



Numéro Spécial: Contrats Investisseur-Etat et Développement Durable

Repenser les contrats investisseur-État dans une perspective de développement durable par Lorenzo Cotula

La stabilisation dans les contrats d'investissement : repenser le contexte, reformuler le contenu par Howard Mann

Principes pour des contrats responsables : intégrer la gestion du risque relatif aux droits de l'homme dans les négociations pour les contrats investisseur-État par Andrea Shemberg

Rendre les contrats publics pour améliorer les investissements dans le secteur agricole par Carin Smaller

Contrats d'investissement étranger dans le secteur pétrolier et gazier : Revue des clauses pertinentes relatives à la protection de l'environnement par Kyla Tienhaara

Egalement dans ce numéro: Nouvelles en bref, Résumés de sentences arbitrales, Ressources et évènements.

<http://www.iisd.org/itn/>

tables des matières

4	Articles Repenser les contrats investisseur-État dans une perspective de développement durable <i>Lorenzo Cotula</i>	Investment Treaty News Quaterly est publié par L'institut International pour le Développement Durable. Maison International de l'Environnement 2 Chemin de Balexert 9, 5e étage 1209 Châtelaine, Genève, Suisse.
6	La stabilisation dans les contrats d'investissement : repenser le contexte, reformuler le contenu <i>Howard Mann</i>	Tel +41 22 917-8748 Fax +41 22 917-8054 Email itn@iisd.org
9	Principes pour des contrats responsables : intégrer la gestion du risque relatif aux droits de l'homme dans les négociations pour les contrats investisseur-État <i>Andrea Shemberg</i>	Président et chef de la direction Franz Tattenbach
11	Rendre les contrats publics pour améliorer les investissements dans le secteur agricole <i>Carin Smaller</i>	Directeur et Représentant Européen, Section Commerce et Investissement de l'IIDD Mark Halle
12	Contrats d'investissement étranger dans le secteur pétrolier et gazier : Revue des clauses pertinentes relatives à la protection de l'environnement <i>Kyla Tienhaara</i>	Responsable du Programme Investissements étrangers au service du Développement Durable Nathalie Bernasconi
16	Nouvelles en bref : Davantage de démêlés juridiques suite au programme canadien de tarifs de rachat garantis pour les énergies renouvelables ; Le Comité pour la politique commerciale du Conseil de l'Union européenne prépare un projet de directives pour la protection des investissements ; L'Australie adopte sa législation sur l'emballage simple des produits du tabac, malgré la contestation de l'industrie ; Azurix demande au Représentant américain au commerce (USTR) de faire appliquer la décision contre l'Argentine ; Les États-Unis présentent la première affaire relative au droit du travail au titre d'un accord commercial.	Rédacteur en chef Damon Vis-Dunbar
18	Sentences et décisions : Abaclat et autres (anciennement affaire <i>Giovanna A Beccara et autres</i>) c. la République d'Argentine ; Brandes Investment Partners, LP c. la République bolivarienne du Venezuela, CIRDI n° ARB/08/3 ; Impregilo S.p.A. c. la République d'Argentine, affaire CIRDI n° ARB/07/17 ; Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6 ; Yury Bogdanov c. la République de Moldavie, arbitrage de la CCS n° V (114/2009) ; Perenco Ecuador Ltd. c. la République d'Équateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), affaire CIRDI n° ARB/08/6	Rédacteur, Version française Henrique Suzy Nikema
23	Ressources et évènements	Traduction française Isabelle Guinebault

Rédacteur, Version espagnole
Fernando Cabrera

Traduction Espagnole
Maria Candeli Conforti

Design:
The House London Ltd.
Web: www.thehouselondon.com

note de l'éditeur

Le droit de l'investissement, la politique, le développement durable — voici le cadre de travail que nous nous sommes fixé à Investment Treaty News. Nous avons toutefois eu tendance, en pratique, à nous concentrer sur un aspect particulier du droit international de l'investissement : les traités internationaux d'investissement. Pourtant, le droit et la politique internationaux des investissements comprennent également deux autres aspects importants : le droit national qui s'applique aux investisseurs étrangers, et les contrats conclus entre un investisseur et un pays d'accueil. Ces trois éléments sont intrinsèquement interconnectés, et ont des conséquences importantes sur l'équilibre des droits et obligations entre les investisseurs et les États.

Dans ce numéro d'ITN, nous portons notre attention sur les contrats investisseur-État, également connus sous le nom de contrats d'État ou contrats d'investissement. Nous y recueillons les opinions d'experts qui examinent ces contrats d'un œil critique – en qui concerne la prise en compte du développement durable, les lacunes et les possibilités d'amélioration.

Le premier article, de Lorenzo Cotula, chercheur sénior à l'Institut international pour l'environnement et le développement, explique l'importance des contrats pour le développement durable, dans la mesure où ils contribuent à définir la qualité de l'investissement et sa capacité à améliorer les moyens de subsistance tout en protégeant l'environnement. Howard Mann, conseiller sénior en droit international de l'IISD, s'appuie sur cet article pour demander la réévaluation des objectifs contenus dans les clauses de stabilisation, que l'on trouve souvent dans les contrats investisseur-État, notamment dans les pays en développement, et qui visent à minimiser les risques de l'investisseur.

Dans ces pages, vous trouverez des références au travail du Professeur John Ruggie, le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies pour les droits de l'homme et les sociétés transnationales, qui a eu un impact considérable sur la manière dont les gouvernements et les entreprises considèrent leurs obligations et responsabilités de protéger les droits humains. Dans un autre article, Andrea Shemberg, l'ancienne conseillère juridique du Professeur Ruggie, met l'accent sur un aspect du travail lié aux contrats investisseur-État : un ensemble de principes pour des contrats responsables, ainsi qu'un guide pour les négociateurs.

Les deux derniers articles identifient des voies d'amélioration. Le premier, écrit par la conseillère juridique de l'IISD sur l'agriculture et les investissements, Carin Smaller, démontre que les gouvernements devraient permettre un examen public plus poussé des contrats investisseur-État dans le secteur agricole. Malgré le grand intérêt du public pour les accords fonciers à long terme conclus entre les gouvernements et les investisseurs étrangers, ces contrats demeurent en général secrets.

Finalement, la Professeur Kyla Tienhaara nous fait profiter de son étude sur des clauses environnementales incluses dans les contrats pétroliers et gaziers. Son évaluation de contrats conclus au cours des quinze dernières années met au jour plusieurs dispositions liées à l'environnement, même si elles sont souvent trop vagues. Les contrats signés aujourd'hui ne sont effectivement pas toujours très différents de ceux élaborés plusieurs décennies auparavant.

Ce n'est pas la première fois que nous couvrons la question des contrats investisseur-État, et certainement pas la dernière. Nous sommes toutefois heureux d'avoir pu réunir des experts réputés dans ce numéro, et nous espérons que leurs opinions susciteront davantage de débats.

Comme toujours, nous apprécierons vos opinions et contributions écrites. Merci de les envoyer à dvisdunbar@iisd.org.

Bonne lecture,
Damon Vis-Dunbar
Éditeur

Repenser les contrats investisseur-État dans une perspective de développement durable

Lorenzo Cotula

article 1

Pourquoi les contrats sont-ils importants ?

Au cours des dernières années, la libéralisation économique, l'amélioration des transports et des systèmes de communication, et la demande mondiale en énergie, minerais et denrées agricoles ont favorisé les investissements dans les projets agricoles, miniers et pétroliers dans de nombreux pays pauvres. Pour certains observateurs, cette tendance offre de nouvelles opportunités de promotion de la croissance, de génération de recettes publiques et d'emplois dans des pays aux options alternatives de développement limitées. De la même manière, les investisseurs soulignent souvent les bénéfices pour le pays d'accueil, tels que la création d'emplois et le développement d'infrastructures sociales, pour obtenir le soutien de la population locale à leur projet. D'autres observateurs insistent sur les risques majeurs liés aux investissements dans les ressources naturelles. Par exemple, les populations peuvent se voir dépossédées de facteurs clés à leur subsistance, tels que la terre, l'eau et les pâturages, alors que les dommages environnementaux peuvent avoir des conséquences durables sur les ressources et sur la santé publique.

En plus du droit national et international applicable, les contrats investisseur-État définissent les termes d'un projet d'investissement, et la répartition des risques, coûts et bénéfices. Celui qui a la compétence pour signer le contrat et le processus de passation du contrat influence fortement la capacité des populations à faire entendre leur voix. Aussi, l'analyse de ces contrats est un mécanisme important pour tester dans la pratique les demandes contradictoires concernant les ressources naturelles (par ex. les promesses d'emplois sont-elles établies dans des engagements contraignants ?), pour évaluer la maximisation des opportunités et la minimisation des risques, et pour renforcer l'obligation de rendre compte dans la prise de décisions publiques.

Évidemment l'analyse des contrats ne remplace pas les évaluations empiriques de l'impact social, environnemental et économique : des contrats bien négociés peuvent être mal mis en œuvre et donc produire des résultats décevants ; inversement, un investissement peut améliorer la subsistance des populations même en l'absence de contrat ; un contrat faible signifie pourtant que les mécanismes qui obligent l'investisseur à rendre compte sont moins efficaces.

Réviser les contrats à travers un filtre de développement durable

Le développement durable représente un filtre intéressant quand il s'agit d'examiner les contrats d'investissement. Dans cette perspective, attirer l'investissement n'est pas une fin en soi, mais le moyen d'arriver à une fin pour les pays d'accueil. Le but ultime est d'améliorer la subsistance locale tout en protégeant l'environnement. Si de nombreux gouvernements ont fait des efforts pour attirer davantage d'investissement, ce dernier n'est pas toujours bon — la qualité de l'investissement est aussi importante que la quantité. La qualité de l'investissement est mesurée sur ses caractéristiques principales, plutôt que sur les programmes de responsabilité sociale des entreprises en marge de celui-ci. Cela exige un examen approfondi des considérations sociales, environnementales et économiques en jeu.

Le développement durable est défini de bien des manières. Ici, le développement durable consiste en un impératif politique d'équilibrer les considérations économiques, sociales et environnementales. Bien que ce concept ait été critiqué pour être trop vague, il a d'importantes implications pour les principaux aspects des contrats d'investissement :

- Le **processus contractuel** – de la négociation à la gestion du contrat. Une question essentielle est la mesure dans laquelle les personnes affectées peuvent faire entendre leur voix dans les prises de décisions, et la population en général demander des comptes aux gouvernements et aux investisseurs à travers des mécanismes de transparence et de contrôle public. Cet aspect est lié aux principes 1 et 10 de la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement, qui stipulent que le développement durable consiste à placer les hommes au centre du processus de développement, et que les questions de développement durable sont mieux gérées avec la participation de tous les citoyens concernés.
- L'**équité de l'accord économique** entre l'investisseur et le pays d'accueil, notamment les questions contractuelles comme le partage des revenus, les taxes sur le capital, la génération de revenus à travers les relations salariales et commerciales, le transfert de technologies et le développement des infrastructures. Pour ce qui est des créations d'emplois par exemple, les principales questions incluent : la spécificité et l'applicabilité des dispositions contractuelles concernant le nombre et le type d'emplois (qualifié/non-qualifié, temporaire/permanent) ; des échelles mobiles par lesquelles les postes qualifiés passent petit à petit aux employés locaux, avec des formations afin de garantir l'existence des compétences nécessaires.
- Le **degré d'intégration des considérations sociales et environnementales**, par exemple à travers des études d'impact et des standards applicables, et grâce à la répartition des risques, coûts et bénéfices au sein du pays d'accueil. En effet, un accord bénéfique du point de vue économique pour le pays dans son ensemble peut être négatif si les intérêts sociaux et économiques ne sont pas bien pris en compte. Cet aspect implique d'une part de minimiser l'impact négatif sur l'environnement et sur la vie des gens, par exemple des accaparements des terres, la privation d'eau ou la dégradation des ressources naturelles ; et d'autre part de faire en sorte que les bénéfices économiques soient équitablement répartis, et utilisés pour la réduction de la pauvreté et un développement généralisé.
- La **possibilité d'évolution de l'équilibre entre les considérations économiques, sociales et environnementales** au cours de contrats souvent très longs : par exemple, des clauses de stabilisation mal conçues protégeant « l'équilibre économique » du contrat peuvent affaiblir la capacité des pays d'accueil à prendre des mesures pour améliorer les normes sociales et environnementales (une question discutée plus avant).

Les questions de développement durable varient d'un secteur à l'autre. Ceci s'explique en partie par les spécificités sectorielles. Par exemple, si les opérations pétrolières impliquent nécessairement d'importants investissements, les fermes familiales se sont avérées compétitives dans de nombreuses régions du monde ; les investissements à grandes échelles ne sont donc pas nécessairement la voie à suivre. Cette diversité entre les secteurs s'explique également par les différences dans les pratiques de passation de contrat. Les profits sont généralement essentiels dans les contrats des industries extractives, mais certains contrats agricoles n'impliquent que peu ou pas de coûts fonciers – l'emploi et les infrastructures étant considérés comme les principaux

bénéfices, le contenu et la spécificité des clauses règlementant ces questions sont donc particulièrement importants.

Deux exemples : garantir les droits aux ressources locales, et les clauses de stabilisation

Deux exemples permettent d'illustrer les conséquences de l'utilisation d'un filtre du développement durable. Le premier concerne les garanties des droits locaux d'accès à la terre, à l'eau et aux ressources naturelles. Certains investissements agricoles impliquent l'accapement de très grandes étendues de terres. Ces accapements de terres peuvent aussi avoir lieu dans les industries extractives. Ils peuvent avoir des effets dévastateurs sur les personnes dont la subsistance dépend des ressources naturelles.

Les contrats peuvent obliger le gouvernement à mettre des terres à la disposition de l'investisseur, « exemptes de servitudes ». De telles clauses doivent être interprétées conjointement avec la législation nationale applicable. Dans de nombreux pays très pauvres, l'écart entre légalité (par laquelle le gouvernement peut formellement posséder les terres et les allouer aux investisseurs) et légitimité (notion selon laquelle la population locale considère les terres qu'elle utilise depuis plusieurs générations comme les siennes) expose les groupes locaux au risque de dépossession et les investisseurs au risque de contestation. En outre, la protection des droits locaux est souvent affaiblie par les exigences d'utilisation productive (qui sapent les réclamations locales au sujet des pâturages, territoires de chasse et cueillette ou sites sacrés) ; par les pouvoirs étendus de l'expropriation (qui considèrent légalement les investissements comme étant d'intérêt public, permettant ainsi l'expropriation des droits locaux) ; par les faibles exigences d'indemnisation (par ex. la compensation est limitée aux améliorations, telles que les arbres et les cultures, mais exclut la valeur des terres) ; et par des exigences inadéquates en matière d'impact social ou de consultation locale.

Les contrats concernant l'agriculture irriguée peuvent aussi offrir à l'investisseur des droits exigibles sur l'eau dont il a besoin. En périodes de raréfaction de l'eau, ces clauses peuvent désavantager les paysans locaux. Ce risque est d'autant plus important que le changement climatique accentue la fluctuation des quantités d'eau disponible, et ces contrats peuvent être très longs. Si certains contrats agricoles exigent de l'investisseur qu'il paye une taxe sur l'eau, ce n'est pas le cas de tous. L'absence de taxe sur l'eau peut entraîner du gaspillage et priver le gouvernement d'une source de revenus. Si les paysans locaux payent des droits sur l'eau, un accès gratuit à celle-ci équivaut à une subvention pour l'agriculture à grande échelle.

Du point de vue du développement durable, il faut, pour répondre à ces questions, repenser la législation nationale tout comme les pratiques de passation de contrats. Les propriétaires fonciers locaux devraient pouvoir participer davantage aux processus de passation de contrats qui affectent leurs vies. Ils devraient également bénéficier de droits fonciers plus forts – par exemple à travers des évaluations d'impact de qualité, des exigences plus strictes au sujet des opérations d'intérêt public, la protection des droits qui ne sont pas liés à l'utilisation productive, et une compensation liée à la restauration des moyens de subsistance locaux. Si la législation nationale présente des lacunes, les contrats peuvent faire référence aux normes internationales telles que celles développées par la SFI – mais il doit y avoir suffisamment de ressources pour effectuer un contrôle adéquat. Si cela dépend en grande partie du contexte, des mécanismes adéquats et flexibles de fixation du prix et d'allocation de l'eau en fonction des quantités disponibles sont essentiels pour équilibrer ces demandes concurrentes.

Le deuxième exemple concerne les clauses de stabilisation. Si la pratique contractuelle se révèle très diverse, les clauses de stabilisation obligent généralement le pays d'accueil à ne pas modifier le cadre réglementaire de l'investissement (« clauses de gel »), ou à restaurer l'équilibre économique du contrat si le cadre réglementaire a un effet négatif sur l'investissement (« clauses d'équilibre économique »). Les clauses de stabilisation

ont récemment reçu une grande attention publique, y compris à travers le mandat du Représentant Spécial du Secrétaire général des Nations unies pour les droits de l'homme et les entreprises multinationales et autres entreprises. Celui-ci a produit une étude décisive sur les clauses de stabilisation et les droits humains, ce qui a entraîné l'adoption, en début d'année, entre autres choses, des « Principes pour des contrats responsables », qui traitent spécifiquement des questions de droits humains soulevées par les clauses de stabilisation.

Leurs partisans avancent que les clauses de stabilisation visent principalement à éviter des actions arbitraires de la part du pays d'accueil pouvant affecter le projet. Une fois la majeure partie de l'investissement réalisée – par exemple après la construction des infrastructures du projet – l'investisseur devient vulnérable aux changements réglementaires arbitraires pouvant saper le projet, notamment dans les pays à forte incertitude politique.

Mais si elles ne sont pas correctement formulées, les clauses de stabilisation peuvent limiter la capacité du pays d'accueil à améliorer les normes sociales ou environnementales. L'équilibre entre les considérations économiques, sociales et environnementales requis par le développement durable évolue, par exemple en fonction des changements des besoins sociaux et des sensibilités, lors de l'identification de nouveaux risques, ou du développement de nouvelles technologies atténuant les risques sociaux et environnementaux plus efficacement. Nombre de contrats portent sur de longues périodes, et les garanties sociales et environnementales sont actuellement trop faibles dans de nombreux pays pauvres. Les changements réglementaires susceptibles d'affecter les investissements en cours sont par exemple la taxe carbone visant à lutter contre le changement climatique, l'interdiction de produits chimiques dangereux, ou des exigences plus strictes vis-à-vis de l'accapement des terres ou des consultations locales. Si les finances publiques sont tendues, l'obligation d'indemniser les investisseurs pour les pertes causées par ces mesures peut freiner la capacité des gouvernements d'accueil à adopter les mesures nécessaires à la protection des populations ou de l'environnement.

Les mesures visant à intégrer le développement durable dans les clauses de stabilisation impliquent de n'utiliser ces dernières que lorsqu'elles sont réellement nécessaires à la protection de l'investissement contre des interférences arbitraires ; de favoriser des clauses plus flexibles privilégiant la protection de l'équilibre économique et les négociations de bonne foi, plutôt que des clauses gelant le cadre réglementaire ; et de définir clairement la couverture de la stabilisation afin de garantir que les actions non-discriminatoires et adoptées de bonne foi dans le domaine social et environnemental ne sont pas couvertes par les clauses de stabilisation.

La suite

Si l'on veut que l'investissement promeuve le développement durable, il faut repenser les cadres juridiques règlementant l'investissement – notamment les contrats investisseur-État. Et pour que le développement durable compte, il doit être complètement intégré dans ces cadres juridiques. Ceci implique de remanier les pratiques légales et contractuelles, comme l'illustrent les exemples présentés. Cela exige également de fortes compétences chez les négociateurs, les entités appliquant les contrats et celles chargées de leur contrôle, afin de traduire les nouveaux concepts en réel changement.

Auteur :

Lorenzo Cotula est chercheur sénior en droit et développement durable à l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED), où il dirige les travaux menés sur les investissements.

Cet article se base sur deux rapports : *Investment Contracts and Sustainable Development—How to Make Contracts for Fairer and More Sustainable Natural Resource Investments* (<http://pubs.iied.org/17507IIED.html>) ; et *Land Deals in Africa—What is in the Contracts?* (<http://pubs.iied.org/12568IIED.html>).



Au cours des deux dernières décennies, les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement (et dans la législation nationale de certains pays en développement) sont devenues une demande courante des investisseurs opérant dans les pays en développement. Rarement utilisées et en grande partie inconstitutionnelles dans la plupart des pays développés¹, ces clauses limitent principalement la capacité des gouvernements à adopter de nouvelles lois ou réglementations s'appliquant à un investisseur étranger bénéficiant d'une telle clause.

L'étude réalisée par Andrea Shemberg pour le compte du Représentant Spécial du Secrétaire général des Nations unies pour les droits de l'homme et les entreprises multinationales et autres entreprises, le professeur John Ruggie², catégorise les clauses de stabilisation en fonction de leur couverture et nature. Concernant la couverture, deux grandes catégories ont été identifiées : les questions fiscales (impôts, redevances, profits, tarifs des services fournis, etc. payés au gouvernement ou par l'utilisateur final), et les questions non-fiscales telles que l'environnement, le travail, la santé et la sécurité. Il est également nécessaire de distinguer les dispositions qui traitent du prix de vente des biens ou services produits par le gouvernement (tels que l'eau, les péages autoroutiers et l'électricité), généralement sous la forme de partenariats public-privé, des dispositions fiscales et non-fiscales plus larges que l'on trouve en particulier dans les contrats relatifs aux

“ Empêcher un gouvernement de régler des questions clés de développement social et économique ou liées à un environnement durable n'est manifestement pas dans l'intérêt de la promotion du développement durable et des droits humains ”

ressources naturelles. L'ampleur et l'impact de ces dernières sont nettement moins étendus et mieux définis que la plupart des clauses de stabilisation relatives aux industries extractives.

Pour ce qui est de leur nature, Shemberg a identifié les différences entre les clauses d'intangibilité, qui gèlent le droit applicable à un investissement à celui existant au moment de l'investissement ; et les clauses d'équilibre financier, qui exigent du gouvernement qu'il compense les coûts engendrés par la mise en conformité avec les nouvelles normes juridiques, ou qu'il exempte l'investisseur de s'y conformer. Si en principe les clauses d'intangibilité peuvent être plus extrêmes que les clauses de stabilisation, en pratique l'impact est le même car la plupart des gouvernements ne peuvent se permettre de payer les investisseurs étrangers pour qu'ils respectent les modifications apportées à la législation nationale applicable à l'investissement. Ils ne peuvent pas non plus accepter une situation dans laquelle les investisseurs étrangers seraient compensés, mais pas les entreprises nationales. Par conséquent, ces deux types de clauses ont un impact significatif sur la capacité des gouvernements à adopter de nouvelles mesures juridiques à des fins de développement durable, notamment pour la protection et la promotion des droits humains.

Les clauses de stabilisation ont été théoriquement développées pour faire face à la grande instabilité politique et juridique qui existerait dans certains pays en développement, rendant ainsi les investissements étrangers trop risqués. Elles sont toutefois devenues communément mises en avant par des organisations telles que l'OCDE et le groupe de la Banque mondiale comme un moyen, pour les gouvernements, de créer un « environnement favorable » pour les investisseurs étrangers. Cette nécessité de créer un environnement favorable pour les investissements a souvent été contestée par les États par une deuxième nécessité, celle de maintenir la concurrence parmi les investisseurs étrangers. Leur utilisation est en effet passée du remède à l'instabilité politique à une caractéristique commune pour les défenseurs d'un environnement favorables aux investissements.

La logique des clauses de stabilisation expliquée

Il semble que la logique originale des clauses de stabilisation était d'utiliser des mécanismes juridiques pour faire face à l'instabilité politique, principalement dans les pays en développement. Celles-ci étaient également considérées comme nécessaires dans certaines situations économiques. Le fait qu'elles soient maintenant considérées comme une caractéristique standard d'un environnement favorable à l'investissement, et la portée et la durée étendues de nombre de ces clauses (dans son article de ce numéro d'ITN, Shemberg remarque une période d'application de 100 ans pour l'une de ces clauses) soulèvent de nombreux doutes quant à leur objectif actuel.

Un rapport de 2009 du Conseil international des mines et métaux et du Secrétariat du Commonwealth se demande si la stabilité juridique et politique que ces dispositions cherchaient à créer n'est pas justement actuellement remise en question par ces clauses³. Un argument dans ce sens est que de telles clauses semblent sceller, au bénéfice des entreprises minières, des accords illégitimes et souvent inéquitables. Un autre argument est qu'en créant des conditions juridiques immuables pendant une longue période, les dirigeants politiques doivent adopter des mesures plus agressives pour examiner, réviser ou annuler des contrats quand les ajustements requis ne sont pas disponibles. En outre, il est de plus en plus évident que nombre de clauses de stabilisation les plus strictes ont été conclues avec des gouvernements qui n'ont pas nécessairement été élus, ont des origines militaires et/ou sont sujets à la corruption, ce qui renforce leur illégitimité. Quand les gouvernements démocratiques opèrent dans des circonstances plus matures et stables, il est évident que les dirigeants politiques sont appelés à s'assurer qu'un partage plus juste des revenus et autres conditions sociales positives prévalent sur les opérations en cours. Finalement, quand les clauses de stabilisation sont incluses dans les contrats obtenus à travers la corruption, il est de plus en plus improbable que les investisseurs puissent les faire valoir et reconnaître dans un arbitrage international.⁴ Dans un article précédent d'ITN, le professeur Robert Howse suggérait qu'une analyse empirique révèle que de telles clauses visent principalement, pour les investisseurs, à maximiser leurs profits⁵. Après avoir étudié différentes études économiques qui concluaient que, du point de vue économique, la compensation par les gouvernements des coûts encourus suite aux changements réglementaires n'est pas efficace, Howse remarque que « en partant de la supposition de base qui veut que l'indemnisation des changements réglementaires n'est pas efficace, notre conceptualisation préliminaire d'une clause de stabilisation sera qu'elle apporte un bénéfice ou une rente à l'entreprise ».

En d'autres termes, si les investisseurs ou leurs avocats peuvent obtenir une clause de stabilisation, ils le feront car cela leur permettra d'augmenter la marge bénéficiaire de leur investissement.

L'analyse initiale de Shemberg mentionnée précédemment démontre que la pratique est effectivement incohérente et peu reluisante, non seulement entre les pays ayant une situation politique plutôt similaire, et au sein même des pays. Selon cet auteur, ceci suggère encore que les facteurs autres que la certitude juridique et les besoins économiques – tels qu'ils s'opposent aux souhaits économiques des entreprises – sont les principaux éléments expliquant la recrudescence de ces clauses. Le facteur majeur est certainement qu'elles relèvent plus de l'opportunisme dans les négociations que de besoins essentiels.

Des clauses de stabilisation à la prévisibilité opérationnelle

Pour un investisseur, les clauses de stabilisation et la prévisibilité opérationnelle sont deux choses distinctes. Si les clauses de stabilisation visent à obtenir la stabilité opérationnelle et donc la prévisibilité, ce n'est pas le résultat obtenu. Les révisions et renégociations de contrats sont permanentes. Le nationalisme en matière de ressources s'est accru, plutôt que contracté, pendant la période d'utilisation croissante de ces clauses. Les concepts d'équité et de justice se développent dans leur sillage, et surpassent maintenant la valeur juridique des clauses prévues par les entreprises dans de nombreux contextes politiques.

De la même manière, le fait d'empêcher un gouvernement de réglementer des questions clés de développement

social et économique ou liées à un environnement durable n'est manifestement pas dans l'intérêt de la promotion du développement durable et des droits humains. Mais si l'on analyse pourquoi il faut donner la priorité à la prévisibilité opérationnelle plutôt qu'aux clauses de stabilisation, cela nous emmène bien au-delà de ces considérations générales.

La théorie et la pratique modernes des investissements intégrant des principes de développement durable nous enseignent au moins deux fondamentaux⁶. Le premier, c'est qu'aucun investissement ne devrait se faire à l'heure actuelle sans intégrer des technologies de pointe liées à l'environnement et à la santé humaine. Cette norme ne se définit pas seulement sur la base du respect de la légalité dans le pays d'accueil. Elle se base plutôt sur le fait qu'il est inexcusable pour un investisseur d'utiliser des technologies obsolètes, notamment en envoyant une technologie obsolète d'un pays pour l'installer dans un autre, simplement parce que cette pratique est légale.

Ensuite, toutes les principales normes actuelles de gestion des entreprises exigent de l'investisseur qu'il évalue, planifie et incorpore régulièrement des améliorations technologiques au cours de la vie du projet lié à l'environnement, la santé humaine et les facteurs de développement sociaux, notamment les droits humains. Une fois encore, il ne s'agit pas d'évaluer le simple respect du droit, mais d'évaluer les meilleures pratiques mettant l'accent sur des résultats sociaux et environnementaux améliorés, et sur la réduction continue de l'impact externe de l'investissement. Ces normes de gestion exigent de l'investisseur qu'il intègre de tels coûts dans la planification financière de l'investissement dès le début, plutôt que d'attendre une exigence gouvernementale pour ce faire.

De cette manière, les clauses de stabilisation peuvent bien évidemment décourager les investisseurs à se conformer aux normes commerciales largement acceptées. Au contraire, cela encouragera l'investisseur à attendre une nouvelle législation et à faire retomber les coûts sur le gouvernement d'accueil, alors que les conséquences en cours d'une telle conduite – conséquences sur l'environnement ou la santé humaine par exemple – sont également subies par les populations locales.

Qu'en est-il donc de la stabilisation du point de vue conceptuel et pragmatique ? Peut-être est-il important de reconsidérer les objectifs sous-jacents des clauses de stabilisation. Concernant la stabilisation fiscale, on peut se demander si l'objectif est une stabilisation totale, ou s'il s'agit plutôt de prévisibilité. Les régimes fiscaux et de redevances doivent-ils être les mêmes année après année, ou bien les investisseurs et gouvernements doivent-ils appréhender la variation des montants en fonction de la fluctuation des facteurs réels liés aux coûts, revenus, et profits afin de rendre ces régimes prévisibles, mais variables ? La différence est cruciale⁷. Les clauses de stabilisation ont été conçues pour prévenir l'altération du partage des revenus quels que soient le prix du marché, le coût des ressources ou d'autres facteurs. La prévisibilité définit les règles d'ajustement du partage des loyers quand d'importantes modifications des coûts ou du revenu se produisent. Quand elle est associée à un processus comptable et de suivi adéquat, la prévisibilité soutient la stabilité en encourageant une allocation équitable des ressources publiques plutôt qu'une formulation simpliste gagnant-perdant. Les profits exceptionnels, souvent une question clé dans ce contexte, deviennent donc une question définissable et réglementée dans le contrat, plutôt qu'un facteur causant cette même instabilité que les investisseurs cherchent à éviter.

Concernant les questions non-fiscales, la logique de la stabilisation se basait à la fois sur les coûts pour

l'investissement et la peur de changements arbitraires visant au contrôle ultérieur de l'investissement. Compte tenu de la précédente analyse, la question des coûts ne devient qu'une distraction et reflète l'objectif de maximisation des profits qui caractérise les clauses de stabilisation trop générales. Dans le contexte des droits humains, ces dernières deviennent une barrière à la protection et à la promotion de tels droits, en contradiction directe avec les principes de protection et de respect établis par le professeur Ruggie⁸. Comme le confirment directement les documents relatifs à des contrats responsables produits par le professeur Ruggie, les investisseurs ne devraient pas chercher à faire retomber ces coûts sur d'autres personnes⁹. Les exemples à ce sujet utilisés dans le rapport sur des contrats responsables soulignent les liens invisibles entre les droits humains et le développement durable dans ce contexte.

Cela laisse donc la question du traitement arbitraire. Ici, un langage spécifique concernant le traitement arbitraire, ou arbitraire et discriminatoire peut et a été élaboré. L'accord-type du développement minier de l'Association internationale du barreau et le processus pour des contrats responsables du professeur Ruggie recommandent tous deux des approches similaires¹⁰. Il s'agit ici de revenir à l'intention originale des clauses de stabilisation vis-à-vis des risques politiques significatifs : protéger l'investisseur contre les mesures considérées comme arbitraires, discriminatoires ou reflétant la mauvaise foi du gouvernement ; en d'autres termes, la conduite nuisible du gouvernement plutôt que des mesures légitimes d'intérêt public.

“

Des efforts sont actuellement en cours pour réorienter la notion de stabilisation vers la prévisibilité et la protection contre les actions arbitraires du gouvernement.

”

Pour que cette approche soit efficace, un dernier élément est nécessaire : partir du principe que le gouvernement agit de bonne foi, sauf preuve du contraire. Ceci est possible s'il est clair que les réglementations adoptées par un pays d'accueil, d'un niveau similaire à celui des réglementations des pays plus avancés, ne sont pas arbitraires ou discriminatoires. Ce niveau peut être trouvé en Europe, aux États-Unis, au Canada ou dans d'autres juridictions, ou dans un nombre limité de normes internationales pouvant s'appliquer dans ce cas¹¹. Ceci permet de clarifier les responsabilités des gouvernements et des industries.

Conclusions

Quelle qu'ait été l'intention originale, il est clair que l'attention portée aux clauses de stabilisation de plus en plus présentées comme un élément « nécessaire » à un environnement favorable aux investissements a entraîné des clauses larges et profondes allant au-delà de celles soutenues par une bonne politique d'investissement. Des efforts sont actuellement en cours pour réorienter la notion de stabilisation vers la prévisibilité et la protection contre les actions arbitraires du gouvernement. Ceci permet une interférence bien plus limitée

avec le droit des États à réglementer dans l'intérêt public, tout en maintenant une protection utile pour les investisseurs, quand nécessaire. Plus important encore, cela permet également d'éloigner la stabilisation de la recherche de profit qui a généralement caractérisé les négociations des contrats d'investissement. Ceci sera un élément important pour un changement général vers des contrats mieux équilibrés entre les pays d'accueil et les investisseurs.

Auteur

Howard Mann est conseiller sénior en droit international auprès de l'IIDD.

Notes

¹ Dans la plupart des pays développés, il s'agit d'un principe largement accepté : une législature ne peut pas s'imposer à une législature future, et un acte exécutif du gouvernement ne s'impose pas à un organe législatif. Les clauses de stabilisation violent souvent ces préceptes.

² Andrea Shemberg, « Les clauses de stabilisation et les droits humains », 11 mars 2008, [http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf)

³ Conseil international des mines et métaux (CIMM) et Secrétariat du Commonwealth, "Mining Taxation Regimes: A review of issues and challenges in their design and application" (Régimes fiscaux des mines : examen des questions et défis liés à leur conception et application), février 2009. Voir notamment au chapitre 3, l'encadré 3.1.

⁴ Ceci est le résultat d'un nombre croissant de décisions arbitrales décrivant la corruption internationale comme un fléau particulier de l'ordre public international, plutôt que des notions commerciales habituelles qui avaient cours par le passé. Aussi, les arbitres refusent de plus en plus d'entendre des affaires relevant de contrats obtenus par la corruption de membres du gouvernement.

⁵ Robert Howse, « Le gel de la politique gouvernementale : les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », *Investment Treaty News*, 4 April 2011, http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2011/04/iisd_itn_april_2011_fr.pdf

⁶ Voir, par ex., CIMM, Cadre du développement durable, dix principes ; principes 2 et 6, sur <http://www.icmm.com/our-work/sustainable-development-framework/10-principles>. Pour une version plus récente de ces principes, voir les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international, mai 2011, principe 6, environnement et commentaire, pp. 45-50.

⁷ Le CIMM semble adopter une approche similaire, faisant référence à l'objectif stratégique de création d'un régime fiscal équilibré à long terme pour une concession minière, plutôt qu'une stabilisation du régime. Voir "Taxing Challenges II: A studied Approach to Minerals Taxation Regimes", série Spotlight n° 13 du CIMM, septembre 2008.

⁸ Protéger, respecter et remédier : un cadre pour les entreprises et les droits de l'homme, rapport du Représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU pour la question des droits de l'homme, des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, 7 avril 2008, <http://www.business-humanrights.org/Links/Repository/965591>

⁹ Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU pour la question des droits de l'homme, des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie : « Principes pour des contrats responsables : intégrer la gestion des risques relatifs aux droits de l'homme dans les négociations des contrats investisseur-État : guide pour les négociateurs », 25 mai 2011, <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/report-principles-for-responsible-contracts-25-may-2011.pdf>

¹⁰ Des contrats responsables, Ibid, voir la discussion au titre du principe 4 pp 12-14 ; Association internationale du barreau, accord-type du développement minier 1.0, articles 13.2 et 14, avril 2011.

¹¹ Il existe très peu de ces normes incluant des détails précis sur les objectifs de performance. Pourtant, différentes normes potentiellement pertinentes se trouvent maintenant rassemblées sur <http://www.sdsg.org/archives/links-for-sustainable-development-of-natural-resources/>.

Principes pour des contrats responsables : intégrer la gestion du risque relatif aux droits de l'homme dans les négociations pour les contrats investisseur-État

Andrea Shemberg

article 3

Les Nations Unies attirent l'attention sur les entreprises et les droits humains

En juillet 2005, le Secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan, a nommé John Ruggie comme son Représentant spécial pour les droits de l'homme et les entreprises. Ban Ki-Moon l'a maintenu à son poste, et en juin dernier, John Ruggie a rendu son rapport final au Conseil des droits de l'homme. Le mandat de Ruggie est très important pour les États et les entreprises car il est à l'origine des premières déclarations politiques de l'histoire du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, relatives aux responsabilités des entreprises de protéger les droits humains. En 2008, le Conseil a unanimement soutenu le cadre de référence « Protéger, respecter et réparer » qui expose les devoirs et responsabilités respectives des États et des entreprises vis-à-vis des droits de l'homme¹. Et en juin 2011, dans une démarche sans précédent, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a unanimement adopté les Principes directeurs présentés par Ruggie pour la mise en œuvre du cadre de référence. Ces deux documents constituent la base de ce que la plus haute autorité du monde en matière de droits humains considère comme les responsabilités des entreprises et les devoirs des États de protéger les droits de l'homme dans le contexte des activités commerciales.

Mais en plus de produire ces deux textes fondamentaux, Ruggie a également élaboré un document aux implications directes pour les projets d'investissements et les contrats internationaux conclus entre investisseurs et États d'accueil qui les définissent. Ruggie a ainsi remis, en plus de son rapport final, les « Principes pour des contrats responsables : intégrer la gestion du risque relatif aux droits de l'homme dans les négociations pour les contrats investisseur-État : guide pour les négociateurs »². Ces principes, spécifiques aux négociations de contrats investisseur-État, sont le fruit de quatre années de recherche et d'entretiens politiques approfondis avec des représentants d'entreprises et d'États, de prêteurs, de banques, de syndicats, d'organisations non-gouvernementales, d'universitaires et autres parties prenantes du monde entier.

Si l'impact de ces principes sur l'élaboration future des contrats d'investissement est difficile à prédire, ils contribuent à une meilleure compréhension de la relation entre les contrats internationaux d'investissement et les droits humains.

La recherche de Ruggie sur les contrats d'investissement et les droits humains

En tant que conseillère juridique de John Ruggie, j'étais chargée de mener les recherches sur les contrats d'investissement. Son travail dans le domaine découlait d'un débat enflammé sur les clauses de stabilisation et les droits humains entre les participants à une consultation sur le secteur financier. Certains arguments avançaient que les clauses de stabilisation permettent aux entreprises de se soustraire légalement au respect des lois et politiques en faveur de la protection des droits humains, tels que le droit environnemental ou le droit du travail. À la suite de cette consultation, Ruggie et la Société financière internationale (SFI) ont convenu de collaborer à un projet de recherche conjoint sur les clauses de stabilisation et les droits humains visant à encourager un débat informé sur la question, sur la base de résultats empiriques.

L'étude a ainsi cherché à savoir si les clauses de stabilisation utilisées dans les contrats modernes d'investissement entre investisseurs et États d'accueil pouvaient limiter l'application de nouvelles réglementations sociales et environnementales aux activités de l'investissement pendant toute sa durée, ou être utilisées pour faire retomber les coûts du respect de ces réglementations sur les États d'accueil.

Les conclusions de l'étude ont été d'abord publiées dans une consultation préalable en mars 2008, puis dans un rapport final en mai 2009, appelé « Clauses de stabilisation et droits de l'homme »³.

Voici quelques uns des principaux résultats empiriques

- Les contrats des économies les plus avancées (pays OCDE) examinés incluent des clauses de stabilisation, mais aucun n'offre d'exemptions d'assujettissement aux futures lois. Quinze pourcent (ou deux sur treize) de ces contrats offrent la possibilité d'une compensation pour le respect de ces nouvelles lois, notamment les lois sociales et environnementales, tout au long du projet⁴.
- Dans les économies moins développées (pays non-OCDE), 59 % des contrats étudiés (ou 46 sur 75) permettaient des exemptions ou la possibilité d'une compensation pour toute nouvelle loi s'appliquant à un projet d'investissement – notamment les lois sociales et environnementales – quelque soit l'objet de ces lois.
- Les exemptions les plus significatives à toute loi future se trouvaient dans les contrats des industries extractives signés par les pays d'Afrique subsaharienne. Un de ces contrats contenait l'ensemble d'exemptions le plus considérable. Il exemptait en effet les investisseurs de toute nouvelle loi pour toute la durée du contrat (50 ans, renouvelable pour 50 ans, au choix de l'investisseur).

Ce résultat empirique et d'autres ont mené à la conclusion que les « investisseurs et les gouvernements continuent de conclure des contrats par lesquels ils conviennent d'exempter l'investisseur – ou de lui compenser les coûts de sa mise en conformité – de l'application de nouvelles lois, même si celles-ci cherchent à promouvoir des objectifs environnementaux, sociaux ou relatifs aux droits humains ». Chose importante, les données indiquent que la formulation des clauses de stabilisation est bien plus significative dans leur capacité à interférer avec la protection des droits humains, plutôt que l'existence même de la clause.

Sur la base de ces conclusions et d'une série de questions non-résolues provenant de la recherche, nous avons décidé de tester les conclusions de l'étude afin de mieux comprendre ces résultats. Nous avons donc organisé une série de consultations et activement cherché des occasions de collaborer avec ceux qui sont directement impliqués dans la négociation et la rédaction des contrats d'investissements, et avec des organisations de la société civile qui surveillent les questions des droits de l'homme dans le contexte des investissements.

Les consultations de Ruggie sur les contrats d'investissement et les droits humains

Nous avons présenté la recherche et discuté de ses résultats avec un grand nombre de parties prenantes, notamment des grands cabinets juridiques internationaux, des négociateurs de contrats d'investissement des pays en développement, des représentants pertinents du groupe de la Banque mondiale et d'autres institutions publiques en faveur de l'investissement, des ONG internationales et nationales, et des syndicats et des universitaires œuvrant dans la surveillance des projets d'investissement. Les consultations étaient organisées en grandes réunions multipartites, en réunion avec une seule partie prenante, en face-à-face et en petits ateliers. Ces consultations nous ont permis de confirmer que nos résultats étaient cohérents avec l'expérience des praticiens, et de réfléchir à la manière de faire de notre travail sur les clauses de stabilisation un guide utile pour les États, les entreprises et autres parties prenantes. Plus important encore peut-être, nos discussions ont révélé qu'un guide isolé sur les clauses de stabilisation n'apporterait pas les meilleures idées pour atteindre le cœur de la question : garantir le respect des droits humains dans le contexte des projets d'investissement. En juin 2009, nous avons donc convoqué une réunion d'experts pour voir comment utiliser le mandat de Ruggie pour cette recherche et les consultations, et en faire quelque chose d'utile.

Cette réunion d'expert est arrivée à au moins deux conclusions importantes, qui ont guidé le travail de Ruggie pour la réalisation

des Principes pour des contrats responsables : (1) la relation entre les droits humains et les contrats d'investissement est mal comprise par les praticiens et même parmi les professionnels des droits humains ; et (2), les risques relatifs aux droits humains peuvent être mieux évités et atténués s'ils sont identifiés et gérés dès le début du projet d'investissement. Il a alors été suggéré que Ruggie produise un outil basique de sensibilisation sur toute une série de questions liées aux contrats et aux droits humains. L'objectif principal de cet outil serait d'aider les négociateurs des États et des entreprises à réfléchir aux implications pour les droits humains dès le début des projets, et notamment lors de la négociation des obligations et des risques respectifs des parties. L'outil pourrait également s'avérer utile pour d'autres institutions soutenant des projets d'investissements, et pour les organisations de la société civile ou d'autres parties intéressées par l'examen et la surveillance des contrats.

Les Principes pour des contrats responsables

Les dix principes représentent un ensemble de domaines clés où les droits humains doivent être considérés dès la négociation des projets d'investissement. Les différents sujets couverts incluent les normes opérationnelles, les clauses de stabilisation, le respect et le contrôle, et la transparence et les mécanismes de plaintes

pour les tierces parties. Chaque principe est étayé d'une brève explication, du recensement des principales conséquences et d'une liste de vérification pour le négociateur.

Les principes se basent sur l'hypothèse selon laquelle le respect des droits humains dans le contexte des projets d'investissement exige l'identification et la gestion précoces de l'impact négatif éventuel sur les droits humains ; l'établissement de rôles et responsabilités claires pour la prévention et l'atténuation de l'impact potentiel, et le redressement de ces impacts lorsqu'ils se produisent ; l'évaluation et l'allocation appropriées des coûts pour la prévention, l'atténuation et le redressement des effets négatifs sur les droits humains ; et des procédures communes pour la gestion des questions relatives aux droits humains au fur et à mesure et tout au long de la vie du projet.

En publiant ces Principes, Ruggie a offert aux États, aux investisseurs commerciaux, aux juristes, aux groupes industriels, aux banques, aux prêteurs, aux ONG et autres parties prenantes, un guide expliquant comment intégrer les droits humains dans les accords d'investissement. Ils devraient également contribuer aux efforts encourageant les effets positifs de l'investissement, tout en minimisant les effets négatifs sur les populations et les sociétés.

Principes pour des contrats responsable

1. Préparation et planification des négociations du projet : les parties doivent être correctement préparées et avoir la capacité de faire face aux conséquences des projets sur les droits humains au cours des négociations.
2. Gestion des effets négatifs potentiels sur les droits humains : les responsabilités pour la prévention et l'atténuation des risques du projet et de ses activités pour les droits humains doivent être clarifiées et convenues avant la finalisation du contrat.
3. Normes opérationnelles du projet : les lois, réglementations et normes gouvernant l'exécution du projet doivent faciliter la prévention, l'atténuation et le redressement de tout effet négatif sur les droits humains tout au long du projet.
4. Clauses de stabilisation : les clauses de stabilisation contractuelles, si elles sont utilisées, doivent être rédigées avec soin afin que la protection des investisseurs contre tout changement réglementaire futur n'interfère pas avec les efforts des États menés de bonne foi pour la mise en œuvre de lois, réglementations ou politiques non-discriminatoires visant à satisfaire ses obligations en matière de droits humains.
5. « Fourniture de biens ou services supplémentaires » : si le contrat envisage la fourniture, par l'investisseur, de services supplémentaires hors de la portée du projet, celle-ci doit être compatible avec les obligations de l'État et les responsabilités de l'investisseur en matière de droits humains.
6. Sécurité physique du projet : la sécurité physique des sites, des installations ou du personnel du projet doit être fournie en conformité avec les principes et normes en matière de droits humains.
7. Engagement de la communauté : le projet doit contenir un plan efficace d'engagement de la communauté tout au long de la vie, et dès le début du projet.
8. Contrôle et conformité d u projet : l'État doit être en mesure de contrôler le respect des normes pertinentes de protection des droits humains par le projet, tout en fournissant aux investisseurs commerciaux les assurances nécessaires contre les interférences arbitraires avec le projet.
9. Mécanismes de plainte pour les dommages non-contractuels causés à des tiers : les individus et communautés affectés par les activités du projet, mais n'étant pas partie au contrat, doivent avoir accès à un mécanisme de plainte efficace et non-judiciaire.
10. Transparence/Publication des termes du contrat : les conditions du contrat doivent être rendues publiques, et la portée et la durée des exceptions à cette publication doivent se baser sur des justifications incontestables. community engagement plan through its life cycle, starting at the earliest stages.

Auteure

Andrea Shemberg est ancienne conseillère juridique auprès du RSSG pour les entreprises et les droits humains. Elle signe cet article en sa capacité personnelle et aucune des opinions exprimées dans cet article ne peut être attribuée à John Ruggie ou au mandat du RSSG.

Notes

1 « Protéger, respecter et réparer : un cadre conceptuel pour les entreprises et les droits de l'Homme », rapport du Représentant spécial du Secrétaire général des NU chargé de la question des droits de l'homme, des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, 7 avril 2011, <http://www.business-humanrights.org/Links/Repository/965591>

2 Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme, des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, Principes pour des contrats responsables : intégrer

la gestion du risque relatif aux droits de l'homme dans les négociations pour les contrats investisseur-État : guide pour les négociateurs, 25 mai 2011, <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/report-principles-for-responsible-contracts-25-may-2011.pdf>

3 Andrea Shemberg, « Clauses de stabilisation et droits de l'homme », 11 mars 2008, [http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/\\$FILE/Stabilization+Paper.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf)

4 Les données utilisées proviennent d'un échantillon de contrats d'investissement et de contrat-types alors en vigueur (les contrats représentent de vrais accords conclus entre les gouvernements et les investisseurs. Les modèles sont des points de départ des gouvernements dans les négociations et peuvent changer en grande partie avant l'accord final réel). Ces contrats et modèles viennent principalement des cabinets juridiques internationaux privés qui ont répondu à la demande de la SFI de participer à l'étude. Ces cabinets juridiques ont fourni un échantillon de contrats datant de 2000 et plus, et couvrant un large éventail d'industries et de régions du monde, notamment le secteur des infrastructures, des industries extractives et de projets de fabrication d'énergie.

Rendre les contrats publics pour améliorer les investissements dans le secteur agricole

Carin Smaller

article 4

La soif publique d'informations concernant les investissements dans le secteur agricole a débuté lors du déclenchement d'une vague massive d'investissements étrangers dans les terres arables et l'eau, en 2008, rendue possible par la combinaison du boom des agro-carburants, de la crise alimentaire mondiale, de la hausse soudaine des cours du pétrole et de la crise financière. Des informations alarmantes ont fait leur apparition dans les médias. L'entreprise coréenne Daewoo a été montrée du doigt pour avoir tenté de s'emparer de la moitié des terres arables de Madagascar, et ce gratuitement. Un investisseur américain de Waal Street a acquis de grandes étendues de terres arables d'un seigneur de guerre soudanais bien connu. Le gouvernement chinois a négocié un bail pour la location de millions d'hectares de terre pour y mettre des plantations de palmiers à huile au Congo, pays frappé par la guerre. Et l'entreprise indienne Karturi Global a bloqué 300 000 hectares de terres éthiopiennes pour l'exportation de nourriture, alors que le pays est sujet aux famines.

Par la suite, certains rapports des médias se sont avérés non fondés, exagérés ou erronés, mais l'ampleur et les conséquences de ces investissements ont déclenché un important mouvement en faveur de la vérité et pour garantir des investissements responsables et durables dans le secteur agricole.

Aujourd'hui, il existe un corpus complet d'informations qui confirme l'ampleur et les conséquences des investissements récents dans l'agriculture¹, grâce au travail d'investigation des journalistes, des agences des Nations Unies, de la Banque mondiale et d'une société civile qui se fait entendre. La Banque mondiale a révélé que les seuls accords fonciers déclarés en 2009 représentaient 45 millions d'hectares. Les principales cibles des investisseurs sont les pays dotés d'une faible gouvernance agricole, et souvent en situation de conflit ou post-conflit. Parmi eux le Soudan (4 millions d'hectares), le Mozambique (2,7 millions d'hectares), le Liberia (1,6 millions d'hectares) et l'Éthiopie (entre 1,3 et 3,6 millions d'hectares).

Malgré les informations révélées, les gouvernements et les investisseurs étrangers rechignent toujours à faire preuve de transparence concernant ces investissements, notamment quand il s'agit de révéler les détails des contrats. Dans la plupart des cas, les accords investisseur-État, également connus sous le nom de contrats d'État, demeurent strictement confidentiels.

La culture du secret entourant ces accords fonciers agricoles soulève des préoccupations au sujet de la conduite des gouvernements vis-à-vis des questions d'intérêt public. Le manque de transparence porte atteinte à l'obligation de rendre compte des gouvernements, et augmente les risques de corruption et d'autres actes inappropriés. Il soulève également des inquiétudes concernant le droit à l'information (article 19 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques). Il a des conséquences possibles sur l'accès à la terre, à l'eau et à la nourriture pour les personnes et les communautés, affectant leur droit à un niveau de vie suffisant (la pierre angulaire du Pacte des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, article 11)².

Il existe un consensus mondial croissant en faveur de la transparence dans les contrats. Cette année, l'Association internationale du barreau et le Représentant spécial des Nations Unies sur la question des droits humains et des entreprises ont tous deux appelé à la transparence dans les contrats. Un ensemble de principes pour des investissements agricoles responsables, élaborés par la Banque mondiale, la FAO, l'IFAD et la CNUCED, encouragent également la transparence lors de la réalisation d'investissements et de l'accès aux terres³. Le Rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à l'alimentation appelle lui à la totale transparence dans les baux et achats de terres⁴. L'ONG Grain contribue fortement à ce mouvement pour la transparence en révélant régulièrement des contrats sur son site Internet⁵. Vingt-quatre d'entre eux sont actuellement disponibles.

Fait important, quelques gouvernements ont commencé à publier les contrats ou à améliorer la législation sur la transparence. Le Liberia en est le chef de file. Quand la Présidente Ellen Johnson Sirleaf est arrivée au pouvoir en 2006, elle a entamé un examen et une renégociation de toutes les concessions et contrats des industries extractives du pays (secteur agricole, des mines, du pétrole et des forêts)⁶. En 2009, le Liberia a adopté la loi sur l'initiative pour la transparence des industries extractives (la loi LEITI), qui exige que tous les paiements réalisés par les entreprises, leurs contrats et licences d'opération, soient publiés et analysés sur le site Internet LEITI⁷. Ce geste courageux n'a pas dissuadé les investisseurs.

Le Ghana a commencé à publier les contrats du secteur pétrolier, et d'autres pays tels que le Timor-Leste, le Pérou et l'Équateur ont commencé à rendre publics certains contrats⁸. D'autres encore, comme le Sierra Leone, le Ghana et le Liberia, exigent la ratification des grands projets d'investissements par le parlement, garantissant ainsi un certain degré de contrôle public.

Si certaines dispositions des contrats peuvent contenir des informations commerciales sensibles exigeant un certain degré de confidentialité, ceci peut être résolu à travers les clauses de confidentialité restreintes. Cela ne justifie pas le fait de garder toutes les informations relatives aux grands projets agricoles secrètes. En fait, compte tenu de leur ampleur et l'utilisation intensive des terres et des ressources en eau, ces projets vont bien au-delà d'une simple transaction commerciale. Ils sont à la base de la stratégie de développement économique et social du pays d'accueil, il est donc normal de les soumettre à la participation et à l'examen public. Si les contrats sont rendus publics, les termes des accords seront probablement beaucoup plus justes et équilibrés. Le risque de corruption et de subordination diminue, et la communauté sera plus encline à soutenir le projet. Il est capital de s'assurer que les investissements étrangers opèrent dans un cadre économique, juridique, et politique solide. L'ouverture et la transparence sont un bon point de départ.

Auteure

Carin Smaller est conseillère à l'Institut international de développement durable (IIDD), spécialisée dans les questions liées à l'agriculture et à l'investissement. Elle a dirigé le bureau de Genève de l'Institut pour la politique agricole et commerciale (IATP) où elle assistait les gouvernements des pays en développement dans les négociations OMC sur l'agriculture.

Notes

1 Des études ont été entreprises par l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), par le Réseau d'information et d'action pour le droit à se nourrir (FIAN), l'Agence allemande pour la coopération internationale (GTZ), Grain, Institut International de Recherche sur les Politiques Alimentaires (IFPRI), le Fonds international pour le développement agricole (IFAD), l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED), l'Institut international pour le développement durable(IISD), International Land Coalition, Land Deals Politics Initiative, Oakland Institute, Oxfam International, la Conférence des NU sur le commerce et le développement (CNUCED) et la Banque mondiale.

2 Carin Smaller et Howard Mann, Une soif de terres lointaines : l'investissement étranger dans les terres agricoles et l'eau, Institut international pour le développement durable (IISD), 2009.

3 Principles for Responsible Agricultural Investment that Respects Rights, Livelihoods and Resources, Banque mondiale, FAO, IFAD et CNUCED, janvier 2010

4 Olivier De Schutter, Large-scale land acquisitions and leases: A set of core principles and measures to address the human rights challenge, Rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à l'alimentation, juin 2009

5 http://farmlandgrab.org/home/post_special?filter=contracts

6 Peter Rosenblum et Susan Maples, Contracts Confidential: Ending Secret Deals in the Extractive Industries. Revenue Watch Institute, 2009

7 Secrétariat du LEITI, EITI Case Study: Addressing the Roots of Liberia's Conflict Through EITI, 2009; Loi LEITI 2009 : <http://www.leiti.org.lr/doc/act.pdf> et www.leiti.org

8 op. cit Rosenblum et Maples, 2009

Contrats d'investissement étranger dans le secteur pétrolier et gazier : Revue des clauses pertinentes relatives à la protection de l'environnement

Kyla Tienhaara

article 5



Dans les pays développés, l'industrie pétrolière et gazière est soumise à des normes environnementales toujours plus strictes. La plupart des réserves mondiales connues de pétrole se trouvent toutefois dans des pays en développement et dans des économies en transition, qui n'ont souvent pas de législation très élaborée en matière de protection de l'environnement. Même quand les cadres législatifs sont bien développés, il y a souvent un manque de ressources et une absence de volonté à contrôler et appliquer les réglementations environnementales.

Cet article fait la lumière sur un domaine assez méconnu de la réglementation environnementale : les contrats d'investissement étranger conclus entre des compagnies pétrolières internationales (CPI) et les pays d'accueil, qui allouent les droits d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures sur un territoire donné (ou offshore) et pour une période de temps définie. Dans un ouvrage de 1994, Zhiguo Gao remarquait que les questions environnementales « n'avaient pas reçu suffisamment d'attention » dans les contrats pétroliers et gaziers qu'il avait examinés¹. Sa conclusion incite à se demander si les questions environnementales ont reçu une plus grande attention dans les contrats pétroliers et gaziers plus récents (c.-à-d. ceux négociés et signés au cours des quinze dernières années). Il n'est pas facile de répondre à cette question, et notamment parce que les contrats d'investissement étranger ne sont généralement pas rendus publics. Les modèles d'accords de nombreux gouvernements sont du domaine public, mais ces modèles sont susceptibles d'être profondément modifiés ou tout simplement écartés lors de la négociation de vrais contrats.

Pour cet article, les clauses de quarante-et-un contrats pétroliers et gaziers en amont (onshore et offshore) impliquant trente-cinq pays et conclus entre 1994 et 2008, ont été examinées. Quatorze d'entre eux étaient des modèles². Compte tenu du nombre limité de contrats examinés et de la grande diversité de clauses trouvées, cette étude préliminaire ne permet pas d'extrapoler la fréquence d'utilisation de clauses particulières dans les contrats pétroliers et gaziers. En outre, un contrat devrait être examiné dans le contexte plus large de la législation pétrolière, environnementale et autre du pays, quelle que soit la situation. L'objectif de cet article n'est pas d'offrir une vision complète de la réglementation environnementale pour les activités pétrolières dans des pays spécifiques, mais plutôt d'attirer l'attention sur la manière dont les contrats peuvent renforcer ou au contraire saper les efforts pour la protection de l'environnement.

La législation nationale sur l'environnement

Dans une optique de politique publique, il est toujours souhaitable d'avoir quelques références à la législation nationale

sur l'environnement. Les normes nationales ont été développées (dans la plupart des cas) dans le cadre d'un système de droit démocratique, en tenant compte des conditions environnementales locales, et sont bien connues des agences chargées de les contrôler et de les faire appliquer, et sont publiques. Toutefois, comme nous l'avons vu précédemment, les réglementations environnementales pour le secteur pétrolier et gazier dans de nombreux pays en développement n'en sont qu'à leurs balbutiements et peuvent s'avérer inadéquates dans certaines situations. Dans ce cas, le fait de mentionner uniquement la législation nationale dans les contrats est peu souhaitable. Dans tous les cas, il s'avère que les parties adoptent rarement cette formule. Un contrat du Pérou³ et un contrat d'Algérie⁴ sont les deux seuls de l'échantillon faisant référence seulement à la législation nationale en matière d'environnement.

Dans plusieurs contrats de l'échantillon, les parties font plutôt référence aux normes internationales du secteur sans mentionner l'application du droit national relatif à l'environnement. Du point de vue environnemental, il est plus intéressant de faire référence aux normes internationales du secteur qui sont, dans certains cas, plus élevées ou plus spécifiques que la législation nationale. En outre, le fait de faire référence aux normes internationales offre une certaine liberté pour modifier et faire évoluer la gestion environnementale d'un investissement dans le temps, permettant ainsi de contourner une exigence contractuelle de stabilité, comme nous le verrons plus avant.

Il est pourtant très problématique de ne faire référence qu'aux seules normes du secteur, compte tenu de leur ambiguïté inhérente. Les termes « bonnes pratiques de forage » ou « bonnes pratiques de production » sont souvent utilisés dans les clauses environnementales standards, ainsi que dans d'autres types de dispositions discutées plus avant, mais sont rarement définis. Et il n'est pas facile de savoir exactement où chercher « les normes généralement acceptées » compte tenu de la multiplicité des sources potentielles.

Les clauses de stabilisation

Les clauses de stabilisation adoptent différentes formes. Sous la forme la plus simple, elles « gèlent » la législation applicable à l'investissement au moment de la signature du contrat. Une version plus nuancée, souvent appelée clause « d'équilibre économique », exige du gouvernement qu'il rétablisse l'équilibre des risques et gains défini dans un contrat quand celui-ci est affecté par un nouvel impôt ou une nouvelle réglementation. Une clause de stabilisation peut être clairement délimitée pour ne couvrir que des questions très spécifiques, ou bien les parties au contrat peuvent « exclure » certains domaines, tels que la protection environnementale, de manière explicite. Par exemple, la clause de stabilisation d'un contrat du Kazakhstan de 1997 contient l'avertissement suivant :

à condition, toutefois, qu'aucun amendement au présent contrat ne soit nécessaire suite à (i) des changements de la législation relative à la protection de la santé, de la sécurité ou de l'environnement rendant cette législation conforme aux normes internationales en matière de santé, de sécurité ou d'environnement et appliquée de manière non-discriminatoire⁵. . . .

Comme le souligne Lorenzo Cotula, cette disposition est affaiblie par sa référence ambiguë aux « normes internationales »⁶, mais elle est de loin préférable aux clauses de stabilisation que l'on trouve dans de nombreux contrats, y compris dans des accords modèles ; ces clauses sont formulées de telle manière à réprimer toute réglementation future pouvant être perçue comme

amenuisant la rentabilité d'un investissement, même s'il s'agit d'efforts visant à lutter contre la corruption, à protéger les droits humains (notamment le droit du travail), et l'environnement.

Les clauses d'évaluation de l'impact environnemental

Les Évaluations de l'impact environnemental (EIE) et plans de gestion correspondants sont devenus une exigence basique des projets d'investissement dans de nombreux secteurs. Malheureusement, une étude récente sur la gouvernance environnementale dans les pays producteurs de pétrole réalisée à la demande de la Banque mondiale concluait que « le processus EIE visait surtout à faciliter l'approbation des projets pétroliers et gaziers, plutôt qu'à minimiser l'impact environnemental et social, dans le cadre d'une approche du cycle de vie ». ⁷

En général, il est prévu que les EIE soient réalisées après la signature d'un contrat avec le pays, et la plupart des contrats étudiés pour cet article mentionnent la nécessité de réaliser une EIE. La forme des clauses EIE varient toutefois beaucoup entre les contrats étudiés, allant de la simple mention d'une exigence⁸, à des instructions détaillées sur l'ampleur de l'EIE, l'entité chargée de la réaliser, la période de réalisation, etc.⁹.

Les clauses relatives à l'accès aux zones protégées

Les opérations pétrolières sont particulièrement contentieuses lorsqu'elles sont situées, même partiellement, dans des réserves et parcs naturels, ou dans des zones culturelles ou biologiques importantes. Les ONG ont longtemps plaidé pour que ces zones soient interdites aux industries extractives, mais la majorité des gouvernements ne sont pas encore disposés à renoncer aux opportunités économiques que ces zones offrent. Ceci apparaît clairement dans plusieurs contrats de l'échantillon. Par exemple, l'article 37.6 de l'accord modèle de partage de la production de Madagascar, qui date de 2006, indique que :

Dans les cas où une partie du territoire couvert par le contrat se trouverait sur une réserve naturelle, l'opérateur devra mettre en œuvre les moyens nécessaires afin de minimiser l'impact négatif sur ces réserves naturelles, conformément aux pratiques environnementales généralement reconnues par l'industrie pétrolière internationale¹⁰.

Cette clause est incroyablement faible. Un CPP ougandais de 2004 est tout aussi permissif, quoiqu'il contienne également une étrange mise en garde :

Dans le cas de réclamation de la part de tierces parties concernées, en Ouganda ou à l'étranger, concernant la conduite des opérations pétrolières dans un parc national ou une réserve naturelle, et les effets en résultant sur l'environnement ou la faune, le gouvernement et le détenteur de la licence se réuniront afin de déterminer les éventuelles actions à mettre en œuvre¹¹.

On peut se demander pourquoi les parties se sont données la peine d'inclure cette clause, puisqu'elle n'impose qu'une rencontre au gouvernement et à l'investisseur.

Les clauses d'accès à l'eau et autres ressources naturelles

Les activités pétrolières ont besoin de matériaux naturels pour la construction, et d'importantes quantités d'eau et d'électricité pour les opérations. Si de nombreux sites sont auto-suffisants en termes d'énergie, ils doivent parfois s'approvisionner en autres ressources naturelles dans, ou en dehors, de la zone couverte par le contrat.

Du point de vue des droits de l'environnement et des communautés, mais aussi dans une perspective de développement économique, il est curieux de voir que de nombreux gouvernements semblent ne se concentrer que sur les profits potentiels qu'ils peuvent tirer de la production pétrolière, et être disposés à renoncer à toute autre ressource naturelle de valeur au titre des contrats pétroliers et gaziers. Par exemple, l'article 27.8 du contrat modèle de concession

de Madagascar, datant de 2007, offre à l'investisseur le droit de « forer et d'utiliser l'eau librement, et ainsi que les eaux de surface »¹².

Certains des contrats de l'échantillon passent complètement sous silence la question de l'accès aux ressources naturelles, et un petit nombre contient des dispositions plus nuancées que celles citées précédemment. Par exemple, un contrat éthiopien de 1994 stipule que l'entrepreneur « aura le droit, sous réserve de l'approbation du ministre, d'utiliser l'eau située sur la zone couverte par le contrat aux fins de ses opérations, mais l'entrepreneur ne pourra priver aucun territoire, habitat domestique ou point d'eau du bétail de leur approvisionnement habituel en eau »¹³. Un CPP modèle du Bangladesh datant de 2008 va encore plus loin en exigeant de l'entrepreneur qu'il paye pour les ressources naturelles, telles que l'eau, qu'il utilise¹⁴.

“

Il est curieux de voir que de nombreux gouvernements semblent ne se concentrer que sur les profits potentiels qu'ils peuvent tirer de la production pétrolière, et être disposés à renoncer à toute autre ressource naturelle de valeur au titre des contrats pétroliers et gaziers. ”

”

Les clauses relatives au torchage du gaz

En 2004, la Banque mondiale avait estimé à 110 milliards de mètres cubes le volume de gaz perdu par torchage et évacuation chaque année dans le monde, soit la quantité annuelle de gaz naturelle consommée par la France et l'Allemagne réunies¹⁵. Bien que le torchage à court terme pendant les phases de test et en cas d'urgence soit accepté comme une pratique standard de l'industrie, le torchage de quantités plus importantes de gaz n'est pratiqué que dans les pays pauvres disposant de peu d'infrastructures et de faibles institutions réglementaires. En plus de représenter un gaspillage important, le torchage a un impact significatif sur la qualité de l'air ambiant local et contribue fortement au changement climatique.

De nombreux contrats pétroliers et gaziers, même parmi les modèles récents, semblent plutôt indulgents sur la question du torchage. Par exemple, le CPP modèle bengali de 2008 stipule dans l'article 15.3 que :

Tout gaz naturel associé non utilisé tel que décrit dans les articles 15.1 et 15.2, et considéré par l'entrepreneur comme perdu économiquement doit être offert à Petrobangla sans paiement à l'entrepreneur, mais aux frais de Petrobangla à la tête de puits ou sur le site de production. Dans le cas où Petrobangla ne disposerait pas de ce dit gaz naturel associé, l'entrepreneur peut brûler ce gaz naturel à la torche, à condition que ce torchage soit inclus dans le plan de développement présenté au titre de l'article 8.10¹⁶.

Bien que cette clause donne la priorité à l'utilisation de la ressource, elle n'impose pas la réinjection du gaz dans le sol s'il n'est pas utilisé par l'entreprise de l'État, et les préoccupations économiques prennent clairement le pas sur les questions environnementales. D'autres contrats, tels que celui de 2000 du Belize¹⁷ et un contrat angolais de 1998¹⁸, ne permettent le torchage que si celui-ci est autorisé par le gouvernement. Un

contrat ougandais de 2004 suit le même modèle, mais ajoute que le consentement du gouvernement « doit être rendu dans un délai raisonnable »¹⁹. Les clauses les plus strictes, figurant seulement dans quelques contrats de l'échantillon, limitent le torchage aux cas d'urgence ou pour des raisons de sécurité²⁰.

Les clauses relatives à la gestion des situations d'urgence et des accidents

En 2008, trente-deux entreprises de l'Association internationale des producteurs de pétrole et de gaz ont fait état de 2 978 fuites supérieures au volume d'un baril, entraînant le déversement de 18 266 tonnes de pétrole dans les environnements terrestres et marins²¹. Dans de nombreux contrats pétroliers et gaziers de l'échantillon, les parties reconnaissent que les fuites et autres accidents et urgences sont susceptibles de se produire et doivent être prévus. Aussi, un plan de gestion des situations d'urgence est souvent requis de l'entrepreneur, soit comme partie intégrante ou séparé d'une EIE.

Certains contrats pétroliers et gaziers considèrent également trois autres éléments pour les situations d'urgence : la notification, la réaction et les conséquences d'une absence de réaction. Dans les contrats pétroliers et gaziers étudiés, la notification consiste pour l'entrepreneur à avertir le gouvernement de la situation, mais pas la communauté locale ou le public en général. Les exigences relatives à la réaction sont souvent vagues (par ex. « prendre des mesures prudentes ») ou ne font qu'une simple référence aux bonnes pratiques pétrolières²². Toutefois, certains contrats de l'échantillon stipulent en outre qu'au cas où l'entrepreneur ne réagirait pas promptement à une urgence ou un accident, le gouvernement avait le droit d'organiser sa propre réaction et de facturer l'entrepreneur pour les dépenses occasionnées à cet effet.



La question des responsabilités peut être complexe, notamment lorsque plusieurs parties, comme des entreprises d'État, sont impliquées dans la production pétrolière.



Les clauses relatives à la responsabilité, aux indemnités et aux assurances

Dans les cas de dommages environnementaux, la question des responsabilités peut être complexe, notamment lorsque plusieurs parties, comme des entreprises d'État, sont impliquées dans la production pétrolière. Aussi, les contrats devraient inclure des dispositions explicitant qui est responsable de quoi et envers qui. Le « qui » dépend plutôt de la forme du contrat, mais il s'agit en général de l'entrepreneur ou de l'opérateur (la CPI), sauf dans les cas où la faute peut être directement attribuée à l'État ou à l'entreprise nationale. Si le projet implique plus d'un entrepreneur, le contrat inclura probablement une clause stipulant qu'ils sont conjointement et solidairement responsables.

Le « quoi » concerne le type de dommages (par ex. décès ou blessés, ou également « dommages à l'environnement »), la période au cours de laquelle les dommages ont été produits (c.-à-d. pas de responsable pour les dommages environnement précédents définis dans une évaluation de référence), et la forme de responsabilité (pour faute, stricte ou absolue)²³. Finalement, l'entrepreneur est généralement responsable

« envers » deux entités distinctes dans les contrats : envers l'État et envers des tierces parties. Pour ce qui est des derniers, la question n'est pas réellement celle de la responsabilité, mais plutôt celle de l'indemnité, car les contrats ne peuvent pas affecter les droits de tierces parties au titre du droit national. Les CPI s'engagent, par le biais des clauses relatives aux indemnités, à compenser les États pour les dépenses encourues suite à un procès lancé par des tiers.

La plupart des contrats de l'échantillon mentionnent la « pollution » ou les « dommages environnementaux » dans les clauses relatives à la responsabilité et aux indemnités, et adoptent une approche stricte de la responsabilité²⁴. Toutefois un contrat cambodgien de 2002 ne prévoit que la responsabilité pour faute²⁵. La clause relative aux responsabilités et indemnités la plus détaillée de l'échantillon se trouve dans un contrat signé par le Belize en 2000, et requiert de l'entrepreneur qu'il contribue à hauteur de 0,1 % de la valeur de sa production annuelle brute à un fonds géré par le gouvernement « visant uniquement à l'indemnisation de tout type de dommages environnementaux provoqués durant la production pétrolière »²⁶.

Une question supplémentaire étroitement liée à la question des responsabilités et indemnités est l'obligation pour les entrepreneurs de souscrire une assurance. Ces clauses stipulent souvent que l'assurance doit couvrir « la pollution » ou « les dommages environnementaux »²⁷. L'un des problèmes posés par ces clauses relatives aux responsabilités et indemnités et assurances est que le terme « pollution » est plutôt limité et ne couvre pas tous les différents effets des opérations pétrolières et gazières sur l'environnement²⁸. Même des références aux « dommages environnementaux » peuvent être sujettes à interprétation si ceux-ci ne sont pas définis dans le contrat.

Les clauses relatives au déclassement et à la réhabilitation

Quand des opérations pétrolières touchent à leur fin, différentes activités coûteuses doivent être entreprises. Les contrats abordent plus ou moins la question du déclassement en fonction de la relation contractuelle entre les parties et de la durée de vie attendue du projet. Au titre de certains accords, l'État conserve la propriété du site de production et peut poursuivre les opérations après la fin du contrat. Néanmoins, et même dans ces cas, il peut y avoir des dispositions contractuelles relatives au déclassement des installations qui ne seront pas reprises par l'État.

Les clauses relatives au déclassement et à la réhabilitation trouvées dans les contrats de l'échantillon sont généralement peu détaillées. Par exemple, un CPP béninois de 1997 stipule que :

Au terme du contrat, dans toute autre situation que l'abandon, l'entrepreneur doit prendre les mesures appropriées conformément aux bonnes pratiques de l'industrie pétrolière pour restaurer l'environnement et les sites des opérations pétrolières à leur état d'origine à la date effective du contrat, en tenant compte des règles de la procédure d'abandon²⁹.

Si cette disposition paraît stricte en suggérant que les sites doivent être restaurés à leur « état d'origine », elle est affaiblie par sa référence générique aux bonnes pratiques pétrolières. En plus de l'absence d'instructions précises, certaines entreprises seront manifestement encouragées à abandonner le site ou à réaliser une réhabilitation superficielle afin de minimiser les coûts. L'utilisation d'un mécanisme financier, tel qu'une garantie d'exécution ou un fonds spécial, permet de s'assurer que le déclassement et la réhabilitation seront réalisés conformément aux plans. La Tanzanie a par exemple mis en place un tel régime dans son CPP modèle de 2008³⁰.

Conclusions

Le petit échantillon de contrats étudiés pour cet article indique qu'un nombre significatif de clauses relatives à différentes

questions – des évaluations environnementales de référence jusqu'à la réhabilitation environnementale – peuvent figurer dans les contrats modernes. Compte tenu de l'impressionnante augmentation de la sensibilisation à l'environnement et de l'examen approfondi dont l'industrie fait l'objet depuis vingt ans, ceci n'est pas surprenant. Ce qui est curieux en revanche c'est qu'une poignée de contrats ressemblent toujours à ceux critiqués par Gao pour ne faire qu'une simple mention de la protection environnementale, et que les références aux termes ambigus comme « les bonnes pratiques pétrolières » restent si omniprésentes.

D'autres recherches seront nécessaires pour comprendre pourquoi il existe de telles disparités dans les pratiques contractuelles des pays. Il serait par exemple intéressant d'examiner si les dispositions relatives à l'environnement dans les contrats pétroliers et gaziers reflètent l'attention nationale portée à ces questions ou si la capacité du gouvernement à négocier avec les CPI est un facteur plus important. En outre, des travaux empiriques sont nécessaires pour déterminer la mesure dans laquelle les clauses d'un contrat relatives à l'environnement sont mises en œuvre par les CPI, et contrôlées et appliquées par les gouvernements.

Auteur

Kyla Tienhaara est la codirectrice du Climate and Environmental Governance Network, et chercheur auprès du Regulatory Institutions Network de l'Université nationale australienne.

Des versions plus longues de cet article ont été publiées dans le journal en ligne Oil, Gas and Energy Law Intelligence en septembre 2010, ainsi que dans l'édition du printemps 2011 du journal Sustainable Development Law and Policy.

Notes

1 Zhiguo Gao, *International Petroleum Contracts: Current Trends and New Directions* 213 (1994).

2 Des pays suivants : Angola, Bangladesh, Brésil, Égypte, Guinée équatoriale, Inde, Libéria, Madagascar, Mozambique, Pakistan, Tanzanie, Timor-Leste, Trinidad & Tobago, et Vietnam. Nous avons tenté de trouver les accords modèles les plus récents, car ceux-ci sont régulièrement révisés par les gouvernements. Il est toutefois à noter que certains modèles n'étaient pas datés.

3 Contrat pour l'exploration et l'exploitation d'hydrocarbures dans le bassin de Ucayali conclu entre Peru Petro S.A. et Chevron Overseas Petroleum (Peru) Ltd. (Block 52). 8 novembre 1995, Pérou (dans les archives de l'auteure).

4 Contrat pour l'exploration et l'exploitation d'hydrocarbures conclu entre BHP Petroleum (Exploration) Inc. et Sonatrach (zone de Boukhechba). 31 mai 1997, Algérie (dans les archives de l'auteure).

5 Accord de partage de la production dans le respect de la Mer Caspienne de nord (Kashagan) entre Agip Caspian Sea B.V.; BG Exploration Limited ; BP Kazakhstan Limited ; Den Norske Stats Oljeselskap a.s. ; Mobil Oil Kazakhstan Inc. ; Shell Kazakhstan Development B.V. ; Total Exploration Production Kazakhstan ; JSC Kazakstancaspianshelf ; la République du Kazakhstan et JSC National Oil et Gas Company Kazakoil, art 40.2 (18 novembre 1997) (Kaz.) (dans les archives de l'auteure).

6 Lorenzo Cotula, *Reconciling Regulatory Stability and Evolution of Environmental Standards in Investment Contracts: Toward a Rethink of Stabilization Clauses*, 1 J. World Energy L. & Bus. p. 158 et p. 174 (2008).

7 Voir, par ex. Banque mondiale, *Environmental Governance in Oil-Producing Developing Countries 1* (La gouvernance environnementale dans les pays en développement producteurs de pétrole 1), (Eleodoro Alba ed., 2010), http://siteresources.worldbank.org/EXTOGMC/Resources/336929-1266963339030/eifd17_environmental_governance.pdf.

8 Kashagan PSA supra note 5, at art. 5.2b.

9 Ministère du pétrole et du gaz naturel, contrat modèle de partage de la production (septième offre de blocs), art. 14.5 (2007) (Inde), <http://petroleum.nic.in/nelp3.pdf>

10 Office des Mines Nationales et des Industries Stratégiques, contrat modèle de partage de la production offshore, art. 37.6 (2006) (Madag.), <http://www.omnis-madagascar.mg/contrat/offshore%20contract.pdf> (dernière visite le 2 avril 2011).

11 Projet d'accord de partage de la production pour l'exploration, le développement et la production pétrolière dans la République d'Ouganda, Uganda-Heritage Oil and Gas Limited, art. 5.3 (Ouganda), http://www.platformlondon.org/carbonweb/documents/uganda/leaked_Uganda_PSA_Block3A_Heritage_part2.pdf (dernière visite le 2 avril 2011).

12 Gouvernement de la République du Mozambique, Contrat de concession, d'exploration et de production, art. 27.8 (2007) (Mozam.), <http://www.inp.gov.mz/content/download/192/790/file/Mozambique%20Model%20EPC-Public-April%202007.pdf> (dernière visite le 2 avril 2011).

13 Accord de partage de la production du 1er août 1994, entre le gouvernement d'Éthiopie et Afar Exploration Company Inc. (Zone nord-est de la province de Wallo).

14 Bangladesh Oil, Gas, & Mineral Corp., contrat modèle de partage de la production, art. 9.2 (2008) (Bangl.), <http://www.petrobangla.org.bd/MODEL%20PRODUCTION%20SHARING%20CONTRACT%202008-FEBRUARY.pdf>

15 Banque mondiale, *Regulation of Associated Gas Flaring and Venting: A Global Overview and Lessons 1* (Réglementation relative au torchage et à l'évacuation des gaz associés : revue mondiale et leçons tirées 1) (2004), http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2004/07/16/000012009_20040716133951/Rendered/PDF/295540Regulati1aringOno10301public1.pdf

16 Bangladesh Oil, Gas, & Mineral Corp., contrat modèle de partage de la production, art. 15.3 (2008) (Bangl.), <http://www.petrobangla.org.bd/MODEL%20PRODUCTION%20SHARING%20CONTRACT%202008-FEBRUARY.pdf>

17 RSM Accord de partage de la production pour l'exploration, le développement et la production de pétrole conclu entre le Belize et RSM Production Corporation (zone A), art. 14.1. (3 avril 2000) (Belize) (dans les archives de l'auteure).

18 Accord de partage de la production entre Sonangol, U.E.E., Texaco Exploration Angola Sumbe Inc., ESSO Exploration & Production Angola (Bloc 22) Limited & BHP Petroleum (Angola 22) Inc. (Bloc 22), art. 29.5 (16 décembre 1998) (Angl.) (dans les archives de l'auteure).

19 Projet d'accord de partage de la production pour l'exploration, le développement et la production de pétrole dans la République d'Ouganda par et entre le gouvernement de la République d'Ouganda et Heritage Oil and Gas Limited, art. 19.3 (27 janvier 2007) (Ouganda) http://www.platformlondon.org/carbonweb/documents/uganda/leaked_Uganda_PSA_Block3A_Heritage_part1.pdf.

20 Kashagan PSA supra note 5, art. 21.1d.

21 Association internationale des producteurs de pétrole et de gaz, *Performance environnementale dans l'industrie E&P 2008*, données 6 (novembre 2009), <http://www.ogp.org.uk/pubs/429.pdf>.

22 Timor-Leste Inst. for Dev. Monitoring & Analysis, Contrat Modèle de partage de la production au titre de la loi relative au pétrole (Timor-Leste), <http://www.laohamutuk.org/Oil/PetRegime/PSC%20model%20270805.pdf> (dernière visite le 2 avril 2011).

23 Secrétariat du PNUE, *Liability & Compensation Regimes Related to Environmental Damage* (2002) ; voir également A.E. Boyle, *Globalising Environmental Liability: The Interplay of National and International Law*, 14 J. Envtl. L. 3, 14. (2005).

24 Même en l'absence d'exceptions citées explicitement dans la clause relative à la responsabilité, la clause très répandue de « force majeure » offre la possibilité d'une défense basée sur le non-respect des obligations.

25 Accord entre le gouvernement royal du Cambodge, l'agence nationale du Cambodge pour le pétrole, Chevron Overseas Petroleum (Cambodia) Limited, Moeco Cambodia Co. Ltd. et Woodside South East Asia Pty. Ltd., art. 20.7d (15 août 2002) (Cambodge) (dans les archives de l'auteure).

26 RSM CPP supra note 17, at art. 27.3.

27 Timor-Leste Inst. for Dev. Monitoring & Analysis, Contrat Modèle de partage de la production au titre de la loi relative au pétrole (Timor-Leste), at art. 19.2. <http://www.laohamutuk.org/Oil/PetRegime/PSC%20model%20270805.pdf> (dernière visite le 2 avril 2011).

28 Id.

29 Contrat d'exploration et d'exploitation pétrolière (offshore n°1 et bloc Seme) conclu entre le gouvernement et Addax Petroleum – Abacan Benin Consortium, art. 18.12 (1er février 1997) (Bénin), <http://www.secinfo.com/duvJ5.68m.j.htm>.

30 Accord modèle de partage de la production (2008) (Tanz.), <http://resources.revenuewatch.org/sites/default/files/Model%20Production%20Sharing%20Agreement%202008.pdf> (dernière visite le 2 avril 2011).

nouvelles en bref

Davantage de démêlés juridiques suite au programme canadien de tarifs de rachat garantis pour les énergies renouvelables

Le Canada pourrait bientôt faire face à un arbitrage pour violation alléguée de ses obligations au titre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). Le 6 juillet 2011, Mesa Power Group LLC, une entreprise texane, a notifié au Canada son intention de soumettre une plainte à l'arbitrage au titre du chapitre 11 de l'ALÉNA, au sujet du programme de tarifs de rachat garantis (TRG) de la province de l'Ontario.

Le programme TRG a été créé dans le cadre de la loi ontarienne relative aux énergies vertes de 2009 (Green Energy Act) pour encourager la production d'énergies renouvelables. Ce programme garantit aux producteurs d'énergies renouvelables l'accès gratuit au réseau électrique, à travers des contrats au forfait à long terme, conclus avec l'Office de l'électricité de l'Ontario. Un candidat sélectionné par le programme TRG se voit ainsi garantir un prix d'achat fixe pour une période de vingt ans.

Mesa, qui a participé au programme de production d'énergies renouvelables d'Ontario à travers quatre de ses projets de parcs éoliens en Ontario, prétend que l'Office de l'électricité de l'Ontario a changé, à la dernière minute, le cadre réglementant l'attribution des contrats d'achat de l'énergie éolienne dans le cadre du programme TRG. La nouvelle réglementation autorise les projets éoliens à se déplacer d'une région à l'autre et à se connecter aux longues lignes de transmission, ce qui désavantage l'investissement de Mesa dans des parcs éoliens.

Mesa avance que les changements ont été réalisés de manière arbitraire et peu transparente, sans préavis, et en violation des procédures légales. L'entreprise argue que le Canada a violé son obligation au titre de l'article 1105 de l'ALÉNA en ne lui accordant pas à elle et à son investissement de parcs éoliens le traitement exigé par le standard de traitement en droit international.

Mesa conteste également, au titre de l'article 1106 de l'ALÉNA qui définit les règles sur les prescriptions de résultats, les diverses prescriptions de contenu local ainsi que d'achat local imposées par les lois canadiennes et ontariennes comme conditions préalables à l'approbation de contrats commerciaux dans le cadre du programme TRG.

En outre, Mesa a porté des requêtes au titre des articles 1102 et 1103 de l'ALÉNA et accuse le Canada d'avoir offert un traitement plus favorable, dans des circonstances similaires, à une entreprise nationale ainsi qu'à une entreprise d'un pays tiers à l'ALÉNA.

Mesa ne réclame pas moins de 775 millions de dollars canadiens en dommages et intérêts compensatoires.

Le Japon conteste déjà ces mêmes mesures canadiennes devant l'Organisation mondiale du commerce (OMC). L'Union européenne a récemment demandé l'ouverture de consultations avec le Canada devant l'OMC, concernant les mesures liées au programme TRG. Le Japon et l'UE avancent que les prescriptions de résultat ontariennes – c.-à-d. que les projets satisfassent aux exigences de contenu local afin de bénéficier des contrats au titre du programme TRG – violent les règles du commerce international.

Le Comité pour la politique commerciale du Conseil de l'Union européenne prépare un projet de directives pour la protection des investissements

Le Comité pour la politique commerciale du Conseil européen s'est mis d'accord sur des directives relatives à la négociation des dispositions sur la protection des investissements dans les accords de libre-échange avec le Canada, l'Inde et Singapour.

Ces directives de la Commission européenne appellent à des

accords offrant « le plus haut niveau possible de protection juridique et de certitude pour les investisseurs européens au Canada/en Inde/à Singapour... ».

ITN considère que ces directives de négociation arrivent à une période de tension au sein des institutions européennes chargées des politiques de l'investissement international de l'UE. Si le Traité de Lisbonne de 2009 a rajouté l'investissement direct étranger (IDE) à la politique commerciale commune de l'UE, le Parlement européen (élu par les citoyens européens), le Conseil (rassemblant les ministres des États membres européens) et la Commission européenne (l'organe exécutif de l'UE) ont avancé des visions divergentes du futur visage des accords internationaux d'investissement de l'Union.

Comme l'expliquait Marc Maes dans l'édition de juillet 2011 d'ITN, les États membres souhaitent que les accords d'investissement de l'UE demeurent conformes à leurs traités bilatéraux d'investissement (TBI)¹. À l'inverse, le Parlement européen a exprimé son inquiétude quant à plusieurs dispositions standards dans les TBI des États membres, car elles n'offriraient pas l'équilibre nécessaire entre intérêts public et privé, et donneraient trop de discrétion aux arbitres internationaux.

Ceci a placé la Commission européenne, qui négocie les ALE au nom de l'Union, dans une situation difficile. Alors qu'elle reçoit ses directives de négociation de la part du Conseil européen, c'est le Parlement qui doit approuver tous les accords négociés.

Comme on pouvait s'y attendre, le Comité pour la politique commerciale du Conseil européen négociant les directives invite à adopter une approche basée sur « l'expérience et les meilleures pratiques des États membres en matière d'accords bilatéraux d'investissement », notamment « le traitement de la nation la plus favorisée sans réserve », « le traitement juste et équitable », et « d'autres dispositions efficaces de protection, telles que "les clauses parapluiés" ».

Il faut remarquer que la directive stipule également que certains domaines de la protection des investissements restent sous « compétence mixte » (c.-à-d. que le pouvoir de négociation est partagé entre la Commission européenne et les États membres). Ce sont les « investissements de portefeuille, le règlement des différends, les aspects fonciers et l'expropriation ».

Ces directives devraient être discutées au sein du Conseil européen lors de l'une de ses prochaines réunions, cet automne.

Si les directives du Comité pour la politique commerciale traitent des dispositions relatives à la protection des investissements contenues dans les ALE que l'Union négocie actuellement, le Parlement et le Conseil européens devront également se mettre d'accord sur le sort des TBI existants des États membres. De nombreux États membres répugnent à retirer et renégocier des traités, mais le Parlement a identifié plusieurs aspects devant être réformés dans l'intérêt public, tels que la transparence et la responsabilité sociale des entreprises. Ces négociations sont toujours en cours.

L'Australie adopte sa législation sur l'emballage simple des produits du tabac, malgré la contestation de l'industrie

L'Australie a approuvé la législation sur l'emballage simple des produits du tabac, qui entrera en vigueur en janvier 2012.

Celle-ci a été approuvée en août par le Parlement fédéral australien à une large majorité. Au titre de la loi, les paquets de cigarettes ne porteront plus de logos et autres éléments de marque commerciale, qui seront remplacés par des avertissements sanitaires graphiques.

Cette réglementation stricte sur les emballages des cigarettes a entraîné une vive réaction de la part des entreprises de tabac, qui ont contesté la loi sur différents plans juridiques, notamment au titre du droit international des investissements.

En juin 2011, l'entreprise de tabac Philip Morris a notifié l'Australie de son intention de soumettre une réclamation, première étape vers le lancement d'un arbitrage investisseur-État au titre d'un traité international d'investissement. Philip Morris a annoncé « vouloir obtenir la compensation pour les pertes occasionnées à son investissement en Australie suite à la législation sur l'emballage simple » et que « les dommages pourraient représenter des milliards de dollars ».

Philip Morris argue qu'il s'agit d'une violation du traité bilatéral d'investissement Australie-Hong-Kong (les opérations australiennes de Philip Morris sont la propriété de Philip Morris Asia Limited, basée à Hong-Kong).

La compagnie a également initié une demande d'arbitrage contre l'Uruguay au sujet de sa réglementation sur l'emballage des produits de tabac. Cette demande a été déposée au CIRDI en mars 2010, et le tribunal s'est réuni pour la première fois en mai 2011. Dans son affaire contre l'Uruguay, Philip Morris argue une violation du TBI Suisse-Uruguay. Le siège international de Philip Morris se trouve en effet à Lausanne, en Suisse.

Ces affaires ont fait porter l'attention du public sur le cadre juridique international des traités d'investissement, et notamment sur le système de règlement des différends à travers l'arbitrage investisseur-État.

Dans l'édition de juillet 2011 d'Investment Treaty News, Matthew C. Porterfield et Christopher Byrnes avançaient que « l'utilisation agressive des règles sur l'investissement par l'industrie du tabac pourrait s'avérer être une stratégie efficace pour contester les restrictions imposées à la commercialisation du tabac. Pourtant, compte tenu du large soutien aux réglementations relatives au tabac, il est tout aussi plausible que cette stratégie entraîne un retour de bâton contre l'arbitrage investisseur-État ».

En effet, le gouvernement australien avait annoncé en avril 2011 qu'il n'inclurait plus de clauses sur l'arbitrage investisseur-État dans ses futurs accords de libre-échange ; cette décision se basait en partie sur les menaces des entreprises de tabac contre le projet de l'Australie d'adopter une réglementation sur l'emballage simple³.

Azurix demande au Représentant américain au commerce (USTR) de faire appliquer la décision contre l'Argentine

Une compagnie des eaux a annoncé en août son intention de demander au gouvernement américain d'insister auprès du gouvernement argentin pour que celui-ci paye 235 millions USD au titre d'une sentence arbitrale.

L'entreprise texane Azurix Corp. a soumis une affaire au titre de la section 301 de la loi américaine sur le commerce, qui autorise le gouvernement américain à se défendre contre les actions de gouvernements étrangers restreignant le commerce américain de manière déraisonnable. Une affaire au titre de la section 301 peut être initiée par le Représentant au commerce des États-Unis ou suite à une pétition soumise par une entreprise ou groupe d'entreprises.

Si la pétition est acceptée, ce sera la première fois que la section 301 est utilisée pour demander l'application d'une décision rendue au titre d'un traité d'investissement.

En juillet 2006, un tribunal du CIRDI a unanimement jugé l'Argentine responsable envers l'entreprise texane Azurix Corp. Toutefois, l'Argentine a plaidé que la sentence devait être reconnue par un tribunal argentin avant qu'elle ne puisse s'y conformer – une étape considérée comme inutile dans le cadre de la Convention du CIRDI par Azurix et par le gouvernement américain.

À titre de redressement dans le cadre de la section 301, Azurix souhaite que le gouvernement américain diffère un prêt de 7 milliards USD, demandé par l'Argentine à travers le Club de Paris. Azurix souhaite aussi que le gouvernement américain bloque les prêts de la Banque mondiale et de la Banque interaméricaine de développement.

Avant cela, Azurix avait demandé à l'USTR de retirer les privilèges

argentins au titre du Système généralisé de préférences, qui offre un accès préférentiel libre de taxes à certains produits des pays en développement. Toutefois, le programme SGP a pris fin le 31 décembre 2010, et pour le moment, n'a pas reçu de nouvelle autorisation de la part du Congrès américain.

L'Argentine est actuellement impliquée dans 34 affaires au CIRDI, et différents demandeurs réclament l'application de la sentence finale. Si le gouvernement a insisté sur le fait qu'il se conformerait à ces sentences, les demandeurs ont refusé de présenter ces sentences aux tribunaux nationaux argentins comme l'exige l'Argentine.

Les États-Unis présentent la première affaire relative au droit du travail au titre d'un accord commercial

Le Représentant américain au commerce (USTR) a annoncé le 9 août dernier avoir formellement demandé la constitution d'un tribunal arbitral au titre de l'Accord de libre-échange République dominicaine-Amérique centrale (ALÉAC-RD).

L'USTR affirme que le Guatemala n'a pas correctement mis en place sa législation sur le travail liée « au droit d'association, au droit des travailleurs à s'organiser et à négocier de manière collective, et aux conditions acceptables de travail », ne remplissant donc pas ses obligations au titre de l'ALÉAC-DR.

Le différend a débuté en avril 2008, quand la American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO – Organisation syndicale américaine) et six organisations de travailleurs guatémaltèques ont présenté une demande pour violation alléguée par le Guatemala de ses obligations au titre de l'ALÉAC-DR après que le gouvernement n'ait pas appliqué sa législation du travail. Le gouvernement américain, ainsi que l'USTR et le Département d'État et du travail américain, a ensuite lancé un examen approfondi du respect par le Guatemala de ses obligations au titre de l'ALÉAC-DR. Après analyse, il a conclu « que le Guatemala semblait ne pas respecter ses obligations relatives à l'application du droit du travail ».

Une procédure contentieuse a ensuite été formellement engagée, et le gouvernement américain demanda, en juillet 2010, des consultations au titre de l'ALÉAC-DR. Après l'échec de deux cycles de consultations, les États-Unis ont demandé une réunion de la Commission de libre-échange le 16 mai 2011, afin de donner au Guatemala une autre chance de répondre aux préoccupations sur les droits des travailleurs.

Toutefois, lors de la réunion de la Commission le 7 juin 2011, aucune avancée n'a eu lieu vers un accord pour un plan d'application approprié. Aussi, le gouvernement américain a maintenant demandé la constitution d'un tribunal arbitral. Cette mesure est présentée comme un « message fort » de la part de l'administration Obama vers ses partenaires commerciaux, soulignant son intention « d'agir de manière ferme pour garantir la correcte application des législations du travail ».

Notes

1 « Alors que les États membres européens insistent sur le statu quo, le parlement européen appelle à une réforme de la politique européenne d'investissement », Marc Maes, 12 juillet 2011, http://www.iisd.org/flip-page/iisd_itn_july_2011_fr/index.html#/12/zoomed

2 « Philip Morris c. Uruguay : l'arbitrage investisseur-État peut-il faire partir en fumée les restrictions sur la commercialisation du tabac ? », par Matthew C. Porterfield et Christopher Byrnes, Investment Treaty News, 12 juillet 2011, http://www.iisd.org/flip-page/iisd_itn_july_2011_fr/index.html#/3/zoomed

3 Pour une discussion de la décision australienne vis-à-vis de l'arbitrage investisseur-État, notamment le rôle de la réglementation sur les emballages des produits du tabac, voir « Rejet du règlement des différends investisseur-État par l'Australie : quatre facteurs éventuels explicatifs », par Kyla Tienhaara et Patricia Ranald, Investment Treaty News, 12 juillet 2011, http://www.iisd.org/flip-page/iisd_itn_july_2011_fr/index.html#/6/zoomed

sentences et décisions

Le litige massif concernant les obligations d'État argentines accède à la compétence du CIRDI

Abaclat et autres (anciennement affaire Giovanna A Beccara et autres) c. la République d'Argentine, décision sur la compétence et la recevabilité, (Affaire CIRDI n° Arb/07/5) **Damon Vis-Dunbar**

Un tribunal du CIRDI a reconnu sa compétence pour entendre une affaire impliquant des milliers d'italiens prétendant posséder des titres liés aux obligations de l'État argentin.

Deux des trois membres du tribunal (le Professeur Pierre Tercier et le Professeur Albert Jan van den Berg) ont décidé que les obligations d'État argentines étaient un investissement protégé au titre du TBI Argentine-Italie et de la convention du CIRDI.

Le Professeur Georges Abi-Saab avait une opinion divergente de celle de la majorité. Celle-ci n'a toutefois pas été rendue publique au moment de la publication d'ITN.

Le litige est lié à la restructuration de la dette publique argentine en raison de la crise financière qu'a connu le pays. La récession argentine a atteint son paroxysme en 2001, au moment de la suspension de plus de 100 milliards USD de dette en obligations à l'étranger.

Près de 13,5 milliards USD d'obligations argentines étaient détenues par des italiens ; des milliers d'entre eux cherchent maintenant à en obtenir la restitution à travers le système d'arbitrage CIRDI de la Banque mondiale. La demande initiale rassemblait quelques 180 000 demandeurs ; ce nombre a été réduit à 60 000 après que nombre de demandeurs originaux aient accepté une offre d'échange de l'Argentine.

Les litiges de masse au CIRDI

L'Argentine avançait que les litiges de masse n'étaient pas compatibles avec le système d'arbitrage du CIRDI, en soulignant par exemple, que le tribunal ne pouvait pas garder la trace des circonstances individuelles des demandeurs, compte tenu de leur nombre important.

Toutefois, les Professeurs Tercier et Albert Jan van den Berg considéraient qu'il ne s'agissait pas de savoir si la convention du CIRDI rendait possible les litiges de masse. Comme l'a expliqué la majorité, « en supposant que le tribunal a compétence sur les réclamations de plusieurs demandeurs individuels, il est difficile de concevoir pourquoi et comment le tribunal pourrait perdre sa compétence dans le cas où le nombre de demandeurs serait supérieur à un certain seuil ».

La majorité a au contraire étudié si les procédures d'arbitrage du CIRDI pouvaient être adaptées à des litiges de masse. Elle considéra donc qu'il s'agissait d'une question « d'admissibilité », et non de compétence, et traita donc de la question après avoir accepté sa compétence sur l'affaire.

La majorité a reconnu les limites inhérentes à la gestion d'un tel nombre de demandeurs : le tribunal ne pouvait pas offrir aux demandeurs le même niveau de considération individuelle qu'à un demandeur unique ; et les droits procéduraux des demandeurs et de l'Argentine devaient être limités (par exemple, l'Argentine ne pouvait exposer d'arguments détaillés contre les demandeurs individuels).

Elle a néanmoins mis en balance ces limitations avec l'alternative consistant à réclamer à chaque demandeur la constitution d'une plainte individuelle, ce qui serait « quasiment impossible ». En outre, la majorité décida que les demandes étaient suffisamment semblables pour permettre un examen simplifié.

Elle repoussa également les raisons politiques avancées par l'Argentine pour expliquer son rejet de la plainte. L'Argentine avait notamment affirmé que le fait d'accepter la plainte compliquerait

les efforts actuels de modernisation de la restructuration de la dette publique.

La majorité a considéré ces arguments comme « inappropriés », expliquant que « la question réelle [était] de savoir si l'investissement en jeu était protégé par un TBI permettant l'arbitrage CIRDI en cas de violation d'une telle protection. Si tel est le cas... il ne serait pas correct d'entraver l'exercice adéquat de la juridiction... sur la seule base de considérations politiques ».

Les obligations d'État sont-elles un investissement ?

Avant de se demander si les litiges de masse étaient recevables, la majorité avait déjà convenu que les obligations d'État argentines pouvaient être considérées comme un "investissement" au titre du TBI en question et de la convention du CIRDI.

Le TBI Argentine-Italie protège un large éventail d'investissements, notamment les « obligations » financières, qui incluent, selon la majorité, les obligations d'État.

Contrairement à la plupart des TBI, la convention du CIRDI est notoirement silencieuse sur la définition du mot « investissement ». Certains tribunaux se sont appuyés sur le test Salini – quatre critères utilisés par le tribunal de l'affaire Salini c. Maroc – pour caractériser un investissement.

Dans le cas présent, la majorité a toutefois rejeté le test Salini. Elle considère en effet que la convention du CIRDI vise à promouvoir l'investissement, et donne aux pays les moyens (c.-à-d. les traités d'investissement) « de mieux définir le type d'investissement qu'ils souhaitent promouvoir ».

Elle rejeta également l'argument argentin selon lequel l'investissement n'avait pas été « réalisé en Argentine ». Comme l'expliqua l'Argentine, le prix d'achat des titres argentins a fait grossir les poches de plusieurs intermédiaires, tels que des banques commerciales italiennes, plutôt que celles de l'Argentine.

Mais la majorité rétorqua que, dans le cas d'investissements de nature purement financière, le lieu réel de destination du transfert des fonds importait moins que « le lieu et/ou au bénéfice de qui les fonds étaient finalement utilisés ».

Réclamation au titre du contrat c. réclamation au titre du traité

L'Argentine arguait également que le litige portait principalement sur des questions contractuelles, et donc qu'il devait être traité selon les termes et conditions des obligations.

En écartant cet argument, la majorité répondit que, en tant qu'État souverain, l'Argentine différait des débiteurs privés ; elle a en effet la capacité d'élaborer sa propre législation afin de restructurer sa dette.

La majorité considéra que l'Argentine n'avait pas agi en conformité avec les arrangements contractuels mis en avant dans les contrats d'obligations au moment de mettre en œuvre sa législation lui permettant d'éviter ses obligations de remboursement de la dette.

Comme l'a expliqué la majorité, « le litige actuel ne résulte pas du simple fait que l'Argentine n'a pas honoré ses obligations de paiement de sa dette, mais du fait qu'elle est intervenue en vertu de son pouvoir d'État souverain pour modifier ses obligations de paiement envers ses créditeurs en général, notamment, sans y être limité, les demandeurs ».

Consultations et litiges à l'échelle nationale

Le TBI Argentine-Italie exige des parties qu'elles tentent de résoudre leur différend de manière amicale pendant une période de consultation. Il appelle également les demandeurs à d'abord tenter d'obtenir satisfaction devant les tribunaux nationaux du pays

d'accueil pendant dix-huit mois, avant de recourir à l'arbitrage international.

Les demandeurs ont avancé que ces étapes n'étaient pas obligatoires, mais plutôt des alternatives pour la résolution du différend. Le tribunal désapprouva et se rangea du côté argentin. Le TBI ne permet pas aux demandeurs de « choisir » parmi ces options ; il stipule plutôt une hiérarchie d'étapes permettant de résoudre un différend.

Néanmoins, la majorité a finalement admis la plainte, bien que les demandeurs n'aient pas soumis leur affaire aux tribunaux argentins.

Elle considéra en effet que l'Argentine n'était pas privée d'une chance équitable de résoudre le différend devant ses propres tribunaux. Pour différentes raisons, la majorité conclut que l'Argentine « n'était pas en mesure de traiter correctement le litige actuel dans le cadre de son système juridique national ». Aussi, elle décida qu'il serait injuste de ne pas admettre la plainte pour son non-respect de l'exigence de règlement du litige devant les juridictions internes.

Phase du fond

Contrairement à la pratique courante, le Professeur Abi-Saab n'a pas rendu son opinion divergente au même moment que celle de la majorité du tribunal. Celui-ci ayant néanmoins accepté sa compétence, l'affaire sera examinée au fond..

Compte tenu de la complexité de l'affaire, le tribunal examinera le fond en deux étapes : il identifiera d'abord les questions clés sur lesquelles se prononcer, puis tentera de les résoudre.

La décision relative à la compétence et à la recevabilité dans l'affaire *Abaclat et autres* (anciennement affaire *Giovanna A Beccara et autres*) c. la République d'Argentine est disponible à la page : <http://italaw.com/documents/AbaclatDecisiononJurisdiction.pdf>

Le tribunal confirme que le droit des investissements du Venezuela n'autorise pas l'arbitrage du CIRDI

Brandes Investment Partners, LP c. la République bolivarienne du Venezuela, (Affaire CIRDI n° ARB/08/3)

Damon Vis-Dunbar

Un tribunal ayant à connaître d'un litige opposant Brandes Investment Partners au gouvernement vénézuélien a décliné sa compétence sur l'affaire au motif que le droit vénézuélien en matière d'investissements internationaux ne donne pas de consentement général à l'arbitrage réalisé au Centre international de règlement des différends en matière d'investissements (CIRDI) de la Banque mondiale.

La décision du 2 août 2011 sur la compétence constitue la troisième décision similaire d'un tribunal CIRDI.

Dans les trois cas, les demandeurs avaient argué que l'article 22 de la loi vénézuélienne sur la promotion et la protection des investissements (LPPI) autorisait l'arbitrage du CIRDI¹.

Brandes et le Venezuela ont présenté une analyse grammaticale de l'article 22 pour soutenir leurs opinions respectives. Si Brandes affirmait que l'article indique clairement le consentement général du Venezuela à un arbitrage CIRDI, le Venezuela riposta que l'article ne donne le consentement que lorsque l'arbitrage CIRDI est déjà stipulé dans un traité ou accord d'investissement.

Ces efforts visant à révéler le sens de l'article 22 ont toutefois été rejetés par le tribunal. Celui-ci a considéré que « la LPPI était déroutante et imprécise », empêchant ainsi de bien comprendre son sens sur la base d'une interprétation grammaticale.

Le tribunal a plutôt considéré le contexte, les circonstances et les objectifs de la LPPI et de son article 22. Dans les trois analyses réalisées, il n'a pas pu identifier un consentement clair à l'arbitrage CIRDI.

Le tribunal a reconnu que la LPPI contenait des formulations

similaires à celle des TBI, offrant par exemple le droit à un traitement juste et équitable et au traitement national. Mais il a également remarqué que ces dispositions étaient étonnement claires par rapport à la formulation confuse de l'article 22.

Le demandeur a étayé son argument en soulignant que l'objectif de la LPPI était d'attirer des investissements étrangers, et signala que le Venezuela n'avait pas caché son ouverture à l'arbitrage afin d'appâter les investisseurs (il a par exemple attiré l'attention sur les sites Internet de l'ambassade du Venezuela de plusieurs pays, notamment des États-Unis, qui font référence à l'arbitrage pour les investisseurs étrangers). Le tribunal n'a toutefois pas trouvé de consentement à l'arbitrage CIRDI dans ces textes promotionnels.

Le tribunal n'a pas non plus compris pourquoi le Venezuela consentirait à l'arbitrage CIRDI de manière unilatérale dans sa législation nationale alors qu'il était, à une époque, en désaccord politique avec les États-Unis. « Ce point de vue est d'autant plus difficile à accepter que de nombreux investisseurs potentiels étaient des entreprises américaines », a remarqué le tribunal.

La décision dans l'affaire *Brandes Investment c. Venezuela* arrive dans la foulée d'une décision sur la compétence du 30 décembre 2010 relative à l'affaire *Cemex c. Venezuela*, dans laquelle le tribunal décida également que l'article 22 de la LPPI n'offrait pas de consentement à l'arbitrage CIRDI². Néanmoins, Cemex, entreprise constituée aux Pays-Bas, est protégée au titre du TBI Pays-Bas-Venezuela, qui consent à l'arbitrage CIRDI. Le tribunal de l'affaire *Cemex* a accepté sa compétence sur cette base.

En 2010, une réclamation d'ExxonMobil contre le Venezuela avait été partiellement rejetée pour des raisons de compétence, quand le tribunal détermina que l'article 22 n'autorisait pas l'arbitrage CIRDI³. D'autres aspects de la réclamation d'ExxonMobil, liés aux événements survenus suite au transfert des parts de l'entreprise à une entité contrôlée depuis les Pays-Bas, ont toutefois été acceptés et se poursuivent au titre du TBI Pays-Bas-Venezuela.

À l'inverse, Brandes est enregistrée aux États-Unis, qui n'ont pas signé de TBI avec le Venezuela.

Le tribunal dans l'affaire *Brandes Investment Partners c. Venezuela* était constitué de Rodrigo Oreamuno (président), de Karl-Heinz Böckstiegel (désigné par le demandeur) et de Brigitte Stern (désignée par le défendeur).

La décision dans l'affaire *Brandes Investment Partners, LP c. la République bolivarienne du Venezuela, affaire CIRDI n° ARB/08/3*, est disponible sur : <http://italaw.com/documents/BrandesAward.PDF>

L'Argentine jugée responsable dans un litige relatif à une concession sur l'eau, mais le tribunal est divisé quant à la clause NPF

Impregilo S.p.A. c. la République d'Argentine, affaire CIRDI n° ARB/07/17

Lise Johnson

Dans une décision rendue le 21 juin 2011, le tribunal de l'affaire *Impregilo S.p.A. c. Argentine* a déterminé que cette dernière avait violé son obligation de traitement juste et équitable (TJE) au titre du TBI Argentine-Italie.

L'Argentine a été sommée de payer quelques 21 millions USD plus les intérêts à Impregilo à titre de compensation.

Selon une tendance croissante dans les arbitrages investisseur-État, deux des trois arbitres ont émis une opinion distincte, concordant sur certains aspects de la décision, et divergente sur d'autres.

Contexte

Impregilo était un actionnaire minoritaire indirect d'AGBA, une entreprise opérant une concession de services d'eau et d'eaux usées dans la province de Buenos Aires. Peu après l'obtention de la concession en 1999 par AGBA, Impregilo s'est battu pour obtenir les fonds nécessaires, collecter les montants des factures auprès des consommateurs et satisfaire ses obligations

contractuelles d'investir, de développer et d'améliorer les services d'eau et les installations sanitaires dans le territoire de la concession.

En 2006, les autorités provinciales ont mis fin au contrat et transféré la concession à une entité étatique, en justifiant sa décision par une liste de violation du contrat par AGBA. En réponse, Impregilo a lancé un arbitrage investisseur-État au titre du TBI Argentine-Italie, alléguant que plusieurs actions des autorités provinciales freinant et interrompant la performance d'AGBA, constituaient une violation des dispositions du TBI, notamment l'obligation de TJE et l'expropriation.

Les opinions divergent quant à la portée de la disposition NPF

L'Argentine a présenté trois objections d'ordre juridictionnelle. Les arbitres ont unanimement rejeté les arguments argentins qui stipulaient que le TBI ne couvrirait pas les réclamations dérivées, renforçant ainsi les décisions dans les affaires investisseur-État permettant aux actionnaires de formuler des réclamations sur la base de dommages allégués aux entreprises dans lesquelles ils détiennent des parts.

Le tribunal désapprouva également à l'unanimité l'argument argentin selon lequel la réclamation d'Impregilo concernait simplement des violations de contrat pour lesquelles le tribunal n'était pas compétent. Il détermina qu'il avait le pouvoir d'entendre les violations de contrat alléguées dans la mesure où elles constituaient une violation du TBI.

La troisième objection à toutefois été bien accueillie par au moins un des arbitres, et alimente ainsi la controverse actuelle autour de l'utilisation et du sens correct de la clause de la Nation la plus favorisée (NPF).

Dans ce cas, les opinions divergentes sur la clause NPF étaient liées au TBI Argentine-Italie, car il exige des investisseurs qu'ils fassent valoir leur cas devant les tribunaux nationaux pendant dix-huit mois avant de recourir à un arbitrage international.

Impregilo a ignoré cette exigence. L'entreprise a avancé qu'elle pouvait contourner la période d'attente du traité sans conséquences car la clause NPF du TBI Argentine-Italie lui permettait de s'appuyer sur une clause de règlement des différends plus favorable du traité Argentine-États-Unis, qui n'impose pas une période d'attente de dix-huit mois. Deux des arbitres, les juges Hans Danelius et Charles N. Brower, se sont joints à la majeure partie des décisions relatives aux traités d'investissements sur la question, et ont accepté l'argument d'Impregilo sur ce point.

La professeure Brigitte Stern a toutefois désapprouvé et écrit une opinion divergente explicitant son raisonnement. Dans cette opinion divergente, la professeure Stern reflétait des préoccupations soulevées en réponse à d'autres affaires telles que Siemens c. Argentine⁴ et RosInvestCo c. Russie⁵, stipulant que la cause NPF est utilisée par les investisseurs pour « choisir » parmi les dispositions des traités de l'État d'accueil et utiliser les clauses sélectionnées pour créer des accords qui n'existent pas réellement. La professeure Stern a ensuite dédié une partie significative de son opinion divergente à développer un argument juridique expliquant pourquoi les clauses NPF ne devaient pas être utilisées pour étendre la juridiction d'un tribunal tel que dans l'affaire Impregilo et d'autres.

Le tribunal critique la conduite de l'Argentine au cours de sa crise financière

Bien qu'elle ait indiqué qu'elle n'aurait pas accepté la compétence sur l'affaire, la professeure Stern a toutefois évalué le fond de la réclamation. Ce faisant, elle s'est jointe à la décision des deux autres arbitres, et détermina que le gouvernement avait violé l'obligation de TJE. Le tribunal expliqua que le gouvernement s'était conduit de manière agressive en n'ajustant pas les conditions du contrat de concession afin de s'adapter aux difficultés auxquelles AGBA faisait face lors de la crise financière argentine, pendant laquelle le gouvernement avait désindexé le peso du dollar et permis le flottement de la valeur du peso argentin.

Le juge Brower écrit un document distinct pour expliquer qu'il considérait que bien d'autres aspects de la conduite du gouvernement vis-à-vis de l'investissement constituaient une violation du TBI. Il ajouta en outre qu'il considérait que les actions du gouvernement avait exproprié l'investisseur, divergeant ainsi de la décision des deux autres membres du tribunal de rejeter cette réclamation.

En faisant mieux connaître un autre sujet émergent comme point de discordance dans le droit des investissements, l'opinion divergente du juge Brower se concentre notamment sur ce qu'il caractérise comme une conduite « politique » des représentants du gouvernement. Selon lui, les autorités argentines avaient porté atteinte à l'investissement afin de mettre fin à la concession et d'en reprendre le contrôle.

À l'inverse, la majorité décida que même si le gouvernement avait pour objectif « politique » de transférer les services d'eau et d'eaux usées aux entités publiques, ceci ne constituait pas une violation du TBI. La majorité fit référence à AES c. Hongrie⁶ pour soutenir son point de vue, indiquant que « le fait qu'un problème devienne une affaire politique... ne signifie pas la disparition d'une politique rationnelle ». Le juge Brower considéra au contraire que la nature politique de la conduite du gouvernement était évidente et accablante, et la référa à AES c. Hongrie inappropriée.

L'ensemble du tribunal rejeta la défense argentine basée sur la « nécessité » au titre du traité et du droit international. La disposition du traité sur laquelle s'appuyait l'Argentine exige du gouvernement qu'il offre aux investisseurs étrangers affectés à la suite de guerres ou de situations d'urgence le même traitement qu'aux investisseurs nationaux. Selon le tribunal, cette disposition impose une obligation de non-discrimination aux gouvernements d'accueil, et ne constitue pas une exception qui leur éviterait d'être tenus pour responsables.

Concernant l'argument de la « nécessité » au titre du droit international coutumier, que le tribunal considéra comme invocable même si le traité n'y faisait pas référence, les juges Danelius et Brower conclurent qu'il n'était pas applicable car la propre politique économique de l'Argentine avait contribué à la crise économique que le pays avait subie. La professeure Stern convint également que cette défense n'était pas applicable, mais sur la base du fait que la conduite abusive s'était poursuivie après la dissipation de la crise.

La décision de l'affaire Impregilo S.p.A. c. la République d'Argentine, affaire CIRDI n° ARB/07/17, est disponible sur <http://italaw.com/documents/Impregilo.ArgentinaAward.pdf>

L'opinion concordante et divergente du juge Charles N. Brower est disponible sur : <http://italaw.com/documents/Impregilo.ArgentinaBrowerOpinion.pdf>

L'opinion concordante et divergente de la Professeure Brigitte Stern est disponible sur : <http://italaw.com/documents/Impregilo.ArgentinaSternOpinion.pdf>

Un investisseur chinois reçoit une indemnisation du Pérou pour l'expropriation de son négoce de farine de poisson *Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6 Fernando Cabrera*

Un tribunal du CIRDI a unanimement demandé au Pérou de payer environ 1 million USD, intérêts compris, à l'investisseur chinois Tza Yap Sum à titre de compensation pour l'expropriation de son entreprise de farine de poisson, TSG del Perú S.A.C.

La décision du 6 mai 2011 ne représente qu'une victoire partielle pour le demandeur, qui réclamait environ 25 millions USD.

Le tribunal décida que les autorités fiscales péruviennes, SUNAT, avaient agi arbitrairement en demandant aux banques du pays de geler les fonds de TSG en janvier 2005, et de les transférer à la banque nationale afin de rembourser les impôts et amendes soi-disant dues par l'entreprise. Les actions de SUNAT ont en effet entraîné la faillite de l'entreprise, ce que le tribunal considéra comme une expropriation indirecte au titre du TBI Chine-Pérou de 1994.

Bien que le tribunal ait accepté la réclamation sur l'expropriation, il rejeta la tentative du demandeur de faire quantifier les dommages en utilisant la méthode d'actualisation des flux de trésorerie. Selon le tribunal, TSG n'avait pas un historique suffisant de résultats positifs pour supposer qu'elle aurait continué à faire des profits dans le futur. Au lieu de cela, le tribunal adopta une approche d'actifs nets comptables réévalués, proposée par le Pérou, réduisant considérablement le montant du dédommagement accordé au demandeur.

Contexte

M. Tza Yap Sum, un entrepreneur de Hong-Kong, créa TSG en 2001, en investissant environ 400 000 USD pour 90 % des parts de l'entreprise. TSG débuta ses opérations l'année suivante, et selon le demandeur, réalisait plus de 20 millions USD de vente par an entre 2002 et 2004.

TSG achetait du poisson auprès de bateaux de pêche péruviens et le faisait directement livrer à l'usine de transformation sur la côte, où il était transformé en farine de poisson et exporté vers les marchés asiatiques. Compte tenu de ce modèle économique, TSG n'a jamais tenu d'inventaire.

En février 2004, SUNAT entama un audit de routine de TSG pour vérifier le paiement de ses impôts sur le revenu et sur les ventes. SUNAT conclut que TSG n'avait pas tenu l'inventaire exigé de ses matières premières (poisson et farine de poisson). Au titre de la législation péruvienne, SUNAT était donc autorisé à estimer les ventes de TSG et les impôts correspondants, non pas sur la base des registres de l'entreprise, mais en se basant sur des suppositions et sur les informations d'autres entreprises et tierces parties.

SUNAT détermina que TSG avait sous-estimé ses ventes de farine de poisson en 2002 et 2003, et n'avait pas déclaré les ventes d'huile de poisson au cours de la même période. Sur la base de cette conclusion, SUNAT informa TSG le 7 janvier 2005 que l'entreprise devait payer environ 3,3 million USD en arriérés d'impôts et amendes.

Le 26 janvier 2005, TSG fit appel de cette décision. TSG avança qu'elle était une entreprise commerçante plutôt que productrice, et ne gardait donc pas d'inventaire. En outre, l'entreprise dit avoir fourni à SUNAT les contrats passés avec les bateaux de pêche et les usines de transformation, qui détaillent les quantités de poisson achetées et les quantités de farine produites et exportées.

Deux jours plus tard, SUNAT imposa des mesures préventives sur les actifs de TSG, sollicitant des banques le gel des actifs de l'entreprise pour le paiement de sa dette.

TSG déposa une demande d'arbitrage en septembre 2006 alléguant des violations du TBI Chine-Pérou relatives aux dispositions sur le traitement juste et équitable, le libre transfert des capitaux, la protection des investissements et l'expropriation.

Le Pérou contesta la compétence du tribunal pour plusieurs raisons. Dans une décision de juin 2009 sur la compétence, le tribunal confirma qu'il avait juridiction mais limita celle-ci à la réclamation pour expropriation car la clause sur le règlement des différends dans le TBI Chine-Pérou n'autorise l'arbitrage qu'en cas d'expropriation.

Raisonnement du tribunal

The tribunal began its reasoning by acknowledging that Le tribunal commença par reconnaître que la souveraineté des États doit être respectée quand ceux-ci exercent leurs pouvoirs réglementaires et administratifs. Un tel exercice des pouvoirs réglementaires doit toutefois se faire dans le respect des procédures légales raisonnables, et de manière non confiscatoire, abusive ou discriminatoire.

Le tribunal remarqua que l'article 56 du code fiscal péruvien liste treize « circonstances exceptionnelles » dans lesquelles des mesures préventives sont autorisées. Pourtant, le tribunal déterminait que, en violation de ses propres procédures, le département d'audit de SUNAT avait demandé des mesures

préventives sans fournir de preuves du fait que le comportement de TSG satisfaisait aux circonstances exceptionnelles listées dans la loi. Ce faisant, SUNAT a agit arbitrairement, selon le tribunal.

Les actions de SUNAT ont entraîné l'effondrement des affaires de TSG car l'entreprise a été rejetée du système bancaire péruvien. Le tribunal considéra que ceci constituait une expropriation indirecte de l'entreprise, et une violation du TBI Chine-Pérou.

Le tribunal ajouta en outre que TSG n'avait pas eu accès à des juridictions locales adéquates pour faire appel de la décision de SUNAT. Le tribunal arbitral détermina que le tribunal fiscal péruvien vers lequel s'est tourné le demandeur a notamment seulement examiné si SUNAT avait l'autorité pour demander des mesures préventives, mais pas si cette autorité avait été exercée de manière correcte.

Chacune des parties a dû payer ses propres frais de justice, et les coûts de l'arbitrage ont été divisés équitablement entre les deux parties.

Le tribunal était composé d'Hernando Otero de Colombie (désigné par le demandeur), du professeur Juan Fernández-Armesto (désigné par le défendeur), et Judd Kessler, la présidente du tribunal, fut désignée par le CIRDI après que les parties aient échoué à se mettre d'accord sur le troisième membre.

La décision de l'affaire Tza Yap Sum c. la République du Pérou, affaire CIRDI n° ARB/07/6 est disponible en espagnol sur : <http://italaw.com/documents/TzaYapShumAward.pdf>

La Moldavie est condamnée pour des frais prélevés dans une zone franche

Yury Bogdanov c. la République de Moldavie, arbitrage de la CCS n° V (114/2009)

Damon Vis-Dunbar

Le gouvernement de Moldavie a violé le TBI Russie-Moldavie lorsqu'il a levé de nouveaux droits de douane sur une entreprise opérant dans une zone franche, selon une décision de mars 2010 rendue par la Chambre de commerce de Stockholm.

Le demandeur russe, Yuri Bogdanov, possédait une entreprise chimique, Grand Torg LLC, enregistrée dans une zone franche, où la loi moldave garantissait que le régime douanier appliqué à l'entreprise serait maintenu pendant dix ans. M. Bogdanov se plaignait du fait que l'introduction de nouvelles barrières douanières violait cette clause de stabilité, et violait donc les obligations de la Moldavie au titre du traité d'investissement.

La Moldavie répondit que les frais étaient administratifs et ne devaient pas être considérés comme des taxes douanières.

Toutefois, l'unique arbitre Bo G.H. Nilsson, un suédois spécialisé dans les arbitrages, rejeta cet argument, concluant que les frais étaient considérables, et étaient « clairement conçus pour remplir le rôle classique des barrières douanières... ».

Le tribunal déterminait également que les actions de la Moldavie étaient discriminatoires, car les frais semblaient ne s'appliquer qu'à l'entreprise de M. Bogdanov (la Moldavie ne présentait aucune preuve démontrant que d'autres entreprises avaient également été taxées).

M. Bogdanov a reçu 475 386 leu moldaves (soit environ 41 000 USD). Sa demande originale de dommages et intérêts était 15 % plus importante, mais la Moldavie avança que tout revenu supplémentaire gagné par le demandeur serait imposé.

Concluant que « les parties avaient toutes deux obtenu gain de cause partiel dans l'arbitrage, mais que M. Bogdanov s'en sortait mieux », l'arbitre ordonna à la Moldavie de payer deux tiers des coûts de l'arbitrage et à M. Bogdanov, le tiers restant.

Comme indiqué précédemment dans Investment Treaty News, le même demandeur avait entamé quatre arbitrages distincts contre la Moldavie en 2004-2005⁷. À la connaissance d'ITN, une seule des décisions de ces affaires a été rendue publique : celle d'un litige lié à une entreprise de fabrication de peinture, Agurdino,

acquise dans le cadre d'un plan de privatisation. Dans cette affaire, la seule arbitre, la professeure Giuditta Cordero Moss, détermina que la Moldavie avait violé la norme de traitement juste et équitable du TBI Russie-Moldavie.

À noter que le gouvernement moldave n'avait pas pris part à l'arbitrage dans l'affaire Aguridino. Toutefois, le service d'information indépendant Investment Arbitration Reporter a annoncé que la Moldavie s'était finalement conformé à la décision et avait payé les 70 000 euros. Le même service d'information annonce également que la Moldavie a respecté la décision arbitrale plus récente concernant les taxes imposées à Grand Torg.

La décision de l'affaire Yuri Bogdanov c. la République de Moldavie, arbitrage CCS n° V (114/2009) est disponible sur : <http://italaw.com/documents/Bogdanov.Moldova2010Award.pdf>

Un tribunal accepte sa compétence pour une réclamation contractuelle contre l'Équateur, mais la compétence au titre du traité reste à déterminer

Perenco Ecuador Ltd. c. la République d'Équateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), affaire CIRDI n° ARB/08/6

Vyoma Jha

Dans une décision du 30 juin 2011, un tribunal du CIRDI a déterminé qu'il était compétent pour entendre une réclamation contractuelle, présentée par Perenco contre l'Équateur. Néanmoins, concernant la compétence pour entendre les litiges au titre du traité, le tribunal rendra sa décision pendant la phase de l'examen du fond.

Perenco avance qu'une série de mesures législatives adoptées par l'Équateur violent les obligations du pays au titre du TBI France-Équateur, ainsi que ses obligations contractuelles au titre de deux « contrats d'animation » qu'il a conclu pour l'exploration et l'exploitation de réserves de pétrole dans certaines zones spécifiques.

Le tribunal a notamment décliné sa compétence pour le second défendeur, l'entreprise pétrolière étatique, Petroecuador, au motif qu'elle n'est pas une partie indépendante au contrat. Petroecuador était considérée comme un agent de l'État, gérant et supervisant la performance contractuelle au nom de l'Équateur sans recevoir de bénéfice économique.

Contexte

Le litige est survenu en 2006 au titre de la loi équatorienne « 42 », qui oblige les entrepreneurs ayant des contrats de participation pétrolière, tels que Perenco, à donner à l'Équateur une partie de leurs « revenus extraordinaires » provenant de la vente de pétrole. Plus tard, un décret de 2007 a encore accru la participation de l'Équateur aux excédents imprévus, de 50 à 99 %. Perenco a présenté une demande d'arbitrage contre l'Équateur et Petroecuador auprès du CIRDI le 20 avril 2008.

En 2009, l'Équateur et Petroecuador ont adopté des mesures coercitives afin de collecter les paiements en suspens au titre de la loi 42 auprès de Perenco. Après une requête de Perenco, le tribunal ordonna à l'Équateur d'éviter de collecter les taxes exceptionnelles, ordre rapidement ignoré par l'Équateur.

La compétence au titre du traité est complexe du fait de la nationalité

L'Équateur a contesté la compétence du tribunal au titre du TBI France-Équateur aux motifs que Perenco était une entreprise enregistrée aux Bahamas, et non gérée par des français.

En revanche, Perenco affirmait qu'une chaîne de propriété de l'entreprise faisait que la société-mère de Perenco était gérée par feu Hubert Perrodo, un citoyen français. Perenco avançait que les parts de Perenco International Limited appartenaient aux héritiers de feu M. Perrodo et étaient donc « indirectement » contrôlées par des citoyens français.

Chose intéressante, le tribunal remarqua que « dans ce cas, c'est l'investissement plutôt qu'un investisseur français qui avait présenté la réclamation et avait cherché à présenter des preuves

de son contrôle par quatre entités non-parties à l'arbitrage, entités françaises »⁸.

Le tribunal reporta sa décision sur la nationalité de Perenco, à après la soumission d'éventuels travaux préparatoires relatifs au TBI, de la part de la France. Il recommanda également au demandeur d'apporter davantage de preuves pour étayer son argument selon lequel les parts de la société-mère de Perenco faisaient partie de la fortune de feu M. Perrodo au titre du droit français.

Les réclamations contractuelles se poursuivent malgré les objections de l'Équateur

La deuxième question controversée était liée à la compétence du tribunal concernant les réclamations contractuelles du demandeur.

Selon la clause relative à l'arbitrage des « contrats de participation », seules les questions techniques et/ou économiques peuvent être portées devant un tribunal du CIRDI.

L'Équateur rétorqua que les réclamations de Perenco étaient principalement de nature juridique et ne constituaient donc pas « des désaccords au sujet de questions techniques impliquant des aspects économiques, ou vice-versa ». Le tribunal n'avait toutefois « aucun doute » en déterminant que le litige concernant les pourcentages de participation aux revenus pétroliers constituait un « litige économique lié au contrat de participation ». Aussi, les réclamations contractuelles de Perenco furent considérées comme relevant de la compétence du CIRDI et du tribunal.

Finalement, le tribunal décida que la requête du demandeur d'interdire à l'Équateur d'appliquer la « loi 42 » était prématurée car elle ne relevait pas de la phase de détermination de la compétence. Aussi, il ne détermina pas quels redressements étaient possibles s'il s'avérait que l'Équateur avait violé ses obligations au titre du traité.

La décision relative aux frais de procédure, tout comme la décision sur la compétence du tribunal pour entendre les réclamations au titre du traité, a été reportée à une phase ultérieure de l'arbitrage.

Le tribunal était composé du juge Peter Tomka (président), de M. Neil Kaplan (désigné par Perenco Ecuador Ltd.) et de M. J. Christopher Thomas (désigné par les défendeurs). La décision relative à la compétence dans l'affaire Perenco Ecuador Ltd. c. la République d'Équateur et Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), est disponible sur : <http://www.italaw.com/documents/PerencoJurisdiction.pdf>

Notes

1 L'article 22 stipule : « Les litiges survenant entre un investisseur international, dont le pays d'origine dispose d'un traité ou accord en vigueur avec le Venezuela sur la promotion et la protection des investissements, ou pour les litiges auxquels peuvent s'appliquer les dispositions de la convention constitutive de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI-MIGA) ou de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre les États et les citoyens d'autres États (CIRDI), seront soumis à arbitrage international, conformément aux termes du traité ou accord respectif, si celui-ci le stipule, sans préjudice de la possibilité d'utiliser, le cas échéant, les mécanismes de règlement des différends prévus par la législation vénézuélienne en vigueur ».

2 CEMEX Caracas Investments B.V. et CEMEX Caracas II Investments B.V. c. la République bolivarienne du Venezuela, affaire CIRDI n° ARB/08/15

3 Mobil c. la République bolivarienne du Venezuela, affaire CIRDI n° ARB/07/27

4 Siemens AG c. Argentine, affaire CIRDI n° ARB/02/8, décision sur la juridiction, 3 août 2004.

5 RosInvestCo c. la Fédération de Russie, arbitrage SCC V (079/2005), décision, 12 septembre 2010.

6 AES Summit Generation Ltd. c. Hongrie, affaire CIRDI n° ARB/07/22, para. 10.3.23.

7 « Un investisseur russe entame plusieurs arbitrages au titre de traité contre la Moldavie à Stockholm », par Damon Vis-Dunbar et Luke Eric Peterson, Investment Treaty News, 17 février 2006

8 Paragraphe 97 de la décision

ressources et événements

Lancement d'un site Internet sur les arbitrages internationaux en matière d'investissements et sur la politique publique

Un site Internet lancé fin septembre, appelé International Investment Arbitration and Public Policy (IIAPP), offre une base de données consultable regroupant les documents des arbitrages connus au titre de traités d'investissement. Développé par une équipe de recherche sous la coordination du Professeur Gus Van Harten de la Faculté de droit d'Osgoode Hall, le site Internet permet aux utilisateurs d'identifier les affaires relatives à des domaines de la politique publique, tels que l'agriculture, la protection de l'environnement, la santé, la politique industrielle, la passation de contrats publics et la fiscalité. Il fournit également des informations sur l'historique de désignation des arbitres, ainsi que des informations générales sur le système des arbitrages internationaux en matière d'investissement. Ce site Internet est un outil en libre accès sur les arbitrages en matière d'investissements et leurs conséquences sur la politique publique. Le Professeur Van Harten, l'auteur de "Investment Treaty Arbitration and Public Law" (Arbitrage international en matière d'investissement et droit public), souhaite également que le site mette en avant les affaires pour plus d'ouverture, d'indépendance, et de responsabilité publique dans le système du droit international des investissements. Le site Internet de l'IIAPP se trouve à l'adresse www.iiapp.org.

Rapport sur l'investissement mondial 2011

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, 2011

La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a publié l'édition 2011 du Rapport phare sur l'investissement mondial (RIM). Le rapport conclut que les afflux mondiaux d'investissements directs étrangers (IDE) se sont accrus de 5 %, s'élevant à 1 244 trillions USD en 2010. Ces quantités restent toutefois inférieures de 15 % aux niveaux moyens d'avant la crise, et de près de 37 % inférieures au pic de 2007. Concernant les développements politiques, le RIM conclut que 178 traités internationaux d'investissement ont été signés en 2010, dont 54 traités bilatéraux d'investissement, représentant un total de près de 6 100 accords. Vingt des 54 TBI signés en 2010 ont été conclus entre des pays en développement et/ou économies en transition, tout comme 4 des 11 autres AII, une tendance probablement liée au rôle croissant des pays en développement comme investisseurs à l'étranger. Et vingt autres des 54 TBI signés en 2010 étaient des TBI renégociés. Compte tenu des milliers de traités existants, des nombreuses négociations en cours et des multiples mécanismes de règlement des différends, la CNUCED avance que le régime des AII va bientôt être trop lourd et complexe à gérer pour les gouvernements et les investisseurs. Ce régime n'offre pourtant une protection qu'à deux tiers du stock mondial d'IDE et ne couvre qu'un cinquième des relations bilatérales d'investissement éventuelles. Pour couvrir l'ensemble de ces relations, 14 100 traités supplémentaires seraient nécessaires. Concernant les différends en matière d'investissement, au moins 25 nouveaux arbitrages investisseur-État au titre de traités d'investissement ont été lancés en 2010, soit le chiffre le plus bas depuis 2001. À la fin 2010, le total d'affaires connues étaient donc de 390. Toujours en 2010, le nombre total de pays impliqués dans des arbitrages au titre de traités d'investissement est passé à 83 : 51 pays en développement, 17 pays industrialisés et 15 économies en transition. Le rapport est disponible sur la page : <http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.aspx?intItemID=6018&lang=1>

Droit international des investissements et développement durable : principales affaires entre 2000 et 2010

L'Institut international du développement durable, 2011
Cet ouvrage résume et analyse certaines décisions rendues entre 2000 et 2010 par les tribunaux d'arbitrages investisseur-État. Contrairement à d'autres livres sur les traités bilatéraux d'investissement (TBI) et autres accords en matière d'investissement, il examine les décisions rendues afin de mettre en lumière leur éventuel impact sur le développement durable. À travers diverses questions telles que la compétence, l'interprétation des obligations substantielles des États au titre de traités, et l'utilisation et les possibilités de défense, l'ouvrage souligne comment les décisions

affectent la portée des traités et peut avoir un impact sur la volonté et la capacité des gouvernements à favoriser leurs objectifs et politiques nationaux. Le livre contient également deux organigrammes : l'un listant les questions traitées dans chacune des quelques 20 affaires regroupées dans le livre, et l'autre dressant la liste des affaires en fonction de la question principale commune abordée. L'ouvrage est disponible sur :

http://www.iisd.org/pdf/2011/int_investment_law_and_sd_key_cases_2010.pdf

Affaires du CIRDI – Statistiques, numéro 2011-2

Secrétariat du CIRDI, 2011

Le nouveau numéro des Affaires du CIRDI – Statistiques actualise les affaires du CIRDI, d'un point de vue historique et pour l'année fiscale 2011 du Centre. Cette mise à jour se base sur les affaires enregistrées ou administrées par le CIRDI au 30 juin 2011. Comme dans le numéro précédent, le document examine : le nombre d'affaires enregistrées au titre de la Convention et des Règles additionnelles du CIRDI ; le nombre d'autres affaires administrées par le Secrétariat du CIRDI ; la base du consentement à la juridiction du CIRDI invoquée dans les arbitrages et les conciliations enregistrés ; la répartition géographique des affaires du CIRDI en fonction de l'État partie au litige ; les secteurs économiques impliqués dans les différends du CIRDI ; les résultats des procédures d'arbitrage et de conciliation du CIRDI (notamment d'autres informations sur des litiges réglés par des tribunaux arbitraux) ; la nationalité et l'origine géographique des arbitres, conciliateurs et membres des comités ad hoc désignés dans les procédures du CIRDI ; ainsi que les résultats des procédures d'annulation au titre de la Convention du CIRDI. Le rapport est disponible sur : <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestT=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>

Événements

Octobre 3-7

GRUPE DE TRAVAIL II DE LA CNUDCI, DE 2000 AU PRÉSENT : ARBITRAGE ET CONCILIATION, 54ÈME SESSION, New York, <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>

Octobre 11

ALTERNATIVES AU DIFFÉREND POUR LA SOCIÉTÉ CIVILE, CENTRE INTERNATIONAL POUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ET ASSOCIATION AMÉRICAINE D'ARBITRAGES, Dublin, Irlande, <http://www.aaaonline.org/courseSection.aspx?course=297>

Octobre 17-19

CINQUIÈME FORUM ANNUEL POUR LES NÉGOCIATEURS DANS LE DOMAINE DE L'INVESTISSEMENT DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT, Kampala, Ouganda, investmentlaw@iisd.org

Octobre 26-27

SIXIÈME CONFÉRENCE DE COLUMBIA SUR L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL : L'EXPLOSION DES RESSOURCES ET DE L'IDE EN AFRIQUE, Faculty House, Université de Columbia, New York, <http://www.vcc.columbia.edu/content/sixth-columbia-international-investment-conference-resource-boom-and-fdi-africa>

Novembre 4-6

COMPÉTITION INTERNATIONALE D'ARBITRAGE FICTIF SUR L'INVESTISSEMENT DIRECT ÉTRANGER 2011, Londres, Royaume-Uni, www.fdimoot.org/2011/

Novembre 8

SIXIÈME CONFÉRENCE ANNUELLE SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL, Washington D.C., États-Unis, <http://www.wcl.american.edu/arbitration/annuallecture.cfm>

Novembre 16

PROBLÈMES SAILLANTS DANS LES ARBITRAGES INTERNATIONAUX, Washington D.C., États-Unis, www.wcl.american.edu/arbitration

28-31 Mars 2012

106ÈME RÉUNION ANNUELLE DE L'ASIL – FAIRE FACE À LA COMPLEXITÉ, SOCIÉTÉ AMÉRICAINE DE DROIT INTERNATIONAL, Washington, D.C., États-Unis, <http://www.asil.org/annual-meeting.cfm>



© 2011 Institut international du développement durable (IIDD)

Publié par l'Institut international du développement durable

Les documents de l'IIDD, y compris les images, ne peuvent être publiés de nouveau sans l'autorisation écrite expresse de l'Institut. Pour obtenir l'autorisation, veuillez contacter info@iisd.ca et inclure une liste des renseignements que vous souhaitez publier de nouveau ou un lien y conduisant.

L'IIDD contribue au développement durable en formulant des recommandations sur les politiques concernant le commerce les investissements internationaux, les politiques économiques, les changements climatiques, la mesure et l'évaluation, la gestion des ressources naturelles, et le rôle habilitant des technologies de l'information dans ces domaines. Nous rendons compte des négociations internationales et partageons le savoir que nous avons acquis lors de projets collaboratifs. Cela se traduit par une recherche plus rigoureuse, un développement des capacités dans les pays en développement, des réseaux de meilleure qualité entre le Nord et le Sud ainsi que de meilleures connexions à l'échelle mondiale entre les chercheurs, praticiens, citoyens et décideurs.

L'IIDD a pour vision un mieux-vivre durable pour tous, et pour mission d'assurer un avenir durable aux sociétés en favorisant l'innovation. L'IIDD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, et visé par l'alinéa 501(c)(3) de l'Internal Revenue Code des États-Unis. Il bénéficie de subventions de fonctionnement de base du gouvernement du Canada, qui lui sont versées par l'Agence canadienne de développement international (ACDI), le Centre de recherche pour le développement international (CRDI) et Environnement Canada, ainsi que du gouvernement du Manitoba. Des fonds de projets lui sont également accordés par différents gouvernements, au Canada comme à l'étranger, des organismes des Nations Unies, des fondations et des entreprises privées.

ITN Quarterly reçoit volontiers les soumissions de travaux originaux non publiés. Les demandes doivent être adressées à Damon Vis-Dunbar à itn@iisd.org

Pour souscrire à ITN Quarterly, veuillez vous rendre à la page :
https://lists.iisd.ca/read/all_forums/subscribe?name=itn-english

L'Institut international de développement durable
Maison internationale de l'environnement 2
9, Chemin de Balaxert,
5ème étage, 1219 Châtelaine,
Genève, Suisse

Tel: +41 22 917-8748
Fax: +41 22 917-8054
Email: dvis-dunbar@iisd.org