Note politique du CIRGoM 04 Mars 2026

Les accords sur l'investissement: Vers un meilleur équilibre des droits et des obligations

Par Patrick Ouellette

Sommaire

La note présente les dispositifs juridiques procéduraux que peuvent mobiliser les États dans les nouveaux accords d'investissement internationaux pour mieux responsabiliser les investisseurs étrangers. En dépit de la faible intégration normative des obligations des investisseurs dans ces traités, les États ont néanmoins à leur disposition, sur le plan procédural, des moyens d'action directs et indirects pour assurer une meilleure prise en compte de l'inconduite des investisseurs par les tribunaux arbitraux. Bien qu'il soit concevable que les États puissent, outre les demandes reconventionnelles, appliquer directement les obligations par le biais de l'arbitrage, l'usage de dispositifs procéduraux indirects, notamment de la clause sur le respect des lois nationales et de la doctrine de la faute contributive, demeure pour l'instant les moyens d'action les plus réalistes compte tenu de la structure juridique actuelle du régime.

Le développement du régime de protection des investissements étrangers incarne sans doute une des expansions les plus rapides du droit international de la période d'après-guerre. Représentant seulement une infime partie de celui-ci à ses débuts, le droit qui encadre les investissements étrangers, fort maintenant de ses 3 381 accords signés et de 1 440 différends investisseur-État enregistrés, est devenu une des branches du droit international les plus proéminentes. Ce foisonnement est largement attribuable au réseau d'obligations juridiques créé par la multiplication des traités bilatéraux d'investissement (TBI) et du règlement des différends entre investisseur étranger et État (RDIE) qui s'y enchâsse. En donnant accès à un tribunal arbitral à l'investisseur (individuel ou corporatif, privé ou public), les accords lui permettent d'invoquer directement la responsabilité internationale de l'État. La structure d'arbitrage du RDIE est caractérisée par la non-réciprocité : l'investisseur étranger a tous les droits, de sorte qu'il constitue la seule partie pouvant déposer une réclamation, alors que les États ne possèdent que des obligations et donc ne peuvent agir dans le régime qu'à titre de défendeur.

Il n'est pas étonnant alors que le régime soit actuellement enlisé dans une crise de légitimité, particulièrement critiqué pour le déséquilibre qu'il institue et maintient dans la gouvernance internationale des investissements étrangers. En réponse aux critiques et à certaines décisions qui ont permis aux investisseurs de contester des mesures environnementales et sociales, les États ont introduit une nouvelle génération de traités qui, si elle maintient les normes de protection de la génération précédente, introduit des dispositions qui protègent leur « droit de légiférer ». Les États se sont aussi engagés, depuis 2017, dans des négociations multilatérales visant à réformer plusieurs aspects du RDIE. Toutefois, tant la nouvelle pratique conventionnelle des États que la réforme procédurale en cours touchent peu au second pendant du déséquilibre, soit celui qui porte plus directement sur les obligations des investisseurs.

La note se propose d'examiner les dispositifs procéduraux que peuvent mobiliser les États dans les accords internationaux pour mieux tenir les investisseurs responsables de leur inconduite. À la différence des dispositifs « directs » qui concernent des

poursuites intentées directement par les États contre les investisseurs, les dispositifs dits « indirectes » renvoient à des moyens d'action qui n'impliquent pas des requêtes procéduralement distinctes contre l'investisseur, tels que de conditionner l'accès aux protections substantives offertes par les accords internationaux selon la conduite de l'investisseur ou de réduire les dommages-intérêts en cas de non-respect de certaines obligations. Si les États ont à leur disposition ces deux types de dispositifs, les moyens d'action indirects demeurent, pour l'heure, les plus réalistes. Un rapide tour d'horizon de la manière dont la nouvelle génération d'accords consacre les normes relatives aux obligations des investisseurs est d'abord de mise.

« Il n'est pas étonnant alors que le régime soit actuellement enlisé dans une crise de légitimité. »

Les obligations des investisseurs

Si les réformes entreprises dans les nouveaux traités se concentrent plus particulièrement sur les droits des États, elles contiennent néanmoins des clauses qui adressent plus directement la responsabilité des investisseurs. Les obligations couvertes peuvent être multiples : allant de domaines précis, tels que les droits de la personne, l'environnement (développement durable) et les droits du travail, jusqu'à des obligations plus générales, telles que la responsabilité sociale des entreprises (RSE) et la lutte contre la corruption.

« L'accablante majorité des dispositions qui abordent la responsabilité des investisseurs adopte un libellé exhortatif. »

Concernant les obligations portant sur un domaine en particulier, la pratique africaine se distingue de la pratique générale des États. Par exemple, le Protocole à l'Accord établissant la zone de libre-échange continentale africaine sur les investissements (2023) dédie un chapitre complet aux obligations des investisseurs et fixe des normes minimales en matière de protection de l'environnement et du travail (art. 25(2)). Sur le plan régional, l'Acte additionnel de la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) sur l'investissement stipule que les investisseurs sont tenus de se conformer aux obligations environnementales (art. 12), notamment en réalisant une étude d'impact préalable à l'établissement. De plus, ils doivent respecter les droits de la personne sur le lieu de travail et au sein de la communauté (art. 14(2)). Cet ensemble d'obligations est repris dans le Code d'investissement de la CEDEAO, qui a suivi l'Acte additionnel en 2018. Le traité-type de 2012 de la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC) affirme aussi que les investisseurs doivent réaliser une évaluation d'impact environnemental avant l'établissement de leur activité (art.13.1), en plus de respecter, après l'établissement, les droits de la personne et d'agir conformément aux normes fondamentales du travail (art.15.2). L'Accord de la zone d'investissement commune du marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) de 2017, quant à lui, encore à l'étape de négociation, réserve un chapitre (quatrième partie) aux obligations des investisseurs. Enfin, les différents accords régionaux coexistent avec des TBI conclus entre États africains, le plus notable étant celui entre le Maroc et le Nigéria (2016) qui imposent des obligations dans les domaines des droits du travail et des droits de la personne (art.15), de la corruption (art. 17), de l'environnement (art. 14) et de la gouvernance corporative (arts.19 et 24). Il convient de noter que beaucoup des obligations nommées dans les accords africains emploient les termes « *shall* » ou « *will* », ce qui souligne leur caractère contraignant.

Les accords qui intègrent des clauses contraignantes sont toutefois l'exception à la règle. L'accablante majorité des dispositions qui abordent la responsabilité des investisseurs adopte un libellé exhortatif. De plus, la plupart de ces clauses ne traitent pas séparément des obligations liées à la protection de l'environnement, du travail et des droits de la personne. Contrairement aux États africains, la méthode de prédilection qui caractérise la pratique générale des États, lorsqu'elles mentionnent ces domaines de responsabilité, est plutôt de les insérer à même la clause sur la RSE, soit directement, soit indirectement en renvoyant à des instruments de « soft law » internationaux.

> *« L'inclusion des obligations des investisseurs dans la nouvelle génération de traités se limite principalement au concept de la RSE et se borne à encourager les investisseurs à volontairement intégrer celui-ci»*

Par exemple, dans le contexte asiatique, la disposition sur la RSE incluse dans le dernier modèle de TBI indien (2015) se démarque du lot en stipulant (art. 12) que « *[t]hese principles may address issues such as labour, the environment, human rights, community relations and anti-corruption.* » Dans les instruments conclus entre les pays d'Amérique latine, la disposition sur la RSE (art.14) insérée dans TBI entre le Brésil et l'Équateur (2019) mentionne aussi directement l'environnement et les droits de la personne, de même que l'accord de libre-échange entre l'Argentine et le Chili (2017), qui renvoie (art. 8.17) de surcroît aux Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Quant aux accords occidentaux, la disposition sur la RSE insérée dans les derniers modèles des Pays-Bas (2019) et du Canada (2021) mentionne (arts. 7(2) et 16(2)) aussi cet instrument de « soft law » et y ajoute une référence aux Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Les traités européens, par exemple l'accord entre l'Union européenne et la Chine (2021), se réfèrent à plusieurs instruments (section IV, art. 2(2)), entre autres le Pacte mondial des Nations unies et la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale. Enfin, plusieurs accords multilatéraux font référence à la RSE, par exemple l'Accord de partenariat transpacifique global et progressif (2018), qui se limite à une mention générale (art. 9.17), et l'Accord Canada–États-Unis-Mexique (2018) qui, à l'instar du modèle canadien, fait appel (art. 14.17) aux Principes directeurs de l'OCDE.

Ainsi, l'inclusion des obligations des investisseurs dans la nouvelle génération de traités se limite principalement au concept de la RSE et se borne à « encourager » les investisseurs à « volontairement intégrer » celui-ci. À l'exception de la corruption qui, au-delà de son inclusion dans les dispositions sur la RSE, est plus fermement prise en compte par les États, l'intégration normative des obligations des investisseurs dans la nouvelle génération d'accords demeure relativement faible, particulièrement dans les domaines des droits de l'homme et de la protection de l'environnement et du travail.

La responsabilité des investisseurs

En dépit de la faible intégration actuelle des normes relatives à la responsabilité des investisseurs, les États disposent tout même d'au moins deux moyens pour s'assurer d'une meilleure prise en compte de la responsabilité des investisseurs étrangers. Les États peuvent s'assurer de leur mise en œuvre par les tribunaux arbitraux par des actions directes et indirectes (Jarrett, Puig et Ratner, 2023).

La première méthode consiste à donner aux États, d'une part, et aux individus, d'autre part, la possibilité d'appliquer directement les obligations au titre de l'accord par le biais de l'arbitrage. Elle se distingue par ailleurs des demandes reconventionnelles dans la mesure où ces demandes sont procéduralement

réactives, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent être soumises par l'État qu'en guise de réponse à une réclamation préalablement initiée par l'investisseur. L'infrastructure procédurale actuelle du régime rend en effet possible les actions directes grâce à l'article 36 (1) de la Convention CIRDI dont le libellé stipule q' « [u]n État contractant ou le ressortissant d'un État contractant qui désire entamer une procédure d'arbitrage doit adresser par écrit une requête à cet effet au Secrétaire général, lequel en envoie copie à l'autre partie. » Tenir responsables les investisseurs étrangers de leur inconduite par des actions directes se heurte toutefois à des difficultés.

Premièrement, il n'existe pour l'heure aucun dossier relatif à une réclamation déposée par les États qui a été enregistrée auprès du CIRDI. Ce constat s'explique notamment par le caractère unilatéral du consentement à l'arbitrage: la majorité des clauses d'arbitrage (RDIE) insérées dans les 3000 accords et plus du régime précisent explicitement que seul l'investisseur peut déposer une réclamation. Deuxièmement, une plainte directe portée au titre d'un traité contre un investisseur par l'État devra reposer sur une obligation applicable, de sorte que ce moyen souffre de la même faiblesse relative aux demandes reconventionnelles, compte tenu de la faible intégration actuelle des normes substantives portant sur la responsabilité des investisseurs dans les accords. Quant aux personnes privées ayant subi les effets négatifs d'un investissement étranger, leur donner un recours direct se révèlerait encore plus problématique dans la mesure où la structure procédurale du régime a été conçue pour prioriser les intérêts des États et des investisseurs et non pas ceux d'une tierce partie, qu'elle soit un individu ou une communauté quelconque. Bien qu'une réclamation issue d'un particulier puisse s'inscrire dans le cadre de l'article 36 (1) de la Convention CIRDI, une telle stratégie nécessiterait néanmoins une refonte significative de l'infrastructure juridique actuelle du RDIE, ce qui s'avère irréaliste, du moins à court et à moyen termes. Sur le plan procédural, l'approche la plus pratique pour une meilleure prise en compte de l'inconduite des investisseurs en demeure donc une qui se limiterait à modifier les corpus juridiques et institutionnels existants.

«Il n'existe pour l'heure aucun dossier relatif à une réclamation déposée par les États qui a été enregistrée auprès du CIRDI.»

Il est effectivement possible d'employer le RDIE dans sa forme actuelle pour s'assurer d'une meilleure prise en compte de la responsabilité des investisseurs par des actions indirectes, c'est-à-dire par des actions qui n'impliquent pas des requêtes procéduralement distinctes contre l'investisseur. Le premier moyen à cet égard consiste à conditionner l'accès des investisseurs aux protections offertes par les accords internationaux au respect des règles et lois nationales de l'État d'accueil. Puisque l'investisseur bénéficie d'un rapport favorable dans sa relation avec l'État d'accueil grâce au RDIE, toute condition touchant la capacité de l'investisseur à engager la compétence d'un tribunal arbitral sera vraisemblablement prise au sérieux par celui-ci. De plus, cette stratégie a l'avantage d'être peu couteuse pour les États du point de vue des changements opérés dans les traités dans la mesure où l'obligation du respect du cadre juridique interne est déjà largement répandue dans la pratique. Néanmoins, la réception de la clause du respect des lois nationales par les tribunaux arbitraux a donné lieu à plusieurs interprétations : certaines décisions, par exemple Hamester c. Ghana (2010), Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. et Allan Fosk Kaplún c. Bolivie (2012) et Georg Gavrilovic et Gavrilovic DOO c. Croatie (2018), ont limité son application à la phase préétablissement, d'autres sentences, entre autres Tokios Tokelés c. Ukraine (2004) et Hochtief AG c. Argentine (2014), ont restreint davantage sa portée en soutenant que, même au stade préalable à l'établissement, l'illégalité doit témoigner d'un degré de gravité.

Le deuxième moyen indirect renvoie à l'utilisation de la doctrine de la « faute contributive », qui consiste à réduire les dommages-intérêts accordés à l'investisseur dans les situations où celui-ci contribue, par sa propre négligence, à la réalisation de son préjudice. Certains tribunaux arbitraux, entre autres dans Yukos c. Russie (2014) , ont en effet sanctionné la conduite des investisseurs en s'appuyant sur la doctrine. Par ailleurs, certains États incluent déjà la doctrine dans leurs accords, notamment le plus récent modèle (2021) du Canada (art. 40 (6)). Mais à l'instar de la clause exigeant la conformité au droit interne, celle-ci ne jouit pas d'une application uniforme par les tribunaux arbitraux. Par exemple, dans la sentence Hulley c. Russie (2014), le tribunal a soutenu que ce n'est pas tous les actes illégaux commis par l'investisseur qui entrainent une réduction des dommages-intérêts, mais seulement ceux liés à la conduite de l'État en cause. Bear Creek c. Perou (2017) illustre une autre tendance arbitrale concernant l'application de la doctrine, où la contribution de l'investisseur aux actions entreprises par l'État à l'encontre de celui-ci est parfois minimisée, voire ignorée.

Recommendations

Pour éviter l'imprévisibilité qui découle de la variété d'approches adoptée par les tribunaux arbitraux à l'égard des moyens indirects, les États devraient préciser leurs conditions d'application dans les traités. Par exemple, l'article du modèle canadien qui se rapporte à la faute contributive pourrait expliciter les types de violations engendrant la réduction des dommages-intérêts, indépendamment de tout lien entre celles-ci et la conduite de l'État d'accueil. Les États pourraient en ce sens s'inspirer du modèle (2019) des Pays-Bas qui exige du tribunal, lorsqu'il examine une demande d'indemnisation, « *to take into account non-compliance by the investor with its commitments under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises* » (art.23). Dans la même perspective, plutôt que de laisser au tribunal le soin de déterminer si un acte particulier est suffisamment grave pour violer la clause du respect des lois nationales et ainsi le priver de sa compétence, les États pourraient inclure une liste exhaustive précisant ce qu'ils considèrent comme étant une violation dite « grave ». Employés conjointement dans un accord, les deux dispositifs indirects assureraient une meilleure prise en compte de la responsabilité de l'investisseur pendant le cycle de vie de l'investissement : la disposition du respect des lois nationales couvrirait la phase préétablissement, alors que la doctrine de la faute contributive, la phase post-établissement.

Tout bien considéré, malgré la faible intégration normative des obligations des investisseurs dans les accords, il demeure néanmoins possible de tenir les investisseurs étrangers responsables de leur inconduite. Puisque les dispositifs procéduraux indirects font déjà partie de la structure existante du droit international de l'investissement, quoique loin d'être idéales, elles demeurent à notre avis le meilleur moyen actuel, quitte à attendre une réforme plus importante du régime.

Références

Cheng, D., Unde A., J. et Ryan C., J. (2024). *Investor Obligations in International Investment Law Geneva* Graduate Institute/South Centre:

Marcoux, J-M. (2019) *International Investment Law and Globalization. Foreign Investment, Responsibilities and Intergovernmental Organizations.* New-York: Routledge.

Martin, J., Puig, S. et Ratner, S. (2023) "Towards Greater Investor Accountability: Indirect Actions, Direct Actions by States and Direct Actions by Individuals" *Journal of International Dispute Settlement* 14(2): 259-280.