



Assemblée générale

Distr. générale
17 juillet 2017
Français
Original : anglais

Soixante-douzième session

Point 73 b) de l'ordre du jour provisoire*

Promotion et protection des droits de l'homme :
questions relatives aux droits de l'homme, y compris
les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif
des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Les effets de la dette extérieure et des obligations financières internationales connexes des États sur le plein exercice de tous les droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels

Note du Secrétaire général

Le Secrétaire général a l'honneur de transmettre à l'Assemblée générale le rapport de l'Expert indépendant chargé d'examiner les effets de la dette extérieure et des obligations financières internationales connexes des États sur le plein exercice de tous les droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels, Juan Pablo Bohoslavsky, établi en application des résolutions 25/16 et 34/3 du Conseil des droits de l'homme.

* A/72/150.



Rapport de l'Expert indépendant chargé d'examiner les effets de la dette extérieure et des obligations financières internationales connexes des États sur le plein exercice de tous les droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels

Résumé

Dans le présent rapport, l'Expert indépendant chargé d'examiner les effets de la dette extérieure et des obligations financières internationales connexes des États sur le plein exercice de tous les droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels, étudie les incidences que peuvent avoir sur les droits de l'homme les différends relatifs à la dette soumis au système d'arbitrage en matière d'investissement international et pose la question de savoir si, sous l'angle des droits de l'homme, l'arbitrage d'investissement constitue une solution appropriée pour régler les différends dans le contexte de restructurations de dettes.

En l'absence de cadre international permettant de régler les restructurations de dettes souveraines, l'arbitrage d'investissement a depuis peu été perçu comme un moyen dont pourraient user les créanciers inflexibles et les fonds vautours pour obtenir l'exécution de titres de dettes souveraines. L'arbitrage d'investissement est cependant un système qui a été créé dans le but d'assurer la sécurité juridique des investissements étrangers directs et de contribuer au développement économique; il n'a pas vocation à faire respecter des obligations financières, encore moins à offrir une voie de recours à des fonds spéculatifs ou à des créanciers peu coopératifs. Pourtant, la plupart des tribunaux d'arbitrage en matière d'investissement se sont jusqu'à présent déclarés compétents pour examiner les litiges portant sur des dettes souveraines. Le fait qu'ils soient prêts à traiter ces dossiers pourrait encourager les fonds vautours et les créanciers inflexibles à utiliser ce mode de règlement, de sorte que les restructurations de dettes risquent de traîner en longueur et de s'avérer plus coûteuses et plus difficiles.

Les traités d'investissement bilatéraux ne contiennent le plus souvent aucune disposition expressément relative aux droits de l'homme et les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissement se sont montrés assez réticents à invoquer avec autorité les droits de l'homme dans leurs décisions. Bien que quelques rares sentences fassent ici exception, la prise en compte de ces questions dans l'arbitrage en matière d'investissement international est restée assez marginale. Compte tenu des vastes et profondes répercussions des crises liées à la dette sur les droits de l'homme, il serait dangereux de voir les traités d'investissement bilatéraux être instrumentalisés pour régler des différends relatifs à des dettes souveraines.

Au moment où la communauté internationale déploie des efforts considérables pour prévenir ou limiter au maximum les litiges émanant de créanciers implacables, l'arbitrage d'investissement peut offrir à ces derniers un nouveau moyen de mettre en place des stratégies déstabilisantes. Le système actuel d'arbitrage en matière d'investissement pourrait dès lors compromettre la reprise économique et fragiliser le financement par les États des services publics ainsi que des institutions chargées de mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels et de protéger les droits civils et politiques.

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	3
II. Les traités d'investissement bilatéraux : des instruments aux origines et aux objectifs aux antipodes de la problématique de la dette	7
III. La législation relative aux investissements et les droits de l'homme : une vue excessivement étroite	10
IV. Les différends portant sur la dette dans l'arbitrage d'investissement	13
V. Les traités d'investissement bilatéraux, les restructurations de dettes et les droits de l'homme	18
VI. Conclusions et recommandations	21
A. Conclusions	21
B. Recommandations	24

I. Introduction

1. Les traités bilatéraux d'investissement, qui assurent la sécurité juridique des investissements étrangers directs, se heurtent quelquefois aux obligations qu'ont les États de protéger les droits de l'homme. Si ces investissements peuvent, dans certaines conditions, offrir des avantages économiques et sociaux, lesdits traités entravent souvent la capacité des États à mettre en place une réglementation nationale en ce qui concerne les normes du travail ainsi que les droits à la santé, à l'alimentation, à l'eau et à l'assainissement, et exposent les États à des demandes d'indemnisation de la part des investisseurs privés et publics. Ils peuvent ainsi modérer sensiblement l'ardeur des États à réglementer comme il se doit l'activité économique sur leur territoire. Les traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux ont également suscité quelques inquiétudes quant au droit à la participation du public, beaucoup de ces textes ayant été négociés en secret. L'arbitrage d'investissement a par ailleurs essuyé des critiques d'ordre procédural : d'aucuns lui reprochent son manque de transparence, regrettent que les personnes concernées ne soient pas représentées et dénoncent l'absence de contrôle juridictionnel.

2. L'auteur du présent rapport s'est intéressé à un aspect particulier de l'arbitrage d'investissement, à savoir l'utilisation qui en est faite pour obtenir le règlement de créances à l'occasion de restructurations de dettes et les retombées qui en résultent sur le plan des droits de l'homme¹. Le rapport analyse les incidences que peuvent avoir sur les droits de l'homme les différends relatifs à la dette soumis au système d'arbitrage sur l'investissement international et aborde la question de savoir si les traités d'investissement bilatéraux sont susceptibles de résoudre ou, au contraire, d'aggraver les problèmes liés aux crises de la dette souveraine pour les États débiteurs. La question centrale à laquelle il tente de répondre est de déterminer si, du point de vue des droits de l'homme, l'arbitrage d'investissement constitue une solution appropriée pour régler les différends dans le contexte de restructurations de dettes².

3. En cas de défaillance, les États doivent déterminer comment gérer les remboursements de leur dette tout en veillant à ce que les droits de l'homme soient respectés sur leur territoire. Compte tenu de leurs ressources limitées, les États peuvent choisir de donner entièrement priorité au remboursement de la dette et de cesser de financer les services publics, ou, à l'inverse, tenter de continuer à fournir ces services sans honorer intégralement leur dette. Les deux approches sont susceptibles d'entamer la capacité de l'État à respecter, protéger et remplir ses obligations relatives aux droits de l'homme. De toute évidence, ni l'une ni l'autre de ces options ne sont généralement appliquées en termes absolus : les États ne peuvent décider unilatéralement de faire purement et simplement table rase de leurs dettes en invoquant de graves difficultés économiques, et les États disposés à demander de grands sacrifices à leurs concitoyens pour rembourser la dette s'efforceront bien souvent d'épargner à la population les conséquences trop lourdes des mesures de consolidation budgétaire.

4. Dans les faits, on constate que l'insolvabilité ou le manque de liquidités d'un État précipite généralement l'ouverture de négociations entre les débiteurs et les créanciers, qui finissent par s'entendre sur la portée et l'ampleur de la réduction ou

¹ L'Expert indépendant remercie M. Edward Guntrip, de l'Université du Sussex, pour les travaux de recherche qu'il a menés aux fins du présent rapport.

² Cette analyse consacrée aux traités d'investissement bilatéraux vient compléter les rapports établis par d'autres spécialistes des droits de l'homme sur cette même question. Voir les documents A/HRC/19/59/Add.5, A/69/299, A/70/301, A/HRC/33/42, A/HRC/30/44 et A/HRC/33/40.

du réaménagement de la dette et sur les conditions des réformes économiques. S'il est d'une importance capitale de rétablir un niveau d'endettement soutenable, on ne saurait pour autant considérer qu'il serait légitime d'y répondre en traitant les créanciers de façon arbitraire ou en faisant fi des droits fondamentaux des citoyens³. En revanche, la gamme de comportements abusifs, discriminatoires ou de mauvaise foi dont peuvent user les débiteurs et les créanciers avant, pendant et après les défaillances est très riche. Trouver, dans ces situations qui évoluent rapidement, le point d'équilibre entre les différentes normes juridiques applicables constitue un exercice hautement complexe et délicat.

5. Si des progrès ont récemment été réalisés grâce à l'Assemblée générale sur le terrain des « Principes fondamentaux des opérations de restructuration de la dette souveraine » (voir la résolution 63/319), le fait que la plupart des pays développés n'aient pas appuyé ce texte montre que la communauté internationale ne parvient toujours pas à mettre en place un cadre juridique et institutionnel solide, global et durable qui puisse régler correctement le problème des restructurations de dettes. En raison de cette lacune, la coordination entre les créanciers, de même qu'entre les créanciers et les débiteurs, est devenu un parcours semé d'embûches avec, à l'arrivée, des résultats imprévisibles. La crise financière mondiale de 2008 et la crise de la dette souveraine, qui touche encore plusieurs pays, ont mis à plus rude épreuve encore l'architecture financière internationale et fait ressortir ses faiblesses⁴.

6. Le problème le plus courant que l'on rencontre dans ce contexte est le suivant : si la totalité des créanciers n'accepte les conditions que propose l'État débiteur pour régler sa dette, certains peuvent décider d'y faire opposition dans l'espoir d'obtenir un résultat plus profitable par la suite. Ces créanciers inflexibles peuvent considérablement ralentir le processus de restructuration de la dette souveraine. Aussi longtemps que leur dette demeure impayée, les États ont du mal à avoir accès aux marchés; qui plus est, la perte de confiance dans la capacité d'un État à rembourser sa dette et à surmonter la crise financière risque fort d'entraîner un exode de capitaux. Un allongement des délais peut par conséquent aggraver la crise financière et économique et nécessiter au final l'application de décotes plus élevées. Les créanciers implacables peuvent donc peser lourdement sur les restructurations de dettes souveraines qui, sans eux, obéiraient à l'intérêt général. Les risques de voir des processus de restructuration de dettes se prolonger sans que l'on puisse en prédire les résultats ont créé un marché pour les fonds spéculatifs qui cherchent à exploiter la situation en rachetant à bas prix des créances impayées à des porteurs d'obligations en difficulté pour ensuite tenter de faire respecter les clauses de l'instrument d'emprunt de manière à optimiser leur retour sur investissement (ce que l'on appelle les « fonds vautours »)⁵.

7. Étant donné le vide juridique et institutionnel en la matière, et compte tenu surtout de l'intense activité des fonds vautours sur les marchés de dettes souveraines, les créanciers se sont mis en quête, ces dernières années, d'autres moyens qui leur permettraient de protéger leurs droits contractuels. L'une des solutions qui leur est apparue a été de soumettre les différends en la matière à

³ Voir Juan Pablo Bohoslavsky et Mathias Goldmann, « An Incremental Approach to Sovereign Debt Restructuring: Sovereign Debt Sustainability as a Principle of Public International Law », *Yale Journal of International Law*, tome 41, n° 2 (2016), ainsi que le document A/70/275.

⁴ Christian J. Tams, Stephan W. Schill et Rainer Hofmann, « International investment law and the global financial architecture: identifying linkages, mapping interaction », in *International Investment Law and the Global Financial Architecture*, Christian J. Tams, Stephan W. Schill et Rainer Hofmann (dir.) (Cheltenham, Gloucestershire, Edward Elgar Publishing, 2017)

⁵ Voir la résolution 27/30 du Conseil des droits de l'homme, ainsi que les documents A/HRC/33/54 et A/HRC/14/21.

l'arbitrage international prévu dans le cadre des traités bilatéraux d'investissement⁶. L'idée, pour simplifier, est que les créanciers fassent valoir, dans le contexte des crises de la dette, la législation encadrant les investissements étrangers afin de protéger leur droit à être remboursés et de solliciter à cet effet le recours à l'arbitrage international. Mais cette solution qui pourrait à première vue sembler pratique peut en réalité s'avérer très problématique sous l'angle des droits de l'homme et de la viabilité de la dette.

8. Le fait pour un État de se soumettre simultanément au régime international de protection des droits de l'homme et à celui régissant les investissements internationaux peut placer les autorités face à un dilemme qui se pose en des termes très concrets lorsque cet État est visé par des recours engagés sur chacun de ces deux fronts : soit l'État est accusé de ne pas prendre les mesures qu'exigent les traités relatifs aux droits de l'homme, soit il choisit d'assumer en priorité ses obligations au regard des droits de l'homme et porte ainsi atteinte aux intérêts des investisseurs. Ce dilemme se trouve, dans une certaine mesure, exacerbé par la pratique qu'ont pris l'habitude de suivre les tribunaux d'arbitrage chargés d'interpréter et d'appliquer les traités d'investissement bilatéraux : ils accordent à ces derniers une importance primordiale et n'ont reconnu que depuis peu, dans certaines de leurs décisions, le rôle potentiel du droit relatif aux droits de l'homme⁷. Cette dissociation a eu pour effet que certains textes réglementaires nationaux visant à protéger les droits de l'homme ont été jugés contraires aux traités d'investissement bilatéraux. Les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissement ont sévèrement sanctionné certains États aux prises avec de graves problèmes financiers, réduisant plus encore leur marge de manœuvre budgétaire, déjà fort étroite⁸.

9. Le présent rapport comporte cinq autres chapitres. Dans le chapitre II, l'Expert indépendant explique quand, comment et pourquoi est née la législation encadrant la protection des investissements étrangers, dont il souligne qu'elle a pour objectif premier de garantir à toutes les parties prenantes une sécurité juridique en cas

⁶ Depuis 2005, les créanciers ont formé quatre recours devant les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissement en vue de faire appliquer des clauses d'obligations souveraines (*Abaclat et autres c. Argentine*, CIRDI, affaire n°ARB/07/5, décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011; *Ambiente Ufficio et autres c. Argentine*, CIRDI, affaire n°ARB/08/9, décision sur la compétence et la recevabilité, 8 février 2013; *Alemanni et autres c. Argentine*, CIRDI, affaire n°ARB/07/8, décision sur la compétence et la recevabilité, 17 novembre 2014; *Poštová Banka, a.s. et Istrokapital c. République hellénique*, CIRDI, affaire n°ARB/13/8, sentence du 9 avril 2015.

⁷ Voir le dispositif de la sentence prononcée par le CIRDI le 12 mai 2005 dans l'affaire n°ARB/01/8 *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*. L'Argentine avait fait valoir le statut constitutionnel des traités relatifs aux droits de l'homme – inscrits dans sa Constitution – pour justifier leur application dans l'affaire en question. Au paragraphe 121, le tribunal a indiqué que l'examen des points soulevés par les parties n'affecterait pas les droits fondamentaux. Voir également l'affaire *Bernhard von Pezhold c. Zimbabwe*, CIRDI, affaire n°ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015, ordonnance de procédure n°2 du 26 juin 2012, dans laquelle le tribunal a rejeté les conclusions d'un mémoire d'*amicus curiae* au motif que les droits des autochtones étaient sans rapport avec la requête, invoquant ensuite, au profit de l'investisseur étranger, l'interdiction de la discrimination raciale.

⁸ Voir *Saur International SA c. République d'Argentine*, CIRDI, affaire n°ARB/04/4, décision sur la compétence et la responsabilité, 6 juin 2012; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA c. République d'Argentine*, CIRDI, affaire n°ARB/03/19, décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010. Voir aussi Juan Pablo Bohoslavsky et Juan Justo, « The Conventionality Control of Investment Arbitrations: enhancing Coherence Through Dialogue », *Transnational Dispute Management*, tome 10, n°1, 2013. Sur la question plus générale de la perte croissante de marge de manœuvre politique qu'ont entraînée, ces 15 dernières années, les accords de libre-échange et les traités d'investissement bilatéraux, voir Rick Rowden, « The case for policy space », *The Mint*, Bulletin n°2 (juin 2017).

d'investissements directs, mais qu'elle ne saurait être considérée comme un régime juridique ayant vocation à régler les questions de dettes publiques et privées. Dans le chapitre III, il porte un regard critique sur l'interprétation restrictive de la législation en vigueur qu'appliquent le plus souvent les tribunaux compétents en s'abstenant d'attacher une réelle importance au droit des droits de l'homme dans les différends dont ils sont saisis. Dans le chapitre IV, il s'intéresse à la manière dont les traités d'investissement bilatéraux et les règles en matière d'investissements sont ou pourraient être mis à profit pour résoudre des différends portant sur les dettes souveraines, et considère qu'ils négligent les conséquences plus larges des restructurations de ces dettes. Dans le chapitre V, il approfondit la mise en perspective du recours à l'arbitrage en s'intéressant de plus près aux effets pervers que peut entraîner, sur le plan des droits de l'homme, l'utilisation des traités d'investissement bilatéraux pour gérer les restructurations de la dette. Le chapitre VI tire les principales conclusions du rapport et formule des recommandations.

II. Les traités d'investissement bilatéraux : des instruments aux origines et aux objectifs aux antipodes de la problématique de la dette

10. Les investissements étrangers directs désignent pour l'essentiel les opérations par lesquelles un individu ou une entreprise (l'investisseur étranger) ressortissant d'un État (l'État d'origine) transfère des avoirs vers sur le territoire d'un autre État (l'État d'accueil) en vue d'en tirer un avantage économique à long terme⁹. À l'époque où les traités d'investissement bilatéraux n'existaient pas, les investisseurs étrangers étaient couverts, en tant qu'étrangers dans l'État d'accueil, par les règles minimales du droit international coutumier qui leur étaient appliquées dans le cadre de la protection diplomatique. Ce système leur donnait peu de garanties. Outre que le seuil à partir duquel il pouvait être conclu à une violation des règles du droit coutumier était placé très haut, la question de savoir si l'État d'accueil admettait de prendre en considération le recours intenté par l'investisseur étranger dans le cadre de la protection diplomatique était laissée à l'entière discrétion des autorités de ce pays et faisait l'objet de pressions politiques.

11. Dans le sillage de la décolonisation, des traités visant à protéger les investisseurs étrangers ont été mis en place. Mécontents de l'exploitation économique dont ils avaient fait l'objet durant la période coloniale, de nombreux États nouvellement décolonisés se sont opposés au maintien des contrats de concession passés auparavant avec ceux qui étaient à présent des investisseurs étrangers¹⁰. Afin d'affirmer leur indépendance économique (en plus de leur indépendance politique), ces États nouvellement décolonisés ont commencé par exproprier les investissements détenus par des étrangers. Dans la foulée, et face à l'incertitude juridique suscitée par les débats tenus au sein de l'Organisation des Nations Unies concernant les droits des investisseurs étrangers, des traités d'investissement bilatéraux ont été conclus dans le but précisément d'offrir des garanties en la matière. Il convient de rappeler que le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a été créé en 1965 par la Banque mondiale, qui entendait ainsi se doter d'un instrument propre à encourager les investissements étrangers. Par la suite, avec la mise en œuvre du

⁹ Voir la *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux*, 4^e édition (Paris, OCDE, 2008).

¹⁰ Voir Edward Guntrip, « Self-determination and foreign direct investment: re-imagining sovereignty in international investment law », *International and Comparative Law Quarterly*, tome 65, n°4 (octobre 2016).

Consensus de Washington et la promotion des investissements étrangers au plan mondial, les traités d'investissement bilatéraux sont devenus un moyen couramment utilisé pour protéger les investisseurs étrangers. Au fil des 25 dernières années, ils se sont ancrés dans le droit international, dont ils constituent à présent le principal pilier en termes de protection des investissements étrangers directs. Actuellement, le régime qui régit les investissements internationaux comprend près de 3 000 traités d'investissement bilatéraux et plus de 350 traités multilatéraux comportant des dispositions relatives aux investissements.¹¹

12. Dans ce contexte, il n'est guère surprenant que les arbitres s'en soient longtemps remis à la jurisprudence *Salini*¹² pour déterminer si une transaction pouvait être considérée comme un investissement étranger direct aux fins de l'article 25 de la Convention du CIRDI pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Au regard de cette jurisprudence, pour qu'une transaction soit qualifiée comme telle, il faut que l'on soit en présence d'un apport de capitaux ou de biens qui constitue un investissement à long terme, comporte un facteur de risque, soit réalisé sur le territoire de l'État d'accueil, fasse participer l'investisseur étranger à sa gestion et contribue au développement économique de l'État d'accueil. En général, ce que l'on appelle le « test Salini » a été correctement appliqué par les arbitres pour déterminer si une transaction donnée présentait les caractéristiques d'un investissement étranger direct, suivant en cela la Convention CIRDI sur laquelle il s'était initialement appuyé. Mais, faute de réformes substantielles des traités d'investissement bilatéraux, les arbitres sont désormais beaucoup plus enclins à considérer que lesdits traités protègent des obligations purement financières.

13. En théorie, les traités bilatéraux offrent une sécurité juridique aux investisseurs étrangers en ce qu'ils confèrent des garanties aux investisseurs et aux projets d'investissement, sous la forme à la fois de protections de fond et de droits procéduraux. Leur structure place l'État d'accueil devant des obligations envers l'État d'origine, dont l'investisseur étranger peut exiger l'exécution immédiate par l'État d'accueil. Les droits essentiels concédés indirectement à l'investisseur étranger ont trait à la protection de la propriété (dédommagement de l'expropriation), aux droits reconnus par la loi (traitement juste et équitable), à la sécurité (protection et sécurité pleines et entières) et à la non-discrimination (clauses de traitement national et de la nation la plus favorisée). Lorsqu'il souhaite engager des poursuites juridiques, l'investisseur étranger commence par déposer une requête fondée sur l'offre faite par l'État d'accueil de pouvoir recourir à tout moment à l'arbitrage (habituellement énoncée dans un traité d'investissement bilatéral ou dans la législation nationale).

14. Bien qu'ils aient principalement pour objet de protéger les investisseurs, les traités bilatéraux sont également des outils qui permettent d'exprimer des idéologies politiques et économiques. Dans les années 80 et 90, les termes de ces traités reflétaient le Consensus de Washington et ses politiques néolibérales. Ils suivaient, pour la répartition des investissements étrangers directs, une approche obéissant aux lois du marché et prévoyaient, pour attirer les investisseurs étrangers, des niveaux élevés de protection. Dans les années 90, lorsque l'Accord de libre-échange nord-américain a été mis en place, des litiges en matière d'investissements sont apparus entre les États développés, qui ont réagi en adoptant une interprétation plus

¹¹ Voir Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), international investment agreements navigator, disponible à l'adresse <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

¹² Voir *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc*, CIRDI, affaire n°ARB/00/4, décision sur la recevabilité, 23 juillet 2001.

restrictive des règles relatives à la protection des investissements, de façon à limiter les risques d'être visés par un recours. Depuis 2000, les dispositions des traités d'investissement bilatéraux ont été progressivement ajustées pour tenir compte des évolutions tant juridiques que politiques¹³.

15. La structure des traités d'investissement bilatéraux repose sur deux postulats. Le premier est que l'investisseur étranger a besoin de la protection de l'État d'accueil durant la phase qui suit la réalisation de l'investissement. Une fois que l'investisseur étranger a investi dans l'État d'accueil, il est soumis à l'exercice du pouvoir souverain de ce dernier, qui pourrait en faire usage de façon arbitraire ou discriminatoire. Compte tenu de l'ampleur et de la durée des projets d'investissements étrangers directs, tout comportement potentiellement néfaste de l'État d'accueil génère des risques. Les clauses relatives à la protection en matière d'investissement visent à limiter au maximum ces risques en donnant à l'investisseur étranger la possibilité de contester l'exercice de la puissance publique s'il l'estime contraire auxdites clauses. Le deuxième postulat est lié au premier. Pour attirer les investisseurs étrangers sur leur territoire, les États doivent offrir des garanties qui portent à croire qu'ils n'envisagent pas d'agir de manière arbitraire ou discriminatoire. En théorie, plus le niveau de ces garanties étatiques est élevé, moins les risques que prend l'investisseur étranger sont grands et plus l'État concerné apparaît comme un lieu propice aux investissements étrangers. Ce postulat est cependant discutable, si l'on en juge par les études empiriques des flux d'investissements étrangers directs¹⁴.

16. Les traités d'investissement bilatéraux prévoient une forme particulière de règlement des litiges, à savoir l'arbitrage d'investissement. Celui-ci était censé être, à sa création, un moyen apolitique permettant de contester, par une saisine des tribunaux de l'État d'accueil, ce qui serait perçu comme une inégalité. Calquées sur l'arbitrage commercial international et les formes traditionnelles d'arbitrage interétatique, ses procédures peuvent être régies par des règles spécialement adaptées à l'arbitrage en matière d'investissements ou par les règles procédurales qui régissent l'arbitrage commercial international. Comme pour l'arbitrage commercial international et l'arbitrage interétatique, les arbitres appelés à statuer sur les litiges relatifs à des investissements sont désignés par les parties pour les besoins de la cause. En outre, dans le droit fil des pratiques en usage dans les deux formes d'arbitrage précitées, la tradition veut que l'arbitrage d'investissement soit confidentiel. Les aspects privés de l'arbitrage d'investissement ont évolué pour tenir compte du fait qu'il s'agit d'une question d'intérêt public. Diverses initiatives ont cherché à amener les citoyens à participer davantage à l'arbitrage d'investissement: l'accent a notamment été mis sur la nécessité d'une plus grande transparence et sur la possibilité de présenter des mémoires d'*amicus curiae* qui puissent faire valoir l'intérêt général.

17. Il faut cependant bien voir que les tierces parties concernées, telles que les populations qui résident dans les zones visées par les investissements étrangers, n'ont souvent pas de compétences suffisantes dans le domaine de l'arbitrage

¹³ Voir Edward Guntrip, « Systemic integration and international investment law » in *Select Proceedings of the European Society of International Law*, tome 3, 2010, James Crawford et Sarah Nouwen (dir.) (Oxford, Hart Publishing 2012).

¹⁴ Voir, par exemple, Mary Hallward-Driemeier, « Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit and they could bite », in *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Karl P. Sauvant et Lisa E. Sachs (dir.) (Oxford, Oxford University Press, 2009); Lauge Skovgaard Poulsen, « The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance: revisiting the evidence », in *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010*, Karl P. Sauvant, dir. (Oxford, Oxford University Press, 2010).

d'investissement et n'ont que peu de possibilités d'y prendre part. Les procédures d'arbitrage se tiennent la plupart du temps à huis clos, ce qui empêche les tiers concernés de suivre l'arbitrage. Si les mémoires d'*amicus curiae* sont devenus un moyen de prendre en considération les intérêts publics dans l'arbitrage d'investissement, ils n'ont pas réussi à combler le déficit de légitimité dont souffre aujourd'hui le système du droit international en matière d'investissement.

18. En résumé, compte tenu du fait que les investissements dont il est ici question se font sur le long terme et étant donné les coûts élevés que doivent supporter les investisseurs étrangers, il a été jugé nécessaire de faire bénéficier ces derniers des clauses de protection énoncées dans les traités bilatéraux. Malgré toutes ses imperfections notables, ce système a été imaginé pour résoudre des problèmes liés à des investissements directs, et non à des transactions financières. Au demeurant, le préambule même de la Convention CIRDI n'a jamais cherché à protéger, par exemple, les fonds spéculatifs, en ce qu'il indique que le but de cette convention est de favoriser le développement économique en encourageant les investissements privés¹⁵.

19. En outre, même si l'on considère qu'un grand nombre de traités bilatéraux portent non seulement sur des investissements étrangers directs, mais aussi sur des investissements de portefeuille, il est frappant de constater que l'interprétation large desdits traités consistant à prétendre que les différends relatifs à la dette doivent, dans le contexte de sa restructuration, être soumis à l'arbitrage d'investissement revient à éluder toute l'architecture financière mondiale et à contourner les normes juridiques pertinentes : est-il légitime que des institutions financières multilatérales, que des représentants des créanciers publics et privés et que les contribuables ne soient pas même entendus lorsque l'on met en place un processus qui doit aboutir à une restructuration de la dette, ou qu'un tribunal d'investissement qui traite de ce type d'affaires ne prenne pas en considération des principes tels que la viabilité de la dette?

III. La législation relative aux investissements et les droits de l'homme : une vue excessivement étroite

20. Bien que les traités d'investissement bilatéraux et l'arbitrage d'investissement aient vu leur portée s'étendre à un certain nombre de domaines économiques et sociaux sensibles qui touchent aux droits de l'homme, les traités relatifs à ces droits fondamentaux n'ont guère pesé d'un grand poids, jusqu'ici, dans les décisions rendues par les arbitres¹⁶. Les tribunaux d'arbitrage ont quelquefois évoqué les obligations relatives aux droits de l'homme, mais il est rare qu'ils les appliquent directement. Cela tient sans doute à une conception étriquée de ce qu'il convient de considérer comme le droit applicable.

21. Cette situation s'explique notamment par le fait que les traités d'investissement bilatéraux ne font, aujourd'hui encore, quasiment aucune référence explicite aux droits de l'homme. Certains rappellent aux investisseurs qu'ils se doivent de respecter les droits essentiels des travailleurs énumérés dans la déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail¹⁷. Mais

¹⁵ Voir Alex Grabowski, « The definition of investment under the ICSID Convention: a defense of Salini », *Chicago Journal of International Law*, tome 15, n°1 (2014).

¹⁶ Voir Susan Karamanian, « The place of human rights in investor-state arbitration », *Lewis & Clark Law Review*, tome 17, n°2 (2013); Pierre-Marie Dupuy *et al.* (dir.), *Human Rights in International Investment Arbitration* (Oxford, Oxford University Press, 2009).

¹⁷ Voir, par exemple, l'article 13 du traité d'investissement bilatéral type établi par les États-Unis en 2012.

aucun des traités types utilisés par l'Allemagne, la Chine, la France, les États-Unis d'Amérique ou le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ne mentionne les droits de l'homme. Certes, les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (A/HRC/17/31) soulignent que « les États devraient maintenir une marge d'action nationale suffisante pour satisfaire à leurs obligations en matière de droits de l'homme lorsqu'ils poursuivent des objectifs politiques à caractère commercial avec d'autres États ou des entreprises, par exemple par le biais de traités ou de contrats d'investissement », mais la grande majorité des traités d'investissement bilatéraux en vigueur ne comportent pas de garanties visant explicitement à protéger les droits de l'homme.

22. L'absence de dispositions expresses concernant les droits de l'homme dans les traités d'investissement ne devrait pas empêcher les arbitres d'appliquer le droit international des droits de l'homme. Premièrement, les États peuvent, pour justifier les mesures mises en place en vue de protéger les droits de leur population, s'appuyer sur des dispositions figurant dans de nombreux traités d'investissement qui préservent leurs pouvoirs de réglementation, à l'image des clauses générales présentes dans certains traités d'investissement qui autorisent l'État d'accueil à prendre des mesures pour défendre la sécurité, la vie humaine, les droits des travailleurs, la santé publique ou l'environnement¹⁸. Deuxièmement, la législation relative aux investissements internationaux fait partie du droit international public et devrait, en tant que telle, tenir compte des autres obligations qui y sont inscrites, notamment les droits de l'homme. En effet, aux termes de l'article 31.3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de l'article 42 de la Convention CIRDI et des clauses générales reprises dans de nombreux traités d'investissement bilatéraux, les arbitres devraient non seulement prendre en considération le texte des traités, mais aussi « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». C'est d'ailleurs pour cette raison que d'aucuns voient dans l'article 31.3 c) de la Convention de Vienne un élément important qui pourrait servir de base pour intégrer systématiquement les droits de l'homme dans l'arbitrage d'investissement¹⁹.

23. Des instruments fondamentaux relatifs aux droits de l'homme tels que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont été ratifiés par un très grand nombre de pays. Le plus souvent, ces traités font partie du droit international applicable à chacun des États parties au traité d'investissement bilatéral, ce qui permettrait aux tribunaux d'arbitrage de se pencher sur les questions touchant aux droits de l'homme dans le cadre des litiges portant sur des investissements. Pour les États qui ne seraient pas parties à un traité relatif aux droits de l'homme, on pourrait faire valoir le principe que les normes fondamentales en matière de droits de l'homme sont réputées créer des obligations *erga omnes* (envers chacun), qui lient tous les États, en ce que la protection de ces droits relève d'un intérêt universel et indéniable. Leur applicabilité ne souffre donc aucune exception. Les investisseurs ne peuvent raisonnablement s'attendre à ce que des traités bilatéraux ayant une valeur instrumentale les mettent à l'abri d'obligations *erga omnes* ancrées dans des traités multilatéraux fondamentaux relatifs aux droits de l'homme.

24. Les traités multilatéraux qui régissent les droits de l'homme exigent que les obligations qu'ils établissent soient largement reconnues; on voit mal, dans ces conditions, comment un État signataire d'un traité d'investissement bilatéral

¹⁸ Voir, par exemple, les articles 10 et 11 du traité d'investissement bilatéral type établi par le Canada en 2004.

¹⁹ Voir Bruno Simma, « Foreign investment arbitration: a place for human rights? », *International and Comparative Law Quarterly*, tome 60, n°3 (juillet 2011).

pourrait se mettre dans une position qui serait contraire à des obligations que la communauté internationale dans son ensemble est tenue de respecter. Dès lors que le conflit normatif dont il est ici question est au cœur de la relation entre les investisseurs et les États d'accueil débiteurs, il faut tendre à une intégration systémique du droit international. L'approche qui sous-tend ces normes, axée sur une prise en compte mûrement réfléchie, nécessite que l'on soit prêt à interpréter « les différentes logiques de divers pans de la réglementation financière », étant donné que les politiques monétaires, fiscales, bancaires et les politiques de développement sont intrinsèquement liées²⁰.

25. Lorsque le règlement d'un différend entre un État et un investisseur met en cause des droits fondamentaux, le tribunal arbitral doit prendre en compte l'interaction des deux régimes juridiques qui interviennent dans son analyse sans évacuer ni l'un ni l'autre. Pour gérer convenablement cette interaction, il faut s'efforcer avant tout de trouver des interprétations des traités d'investissement bilatéraux qui soient conformes aux obligations relatives aux droits de l'homme, et vice-versa. Il faut faire preuve de cohérence, afin d'éviter que ne se fragmente un ordre juridique international qui aspire à la légalité et, partant, à l'homogénéité. Si quelques tribunaux d'investissement ont dernièrement commencé à invoquer les droits de l'homme dans leurs décisions, cette pratique reste assez peu répandue et n'a pas encore vraiment trouvé sa place²¹.

26. Nombreux sont les tribunaux d'investissement qui se sont montrés réticents, dans les premiers temps, à étendre leur compétence aux droits de l'homme. Peut-être cela vient-il des attributions restreintes que possèdent ces juridictions, en particulier les tribunaux constitués conformément à la Convention CIRDI qui limite leur compétence à « tout différend d'ordre juridique en relation directe avec un investissement » (art. 25). Les tribunaux d'investissement ont toutefois fait peu de cas des droits de l'homme ou ont minimisé les risques de conflits entre les obligations conventionnelles issues des traités d'investissement bilatéraux et les instruments en matière de droits de l'homme²². D'autres tribunaux ont invoqué les droits de l'homme contre toute logique pour appuyer les requêtes d'investisseurs étrangers²³. La dernière décision en date qui a pris en considération les droits de l'homme dans un arbitrage d'investissement est celle rendue dans l'affaire *Urbaser c. Argentine*²⁴. Le tribunal d'investissement a cherché en l'espèce à voir comment les obligations liées aux droits de l'homme affectaient l'application concrète du principe de traitement juste et équitable à l'argument de nécessité opposé en défense et s'est déclaré compétent pour examiner une demande reconventionnelle fondée sur les droits de l'homme. Cette sentence est, en soi, celle qui va le plus loin dans la prise en compte des imbrications entre les droits de l'homme et le droit international en matière d'investissement. Elle atteste que certains arbitres peuvent être disposés à suivre, dans ces dossiers, une approche qui soit ouverte aux droits de l'homme. Elle est cependant discutable eu égard à la façon dont le tribunal a cherché à imposer à l'investisseur étranger des obligations directes en matière de droits de

²⁰ Voir Matthias Goldmann, « International investment law and financial regulation: towards a deliberative approach », in *International Investment Law and the Global Financial Architecture*.

²¹ Voir *Hesham T M Al Warraq c. République d'Indonésie*, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, sentence finale, 15 décembre 2014; *Philip Morris Brands Sàrl and Abal Hermanos S.A c. République orientale de l'Uruguay*, CIRDI, affaire n°ARB/10/7, 8 juillet 2016.

²² Voir, par exemple, *CMS Gas Transmission Company c. République d'Argentine*.

²³ Voir, par exemple, *Bernhard von Pezold c. Zimbabwe*.

²⁴ *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c. République d'Argentine*, CIRDI, affaire n°ARB/07/26, sentence, 6 décembre 2016.

l'homme²⁵. Aussi est-il difficile de déterminer, à ce stade, si cette sentence fera à l'avenir office de précédent pour amener l'arbitrage d'investissement à prendre pleinement en considération les normes en vigueur relatives aux droits de l'homme.

27. Si les droits de l'homme commencent donc à être reconnus comme des éléments des traités d'investissement bilatéraux qui méritent d'être pris en compte, leur ancrage est encore peu profond. Aussi l'invocation des droits de l'homme dans le domaine de la législation relative aux investissements internationaux demeure-t-elle marginale.

28. Les récents traités bilatéraux types commencent à mettre en place des règles plus souples concernant la protection des investissements, qui prennent en considération les droits de l'homme. Le traité d'investissement bilatéral type établi par l'Inde en 2016 comprend ainsi des dispositions qui visent à protéger les droits de l'homme et imposent des obligations aux États d'origine²⁶. Il reste à voir quel accueil les autres États réserveront à ce traité type. L'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne, qui doit encore être ratifié par ses États membres de l'Union, comporte lui aussi des références aux droits de l'homme dans son préambule. Le niveau de protection qu'offre l'Accord sur ce plan est néanmoins critiqué par certaines instances qui œuvrent en faveur des droits de l'homme²⁷.

29. Nonobstant ces évolutions, les traités d'investissement bilatéraux existants auront des effets contraignants pour les États sur une longue période et pourront continuer de s'appliquer même s'ils décident de s'en retirer, du fait de la présence de clauses d'extinction²⁸. Dans la grande majorité des futurs litiges en matière d'investissement, il n'y aura donc dans le texte des traités bilatéraux aucune disposition qui puisse forcer expressément un tribunal à examiner les obligations relatives aux droits de l'homme.

IV. Les différends portant sur la dette dans l'arbitrage d'investissement

30. À l'origine, les créanciers inflexibles se sont tournés vers l'arbitrage d'investissement pour tenter de faire respecter les clauses dont étaient assortis leurs instruments de dette souveraine. Bien que d'autres sentences eussent déjà établi que des transactions purement financières pouvaient être qualifiées d'investissements²⁹, la jurisprudence en la matière est principalement issue de la crise de la dette souveraine en Argentine³⁰. Les décisions rendues à cette occasion semblent indiquer,

²⁵ Voir Edward Guntrip, « *Urbaser v Argentina: the origins of a host state human rights counterclaim in ICSID arbitration?* » *EJIL : Talk!*, 10 février 2017.

²⁶ Voir les articles 12 1) v) et 13.

²⁷ Voir, par exemple, Commission nationale consultative des droits de l'homme (France), « Ne sacrifions pas les droits de l'homme aux intérêts commerciaux », 15 décembre 2016.

²⁸ C'est le cas pour des États comme la Pologne. Voir Agnieszka Zarowna, « Termination of BITs and sunset clauses – what can investors in Poland expect? », document consultable à l'adresse suivante : <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/02/28/booked-22-february-polish-bits/>.

²⁹ Voir, par exemple, *Fedax N.V. c. République du Venezuela*, CIRDI, affaire n°ARB/96/3, décision sur les objections de compétence, 11 juillet 1997; *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. République slovaque*, affaire n°ARB/97/4, décision sur les objections de compétence, 24 mai 1999 et 1^{er} décembre 2000.

³⁰ Voir *Alemanni et autres c. République d'Argentine*, CIRDI, affaire n°ARB/07/8, *Ambiente Ufficio et autres c. République d'Argentine*, et *Abaclat et autres c. République d'Argentine*. Bien que les obligations souveraines aient été achetées sur le second marché, un lien territorial a été établi étant donné que la seule mise à disposition de fonds à l'État d'accueil atteste de la présence d'instruments financiers sur le territoire (voir aussi la note 13).

en synthèse, que l'utilisation arbitraire par les États de leur puissance souveraine aux fins de modifier les conditions de leurs obligations financières envers les créanciers peut emporter violation d'un traité³¹. Il faut cependant bien comprendre par qui, comment et pourquoi ces clauses contractuelles ont été modifiées. Et l'on s'aperçoit alors, non sans amertume, que ces décisions, qui ont de multiples ramifications, ont été rendues sans même que l'on ait pris la peine de déterminer si les nouvelles clauses avaient obtenu l'accord de la majorité qualifiée des créanciers. Dans la mesure où il s'agissait de décisions portant davantage sur la compétence que sur le fond (encore que certaines de ces affaires aient été réglées une fois la compétence établie), il n'a pas été possible de voir si le tribunal arbitral aurait été prêt à examiner la question de savoir si sa décision laisserait une marge budgétaire suffisante à l'État emprunteur pour s'acquitter de ses obligations en matière de droits de l'homme à l'égard de sa propre population. Or ces décisions de compétence juridictionnelle peuvent inciter les créanciers inflexibles à ne pas participer au processus de restructuration de la dette, et à exiger au contraire le remboursement intégral de cette dernière en attaquant les débiteurs souverains devant les tribunaux d'arbitrage. Elles ont en fait posé de fâcheux précédents qui ne vont pas dans l'intérêt général, en ce qu'elles permettent à des créanciers minoritaires de contester, par la voie de l'arbitrage d'investissement, des restructurations de dettes approuvées par la majorité qualifiée des créanciers³².

31. Cela étant, dans l'affaire *Poštová Banka c. Grèce* (2015), le tribunal a estimé que les obligations souveraines n'entraient pas dans le champ d'application du traité d'investissement bilatéral conclu entre la Slovaquie et la Grèce, avançant pour principal argument que la dette souveraine contestée ne répondrait pas à la définition d'un investissement au sens dudit traité³³. Le tribunal a dès lors fait valoir qu'il n'avait pas compétence pour examiner la requête. Comparativement aux décisions relatives à l'Argentine évoquées dans le paragraphe précédent, celles rendues par les arbitres dans le dossier grec revêtent un caractère assez ambivalent qui est édifiant, car cela montre à quel point l'arbitrage d'investissement peut s'avérer incohérent.

32. En tout état de cause, ces décisions sont la preuve que la portée de l'arbitrage d'investissement s'est considérablement étendue et que les arbitres peuvent interpréter très largement les clauses des traités bilatéraux et restreindre ainsi des choix politiques d'une importance cruciale qui reviennent aux États. Elles font également ressortir, à en juger par le fait que ces tribunaux semblaient ignorer le contexte plus général dans lequel s'inscrit la dette souveraine, que l'arbitrage d'investissement ne tient souvent pas compte de facteurs qui dépassent la protection des investissements.

33. Si le tribunal d'arbitrage est déclaré compétent, les litiges en matière de dette souveraine peuvent entraîner l'établissement d'une responsabilité au regard des normes relatives à la protection des investissements. Aucune sentence arbitrale n'a été à ce jour rendue dans un litige de cette nature, de sorte que l'on ne sait trop quelle pourrait être l'approche des tribunaux. Parmi les interprétations susceptibles d'être retenues figurent celles exposées ci-après.

34. En vertu des clauses de la nation la plus favorisée et du traitement national que contiennent les traités d'investissement, l'État d'accueil ne peut exercer aucune

³¹ Charles N. Brower et Alexandra Goetz-Charlier, « International investment arbitration and the global financial system: are they 'yin' and 'yang' or like oil and water? », *International Investment Law and the Global Financial Architecture*.

³² Felipe Suescun de Roa, « Investor-state arbitration in sovereign debt restructuring: the role of holdouts », tome 30, n°2 (2013).

³³ Affaire CIRDI n°ARB/13/8, sentence, 9 avril 2015.

discrimination entre différents investisseurs étrangers ni entre investisseurs étrangers et investisseurs nationaux. Les clauses de traitement national pourraient donc contraindre l'État émetteur à ne pas accorder aux porteurs d'obligations étrangers un traitement moins favorable que celui réservé aux porteurs nationaux. La règle de la nation la plus favorisée pourrait contraindre l'émetteur à permettre aux porteurs étrangers de bénéficier du traitement le plus favorable qu'il accorde aux porteurs de pays tiers³⁴. Cela risquerait de poser problème, car les porteurs d'obligations ressortissants du pays émetteur se voient souvent réserver un meilleur traitement que les investisseurs étrangers afin de les pousser à injecter plus de capitaux dans l'économie nationale et d'empêcher les sorties de devises étrangères³⁵. La question de la responsabilité peut donc toujours se poser pour les traités d'investissement bilatéraux dont les annexes limitent les contentieux à ces clauses.

35. Les clauses d'expropriation que contiennent les traités d'investissement empêchent les États de s'emparer, directement ou indirectement, des biens d'un investisseur étranger à des fins publiques sans l'indemniser. D'aucuns diront que l'échange d'obligations donne lieu à une expropriation indirecte car ces titres perdent de leur valeur, ou qu'il peut décevoir les légitimes attentes de rétribution de l'investisseur. Les accords « à prendre ou à laisser » peuvent en particulier être à l'origine de manques à gagner non négligeables³⁶. La question de savoir si les droits contractuels sont sujets à expropriation reste ouverte³⁴. Par conséquent, il pourrait s'avérer difficile d'établir que la restructuration de la dette souveraine obéit à une finalité publique si le tribunal arbitral considère, comme cela a parfois été le cas, qu'il s'agit en l'espèce d'une transaction commerciale³⁷. À l'inverse, les actes de l'État peuvent faire l'objet de demandes d'expropriation³⁴.

36. Les échanges de dettes souveraines peuvent enfreindre la règle exigeant un traitement juste et équitable en ce qu'ils malmènent la stabilité du cadre juridique de l'État d'accueil; ils risquent également de porter atteinte aux attentes légitimes de créanciers³⁴. Les restructurations de dettes souveraines pourraient aussi ne pas offrir toute la transparence requise. Une approche qui opterait pour une solution « à prendre ou à laisser » pourrait ainsi s'avérer contraire aux garanties d'une procédure régulière et au principe de bonne foi. Compte tenu de l'interprétation relativement large donnée à la règle du traitement juste et équitable, le fait qu'un investisseur étranger ait raisonnablement nourri l'espoir d'une rétribution en se fondant sur le comportement de l'État serait un motif susceptible d'entraîner l'établissement d'une responsabilité.

37. Les clauses dites « à effet miroir » qui figurent dans les traités d'investissement bilatéraux prévoient que le non-respect d'une obligation contractuelle peut simultanément emporter violation des dispositions du traité bilatéral. Elles visent très souvent les manquements à un certain nombre

³⁴ Voir Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 2011).

³⁵ Voir Anna Gelpern et Brad Setser, « Domestic and external debt: the doomed quest for equal treatment », *Georgetown Journal of International Law*, tome 35, n°4 (2004), et Document de réflexion n°2 de la CNUCED sur les accords internationaux d'investissement, « Sovereign debt restructuring and international investment agreements », juillet 2011.

³⁶ Voir Alison Wirtz, « Bilateral investment treaties, holdout investors, and their impact on Grenada's sovereign debt crisis », *Chicago Journal of International Law*, tome 16, n°1 (2015).

³⁷ Voir Youngjin Jung et Sangwook Daniel Han, « Sovereign debt restructuring under the investor-state dispute regime », *Journal of International Arbitration*, tome 31, n°1 (2014). Voir également, à ce propos, Tomoko Ishikawa, « Collective action clauses in sovereign bond contracts and investment treaty arbitration – an approach to reconcile the irreconcilable », *Accounting, Economics, and Law: A Convivium*, tome 4, n°2 (juillet 2014).

d'obligations supplémentaires souscrites par l'État d'accueil, par exemple celles énoncées dans sa législation nationale. Les traités d'investissement bilatéraux s'attachent davantage à fixer des règles de traitement qu'à poser des obligations. Pour que l'on puisse conclure à la violation d'un traité bilatéral, il faut donc que l'on puisse déterminer l'existence d'un manquement au contrat qui porterait également atteinte aux clauses relatives à la protection de l'investissement. Certains pourraient faire valoir que, lorsqu'un créancier accepte de nouvelles conditions contractuelles en vertu d'une clause d'action collective, ces nouvelles conditions seraient juridiquement contraignantes dès lors que les majorités qualifiées peuvent accepter des décotes applicables à chaque créancier. D'autres pourraient considérer que, la restructuration d'une dette souveraine étant un acte souverain, une violation du contrat peut constituer un manquement à une règle du traité bilatéral, qui ne sera pas couvert par une clause d'action collective³⁸. Cela étant, les dettes souveraines sont la plupart du temps régies par le droit interne d'une place financière étrangère, et non par le droit international. Aussi l'application de cette clause pourrait-elle être limitée dès lors qu'un autre organe aurait compétence exclusive pour régler le différend. Par ailleurs, le recours à l'arbitrage d'investissement peut rendre inopérantes les clauses de compétence exclusive dont sont assortis certains contrats³⁴. Aucune réponse précise quant à leur positionnement respectif n'a été formulée à ce stade.

38. Il est un autre exemple qui montre que la législation en matière d'investissements ne dispose pas des outils nécessaires pour traiter les litiges relatifs à la dette : ce sont les moyens de défense fondés sur la force majeure et la nécessité, qui n'ont pas été reconnus, ni en théorie ni en pratique, comme des concepts juridiques susceptibles d'être mis à profit pour résoudre des différends dans le cadre de restructurations de dettes³⁹.

39. Ces moyens de défense peuvent, à première vue, s'appliquer aux dossiers dans lesquels un État victime d'un effondrement de son système financier; il serait alors fondé à invoquer ces arguments et à justifier le non-respect de ses obligations au regard de la dette souveraine par son souci de préserver les normes relatives aux droits de l'homme. La force majeure n'est cependant pas un moyen que peuvent réellement invoquer les débiteurs souverains. L'article 23 de l'instrument de la Commission du droit international intitulé « Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » dispose, s'agissant du moyen de défense reposant sur la force majeure, que l'acte posé par l'État doit avoir été dû à la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement imprévu échappant à son contrôle. Il ajoute néanmoins que les États ne peuvent invoquer l'argument de force majeure si la situation est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État en question. En outre, le commentaire de l'article 23 précise que « la force majeure ne s'étend pas aux circonstances dans lesquelles l'exécution d'une obligation a été rendue difficile, par exemple par une crise politique ou économique »⁴⁰.

40. Dans le même ordre d'idées, l'article 25 dispose que l'état de nécessité ne peut être invoqué comme moyen de défense si l'État a contribué à la survenance de cette situation ou si l'acte en question ne constitue pas le seul moyen pour l'État de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent. Il suffit que les

³⁸ Document de réflexion n°2 de la CNUCED sur les accords internationaux d'investissement, « Sovereign debt restructuring and international investment agreements », et Ellie Norton, « International investment arbitration and the European debt crisis », *Chicago Journal of International Law*, tome 13, n°1 (2012).

³⁹ Voir *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et Vivendi Universal SA c. République d'Argentine*, CIRDI, affaire n°ARB/03/19, décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010.

⁴⁰ Voir l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, tome II, partie 2.

créanciers allèguent que la restructuration de la dette aurait dû intervenir plus tôt ou plus tard, ou être opérée différemment, pour faire valoir que l'État a contribué au problème ou pouvait recourir à d'autres options. Il faudrait alors que les tribunaux examinent des scénarios alternatifs purement spéculatifs dans le seul but de déterminer si un État insolvable pourrait restructurer sa dette et faire en sorte qu'elle redevienne viable.

41. L'invocation de la force majeure et de l'état de nécessité fait abstraction de la complexité des crises financières et économiques. Il n'est donc guère surprenant que l'argument de nécessité financière n'ait été que très rarement retenu dans les arbitrages d'investissement. La valeur de la force majeure en tant que principe général du droit n'a été reconnue, dans le contexte des litiges portant sur la dette, que dans les quelques premières affaires internationales dont la Cour permanente de justice internationale a été saisie⁴¹.

42. L'inadéquation du moyen de défense fondé sur la nécessité ou la force majeure pour régler les litiges relatifs à la dette est plus manifeste encore lorsqu'on sait que l'article 27 du document de la Commission du droit international intitulé « Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » laisse entendre que ces deux arguments ne peuvent plus être invoqués dès que la circonstance cesse d'exister. En d'autres termes, il faudrait à nouveau se conformer aux obligations du traité une fois la crise financière résolue. Le même article suggère également qu'à supposer que le non-respect des obligations pendant la période marquée par un état de nécessité puisse être justifié, la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par ce fait doit être réglée indépendamment. Même si un État réussit à faire valoir ces moyens de défense pour renégocier sa dette avec les créanciers et parvient ainsi à ramener la dette à un niveau supportable, les discussions avec les créanciers devraient reprendre passé la crise de la dette, ce qui aurait pour effet d'en revenir au point de départ problématique.

43. Cette analyse révèle tout le décalage qui existe entre, d'une part, les clauses des traités bilatéraux et les règles élaborées ces dernières décennies par les arbitres en matière d'investissement et, d'autre part, les restructurations de dettes. L'arbitrage d'investissement n'a pas été conçu pour traiter avec des créanciers désireux d'obtenir l'exécution de titres de dette souveraine et n'a pas les compétences institutionnelles nécessaires pour se prononcer sur la capacité d'un État à acquitter sa dette lorsque survient la défaillance⁴². Cela s'explique par le fait que le système des traités d'investissement bilatéraux protège les recours engagés contre l'État pour défendre des biens individuels au lieu de chercher à instaurer une répartition efficace des actifs qui tienne compte des intérêts des autres requérants. Si les traités d'investissement bilatéraux avaient vocation à faire office d'instruments constitutifs du droit de l'insolvabilité au service des États, ils comprendraient des dispositions expresses concernant les éléments que l'on retrouve dans les textes de loi sur l'insolvabilité et la faillite, comme des dispositions relatives au regroupement des créances, aux biens insaisissables, etc. Au vu de sa finalité et de sa mise en œuvre telles qu'elles ressortent des sentences prononcées jusqu'ici,

⁴¹ Pour plus de précisions sur ce point, voir Anastasios Gourgourinis, « Financial crisis as a force majeure under international law and EU law: defending emergency measures, à la européenne, in investment arbitration under intra – EU BITs », in *International Investment Law and the Global Financial Architecture*.

⁴² Voir Alison Wirtz, « Bilateral investment treaties, holdout investors, and their impact on Grenada's sovereign debt crisis »; Ellie Norton, « International investment arbitration and the European debt crisis »; Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals*.

l'arbitrage d'investissement ne semble donc pas en mesure de gérer les conséquences plus larges des restructurations de dettes souveraines⁴³.

44. Pour résumer les arguments présentés dans ce chapitre, la plupart des tribunaux d'arbitrage ont estimé, lorsqu'ils ont dû répondre à cette question, que les litiges concernant la dette souveraine relevaient de leur compétence. La sentence la plus récente issue d'un différend mettant en cause le traité bilatéral conclu entre la Slovaquie et la Grèce laisse deviner un changement d'approche, mais il est vrai que le tribunal a été ici amené à interpréter des clauses différentes. La logique suivie par la majorité des tribunaux d'investissement semblent vouloir étendre ce mode de règlement des litiges au-delà de ce pour quoi il était initialement destiné. Le fait que les arbitres d'investissement soient disposés à statuer sur des différends relatifs à la dette peut encourager les créanciers inflexibles à faire appel à eux pour régler ces litiges. Si ces requêtes devaient aboutir sur le fond, cela pourrait avoir d'importantes répercussions sur la responsabilité d'un État d'accueil qui aurait entrepris de réorganiser sa dette, car tout ceci retarde, voire entrave, les processus de restructuration de dettes collectives. Aux conséquences économiques immédiates de ce type de décisions pourraient s'ajouter de lourdes incidences sur le plan des droits de l'homme. Le chapitre suivant y sera consacré.

V. Les traités d'investissement bilatéraux, les restructurations de dettes et les droits de l'homme

45. Les crises de la dette souveraine ont des conséquences économiques immédiates pour les États. Elles peuvent se traduire par un effondrement de la monnaie, une contraction de l'activité économique et des poussées inflationnistes, et réduire à néant le système bancaire de l'État concerné. Dans ce contexte, les États ont beaucoup de mal à développer leur économie ou attirer des investissements étrangers directs. Les retombées sociales pour la population peuvent être dramatiques. Il faut s'attendre à une baisse des salaires et à une hausse des prix des produits importés, avec à la clef une réduction du pouvoir d'achat. Le chômage et les inégalités économiques s'aggravent. Bien souvent, les services publics cessent de fonctionner correctement et la pauvreté s'étend⁴⁴. Lorsque les États débiteurs ne sont plus en mesure de financer les services publics essentiels et les institutions qui protègent le droit à la santé, à l'éducation, au logement, à la sécurité sociale ou à la sécurité physique, les droits de l'homme sont gravement compromis. Le fonctionnement efficace des forces de l'ordre et des instances judiciaires est lui aussi fréquemment affecté, faute d'effectifs et par manque de fonds. La réussite des opérations de restructuration de la dette ne dépend donc pas seulement du rétablissement de la viabilité de la dette; il faut également chercher à déterminer si cette restructuration limite au maximum le coût social et humain de la crise financière.

46. Il importe de rappeler le contexte dans lequel s'opèrent les restructurations de dettes afin de veiller à protéger les droits de l'homme dans ces situations. Il faut savoir qu'une partie du revenu national qui était destiné à financer les dépenses sociales et économiques est réaffectée au service de la dette⁴⁵. Les gouvernements perdent le contrôle qu'ils exerçaient sur leurs politiques budgétaires en raison des

⁴³ Robert Ziff, « The sovereign debtor's prison: analysis of the Argentine crisis arbitrations and the implications for investment treaty law », tome 10, n^o3 (2011).

⁴⁴ Voir, par exemple, les documents A/HRC/31/60/Add.2 et A/HRC/34/57/Add.1.

⁴⁵ Céline Tan, « Life, debt and human rights: contextualizing the international regime for sovereign debt relief », in *Poverty and the International Economic Legal System: Duties to the World's Poor*, K Nadakavukaren Schefer (dir.) (Cambridge, Cambridge University Press, 2013).

conditions de prêt qui leur sont imposées. Il convient de voir en quoi ces conditions, notamment les efforts de consolidation financière qui sont demandés à un État, peuvent compromettre sa capacité à respecter les droits de l'homme, à les protéger et à en permettre l'exercice. Cela suppose l'abandon de l'approche palliative qui prévaut aujourd'hui dans le secteur financier. Cela exige aussi que l'on ait conscience que les États créanciers ont des obligations extraterritoriales en matière de droits de l'homme. En outre, les institutions financières internationales ne sauraient tirer prétexte de leurs statuts pour ne pas avoir à prendre en considération les droits de l'homme. Face à une crise financière, ces organismes financiers internationaux et les gouvernements doivent, au moment de décider de l'ampleur de la restructuration et des décotes, veiller à disposer d'un volant de ressources suffisant pour que l'État concerné puisse s'acquitter correctement de ses obligations au regard des droits de l'homme.

47. Ces considérations ont étayé les initiatives d'allègement de la dette menées à l'échelon international, telles que l'Initiative en faveur des pays pauvres très endettés et l'Initiative d'allègement de la dette multilatérale lancées par le Fonds monétaire international et la Banque mondiale, qui ont lié l'allègement de la dette à la lutte contre la pauvreté. Ces deux programmes ont ceci de positif qu'ils s'écartent de tout ce qui se faisait auparavant; cela étant, leur contribution à la lutte contre la pauvreté et à la viabilité de la dette est limitée et les créanciers n'y ont pas tous pris part, de sorte que les fonds vautours et les créanciers inflexibles y ont encore accès. En dépit de ces restrictions, le système mis en place souligne la nécessité de procéder à une restructuration ordonnée de la dette qui place au premier rang des priorités les fonctions sociales et économiques du débiteur en sa qualité de fournisseur de biens et services publics.

48. Actuellement, un certain nombre de pays qui ont bénéficié d'un allègement de leur dette souveraine dans le cadre des initiatives précitées se trouvent une nouvelle fois confrontés à des situations de crise au motif qu'ils ont suremprunté sur les marchés commerciaux. Ce problème risque d'être aggravé par l'incitation que donne le Programme de développement durable à se tourner vers des financements privés et des financements mixtes : les gouvernements sont désormais encouragés à rechercher des « formes de financement innovantes et privées » alors que l'on assiste à une érosion des fonds publics destinés à financer les biens et services publics mondiaux. Si l'on ne parvient pas à réduire la dette insoutenable, la réalisation des objectifs de développement durable et des droits économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, aura bien du mal à aller de l'avant.

49. Compte tenu de la formulation vague et ouverte des traités d'investissement bilatéraux, de l'interprétation fort large que les arbitres internationaux donnent aux droits des investisseurs, du peu d'information qu'ils ont sur les questions non commerciales⁴⁶ et de leurs responsabilités limitées, il est difficile d'insérer l'arbitrage d'investissement dans un cadre qui intègre les droits de l'homme et la durabilité économique et sociale. En réalité, l'arbitrage d'investissement risque fort de ralentir les restructurations de dettes souveraines en offrant par ce biais aux créanciers inflexibles et aux fonds vautours le moyen de décourager les règlements négociés. Plus le processus est long, plus il est préjudiciable aux États débiteurs.

⁴⁶ L'une des raisons majeures de cette approche tient à la culture juridique de l'arbitrage commercial qui prévaut dans les milieux de l'arbitrage d'investissement : l'esprit commercial privilégie les obligations de droit privé et met surtout l'accent sur l'importance des obligations contractuelles. Dans cette confrontation, les deux parties pèsent considérablement sur cette culture juridique, qui tend ainsi à minimiser le rôle de l'intérêt public (y compris la place qu'ont les questions relatives aux droits de l'homme). Voir Moshe Hirsch, « Investment tribunals and human rights: divergent paths », in *Human Rights in International Investment Arbitration*.

Les retards en la matière provoquent des exodes de capitaux plus importants, ce qui a des répercussions négatives sur la réalisation des droits de l'homme dans les pays concernés. Qui plus est, les institutions financières internationales éprouvent bien des difficultés à participer aux procédures d'investissement en ce qu'elles ne peuvent ni faire l'objet de poursuites judiciaires ni engager de telles poursuites aux termes des traités d'investissement bilatéraux.

50. L'arbitrage d'investissement n'a pas pris la mesure, jusqu'à présent, du contexte général dans lequel s'inscrivent les restructurations de dettes. L'investissement ayant été défini comme une opération reposant sur des actifs, les tribunaux d'investissement se sont sentis encouragés, dans leur majorité, à se déclarer compétents en matière d'obligations souveraines. Or, s'ils devaient décider de statuer également sur le fond, l'imprécision des règles relatives à la protection des investissements pourrait les amener à déclarer l'État débiteur responsable des mesures prises dans le cadre de la restructuration de la dette. Cette responsabilité peut être engagée au titre de plusieurs de ces règles, d'autant qu'il est peu probable que les clauses d'action collective puissent assurer une pleine et entière protection face aux interventions légitimes de l'État en sa qualité de puissance souveraine : les clauses d'action collective ne mettent pas les débiteurs souverains à l'abri de manipulations de majorités qualifiées par un petit nombre de puissants créanciers. Le risque est que les tribunaux d'investissement puissent simplement décider que les États débiteurs qui ne parviennent pas à rembourser l'intégralité de leur dette à tous leurs créanciers demeurent redevables de leur dette dans sa totalité, ce qui aurait pour effet d'éroder plus encore la marge de manœuvre budgétaire des États aux prises avec des difficultés économiques.

51. En outre, les tribunaux et les arbitres se sont montrés peu enclins à admettre et à faire leur l'argument d'état de nécessité, même lorsque l'État concerné s'était heurté, au moment de restructurer sa dette, à des problèmes économiques et sociaux d'une extrême gravité⁴¹.

52. L'arbitrage d'investissement peut limiter la marge de manœuvre budgétaire et politique d'un État et aggraver les effets d'une crise de la dette. Il peut empêcher que des réformes soient mises en œuvre pour s'attaquer aux causes profondes des problèmes qui ont conduit à la défaillance de l'État. Il « crée une vive tension entre la nécessité impérieuse de réformer et la perspective d'encourir une lourde responsabilité. Plus la crise est grave, plus il est probable qu'il faille procéder à des réformes. Mais plus les réformes vont loin, plus il est à craindre que les investisseurs n'intentent des recours au titre du traité d'investissement »⁴³.

53. Jusqu'ici, les tribunaux d'investissement n'ont guère été tentés de prendre en compte la question des droits de l'homme dans leurs décisions relatives à des litiges opposant créanciers et États défaillants. Ainsi qu'il a été dit plus haut, les droits de l'homme ne sont pas ancrés dans l'arbitrage d'investissement, et la plupart des traités d'investissement bilatéraux n'y font guère allusion. Il est donc peu probable que, par exemple, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ou les Principes fondamentaux des opérations de restructuration de la dette souveraine, qui énoncent des principes essentiels tels que la viabilité de la dette, la règle de la majorité, les droits de l'homme et la prévention des comportements abusifs, fassent régulièrement l'objet d'une prise en compte minutieuse et rigoureuse. Le fait que les tribunaux d'investissement ne fassent pas la distinction entre titres de dettes souveraines et titres commerciaux prouve par ailleurs que le processus décisionnel auquel ils se tiennent n'intègre pas les obligations qui incombent aux États.

54. L'idée de recourir à une approche respectueuse des droits de l'homme pour résoudre les problèmes liés à la dette serait sans doute battue en brèche par les

créanciers inflexibles et les fonds vautours, qui se tournent vers l'arbitrage d'investissement pour faire appliquer les clauses de leurs obligations souveraines. L'arbitrage d'investissement n'est ni juridiquement ni institutionnellement équipé pour remplir ce rôle et les pratiques des arbitres d'investissement n'admettront sans doute pas que le contexte général des restructurations de dettes (y compris leurs incidences sur les droits de l'homme) puisse influencer sur leurs décisions. Le pouvoir des créanciers inflexibles et des fonds vautours pourrait s'en trouver renforcé, la responsabilité des États débiteurs accrue et le risque de voir les droits de l'homme fragilisés dans les États débiteurs aggravé.

55. En théorie, les traités d'investissement bilatéraux peuvent faire l'objet d'une interprétation qui tienne compte de la nécessité de veiller à ce qu'ils concourent à la stabilité financière et, plus largement, à des objectifs macroéconomiques et sociaux. Mais dans les faits, il est à craindre que les arbitres ne puissent s'extraire du carcan technique que constituent ces traités pour s'attaquer comme il convient aux questions complexes et globales que posent les restructurations de dettes, notamment la recherche de solutions qui puissent régler les crises financières tout en respectant les droits de l'homme.

VI. Conclusions et recommandations

A. Conclusions

56. **En l'absence de cadre international permettant de réglementer les restructurations de dettes souveraines, l'arbitrage d'investissement a été perçu comme un moyen dont pourraient se servir les créanciers inflexibles et les fonds vautours pour obtenir l'exécution de titres de dettes souveraines. Ce serait pourtant méconnaître le fait que l'arbitrage d'investissement a été mis en place pour protéger les investissements étrangers directs et les investissements productifs, dans le but de promouvoir le développement économique. Le système d'arbitrage d'investissement n'a pas été conçu pour traiter des obligations financières, ni pour défendre les recours de fonds spéculatifs ou de créanciers peu coopératifs. Cela étant, la plupart des tribunaux d'arbitrage en matière d'investissement se sont jusqu'à présent déclarés compétents pour examiner les litiges portant sur des dettes souveraines, malgré le contexte très particulier dans lequel s'inscrit la restructuration de ces dettes. Le fait que les arbitres d'investissement soient disposés à traiter ces litiges pourrait encourager les fonds vautours et les créanciers inflexibles à utiliser ce mode de règlement.**

57. **D'un point de vue purement économique, les traités d'investissement bilatéraux ne contiennent ni règles ni lignes directrices qui permettraient de se prononcer globalement sur les restructurations de dettes, et n'abordent pas non plus les problèmes d'action collective qui sont au cœur de tout processus de faillite. Au contraire, les créanciers seront tentés de « resquiller » en suspendant leur contribution aux démarches collectives, tout en tirant parti des efforts de tous les autres créanciers. « Il n'est pas dans les objectifs de la législation en matière d'investissement de faciliter le traitement inéquitable de certains investisseurs (ceux qui acceptent des offres d'échanges d'obligations) au profit des autres investisseurs dans la même situation (ceux qui choisissent d'intenter une action en justice). La règle du traitement juste et équitable ne devrait donc protéger les investisseurs que contre les procédures inéquitables de restructurations de dettes souveraines, en cas par exemple de négociations non transparentes et inaccessibles, ou contre l'annulation unilatérale de dettes**

sans aucune négociation. »²⁰ Force est cependant de constater que les arbitres sont prêts à aller bien au-delà de cette mission.

58. Dans l'affaire *Abaclat et autres c. Argentine*, le tribunal a fait observer que le litige « ne découlait pas du simple fait que l'Argentine n'avait pas honoré ses obligations de paiement au titre des obligations, mais de ce qu'elle était intervenue en tant qu'État souverain en usant de la puissance publique pour modifier lesdites obligations envers ses créanciers ». Il s'agit là d'un argument fallacieux. Si un allègement de la dette est nécessaire, c'est bien parce que le débiteur ne peut pas rembourser l'intégralité de ses dettes. Sur un plan économique, le tribunal a demandé l'impossible; sous l'angle des droits de l'homme, il a poussé l'État à laisser tomber sa population.

59. Pareilles décisions génèrent de nouvelles difficultés économiques en ce qu'elles retardent la restructuration de la dette. Elles entravent également cette restructuration, car elles incitent les créanciers à ne pas s'entendre avec le débiteur quant au niveau d'endettement viable: personne en effet n'acceptera de coopérer si certains créanciers peuvent recouvrer l'intégralité des sommes qui leur sont dues. Au bout du compte, les arbitres seraient appelés à déterminer si et dans quelle mesure les investisseurs qui, plutôt que de suivre la majorité, choisissent de se montrer inflexibles et d'intenter une action en justice bénéficient d'une protection. Dans le contexte de l'insolvabilité souveraine, le problème vient de ce que, par définition, le débiteur n'est pas en mesure de rembourser toutes ses dettes. Le fait d'entourer en pareil cas les droits des investisseurs d'une large protection engendrerait de nouvelles responsabilités pour les États débiteurs, compromet leur redressement économique et restreint le financement des services publics chargés de mettre en œuvre les obligations relatives aux droits de l'homme. Il va sans dire que l'idée que les traités d'investissement bilatéraux puissent couvrir des obligations souveraines n'a pas encore vraiment trouvé sa place dans l'esprit de tous les arbitres, comme l'a montré dernièrement l'affaire *Poštová Banka c. Grèce*.

60. Au moment où les États et la communauté internationale déploient des efforts considérables pour prévenir ou limiter au maximum les litiges émanant de fonds vautours et de créanciers implacables, le fait que l'arbitrage d'investissement puisse leur offrir un nouveau moyen de mettre en place des stratégies déstabilisantes est pour le moins regrettable. D'autant plus que ni le droit financier ni le droit des droits de l'homme ne jouent un rôle significatif dans cet arbitrage. Les risques financiers structurels appellent de meilleures réponses, parfaitement coordonnées, au niveau des institutions mondiales et du droit international. Une approche axée sur une prise en compte mûrement réfléchie de ces risques est ici de mise : la législation qui encadre la protection de l'investissement doit être interprétée d'une manière qui soit conforme à la logique d'autres textes, notamment le droit international des droits de l'homme et la réglementation financière nécessaire pour garantir la viabilité de la dette, la stabilité financière, l'égalité et les droits économiques et sociaux²⁰.

61. Une structure institutionnelle qui soit capable de régler les litiges relatifs à la dette doit reposer sur un large consensus international. Si les autorités nationales estiment effectivement qu'il serait bon que les arbitres qui s'occupent du contentieux en matière d'investissements soient chargés de prendre les décisions les plus importantes pendant et après les crises financières, il faudrait qu'elles le fassent savoir ouvertement; or la plupart des traités d'investissement bilatéraux ne semblent pas aller dans ce sens. En fait, rares sont les traités bilatéraux qui utilisent les termes « dettes souveraines » ou « obligations souveraines », et quelques traités – leur nombre est peu élevé mais

va croissant – conclus depuis les années 90 font état de modalités particulières pour les « titres d'État » et les « dettes publiques »⁴⁷. Dans le même ordre d'idées, la quasi-totalité des obligations souveraines prévoit la possibilité de porter les différends devant la justice plutôt que de les régler par la voie de l'arbitrage⁴⁸.

62. Si les arbitres considèrent qu'ils ont compétence pour régler un différend portant sur la dette, la législation relative aux droits de l'homme doit être réputée applicable aux débiteurs comme aux créanciers. Il serait incorrect, car dangereux, de croire qu'il existe des pans de notre société qui seraient à l'abri des normes relatives aux droits de l'homme. Les restructurations de dettes souveraines devraient être soumises aux principes des droits de l'homme que sont la non-discrimination, la réalisation progressive, la non-régression et le respect d'obligations fondamentales minimales. D'où la nécessité de déterminer si l'on risque d'assister, durant la période considérée, à une détérioration des droits et quelles seront les interactions entre les incidences qui en résulteront sur les droits de l'homme⁴⁹. Dans l'absolu, il conviendrait de procéder à une évaluation de ces conséquences sur les droits de l'homme et de suivre ensuite leur évolution. Peut-être aussi faudrait-il envisager des compromis intertemporels concernant les droits de l'homme, car il n'est pas impossible qu'il faille réduire les dépenses pour garantir la pérennité des services publics. À court terme, la protection des services publics alourdit la dette et risque en outre de rendre plus difficile par la suite le respect des droits de l'homme. À l'inverse, les États doivent également prendre en compte les effets à long terme que peut avoir, par exemple, une réduction des dépenses consacrées à l'éducation pour les générations futures. Lorsque les États chercheront à trouver le juste équilibre en la matière, il faudra que les créanciers fassent preuve de souplesse.

63. Les différends en matière de dettes internationales devraient être résolus sans retard, de manière transparente et équitable, au moyen d'un mécanisme de règlement s'appuyant sur les Principes directeurs relatifs à la dette extérieure et aux droits de l'homme (A/HRC/20/23 et Corr.1) et sur les Principes fondamentaux des opérations de restructuration de la dette souveraine. Les Principes fondamentaux ont systématisé et ancré les principes juridiques du droit international public, qui reflètent l'évolution que l'on voit aujourd'hui se dessiner peu à peu dans la pratique et qui vient, par exemple, corroborer le principe de la viabilité des dettes souveraines⁵⁰. Sauf à avoir de très bonnes raisons de les ignorer, on ne voit guère ce qui justifierait que les arbitres ne prennent pas ces principes en compte lorsqu'ils sont saisis de litiges ayant des incidences sur la restructuration d'une dette.

⁴⁷ Voir Kei Nakajima, « An elusive safeguard with loopholes: sovereign debt and its 'negotiated restructuring' in international investment agreements in the age of global financial crisis », *International Review of Law*, 2016, tome 2016, n°3. Voir aussi, par exemple, l'annexe G du traité d'investissement bilatéral passé entre les États-Unis et l'Uruguay en 2005, l'Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis et le Pérou en 2006, et le traité d'investissement bilatéral signée en 2015 entre le Canada et le Burkina Faso, mais qui n'a pas encore pris effet.

⁴⁸ Voir, par exemple, Stephen J Choi et Mitu Gulati, « An empirical study of securities disclosure practice », *Tulane Law Review*, tome 80 (2006).

⁴⁹ Daniel Bradlow, « Can parallel lines ever meet? The strange case of the international standards on sovereign debt and business and human rights », *Yale Journal of International Law*, tome 41, n°2 (2016).

⁵⁰ Voir Juan Pablo Bohoslavsky et Matthias Goldmann, « An incremental approach to sovereign debt restructuring: sovereign debt sustainability as a principle of public international law ».

B. Recommandations

1. Négociation d'accords d'investissement

64. Les accords d'investissement bilatéraux et multilatéraux devraient faire l'objet, avant leur conclusion, d'une étude impact sur les droits de l'homme. Les Principes directeurs applicables aux études de l'impact des accords de commerce et d'investissement sur les droits de l'homme (A/HRC/19/59/Add.5) indiquent aux États quelle est la meilleure façon de s'assurer que lesdits accords soient conformes aux obligations qui leur incombent au regard des droits de l'homme.

65. Les États devraient veiller à ce que les accords d'investissement soient négociés de manière transparente et ouverte, en autorisant les parlementaires, les communautés concernées et d'autres parties prenantes (notamment les contribuables) à avoir accès à tous les documents pertinents.

66. Des procédures et mécanismes de consultation appropriés qui garantissent le droit de participer à l'élaboration, à la négociation et à l'approbation des accords internationaux d'investissement devraient être mis en place.

2. Contenu des accords d'investissement

67. Lors de la négociation ou de la révision des accords d'investissement, les États devraient veiller à ce que les clauses de ces accords comportent des dispositions faisant explicitement référence aux obligations en matière de droits de l'homme qui incombent aux investisseurs ainsi qu'aux États d'origine et d'accueil.

68. Les accords d'investissement devraient comporter des dispositions réaffirmant que les investisseurs sont tenus de respecter les droits de l'homme énoncés dans les traités internationaux y afférents, dans les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et dans la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail.

69. Les accords d'investissement internationaux devraient exclure les recours liés à des différends portant sur des restructurations de dettes. Compte tenu du nombre, de la nature et des ramifications des problèmes que pose l'arbitrage d'investissement aux débiteurs souverains et à leurs populations, aux créanciers et au système financier international, les États devraient écarter explicitement cette possibilité, comme le font déjà certains traités bilatéraux⁵¹. C'est ce que prévoient, par exemple, les accords d'investissement colombiens.

70. Les accords d'investissement devraient en tout état de cause comporter des clauses prévoyant le droit de réglementer les activités économiques, en particulier lorsque le système économique ou financier vient à s'effondrer. Ils devraient prévoir la possibilité de passer avec les majorités qualifiées de créanciers des ententes non discriminatoires concernant la dette.

71. Les accords d'investissement devraient préciser que les mesures de bonne foi visant à protéger les droits fondamentaux de la population et à garantir la viabilité de la dette ne sont pas contraires à ces accords et ne peuvent faire l'objet d'une indemnisation.

⁵¹ Voir, par exemple, l'Accord de libre-échange conclu entre le Pérou et la République de Corée, le Traité de libre-échange entre la République dominicaine et les pays d'Amérique centrale, ainsi que le traité d'investissement bilatéral passé entre les États-Unis et l'Uruguay.

3. Règlement des litiges en matière d'investissement

72. Les tribunaux d'arbitrage doivent considérer que le droit des droits de l'homme s'applique à l'interprétation des traités d'investissement.

73. Il faudrait rendre l'arbitrage d'investissement plus transparent en publiant tous les détails du litige et, d'une manière générale, en organisant des audiences publiques.

74. Les non-parties au litige devraient avoir le droit d'assister aux procédures d'arbitrage, et les communautés concernées ainsi que les organisations d'intérêt public celui de présenter des communications écrites et des mémoires d'*amicus curiae*.

75. Les traités d'investissement internationaux devraient prévoir un système solide de réformation des sentences afin de limiter l'arbitraire.

76. Les accords d'investissement devraient comporter des règles garantissant l'indépendance des arbitres nommés et exigeant que ces derniers possèdent une connaissance suffisante du droit de l'investissement et des normes de droit international dans le domaine des finances, des droits de l'homme, du travail et de l'environnement.

77. S'ils s'estiment compétents pour régler des différends portant sur la dette, les arbitres devraient prendre en compte les principes du droit de la finance et de la faillite en usage, et y accorder toute l'importance qu'ils méritent. Les arbitres doivent, en particulier, examiner les implications que peuvent avoir leurs sentences sur l'économie de l'État débiteur, les droits des populations concernées et les droits de tous les créanciers.
