'investissement, les tribunaux arbitraux décident librement du montant des indemnisations, qui ne sont pas plafonnées, et de leur éventuelle majoration d'intérêts calculés selon un taux commercial (cours de la date de la mesure publique concernée), en sus de la répartition des dépens¹⁰⁵ (paragraphe 6 de l'article 9.23). Le système actuel de RDIE présente donc un attrait économique supplémentaire pour les investisseurs et les cabinets d'avocats.

➤ Les prescriptions de résultats

L'histoire des pays industrialisés montre que les mouvements d'IDE ne sont pas nécessairement associés au développement industriel et qu'il est indispensable de les soumettre à des prescriptions de résultats pour tirer parti de retombées positives. L'IDE ne profite pas automatiquement aux pays d'accueil, sauf s'ils prennent des mesures incitant les investisseurs à agir d'une manière qui serve le pays. Pour que l'IDE génère des effets positifs, les pays devraient prendre exemple sur les politiques publiques qui ont contribué au développement industriel de certains pays¹⁰⁶. Or, celles-ci font l'objet de restrictions en vertu des AII actuellement en vigueur.

Les prescriptions de résultats dans les ABI de l'Inde et du Brésil

Les ABI de l'Inde et du Brésil ne consacrent aucune disposition aux prescriptions de résultats. L'article 9.10 du chapitre du PTP sur l'investissement énonce, selon la méthode de la liste négative¹⁰⁷, les prescriptions de résultats que les États ne peuvent imposer relativement à l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation de l'investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une Partie ou d'un État tiers et auxquelles ils ne peuvent subordonner l'octroi ou le maintien d'un

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Une procédure de RDIE coûte en moyenne 8 millions de dollars, qui comprennent les frais dus au tribunal et les honoraires des arbitres et des avocats.

¹⁰⁶ Manuel Montes et Kinda Mohamadih, *Throwing Away Industrial Development Tools: Investment Protection Treaties and Performance Requirements*, dans *Investment Treaties: Views and Experiences from Developing Countries* (Genève, Centre Sud, 2015).

¹⁰⁷ En vertu de la méthode de la *liste négative* employée dans le PTP, les investisseurs étrangers ont un accès total à l'ensemble du marché du pays d'accueil à moins que celui-ci n'ait inscrit une exception (mesures non conformes) dans la liste de réserves des annexes I ou II. En annexe I, chaque Partie énonce les mesures existantes qu'elle accepte de ne pas rendre plus contraignantes ultérieurement, et pour lesquelles elle accepte de consolider toute libéralisation future. L'annexe II mentionne les domaines dans lesquels les mesures sont laissées à l'entière discrétion de chaque Partie. Source : <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2015/october/summary-trans-pacific-partnership>.

avantage¹⁰⁸. Le PTP dresse une liste de restrictions bien plus longue que celle de l'Accord de l'OMC sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC).

Les prescriptions de résultats dans le chapitre du PTP sur l'investissement

Aux termes du PTP, la liste de restrictions contenue dans l'Accord sur les MIC est étendue aux services et entre dans le champ d'application du RDIE. Outre les prescriptions relatives aux MIC, le PTP interdit celles qui portent sur le transfert ou l'utilisation d'une technologie particulière¹⁰⁹ et sur le taux ou la valeur donné de redevances, à l'instar d'une limitation des paiements de redevances aux sociétés mères¹¹⁰. Comme exposé précédemment, les dispositions du PTP en matière de prescriptions de résultats s'appliquent aux investisseurs de tous pays, même des États tiers.

➤ **Portée et défauts des exceptions générales et des dispositions relatives au droit de réglementer¹¹¹**

La possibilité d'insérer des exceptions générales ainsi que des dispositions ou des clarifications sur le droit de réglementer revient très souvent dans les débats sur la réforme du régime de protection de l'investissement¹¹². D'après le *Rapport sur l'investissement dans le monde 2014*¹¹³, quinze des 18 AII conclus en 2013 prévoient des exceptions générales. La majorité des AII actuellement en vigueur en est néanmoins dépourvue. À cela s'ajoute le fait que les exceptions générales de nombreux AII sont contradictoires¹¹⁴.

¹⁰⁸ L'accord économique et commercial global (AECG) énonce lui aussi de nombreuses restrictions liées aux prescriptions de résultats (article 8.5 sur les prescriptions de résultats). Il dispose, en outre, que l'accès aux marchés ne peut faire l'objet de limitations concernant notamment le type de coentreprise, la participation de capital étranger, la valeur des transactions ou des actifs ou le nombre d'employés (article 8.4 sur l'accès aux marchés). À noter également que les dispositions de l'AECG sur les prescriptions de résultats sont exclues du mécanisme de RDIE (article 8.18). Ainsi, seuls les États peuvent engager une procédure de règlement des différends au titre des dispositions de l'AECG sur les prescriptions de résultats, conformément au chapitre 29 sur le règlement des différends. À l'inverse, les dispositions du PTP sur les prescriptions de résultats sont incluses dans la portée du mécanisme de RDIE.

¹⁰⁹ Les restrictions au transfert et à l'utilisation de technologie figuraient dans le modèle d'ABI américain de 2012.

¹¹⁰ La pratique observée par les pays en développement montre que s'ils ne sont pas réglementés, les paiements de redevances aux sociétés mères augmentent considérablement, au détriment des actionnaires nationaux. (Voir : *Investor returns take a hit as arms of foreign MNCs hike royalty payment*, Suresh P. Iyengar, consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.thehindubusinessline.com/markets/stock-markets/investor-returns-take-a-hit-as-arms-of-foreign-mncs-hike-royalty-payment/article5815560.ece> (consulté le 8 avril 2016)).

¹¹¹ La présente sous-partie constitue une réflexion sur les effets des dispositions relatives aux *exceptions générales* et au *droit de réglementer*. Ce n'est en aucun cas une analyse détaillée de la portée générale des réserves et des exceptions prévues par les AII évoqués dans ce document.

¹¹² Voir, par exemple, les débats et les déclarations de la session de réunions organisée par la CNUCED sur la réforme des AII dans le cadre du Forum mondial de l'investissement de 2014. Voir aussi le programme de la conférence de l'OCDE sur les AII intitulée *Investment Treaties: The Quest for Balance*, qui s'est tenue le 14 mars 2016, consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/OECD-investment-treaties-2016-agenda.pdf>.

¹¹³ CNUCED, cité dans *Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement*, Levent Sabanogullari, 6 mai 2015.

¹¹⁴ Andrew Newcombe, *General Exceptions in International Investment Agreements* (2008), projet de document de travail pour la huitième conférence annuelle de l'Institut britannique de droit international et de droit comparé (BIICL) sur l'OMC.

Le recours à des clauses d'exception n'est pas toujours efficace. Cela tient essentiellement à leur libellé et à leur articulation avec les autres dispositions de l'AII. Ces deux éléments déterminent également l'interprétation qu'en font les tribunaux arbitraux et, par conséquent, l'ampleur de la marge de manœuvre dont disposent les États. Il faut préciser que les exceptions sont souvent interprétées de façon restreinte, car les tribunaux insistent sur le rôle de promotion et de protection de l'investissement des AII, qui est l'objectif principal des AII traditionnels¹¹⁵.

Il est, par exemple, très difficile d'invoquer des exceptions portant sur des mesures *nécessaires* à un objectif donné, tandis que des exceptions visant des mesures *se rapportant* à un objectif ou *conçues et appliquées en vue* de celui-ci confèrent une plus grande latitude aux pays d'accueil¹¹⁶. De plus, il est important de tenir compte de l'articulation des clauses d'exception avec les autres dispositions de l'AII. Les exceptions peuvent, en effet, ne pas s'appliquer aux dispositions desquelles l'État cherche à se protéger, telles le principe du *traitement juste et équitable*. Les clauses d'exception sont, par conséquent, d'une efficacité limitée si elles ne réduisent pas la portée des dispositions de l'AII sur la protection de l'investissement.

Dans de nombreux AII, les États font le choix de mentionner, en guise de clauses d'exception générale, l'article XX¹¹⁷ de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)¹¹⁸ et l'article XIV de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)¹¹⁹. La pratique du système de règlement des différends de l'OMC démontre que les États parviennent difficilement à faire valoir que leurs mesures sont *nécessaires* aux termes de l'article XX du GATT et de l'article XIV de l'AGCS. Ainsi, depuis la création de

¹¹⁵ *Ibid.* L'auteur évoque les affaires opposant les États-Unis d'Amérique à Canfor Corporation et Terminal Forest Products, au cours desquelles le tribunal a confirmé la conclusion du Groupe spécial du GATT sur le différend *Canada - Restrictions à l'importation de crème glacée et de yoghourt*, selon laquelle les exceptions doivent être interprétées de manière restreinte et non souple.

¹¹⁶ Voir : *Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement*, Levent Sabanogullari, consultable à l'adresse : <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-fr.pdf> (consulté le 21 mai 2015)

¹¹⁷ Article XX du GATT : « sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures a) nécessaires à la protection de la moralité publique ; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ; [...] d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur [...] ».

¹¹⁸ Voir : *Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement*, Levent Sabanogullari, consultable à l'adresse : <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-fr.pdf> (consulté le 21 mai 2015).

¹¹⁹ Voir, par exemple, l'article 22 du traité du marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA), l'article 17 de l'Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE) sur la promotion et la protection des investissements et l'article 20 de l'ABI conclu en 2013 entre le Bénin et le Canada. Les exceptions générales prévues aux AII du Canada reprennent généralement les dispositions de l'article XX du GATT.

l'OMC, seule une des 40 tentatives d'invoquer les exceptions générales du GATT a abouti¹²⁰. De plus, étant donné que la jurisprudence de l'OMC ayant examiné l'article XX du GATT concernait des affaires de commerce de marchandises et non pas de mouvements d'investissement, et que l'article XX implique qu'une mesure *nécessaire* doit être « aussi peu restrictive que possible pour le commerce »¹²¹, d'aucuns estiment qu'il n'est pas adapté au règlement des différends relatifs à l'investissement.

Selon Nathalie Bernasconi et Howard Mann, loin de présenter une quelconque garantie du droit de réglementer des États, ce type de clause d'exception générale transfère de manière hasardeuse des concepts du droit commercial au droit de l'investissement, alors que l'investissement et le traitement des marchandises à la frontière appartiennent à des domaines de réglementation d'État très différents. Ils expliquent que le champ et les moyens d'application de la clause sont manifestement mal définis et qu'aucun recours n'est prévu en cas d'application erronée, alors que le droit commercial prévoit la possibilité de saisir l'organe d'appel de l'OMC. Par conséquent, selon eux, la clause d'exception ne saurait être considérée comme une garantie du droit de réglementer¹²². Mann et Bernasconi ajoutent que rien n'indique clairement que les États peuvent actuellement se prémunir contre une demande d'indemnisation en invoquant la clause d'exception générale¹²³. Ils concluent donc qu'une mesure couverte par la clause d'exception peut toujours faire l'objet d'une procédure de RDIE au motif qu'elle constitue une violation du principe du traitement juste et équitable ou d'autres dispositions de l'AII, et donner lieu à une indemnisation de l'investisseur.

Par ailleurs, de nombreux AII comportent une clause d'exception concernant la sécurité nationale, en vertu de laquelle les dispositions de l'AII n'empêchent pas une Partie de prendre les mesures qu'elle estime nécessaires au maintien de l'ordre public, au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales ou à la protection de ses intérêts essentiels de sécurité (article XI de l'ABI conclu en 1991 entre l'Argentine et les États-Unis)¹²⁴. Certains tribunaux estiment qu'une mesure nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sécurité doit répondre aux mêmes conditions requises pour invoquer l'état de nécessité au sens du droit international coutumier (voir les affaires du CIRDI opposant la République argentine à CMS Gas Transmission Company (ARB/01/8), à LG&E (ARB/02/1) et à Sempra Energy International (ARB/02/16)).

¹²⁰ Voir : Public Citizen, *Only 40 attempts to use the GATT Article XX / GATS Article XIV "General Exception" Has Ever Succeeded: Replicating the WTO Exception Construct will not Provide for an Effective TPP General Exception*.

¹²¹ Aaron Cosby, *Inside CETA: Unpacking the EU-Canada free trade deal* (3 novembre 2014), consultable (en anglais) à l'adresse : <http://www.ictsd.org/bridges-news/biores/news/inside-ceta-unpacking-the-eu-canada-free-trade-deal>.

¹²² Nathalie Bernasconi et Howard Mann, *A Response to the European Commission's December 2013 Document 'Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)'*, consultable (en anglais) à l'adresse : http://www.iisd.org/pdf/2014/reponse_eu_ceta.pdf.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ L'article XI de l'ABI conclu entre l'Argentine et les États-Unis dispose que l'accord n'empêche pas l'application par l'une ou l'autre Partie de mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public, l'exécution de ses obligations en ce qui concerne le maintien ou le rétablissement de la paix ou de la sécurité internationales, ou la protection de ses propres intérêts essentiels de sécurité. Par ailleurs, l'accord de facilitation des investissements et de coopération conclu entre le Brésil et le Mexique contient un article relatif aux mesures prudentielles et une exception de sécurité et exclut de la portée du mécanisme de règlement des différends toutes les mesures prises dans le cadre de ces exceptions.

Les exceptions des accords de l'OMC incorporées dans le PTP ne s'appliquent pas au chapitre sur l'investissement. Le PTP prévoit des exceptions concernant la sécurité (article 29.2) et autorise chaque Partie à prendre des mesures de sauvegarde temporaire « lorsque sa balance des paiements et sa situation financière extérieure posent ou menacent de poser de graves difficultés » (article 29.3).

S'agissant de l'AECG conclu entre le Canada et l'UE, les dispositions de l'article XX du GATT ont été incluses dans le chapitre sur les exceptions (article 28.3 sur les exceptions générales) mais leur application au chapitre sur l'investissement se limite à la section B sur l'établissement d'investissements et à la section C sur le traitement non discriminatoire¹²⁵. Le chapitre de l'AECG sur les exceptions (paragraphe 2 de l'article 28.3) reprend également les dispositions de l'article XIV de l'AGCS, dont le champ d'application à l'investissement est limité aux mêmes sections B et C. Il en résulte que certaines dispositions, notamment celles qui portent sur le traitement juste et équitable ou l'expropriation, restent exclues de la portée des clauses d'exception.

Le modèle d'ABI de l'Inde prévoit des exceptions générales (article 32) et des exceptions concernant la sécurité (article 33). Aux termes de l'article 32, aucune disposition de l'accord ne peut être interprétée de manière à empêcher une Partie d'adopter ou d'appliquer des mesures non discriminatoires d'application générale nécessaires à la protection de la moralité publique, au maintien de l'ordre public, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, entre autres. Comme expliqué précédemment, cette formulation ne prémunit pas le pays d'accueil contre les demandes d'indemnisation puisqu'elle n'exclut pas les mesures relevant des articles 32 et 33 du champ d'application du RDIE. Il est donc possible qu'un État soit condamné à verser des réparations s'il adopte ou applique des mesures de ce type¹²⁶. De plus, l'article 32 dispose *qu'aucune disposition de l'accord ne s'applique aux mesures non discriminatoires* d'application générale prises par la banque centrale ou l'autorité monétaire des Parties au titre de politiques monétaires ou de politiques de crédit ou de taux de change, et sans préjudice des droits et des obligations des Parties découlant de l'article 6 sur les transferts. Bien que ce libellé élargisse l'exception s'appliquant à ces mesures en les excluant du champ d'application de certaines dispositions dont le RDIE, sa référence aux obligations découlant de l'article sur les transferts (article 6) restreint la marge de manœuvre des États. Les garanties prévues à l'article 6 s'appliquent sous réserve de la législation nationale.

Par ailleurs, certains États s'emploient à rédiger des dispositions traitant du *droit de réglementer*, pour préserver la marge de manœuvre dont ils disposent dans le choix de leurs politiques et de leur réglementation et pour adopter, par exemple, des mesures de protection de l'environnement ou des mesures prudentielles visant le secteur financier. En règle générale, le *droit de réglementer* est mentionné dans le préambule et dans les dispositions de fond des ABI. À l'instar des *clauses d'exception*, c'est la façon dont ces références sont

¹²⁵ Cela marque une différence avec le modèle d'accord sur la promotion et la protection des investissements (APIE) élaboré en 2013 par le Canada, qui ne fait pas référence à l'article XX du GATT.

¹²⁶ Bernasconi et Mann estiment que les clauses d'exceptions devraient commencer comme suit : « Aucune disposition du présent Accord ne saurait être interprétée de manière à obliger une Partie à verser une compensation pour avoir adopté ou appliqué de bonne foi une mesure conçue et appliquée en vue de [...] ». Source : Nathalie Bernasconi et Howard Mann, *A Response to the European Commission's December 2013 Document 'Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)'*, consultable (en anglais) à l'adresse : http://www.iisd.org/pdf/2014/reponse_eu_ceta.pdf.

rédigées et articulées avec les autres dispositions de l'AII qui détermine la marge de manœuvre dont bénéficient les États.

Par exemple, l'article 9.16 du chapitre du PTP sur l'investissement, intitulé « Investissement et objectifs en matière d'environnement, de santé et autres objectifs réglementaires », prévoit qu'« aucune disposition du présent chapitre n'est interprétée de manière à empêcher une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer toute mesure, *par ailleurs compatible avec le présent chapitre*, qu'elle considère appropriée pour veiller à ce que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière qui tienne compte des objectifs en matière d'environnement ou de santé ou d'autres objectifs réglementaires » (italiques ajoutés).

Ce jeu d'autoréférence, par lequel les mesures relatives à l'environnement, à la santé ou à d'autres objectifs réglementaires ne sont admises que sous réserve de leur compatibilité avec les dispositions du chapitre 9, ne garantit pas efficacement la marge de manœuvre réglementaire des États. Les investisseurs peuvent toujours mettre en cause des mesures étatiques au titre du principe du traitement juste et équitable, et d'autres dispositions du chapitre du PTP sur l'investissement.

S'agissant de l'AECG, le paragraphe 1 de l'article 8.9 dispose que « pour l'application [du chapitre 8], les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle ». Cette clause ne constitue rien de plus qu'une réaffirmation du principe largement établi du droit de réglementer des États¹²⁷ et aucune précision n'est donnée quant à son articulation avec les autres dispositions de fond de l'AECG. Il subsiste par conséquent des interrogations quant à la marge de manœuvre dont disposerait un État pour prendre des mesures de bonne foi en vue des objectifs énumérés au paragraphe 1 de l'article 8.9.

¹²⁷ En vertu du droit international coutumier, certains tribunaux ont reconnu le droit inhérent des États de réglementer, et admis qu'une mesure étatique faisant obstacle au droit de propriété ne constitue pas nécessairement une expropriation (voir *Pope & Talbot c. Gouvernement du Canada*, *Tecmed c. États-Unis du Mexique*, *S.D. Myers c. Gouvernement du Canada*).

CONCLUSION

Le régime actuel de protection de l'investissement est à la croisée des chemins. Les États doivent réformer fondamentalement, et non pas superficiellement, le système afin de répondre aux problèmes posés par les AII en vigueur et le mécanisme de RDIE qu'ils prévoient.

Bien que de nombreux pays se soient engagés dans la révision ou la modification de leurs modèles d'AII, qu'ils appellent souvent *réforme*, la manière de procéder varie substantiellement selon les pays. Comme exposé dans la Section II de ce document, les nouveaux modèles d'ABI de l'Inde et du Brésil témoignent d'une vision pour l'avenir des règles de protection de l'investissement qui diffère considérablement de celle qui nourrit le chapitre du PTP sur l'investissement. D'aucuns estiment que le PTP renforce le système boiteux actuel, bien plus qu'il ne le réforme.

Les États-Unis n'ont apporté que très peu de modifications aux dispositions de fond de leurs modèles d'AII. Comme cela a été démontré dans la Section I de ce document, les dispositions de leurs AII ne diffèrent pas sensiblement selon qu'il s'agit du chapitre de l'ALÉNA sur l'investissement, du modèle d'ABI américain de 2012 ou, plus récemment, du chapitre du PTP sur l'investissement. À cela s'ajoute le fait qu'il n'existe pas de corrélation établie entre les ABI et une hausse des mouvements d'IDE des États-Unis vers les pays partenaires. Bien souvent, la négociation et la conclusion d'ABI par les États-Unis sont guidées par des considérations politiques. De surcroît, l'expérience démontre que les objectifs économiques traditionnellement invoqués par les États-Unis ne suffisent pas à expliquer leur stratégie en matière d'ABI.

Les ABI, et notamment le chapitre du PTP sur l'investissement, conclus par les États-Unis restreignent particulièrement le droit de réglementer des États et confèrent des droits très étendus à plusieurs types d'investisseurs, dont le droit de déposer plainte contre les États et de se soustraire aux systèmes judiciaires nationaux. Les investisseurs américains sont les plus nombreux à mettre en cause les mesures administratives et réglementaires des États, en invoquant les ABI conclus par les États-Unis. Ils ont notamment engagé près de 80 procédures à l'encontre de pays en développement.

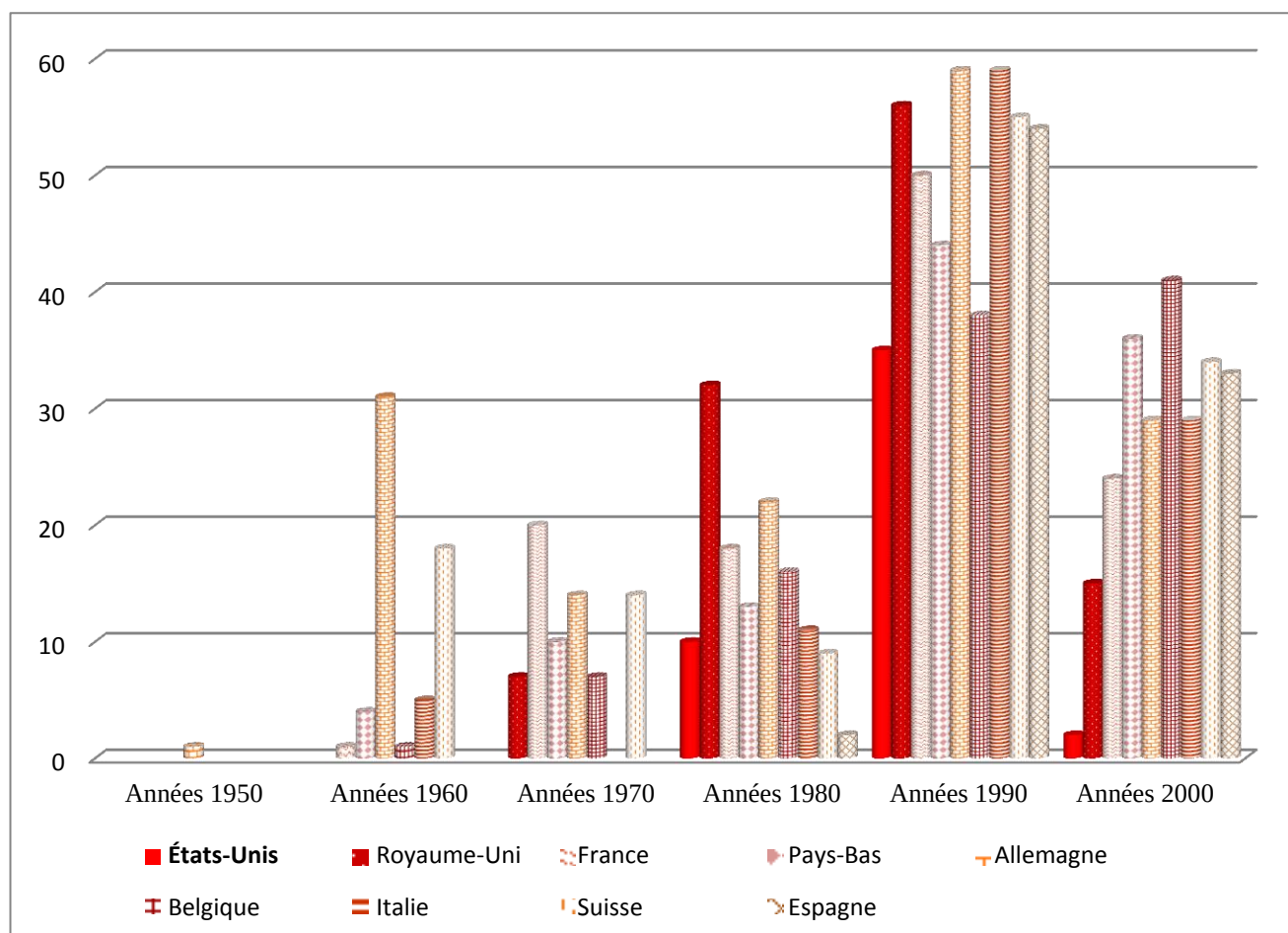
Les pays qui envisagent d'engager des négociations avec les États-Unis risquent de conclure un ABI basé sur le modèle du chapitre du PTP sur l'investissement. Or, il ressort clairement de l'analyse ci-dessus que le PTP ne résout pas les problèmes de fond que pose le régime actuel de protection de l'investissement.

Il est essentiel que les pays en développement identifient quels types de réformes modifieront foncièrement le régime de protection de l'investissement, et mettront fin à la menace que représente le système de RDIE pour le droit de réglementer. À cet effet, les États devraient limiter la possibilité de mettre en cause les mesures prises dans l'objectif légitime de protéger l'intérêt public, et trouver un juste équilibre entre les droits et les obligations des investisseurs dans les AII. En outre, les problèmes posés par le régime actuel ne peuvent être résolus sans déterminer préalablement s'il est préférable de se retirer des AII conclus, ou d'en renégocier le contenu. Cela implique également de s'interroger sur le rôle et la nécessité du RDIE et, s'il est conservé, de se demander s'il ne devrait pas constituer l'exception plutôt que la règle, auquel cas les différends relatifs à l'investissement se régleraient d'État à État ou dans une

instance nationale, et ne relèveraient de la compétence des tribunaux internationaux que dans des circonstances spécifiques.

À cet égard, le dialogue et la coopération Sud-Sud sont particulièrement importants, d'autant plus que plusieurs pays en développement s'emploient activement à se retirer des AII traditionnels et à rédiger des AII plus conciliants qui protègent leur droit de réglementer et renforcent les obligations des investisseurs.

ANNEXES

Annexe 1. Évolution du nombre d'ABI conclus par les États-Unis et d'autres membres de l'OCDE depuis 1950

Nombre d'ABI conclus par pays

Décennie	États-Unis	Royaume-Uni	France	Pays-Bas	Allemagne	Belgique	Italie	Suisse	Espagne
1950					1				
1960			1	4	31	1	5	18	
1970		7	20	10	14	7		14	
1980	10	32	18	13	22	16	11	9	2
1990	35	56	50	44	59	38	59	55	54
2000	2	15	24	36	29	41	29	34	33

Auteur du graphique : Daniel Uribe, Centre Sud.

Source : CNUCED, Investment Policy Hub, 2016.

Note : Les données collectées comprennent l'ensemble des ABI conclus par les pays de l'échantillon (ABI en vigueur, non encore ratifiés et ayant été résiliés).

Annexe 2. Procédures engagées par les investisseurs américains à l'encontre des pays en développement

N°	Année du dépôt de plainte	Affaire	Résumé	Issue
1	1993	AMT c. Zaïre	Poursuites engagées au motif que des soldats de l'armée zaïroise auraient, à deux reprises, commis des pillages au cours desquels ils auraient détruit, endommagé ou saisi des biens appartenant à une filiale locale de l'investisseur, tels que des produits finis, des matières premières et d'autres objets de valeur.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
2	1997	Azinian c. Mexique	Poursuites engagées au motif que le conseil municipal de la ville mexicaine de Naucalpan a annulé un contrat de concession de services de collecte de déchets commerciaux et industriels.	Décision rendue en faveur de l'État
3	1997	Lanco c. Argentine	Poursuites engagées au motif que le Ministère argentin de l'économie et des travaux et services publics aurait manqué à ses obligations aux termes d'un contrat de concession conclu avec Lanco International en vue de la construction et de l'exploitation d'un terminal portuaire à Buenos Aires.	Désistement
4	1997	Metalclad c. Mexique	Poursuites engagées au motif que les autorités locales de San Luis Potosí et de Guadalcázar auraient porté atteinte au projet de l'investisseur de construire et d'exploiter une installation de traitement de déchets dangereux.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
5	1998	Houston Industries c. Argentine	Poursuites engagées à la suite de différends nés d'un contrat de concession de services de distribution d'électricité dans la province argentine de Santiago del Estero.	Données non disponibles
6	1998	Waste Management c. Mexique (I)	Poursuites engagées au motif que l'État de Guerrero et la municipalité d'Acapulco auraient manqué à leurs obligations aux termes d'un contrat de concession de services publics de gestion des déchets conclu avec Acaverde, la filiale de la société	Décision rendue en faveur de l'investisseur

			américaine Waste Management, pour une durée de 15 ans.	
7	1999	Feldman c. Mexique	Poursuites engagées au motif que l'application de plusieurs lois fiscales à l'exportation de produits du tabac aurait empêché la filiale exportatrice de cigarettes que détenait l'investisseur de bénéficier du remboursement de certaines taxes sur les exportations prévu par la législation mexicaine.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
8	1999	Mitchell c. Congo	Poursuites engagées au motif que les forces militaires du Congo ont saisi le cabinet de conseil juridique de M. Mitchell, des documents jugés compromettants et d'autres biens qui s'y trouvaient avant d'évacuer de force les employés du cabinet.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
9	1999	Mobil Argentina c. Argentine	Poursuites engagées à la suite de différends concernant la participation de l'investisseur dans une société d'exploration et de production pétrolière.	Désistement
10	2000	Mihaly c. Sri Lanka	Poursuites engagées à la suite de l'échec des négociations entre la République de Sri Lanka et l'investisseur en vue de conclure un contrat relatif à la construction, à la propriété et à l'exploitation d'une centrale électrique.	Décision rendue en faveur de l'État
11	2000	Waste Management c. Mexique (II)	Poursuites engagées au motif que l'État de Guerro et la municipalité d'Acapulco auraient manqué à leurs obligations aux termes d'un contrat de concession de services publics de gestion des déchets, d'une durée de 15 ans.	Décision rendue en faveur de l'État
12	2001	Adams c. Mexique	Poursuites engagées à la suite de l'exécution d'une décision judiciaire ordonnant la restitution de terres à leurs propriétaires d'origine et l'évacuation des occupants, majoritairement américains, du complexe touristique et résidentiel qui y était construit.	Désistement
13	2001	Azurix c. Argentine (I)	Poursuites engagées pour contester la modification du régime tarifaire applicable à l'investissement du demandeur, et d'autres manquements	Décision rendue en faveur de l'investisseur

			aux obligations de l'Argentine découlant d'un contrat de concession de gestion de l'eau.	
14	2001	CMS c. Argentine	Poursuites engagées à la suite de la suspension, puis de l'abolition par l'Argentine du droit de l'investisseur de calculer ses tarifs en dollars américains et de les indexer à l'inflation.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
15	2001	Enron c. Argentine	Poursuites engagées aux motifs que des provinces argentines auraient imposé certaines taxes à une société de transport de gaz dans laquelle les demandeurs détenaient plusieurs formes de participation, et que le gouvernement aurait refusé d'autoriser la société à indexer ses tarifs sur l'indice américain des prix à la production.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
16	2001	F-W Oil c. Trinité-et-Tobago	Poursuites engagées au motif qu'un projet de prospection et de production de gaz et de pétrole dans les gisements de Soldado, ayant fait l'objet d'un appel d'offres adressé aux investisseurs étrangers de la région, constituerait un investissement du demandeur.	Décision rendue en faveur de l'État
17	2002	AES c. Argentine	Poursuites engagées au motif que l'Argentine aurait refusé que l'investisseur calcule et indexe ses tarifs conformément aux mécanismes précédemment négociés.	En cours
18	2002	Ahmonseto c. Égypte	Poursuites engagées aux motifs qu'une banque prétendument détenue par l'Égypte a modifié sa politique de crédit à l'égard des demandeurs, que ceux-ci se sont vus imposer certains droits et taxes de douane et qu'ils ont été l'objet de 4 poursuites pénales.	Décision rendue en faveur de l'État
19	2002	Champion Trading c. Égypte	Poursuites engagées à la suite de l'adoption par l'Égypte, au milieu des années 1990, de lois de privatisation et de libéralisation du commerce de coton.	Décision rendue en faveur de l'État
20	2002	Fireman's Fund c. Mexique	Poursuites engagées au motif que l'État aurait favorisé le rachat des obligations émises en pesos que détenaient les investisseurs mexicains par rapport au rachat des obligations émises en dollars que détenait Fireman's Fund.	Décision rendue en faveur de l'État
21	2002	Frank c. Mexique	Poursuites engagées au motif qu'une propriété de l'investisseur, située sur le	Désistement

			littoral de la région mexicaine de Basse-Californie, aurait été expropriée.	
22	2002	GAMI c. Mexique	Poursuites engagées au motif que des sucreries détenues par les filiales locales de l'investisseur auraient été expropriées par les autorités mexicaines en vertu d'un décret émis dans l'objectif officiel de relancer l'industrie sucrière mexicaine.	Décision rendue en faveur de l'État
23	2002	IBM c. Équateur	Poursuites engagées au motif que le Ministère équatorien des finances et du crédit public aurait manqué à son obligation de paiement au titre d'un contrat de concession conclu avec la filiale détenue par l'investisseur.	Règlement à l'amiable
24	2002	LG&E c. Argentine	Poursuites engagées au motif que des mesures adoptées par l'Argentine, notamment la loi d'urgence de 2002, auraient modifié le cadre réglementaire dans lequel les demandeurs avaient effectué des investissements dans 3 sociétés de distribution de gaz sur le territoire argentin.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
25	2002	Occidental c. Équateur (I)	Poursuites engagées aux motifs que l'administration fiscale équatorienne a refusé les demandes de remboursement de TVA formulées par la société Occidental, et lui a ordonné de reverser les sommes précédemment remboursées au titre d'un contrat de participation conclu par le demandeur avec Petroecuador, une société détenue par l'Équateur, en vue d'opérations d'exploration et de production de pétrole en Équateur.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
26	2002	PSEG c. Turquie	Poursuites engagées à la suite de plusieurs différends nés d'un contrat de concession conclu entre le demandeur et l'État en vue de la construction d'une centrale à charbon, et après l'adoption d'autres mesures par le défendeur qui auraient notamment empêché le demandeur d'obtenir les garanties financières nécessaires à la réalisation de son projet.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
27	2002	Sempra c. Argentine	Poursuites engagées aux motifs que l'Argentine a gelé les tarifs de sociétés preneuses de licences, alors indexés sur	Décision rendue en faveur de

			l'indice américain des prix à la production, puis imposé qu'ils soient calculés en pesos.	l'investisseur
28	2003	Azurix c. Argentine (II)	Poursuites engagées au motif que l'Argentine aurait manqué à ses obligations aux termes d'un contrat de concession de gestion de l'eau, notamment en modifiant le régime tarifaire applicable à l'investissement du demandeur.	Désistement
29	2003	Continental Casualty c. Argentine	Poursuites engagées au motif que plusieurs décrets et résolutions adoptés par l'Argentine dans le contexte d'une crise économique (notamment des restrictions aux transferts, la modification de l'échéance des certificats de dépôt et la conversion en pesos des dépôts libellés en dollars) auraient porté atteinte à l'investissement et empêché l'investisseur de se protéger contre le risque de dévaluation du pesos.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
30	2003	El Paso c. Argentine	Poursuites engagées au motif que plusieurs décrets et résolutions adoptés par l'Argentine dans le contexte d'une crise économique (notamment des restrictions aux transferts, la modification de l'échéance des certificats de dépôt et la conversion en pesos des dépôts libellés en dollars) auraient porté atteinte à l'investissement et empêché l'investisseur de se protéger contre le risque de dévaluation du pesos.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
31	2003	MCI c. Équateur	Poursuites engagées à la suite de différends nés de l'application d'un contrat conclu entre l'investisseur et l'Institut équatorien d'électrification relativement à un projet de production d'électricité, concernant notamment l'arrêt de l'exploitation au motif de factures impayées ayant entraîné la résiliation du contrat.	Décision rendue en faveur de l'État
32	2003	Miminco c. Congo	Poursuites engagées au motif de la saisie du siège de Miminco par le Bureau pour les propriétés illégalement occupées de la République Démocratique du Congo (RDC), intervenue à la suite de la saisie de la mine de diamants exploitée par la société dans la localité de Diboko et de	Règlement à l'amiable

			l'ensemble des diamants, du matériel de communication et des documents administratifs qui s'y trouvaient.	
33	2003	Pan American c. Argentine	Poursuites engagées au motif que des mesures prises par l'Argentine dans le secteur des hydrocarbures et de l'électricité afin d'endiguer la crise économique de 2001-2002 auraient porté atteinte aux investissements des demandeurs, notamment à cause de leur incidence sur l'exonération de taxes à l'exportation d'hydrocarbures, sur la limitation des taux de redevances et sur leur droit d'exporter librement des hydrocarbures et de transférer librement des fonds à l'étranger.	Règlement à l'amiable
34	2003	Pioneer c. Argentine	Poursuites engagées au motif que plusieurs décrets et résolutions adoptés par l'Argentine dans le contexte d'une crise économique (notamment des restrictions aux transferts, la modification de l'échéance des certificats de dépôt et la conversion en pesos des dépôts libellés en dollars) auraient porté atteinte à l'investissement et empêché l'investisseur de se protéger contre le risque de dévaluation du pesos.	Règlement à l'amiable
35	2003	Unisys c. Argentine	Poursuites engagées au motif que le Conseil argentin de la magistrature, alors gestionnaire des biens et des contrats de l'administration judiciaire de l'Argentine, aurait manqué à ses obligations aux termes d'un contrat de gestion et de stockage de données conclu avec une filiale locale du demandeur.	Règlement à l'amiable
36	2004	ADM c. Mexique	Poursuites engagées au motif que la taxe sur les boissons contenant de l'isoglucose, adoptée en 2002 par le Mexique, aurait porté atteinte aux investissements réalisés par les demandeurs dans ce secteur de production mexicain.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
37	2004	BP c. Argentine	Poursuites engagées au motif que des mesures prises par l'Argentine dans le secteur des hydrocarbures et de l'électricité afin d'endiguer la crise économique de 2001-2002 auraient	Règlement à l'amiable

			porté atteinte aux investissements des demandeurs, notamment à cause de leur incidence sur l'exonération de taxes à l'exportation d'hydrocarbures, sur la limitation des taux de redevances et sur leur droit d'exporter librement des hydrocarbures et de transférer librement des fonds à l'étranger.	
38	2004	CIT Group c. Argentine	Poursuites engagées au motif que la conversion forcée en pesos des dépôts bancaires imposée par l'Argentine au cours de la crise économique de 2001-2002 aurait eu des effets néfastes sur des centaines de contrats de bail commercial conclus entre la filiale de l'investisseur et des tierces parties et mis à bas la composante de la stratégie d'investissement de CIT basée sur le taux de change.	Règlement à l'amiable
39	2004	Corn Products c. Mexique	Poursuites engagées au motif que le Mexique a adopté en 2002 une taxe sur les boissons contenant de l'isoglucose afin de protéger les producteurs de sucre mexicains et de retirer l'isoglucose du marché des édulcorants pour boissons non alcoolisées.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
40	2004	Duke Energy c. Équateur	Poursuites engagées au motif de manquements à plusieurs contrats conclus entre les Parties concernant la production et la distribution d'électricité dans la ville de Guayaquil, en Équateur.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
41	2004	Mobil c. Argentine	Poursuites engagées au motif que des mesures prises par l'Argentine pour endiguer la crise économique de 2001-2002 auraient porté atteinte aux investissements des demandeurs.	En cours
42	2004	Motorola c. Turquie	Poursuites engagées aux motifs du rachat par l'État de l'opérateur de télécommunications Telsim, dans lequel le demandeur détenait un investissement, et de l'adoption d'une loi ordonnant la vente de l'opérateur et conférant aux créances financières de la Turquie un caractère prioritaire sur celles du demandeur.	Règlement à l'amiable
43	2004	RGA c. Argentine	Poursuites engagées au motif que des mesures prises par l'Argentine pour endiguer la crise économique de 2001-	Règlement à l'amiable

			2002 auraient porté atteinte aux investissements détenus par les demandeurs sur le marché argentin des caisses de retraite et des fonds de pension.	
44	2005	AHCA c. Congo	Poursuites engagées au motif du défaut de paiement par le défendeur de dettes afférentes à plusieurs contrats conclus avec la société dans laquelle l'investisseur détenait une participation, dans le cadre de projets de construction réalisés entre la fin des années 1980 et le début des années 1990.	Décision rendue en faveur de l'État
45	2005	Asset Recovery c. Argentine	Poursuites engagées au motif qu'une autorité locale aurait pris des mesures visant à effacer des dettes et à reporter les échéances de paiement prévues par un contrat conclu avec le demandeur relativement au recouvrement de créances détenues par les banques publiques de la province de Mendoza.	Désistement
46	2005	Bayview c. Mexique	Poursuites engagées au motif que le Mexique aurait, dans l'objectif d'approvisionner les agriculteurs mexicains en eau d'irrigation, capté, saisi et détourné de l'eau du fleuve Río Grande dans des proportions excédant les limites prévues par un accord bilatéral conclu entre les États-Unis et le Mexique.	Décision rendue en faveur de l'État
47	2005	Cargill c. Mexique	Poursuites engagées au motif que la taxe sur les boissons contenant de l'isoglucose, adoptée en 2002 par le Mexique, aurait porté atteinte aux investissements réalisés par les demandeurs dans ce secteur de production mexicain.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
48	2005	EMELEC c. Équateur	Poursuites engagées aux motifs que les locaux, les comptes bancaires et d'autres biens détenus par l'investisseur sur le territoire de l'Équateur auraient été expropriés lors d'une opération conjointe de l'armée et de la police, à la suite de quoi des sommes impayées dues au titre d'un contrat ont fait l'objet d'une procédure judiciaire devant un tribunal national.	Décision rendue en faveur de l'État

49	2005	Noble Energy c. Équateur	Poursuites engagées sur la base de décrets, actes et omissions des défendeurs qui auraient modifié le cadre économique, réglementaire, juridique et contractuel sur lequel les demandeurs avaient basé leur décision d'investir en Équateur, et notamment le système de règlement des factures, ce qui a entraîné une hausse du nombre d'impayés dus au titre de la fourniture d'électricité par une centrale électrique en Équateur.	Règlement à l'amiable
50	2006	Chevron c. Équateur (I)	Poursuites engagées au motif que l'administration judiciaire de l'Équateur aurait retardé de façon flagrante le traitement de sept plaintes déposées par Texaco auprès de tribunaux équatoriens pour manquement de l'Équateur à ses obligations contractuelles.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
51	2006	Nations Energy c. Panama	Poursuites engagées sur la base de communications de l'Administration fiscale et du Ministère de l'économie et des finances du Panama, au motif que ceux-ci auraient refusé d'autoriser les demandeurs à transférer certains crédits d'impôts à des tiers.	Décision rendue en faveur de l'État
52	2006	Occidental c. Équateur (II)	Poursuites engagées au motif de l'annulation (<i>caducidad</i>) d'un contrat de participation conclu entre Occidental Exploration and Production Company et PetroEcuador en vue d'opérations d'exploration et de production d'hydrocarbures dans le bloc 15 de la région équatorienne d'Amazonie.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
53	2007	Mobil c. Venezuela	Poursuites engagées à la suite de différends entre les Parties quant au montant des indemnités dues par le Venezuela aux investisseurs en raison de la nationalisation des projets pétroliers de Cerro Negro et de La Ceiba, dans lesquels les demandeurs détenaient des participations (et dont les taux de redevance et l'impôt sur les bénéfices avaient été réhaussés).	Décision rendue en faveur de l'investisseur
54	2007	RDV c. Guatemala	Poursuites engagées à la suite de la recommandation du procureur général du Guatemala faite à l'État d'annuler un contrat conférant à l'investisseur un droit d'usufruit sur l'infrastructure	Décision rendue en faveur de l'investisseur

			ferroviaire et d'autres actifs ferroviaires dans le cadre de ses prestations de services de transport ferroviaire au Guatemala.	
55	2007	TCW c. République dominicaine	Poursuites engagées au motif que des actes et des omissions de l'État, notamment un défaut d'indemnisation relativement aux tarifs et aux subventions négociés, auraient constitué une ingérence dans la co-entreprise de distribution d'électricité indirectement détenue par TCW Group (Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A.),.	Règlement à l'amiable
56	2007	Trans-Global c. Jordanie	Poursuites engagées au motif que l'État aurait conduit une campagne systématique visant à empêcher le demandeur de faire jouer son droit contractuel de s'associer à l'exploration de gisements pétroliers, dont la présence dans la mer Morte et la vallée de Wadi Araba avait été confirmée par des travaux d'exploration menés par l'investisseur.	Règlement à l'amiable
57	2008	Burlington c. Équateur	Poursuites engagées à la suite de l'adoption d'une loi équatorienne instaurant un impôt à 99 % sur les bénéfices exceptionnels réalisés par les sociétés pétrolières étrangères résultant d'une hausse des prix du pétrole amorcée en 2002, et de la décision du gouvernement de se tourner vers des contrats de service plutôt que des contrats de partage de production, annulant (<i>caducidad</i>) ainsi ceux conclus avec l'investisseur.	En cours
58	2008	Murphy c. Équateur (I)	Poursuites engagées au motif que la loi n° 42 adoptée par l'Équateur, instaurant un impôt à 99 % sur les bénéfices exceptionnels des sociétés pétrolières étrangères, aurait eu pour effet l'expropriation de l'investissement de Murphy dans le bloc 16 de la région équatorienne d'Amazonie, une zone pétrolifère à la frontière du Pérou et du Brésil.	Décision rendue en faveur de l'État

59	2009	Chevron c. Équateur (II)	Poursuites engagées au motif que Texaco aurait subi des abus au cours de procédures judiciaires initiées à son encontre en sa qualité d'actionnaire minoritaire d'origine au sein d'un consortium d'exploration et de production pétrolière, qui regroupait l'Équateur et l'entreprise d'État équatorienne Petroecuador, aux fins d'obtenir qu'il remette certains sites en état.	En cours
60	2009	Commerce Group c. El Salvador	Poursuites engagées au motif que l'État a résilié un contrat de concession conclu avec les demandeurs pour une durée de 30 ans, en raison du retrait de leurs autorisations environnementales.	Décision rendue en faveur de l'État
61	2009	H&H c. Égypte	Poursuites engagées à la suite de différends nés d'un contrat conclu entre les Parties en vue de la gestion et de l'exploitation d'un complexe touristique à Ain El Sokhna, concernant notamment la violation par l'État du droit invoqué par l'investisseur d'acheter ledit complexe au titre d'une option d'achat, et dont le règlement devant des tribunaux nationaux a abouti à l'expulsion de H&H du complexe touristique.	Décision rendue en faveur de l'État
62	2009	Pac Rim c. El Salvador	Poursuites engagées au motif du refus par l'État d'octroyer les permis d'exploitation minière nécessaires à la réalisation du projet de Pacific Rim dans la région aurifère d'El Dorado, en raison des implications environnementales du projet et notamment de l'emploi de certaines substances chimiques dans les méthodes d'extraction de la société.	Décision rendue en faveur de l'État
63	2009	Ulysseas c. Équateur	Poursuites engagées au motif que des mesures adoptées par l'État auraient modifié le cadre juridique et réglementaire du secteur équatorien de l'énergie, et notamment le système de paiement applicable aux centrales thermoélectriques privées telles qu'Ulysseas, qui ont été suivies de la décision de l'État de retirer la licence d'exploitation des demandeurs pour manquement à leurs obligations	Décision rendue en faveur de l'État

			contractuelles.	
64	2010	Guaracachi c. Bolivie	Poursuites engagées aux motifs que l'État a nationalisé Guaracachi America, Inc. et la part de 50,001 % détenue par Rurelec dans le capital de la société bolivienne de distribution d'électricité Empresa Eléctrica Guaracachi, et que les demandeurs auraient subi un déni de justice de la part de l'administration judiciaire bolivienne, qui a ordonné la saisie des actifs de la filiale de Rurelec, Energía para Sistemas Aislados Energais S.A.	Décision rendue en faveur de l'investisseur
65	2010	McKenzie c. Viet Nam	Poursuites engagées à la suite du refus par l'État de transférer certains droits fonciers nécessaires à la construction d'un complexe touristique par la filiale de droit national du demandeur.	Décision rendue en faveur de l'État
66	2010	Pan American c. Bolivie	Poursuites engagées à la suite de la nationalisation par l'État de Chaco Petroleum Company, une filiale contrôlée à 50 % par Pan American.	Règlement à l'amiable
67	2010	RSM c. Équateur	Poursuites engagées au motif que l'État équatorien aurait illégalement retiré un permis d'exploitation minière de sables bitumineux.	En cours
68	2010	RSM c. Grenade	Poursuites engagées à la suite du refus de l'État de délivrer un permis d'exploration à la société RSM, pour avoir formulé sa demande en-dehors des délais prescrits.	Décision rendue en faveur de l'État
69	2010	TECO c. Guatemala	Poursuites engagées au motif d'une décision prise par l'autorité guatémaliennne de réglementation de l'électricité au cours du processus de révision et de fixation des tarifs de distribution d'électricité pour la période 2008-2013, selon laquelle les tarifs d'une société de distribution d'électricité dans laquelle le demandeur avait investi devaient être réglementés sur la base d'une étude technique établie de manière indépendante et non pas d'une étude établie à la demande de la société.	Décision rendue en faveur de l'investisseur

70	2011	Merck c. Équateur	Poursuites engagées au motif que le demandeur aurait subi un déni de justice au cours de procédures judiciaires initiées devant des tribunaux équatoriens à la suite de son refus de vendre une usine de produits pharmaceutiques à l'entreprise équatorienne NIFA.	En cours
71	2011	Murphy c. Équateur (II)	Poursuites engagées au motif que la loi n° 42 adoptée par l'Équateur, instaurant un impôt à 99 % sur les bénéfices exceptionnels des sociétés pétrolières étrangères, aurait eu pour effet l'expropriation de l'investissement de Murphy dans le bloc 16 de la région équatorienne d'Amazonie, une zone pétrolifère à la frontière du Pérou et du Brésil.	En cours
72	2011	Renco c. Pérou	Poursuites engagées au motif que l'État aurait appliqué de façon arbitraire et injuste des mesures et des contrats se rapportant à la réalisation d'un projet d'exploitation minière à La Oroya par la filiale de Renco, Doe Run Peru S.R. LTDA.	En cours
73	2012	Ampal c. Égypte	Poursuites engagées au motif de manquements à un contrat d'approvisionnement en gaz naturel à long terme, notamment l'interruption prolongée de l'approvisionnement en gaz et la non-livraison des volumes de gaz prévus au contrat.	En cours
74	2013	KBR c. Mexique	Poursuites engagées au motif que des tribunaux mexicains ont annulé la sentence arbitrale prononcée par la Chambre de commerce internationale en la faveur de COMMISA, une filiale du demandeur, dans le cadre d'un différend né d'un contrat conclu avec une entreprise détenue par l'État mexicain.	Décision rendue en faveur de l'État
75	2013	Spence International Investment c. Costa Rica	Poursuites engagées au motif que le demandeur aurait subi une expropriation aux fins de construire un parc écologique sans indemnisation équitable.	En cours
76	2013	Transglobal c. Panama	Poursuites engagées au motif que l'État a annulé la concession d'une centrale hydroélectrique et serait ainsi contrevenu à une décision de la Cour	En cours

			suprême du Panama, qui réaffirmait le droit de l'investisseur d'obtenir ladite concession.	
77	2014	Aven et al. c. Costa Rica	Poursuites engagées au motif que l'État a mis fin au projet des demandeurs de construire un hôtel, un bar de plage et des villas, en retirant leur autorisation environnementale après avoir découvert que le terrain concerné comprenait des zones humides et une forêt protégée et en engageant des poursuites pénales à l'encontre de l'un des demandeurs.	En cours
78	2014	Ballantine c. République Dominicaine	Poursuites engagées au motif de plusieurs actes des autorités centrales et locales, et plus particulièrement du refus par le Ministère de l'environnement et des ressources naturelles d'autoriser les demandeurs à étendre leur complexe résidentiel et touristique de Jamaca de Dios dans la municipalité de Jarabacoa.	En cours
79	2014	Corona Materials c. République Dominicaine	Poursuites engagées au motif que l'État a refusé d'octroyer une autorisation environnementale au demandeur empêchant par conséquent Corona Materials de construire et d'exploiter une carrière de granulats en République Dominicaine, malgré le soutien et l'accord formels que le demandeur aurait préalablement reçus de la part de plusieurs hauts responsables gouvernementaux.	En cours
80	2014	IBT Group c. Panama	Poursuites engagées à la suite de différends nés de l'exécution d'un contrat de concession conclu avec le Ministère panaméen des travaux publics en vue de la rénovation et de l'exploitation de quatre entreprises de fabrication d'asphalte détenues par la filiale des demandeurs, qui ont conduit à la résiliation unilatérale du contrat par le Panama.	En cours

Source : CNUCED, *Investment Dispute Settlement Navigator* (2016), Investment Policy Hub, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/223?partyRole=1> (consulté le 8 avril 2016).

Données recueillies par : Daniel Uribe, Centre Sud.

Annexe 3. Les mouvements d'IDE américains par pays en développement partenaire

Pays déclarant	États-Unis																									
Mouvement	Sortant																									
Monnaie	Monnaie rapportée																									
Unité	Dollar des États-Unis (en millions)																									
	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Albanie	..	..	..	0	0	0	..	..	..	..	..	-4	0	0	..	-1	..	..	0	0	0	0	0	0	0	..
Argentine	115	59	379	367	558	1079	1455	2048	371	1701	983	2954	675	-511	-1445	-118	1760	859	4274	547	1542	1209	-2772	2607	1371	..
Arménie	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	0	0	1	1	1	1	1	1	0	0	0	..	..
Azerbaïdjan	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	681	207	864	330	1114	1313	..	..	..	..	..	..	..
Bangladesh	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	28	-22	-2	103	174	29	28	23	-26	..	..	..
Cameroun	..	..	..	..	-52	10	..	..	..	..	..	..	..	..	-6	163	-32	36	-11	-52	2	-50	48	-4	6	..
Congo	..	..	..	-34	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	-36	-26	25	-57	134	-15	..	52	-66	-43	..	..
Congo, République démocratique du	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	5	-70	21	-15	-18	..	..	..	..	..	..	..
Équateur	..	..	..	49	12	253	..	..	..	..	..	..	..	..	178	243	-837	73	20	-43	128	196	103	101	93	..
Égypte	-85	42	-292	-28	65	-32	46	-1	118	259	575	-190	-99	578	127	470	447	1112	54	996	1617	1512	1919	2333	2160	..
Géorgie	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	-288	-10	52	..	..	1	0	0	0	0	..	..
Grenade	..	..	..	..	..	1	..	..	..	..	..	..	..	..	0	0	..	..	-16	0	0	0	0	0	0	..
Honduras	..	..	..	-2	-16	-51	..	..	..	..	..	..	..	..	22	83	193	88	36	71	173	20	200	-107	65	..
Jamaïque	..	..	..	144	137	173	..	..	..	..	..	..	..	..	225	334	247	-2441	-82	-267	173	-222	2	0	61	..
Jordanie	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	6	37	79	32	-7	3	43	6	..	..
Kazakhstan	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	-752	168	6	-412	178	..	..	-142	1837	-68	36	..
Kirghizistan	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	-1	-1	..	..	0	0	0	15	0	0	0	..
Moldova, République de	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	0	0	1	1	1	1	1	1	-1	-1	-1	..
Mongolie	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	0	0	0	0	-4	-6	-5	9	..	..
Maroc	..	..	..	8	7	19	..	..	..	..	..	70	52	60	-5	18	-8	-22	-37	96	34	52	166	25	87	..
Mozambique	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	3	1	..	..	4	-3	-2	12	127	..	..	..
Panama	..	..	..	527	677	668	..	..	..	..	..	..	..	..	530	353	-71	106	214	1218	845	809	-759	120	-162	..
Roumanie	2	2	1	8	9	17	..	..	..	..	..	45	19	33	57	65	131	55	11	254	129	421	148	64	194	..
Rwanda	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	1	1	1	1	1	0	0	0	0	..
Sénégal	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	1	-11	-6	-14	1	-3	-6	-12	-53	-11	-14	..

Sri Lanka	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	-14	14	-5	8	19	8	24	-7	7	-9	8	..
Pays déclarant	États-Unis																										
Mouvement	Sortant																										
Monnaie	Monnaie rapportée																										
Unité	Dollar des États-Unis (en millions)																										
	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	
Trinité-et-Tobago	..	..	..	-2	55	122	..	..	..	..	..	..	..	..	225	117	112	-34	..	..	1389	1024	620	430	2137	..	
Tunisie	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	..	19	6	59	28	-44	111	72	-21	30	-811	-10	..	
Turquie	28	93	149	144	134	279	11	158	131	93	110	533	228	121	239	83	215	196	252	3740	218	703	495	3193	1336	..	
Uruguay	..	..	..	91	81	12	..	..	..	..	..	135	9	-17	41	-17	-85	8	25	38	46	27	-11	60	141	..	

Source : OCDE, *Ensemble de données : IDE flux par pays partenaire* (2016), https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=FDI_FLOW_PARTNER (consulté le 12 avril 2016).

Note : Les cellules surlignées correspondent à la période de validité d'un ABI conclu avec les États-Unis.

DOCUMENTS DE RECHERCHE

N°	Date	Titre	Auteur
1	Novembre 2005	Overview of the Sanitary and Phytosanitary Measures in QUAD Countries on Tropical Fruits and Vegetables Imported from Developing Countries	Ellen Pay
2	Novembre 2005	Remunerating Commodity Producers in Developing Countries: Regulating Concentration in Commodity Markets	Samuel G. Asfaha
3	Novembre 2005	Mesures relatives à l'offre destinées à relever les prix à la production de produits tropicaux utilisés dans la fabrication de boissons.	Peters Robbins
4	Novembre 2005	Effets potentiels des nanotechnologies sur les marchés des produits de base : répercussions sur les pays en développement tributaires des produits de base	Groupe ETC
5	Mars 2006	Rethinking Policy Options for Export Earnings	Jayant Parimal
6	Avril 2006	Considering Gender and the WTO Services Negotiations	Meg Jones
7	Juillet 2006	Réinventer la CNUCED	Boutros Boutros-Ghali
8	Août 2006	Droits de propriété intellectuelle dans les accords d'investissement : Les répercussions de type ADPIC-Plus sur la protection de l'intérêt général et son application	Ermias Tekeste Biadgleng
9	Janvier 2007	Proposition de traité de l'OMPI sur la protection des organismes de radiodiffusion et de distribution par câble : analyse dans une perspective de développement	Viviana Munoz Tellez et Andrew Chege Waitara
10	Novembre 2006	Market Power, Price Formation and Primary Commodities	Thomas Lines
11	Mars 2007	Development at Crossroads: The Economic Partnership Agreement Negotiations with Eastern and Southern African Countries on Trade in Services	Clare Akamanzi
12	Juin 2007	Changes in the Governance of Global Value Chains of Fresh Fruits and Vegetables: Opportunities and Challenges for Producers in Sub-Saharan Africa	A. E. Temu et N. W. Marwa
13	Août 2007	Towards a Digital Agenda for Developing Countries	Dalindyabo Shabalala
14	Décembre 2007	Analysis of the Role of South-South Cooperation to Promote Governance on Intellectual Property Rights and Development	Ermias Tekeste Biadgleng
15	Janvier 2008	La structure changeante et la gouvernance	Ermias Tekeste

16	Janvier 2008	des moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle La libéralisation du commerce des services de santé : trouver un équilibre entre les intérêts liés au mode 4 de l'AGCS et la nécessité de garantir un accès universel aux services de base	Biadgleng et Viviana Munoz Tellez Joy Kategekwa
17	Juillet 2008	Unity in Diversity: Governance Adaptation in Multilateral Trade Institutions Through South-South Coalition-Building	Vicente Paolo B. Yu III
18	Décembre 2008	Les comptages de brevets indicateurs de la géographie de l'innovation : problèmes et perspectives	Xuan Li
19	Décembre 2008	Normes SECURE de l'OMD : enseignements tirés de l'abandon de l'initiative visant à mettre en application des normes de type ADPIC-plus-plus sur la propriété intellectuelle	Xuan Li
20	Mai 2009	Les politiques d'industrialisation et industrielles sont-elles une priorité politique en Afrique ?	Darlan F. Marti et Ivan Ssenkubuge
21	Juin 2009	L'utilisation abusive des droits de propriété intellectuelle : le problème principal des brevets incorporés dans des normes	Xuan Li et Baisheng An
22	Juillet 2009	Marge de manoeuvre politique permettant de protéger les intérêts publics au titre de l'Accord sur les ADPIC	Henning Grosse Ruse-Khan
23	Décembre 2009	Utiliser les savoirs traditionnels pour innover dans le domaine de la biotechnologie	Sufian Jusoh
24	Mai 2009	Mesures en réaction à la crise financière mondiale : questions-clés pour les pays en développement	Yılmaz Akyüz
25	Octobre 2009	Décalage entre engagements et mise en application : évaluation de l'accomplissement des engagements pris au titre de la CCNUCC et du Protocole de Kyoto par les Parties figurant à l'Annexe I de la CCNUCC (résumé)	Vicente Paolo B. Yu III
26	Avril 2010	Perspectives économiques mondiales : la récession est peut-être passée, et après ?	Yılmaz Akyüz
27	Avril 2010	Dépendance aux exportations et durabilité de la croissance de la Chine et du réseau de production d'Asie de l'Est	Yılmaz Akyüz
28	Mai 2010	L'impact de la crise économique mondiale sur le développement industriel des pays les moins avancés	Rapport préparé par le Centre Sud
29	Mai 2010	Quelques réflexions sur le lien entre commerce et changements climatiques	Martin Khor
30	Mai 2010	Analysis of the Doha Negotiations and the Functioning of the World Trade Organization	Martin Khor
31	Juillet 2010	Legal Analysis of Services and	Jane Kelsey

		Investment in the CARIFORUM-EC EPA: Lessons for Other Developing Countries	
32	Novembre 2010	Pourquoi les réformes de façade du FMI et du système monétaire international ne suffisent pas	Yılmaz Akyüz
33	Novembre 2010	L'importance d'une répartition équitable de l'espace atmosphérique pour le développement	Martin Khor
34	Novembre 2010	Recourir au développement durable et aux droits de l'homme pour lutter contre les changements climatiques	Margreet Wewerinke et Vicente Paolo B. Yu III
35	Janvier 2011	Le droit à la santé et aux médicaments : le cas de la récente négociation sur la stratégie mondiale sur la santé publique, l'innovation et la propriété intellectuelle	Germán Velásquez
36	Mars 2011	Le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation : analyse et mise en oeuvre des options s'offrant aux pays en développement	Gurdial Singh Nijar
37	Mars 2011	Capital Flows to Developing Countries in a Historical Perspective: Will the Current Boom End with a Bust?	Yılmaz Akyüz
38	Mai 2011	Les OMD après 2015	Deepak Nayyar
39	Mai 2011	Mettre en oeuvre le mécanisme financier de la CCNUCC	Matthew Stilwell
40	Juillet 2011	Les risques associés à une utilisation abusive du concept d'économie verte dans le contexte du développement durable, de la pauvreté et de l'équité	Martin Khor
41	Septembre 2011	Pharmaceutical Innovation, Incremental Patenting and Compulsory Licensing	Carlos M. Correa
42	Décembre 2011	Repenser la santé mondiale : une convention obligatoire pour la R-D de produits pharmaceutiques	Germán Velásquez et Xavier Seuba
43	Mars 2012	Mechanisms for International Cooperation in Research and Development: Lessons for the Context of Climate Change	Carlos M. Correa
44	Mars 2012	Peut-on parler d'un essor exceptionnel du Sud ?	Yılmaz Akyüz
45	Avril 2012	Quel lien y a-t-il entre la lutte contre les changements climatiques, le transfert de technologie et les droits de propriété intellectuelle et où en sont les négociations à leur sujet ?	Martin Khor
46	Juillet 2012	Asian Initiatives at Monetary and Financial Integration: A Critical Review	Mah-Hui (Michael) Lim et Joseph Anthony Y. Lim
47	Mai 2013	Le rôle de l'OMS dans l'analyse des questions liées à l'accès aux médicaments et à la propriété intellectuelle	Germán Velásquez
48	Juin 2013	Le vrai-faux retour de la croissance dans	Yılmaz Akyüz

		les pays en développement après la crise financière	
49	Janvier 2014	Public-Private Partnerships in Global Health: Putting Business Before Health?	Germán Velásquez
50	Février 2014	Les erreurs de gestion de la crise aux États-Unis et en Europe, leurs effets sur les pays en développement et leurs conséquences à plus long terme	Yılmaz Akyüz
51	Juillet 2014	Les obstacles au développement dans le système économique mondial	Manuel F. Montes
52	Août 2014	Tackling the Proliferation of Patents: How to Avoid Undue Limitations to Competition and the Public Domain	Carlos M. Correa
53	Septembre 2014	Regional Pooled Procurement of Medicines in the East African Community	Nirmalya Syam
54	Septembre 2014	Mécanismes de financement innovants : sources potentielles de financement de la Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac	Deborah Ko Sy, Nirmalya Syam et Germán Velásquez
55	Octobre 2014	Patent Protection for Plants: Legal Options for Developing Countries	Carlos M. Correa
56	Novembre 2014	Les incidences du Protocole d'Harare de l'Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO) sur l'accès aux médicaments	Sangeeta Shashikant
57	Novembre 2014	Globalization, Export-Led Growth and Inequality: The East Asian Story	Mah-Hui Lim
58	Novembre 2014	Patent Examination and Legal Fictions: How Rights Are Created on Feet of Clay	Carlos M. Correa
59	Décembre 2014	La période de transition accordée aux PMA pour mettre en œuvre l'Accord sur les ADPIC et ses incidences sur la production locale de médicaments dans la CAE	Nirmalya Syam
60	Janvier 2015	Internationalization of Finance and Changing Vulnerabilities in Emerging and Developing Economies	Yılmaz Akyüz
61	Mars 2015	Guidelines on Patentability and Access to Medicines	Germán Velásquez
62	Septembre 2015	Le Partenariat transpacifique : un accord qui étend les droits de propriété intellectuelle au détriment de l'accès aux médicaments	Carlos M. Correa
63	Octobre 2015	Foreign Direct Investment, Investment Agreements and Economic Development: Myths and Realities	Yılmaz Akyüz
64	Février 2016	Implementing Pro-Competitive Criteria for the Examination of Pharmaceutical Patents	Carlos M. Correa
65	Février 2016	The Rise of Investor-State Dispute Settlement in the Extractive Sectors: Challenges and Considerations for African Countries	Kinda Mohamadieh et Daniel Uribe
66	Mars 2016	The Bolar Exception: Legislative Models and Drafting Options	Carlos M. Correa

67	Juin 2016	Innovation and Global Intellectual Property Regulatory Regimes - The Tension between Protection and Access in Africa	Nirmalya Syam et Viviana Munoz Tellez
----	-----------	---	--



**CENTRE
SUD**

**Chemin du Champ d'Anier 17
CP 228, 1211 Genève 19
Suisse**

**Tél. : (+41 22) 791 8050
Fax : (+41 22) 798 8531
Email : south@southcentre.int**

**Site Internet :
<http://www.southcentre.int>**

ISSN 1819-6926