

La crise de croissance des traités d'investissement

par

Angel Gurría,
Secrétaire général de l'OCDE

Les traités internationaux d'investissement sont sous les feux de la rampe, comme en témoignent des articles parus dans le *Financial Times* et *The Economist*. Un tribunal arbitral ad hoc en matière d'investissement a récemment accordé un dédommagement de 50 milliards USD à des actionnaires de Yukos. Les consultations ouvertes par l'UE au sujet des dispositions relatives à l'investissement qu'il est proposé d'inscrire dans le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) avec les États-Unis ont suscité un nombre sans précédent de 150 000 commentaires. La remise en question par les traités d'investissement des réglementations applicables à la vente de tabac, à l'énergie nucléaire ou à la santé suscite un vif intérêt public.

Quelque 3 000 traités d'investissement accordent des droits spéciaux aux investisseurs étrangers couverts de sorte qu'ils puissent présenter des demandes d'arbitrage à l'encontre de gouvernements. Entendus comme des principes généraux de bonne gouvernance, les principes de traitement juste et équitable figurant dans la plupart de ces accords font l'unanimité. En revanche, les procédures régissant leur emploi et leur interprétation dans le cadre des demandes d'arbitrage pour préjudice sont de plus en plus controversées.

Le flux d'abord mince des demandes d'arbitrage au titre de ces accords s'est mué en déferlante. Plus de 500 investisseurs étrangers ont déposé des réclamations, surtout ces dernières années. Celles-ci s'accompagnent généralement de demandes de compensation se chiffrant en centaines de millions, voire en milliards de dollars. Le montant colossal des indemnités et des coûts ont attiré des investisseurs institutionnels qui financent les poursuites.

Il est utile que les investisseurs disposent d'un mécanisme de recours contre les pouvoirs publics. Les États peuvent exproprier les investisseurs ou exercer une discrimination à leur encontre – et ils le font. Les systèmes judiciaires et administratifs nationaux offrent aux investisseurs une solution pour se protéger. La menace d'un arbitrage international donne aux investisseurs étrangers un moyen de pression supplémentaire dans leurs échanges avec les autorités des pays d'accueil, surtout lorsque les mécanismes nationaux sont insuffisants.

Parallèlement, les critiques se multiplient. Les arbitrages peuvent porter sur la contestation de mesures prises par des parlements nationaux et des cours suprêmes. Comme l'a écrit le Président de la Cour Suprême des États-Unis, M. Roberts, un État qui accepte un arbitrage [en matière d'investissement], permet à des arbitres privés d'examiner ses politiques publiques et d'annuler concrètement des actes faisant autorité et émanant de ses organes législatifs, exécutifs et judiciaires. Dans la même veine, le Président de la Cour suprême d'Australie, M. French, a fait observer que le pouvoir judiciaire de son pays n'avait encore apporté aucune contribution collective à la conception du mécanisme d'arbitrage en matière d'investissement, et que le moment était venu de rattraper ce retard. Cet intérêt croissant pour le système enrichira les débats sur les traités d'investissement à venir.

Les pouvoirs publics et les chefs d'entreprise cherchent également à réformer les traités de telle sorte qu'ils contribuent à attirer l'investissement, et non les litiges. Certains grands pays comme l'Afrique du Sud, l'Indonésie et l'Inde sont en train d'abroger, de réexaminer ou d'actualiser ce qu'ils considèrent comme des traités dépassés qui empiètent trop sur leur « marge d'action publique » et présentent des risques juridiques inacceptables. L'Allemagne s'oppose à l'inclusion du mécanisme d'arbitrage en matière d'investissement dans le TTIP. Le groupe B20 qui réunit des chefs d'entreprise au niveau international a récemment appelé le G20 à se saisir de la question des traités d'investissement.

Les organisations internationales comme l'OCDE peuvent aider les gouvernements et d'autres parties à tracer l'avenir des traités d'investissement. Je propose le programme d'action conjointe suivant pour réformer et renforcer le système des traités d'investissement.

Garantir le traitement public des réclamations des investisseurs. Le caractère souvent secret de l'arbitrage en matière d'investissement tel qu'il est prévu dans de nombreux traités renforce les inquiétudes du public. Les traités conclus par les pays de l'ALÉNA, par exemple, comportent des procédures transparentes. Cependant, près de 80% des traités d'investissement prévoient des procédures qui sont loin de répondre aux normes internationales de transparence dans le

secteur public. C'est une faiblesse majeure. En juillet, la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) a approuvé une convention multilatérale sur la transparence. Désormais, les États peuvent aisément rendre publiques les réclamations des investisseurs. Il y a plus d'un siècle, Lord Atkinson a souligné qu'un procès public constituait la meilleure garantie d'une justice administrée de manière saine, impartiale et efficace, et le meilleur moyen d'emporter la confiance et le respect du public. Les gouvernements – avec le concours des principaux investisseurs – devraient prendre sans délai les mesures nécessaires pour veiller à ce que l'arbitrage en matière d'investissement se conforme à des normes élevées de transparence.

Stimuler la confiance du public envers l'arbitrage en matière d'investissement. Dans les traités d'investissement qu'ils ont conclus, les États ont emprunté le modèle du tribunal ad hoc d'arbitrage commercial, solution qui est aujourd'hui remise en question. Sundaresh Menon, ministre de la justice de Singapour, a constaté que les arbitres « entrepreneuriaux » sont l'objet de troublantes incitations économiques lorsqu'ils se prononcent sur des différends entre États et investisseurs. Les systèmes nationaux les plus développés de règlement des différends entre États et investisseurs n'épargnent aucun effort pour éviter que les intérêts économiques n'influencent les décisions. L'arbitrage en matière d'investissement doit suivre la même voie.

Éviter les distorsions de concurrence. La notion de traitement national est un pilier essentiel des accords d'investissement et de commerce. L'objectif est de promouvoir une concurrence utile sur la base de conditions équitables. Les traités d'investissement devraient se garder de renverser cette idée pour donner aux entreprises étrangères des privilèges qu'ils refusent aux entreprises nationales. Les gouvernements devraient protéger la concurrence et l'investissement national en veillant par exemple à ce que les normes de protection prévues dans les traités n'excèdent pas celles qui s'appliquent aux investisseurs dans les systèmes juridiques nationaux des économies avancées. L'interprétation jurisprudentielle de certaines dispositions vagues de traités d'investissement vont au-delà de ces normes et sont sans lien avec un quelconque protectionnisme, un parti pris contre les

investisseurs étrangers, voire des mesures d'expropriation. De deux choses l'une : soit les gouvernements qui permettent de telles interprétations doivent communiquer publiquement l'argumentaire qui justifie ces mesures de protection exceptionnelle s'adressant à certains investisseurs seulement, soit ils doivent prendre des mesures pour empêcher toute interprétation de cette nature.

Éliminer toute incitation à créer des structures d'entreprises à plusieurs entités. En permettant aux actionnaires directs et indirects d'entreprises ayant subi un préjudice de la part d'un État de déposer une large palette de réclamations, la plupart des traités d'investissement encouragent la création de structures d'entreprises à entités multiples. Chaque actionnaire peut être à l'origine d'une réclamation. De fait, nombreux sont les traités qui encouragent même les investisseurs nationaux à créer des filiales étrangères, leur permettant ainsi de se prévaloir des avantages résultant de la qualité d'investisseur « étranger ».

Si les structures complexes n'entraînaient aucun coût, cela n'aurait sans doute guère d'importance. Mais ce n'est pas le cas. Les structures complexes accroissent les coûts des procédures d'insolvabilité et des fusions. Elles interfèrent dans la lutte contre la corruption, la fraude fiscale et le blanchiment d'argent parce qu'elles sont susceptibles de brouiller les pistes quant aux véritables bénéficiaires d'un investissement. Les gouvernements doivent rapidement supprimer des traités d'investissement toute incitation à créer des entreprises dotées de telles structures.

Il faut que les flux internationaux de capital favorisent la croissance à long terme par une meilleure répartition de l'épargne et de l'investissement. Toutefois, le système des traités d'investissement doit être réformé pour que les droits des citoyens, des États, des entreprises et des investisseurs soient garantis d'une manière qui leur profite à tous.

Liens utiles

Article original : Angel Gurría, Secrétaire général de l'OCDE, « The growing pains of investment treaties », Blog *OECD Insights*, <http://wp.me/p2v6oD-1Rj>.

Tables rondes de l'OCDE sur la liberté d'investissement : Résumés des débats, www.oecd.org/fr/investissement/politiques-investissement/tablesrondesdelocdesurlaliberteinvestissement.htm.

Travaux de l'OCDE sur l'investissement international, www.oecd.org/fr/daf/inv.

Travaux de l'OCDE sur le droit des investissements internationaux, www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/oecdworkoninternationalinvestmentlaw.htm.



Extrait de :
Debate the Issues: Investment

Accéder à cette publication :
<https://doi.org/10.1787/9789264242661-en>

Merci de citer ce chapitre comme suit :

Gurría, Angel (2018), « La crise de croissance des traités d'investissement », dans Patrick Love (dir. pub.), *Debate the Issues: Investment*, Éditions OCDE, Paris.

DOI: <https://doi.org/10.1787/9789264289680-12-fr>

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les arguments exprimés ici ne reflètent pas nécessairement les vues officielles des pays membres de l'OCDE.

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

Vous êtes autorisés à copier, télécharger ou imprimer du contenu OCDE pour votre utilisation personnelle. Vous pouvez inclure des extraits des publications, des bases de données et produits multimédia de l'OCDE dans vos documents, présentations, blogs, sites Internet et matériel d'enseignement, sous réserve de faire mention de la source OCDE et du copyright. Les demandes pour usage public ou commercial ou de traduction devront être adressées à rights@oecd.org. Les demandes d'autorisation de photocopier une partie de ce contenu à des fins publiques ou commerciales peuvent être obtenues auprès du Copyright Clearance Center (CCC) info@copyright.com ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) contact@cfcopies.com.