

ARTICLE

L'expérience des États de la Grande Caraïbe en matière d'arbitrage international d'investissement: Récit troublant d'un voyage en terrain glissant

The Experience of Caribbean States with International Investment Arbitration: Unsettling Travels Down a Slippery Slope

Milcar Jeff Dorce

Docteur en droit, Université de Bordeaux, Bordeaux, France
Email: jeffmilcar@yahoo.fr

Résumé

L'expérience des pays de la Grande Caraïbe dans l'arbitrage international en matière d'investissement a connu une évolution spectaculaire durant ces trente dernières années. Sitôt qu'ils se sont adaptés au régime de protection internationale des investissements, plusieurs États de la Caraïbe ont été submergés par le règlement des différends entre États et investisseurs étrangers (RDIE). Cette situation a conduit à des sentences arbitrales souvent coûteuses qui peuvent aggraver la condition socioéconomique des États faibles. Cet article présente la critique du mécanisme RDIE qui a trouvé un écho particulier dans le contexte caribéen. Il examine les efforts de réforme entrepris par les pays de la région et cherche à savoir si ces propositions peuvent vraiment favoriser une réaffirmation des droits souverains dans l'arbitrage d'investissement. Il conclut qu'à défaut d'un projet régional cohérent le paysage caribéen en matière d'investissement reflète actuellement un pluralisme désordonné, allant de l'approche radicale inspirée de l'Alliance bolivarienne pour les Amériques et du modèle brésilien aux différents éléments de réforme orchestrés par les États puissants. Si l'option réformiste semble être dominante dans la région, néanmoins elle ne répond pas aux véritables préoccupations de légitimité que soulève la pratique de l'arbitrage d'investissement. En suivant le standard conventionnel des pays plus forts, les pays caribéens se montrent pour l'instant incapables d'innover et de créer leur propre voie institutionnelle face à une légalité transnationale dont les implications sont préoccupantes pour la préservation des objectifs d'intérêt public.

Mots-clés: Traités bilatéraux d'investissement; arbitrage international d'investissement; réforme; ALBA; UNASUR; Caraïbe et Amérique latine

Abstract

The evolution of the experience of Caribbean countries with international investment arbitration has been dramatic over the past thirty years. As soon as they adapted to the international investment protection regime, several Caribbean states were overwhelmed by investor-state dispute settlements (ISDS). This has led to often costly arbitration awards that

can worsen the socio-economic condition of weak states. This article presents a critique of the ISDS mechanism that has resonated in the Caribbean context. It examines the reform efforts undertaken by countries in the region and explores whether these efforts can truly foster a reassertion of sovereign rights in investment arbitration. It concludes that, in the absence of a coherent regional project, the Caribbean investment landscape currently reflects a haphazard pluralism, ranging from the radical approach inspired by the Bolivarian Alliance for the Americas and the Brazilian model to the various reform elements orchestrated by powerful states. While the reformist option seems to be dominant in the region, it does not address the real legitimacy concerns raised by the practice of investment arbitration. By following the conventional standard of powerful states, Caribbean countries have so far been unable to innovate and create their own institutional path in the face of transnational legality, the implications of which are of concern for the preservation of public interest objectives.

Keywords: Bilateral investment treaties; international investment arbitration; reform; ALBA; UNASUR; Caribbean and Latin America

1. Introduction

La Caraïbe — entendue ici au sens de “Grande Caraïbe”¹ — est aujourd’hui un acteur régulier du droit international de l’investissement et un client fidèle des forums d’arbitrage. En raison du désir frénétique d’attirer des investissements étrangers pour renforcer leurs économies, les pays de cette région participent dorénavant à la consolidation du droit international de l’investissement et de l’arbitrage international, en acceptant les normes de protection des investissements dans leurs traités bilatéraux d’investissement (TBI) et leurs accords de libre-échange (ALE). Cependant, cela n’a pas toujours été le cas, puisque cette région a été autrefois perçue comme une mosaïque d’hostilité — certainement du fait de son attachement historique à la doctrine Calvo.² Cette hostilité vis-à-vis de la protection des opérateurs économiques occidentaux s’explique au regard du fait que les jeunes États caribéens devaient endurer, pendant de longues années, les terribles et épuisantes interventions diplomatiques et militaires des anciennes puissances coloniales.³ C’est au nom d’une certaine justice civilisée⁴ que les anciennes puissances étrangères recouraient à la

¹La notion de “Grande Caraïbe” va au-delà de la distinction classique entre la Caraïbe anglophone (composée des îles anglophones, francophones, hispanophones et néerlandophones) et la Caraïbe hispanique (qui s’étend du canal du Yucatan au golfe de Paria au large du Venezuela). Par l’intermédiaire de l’Association des États de la Caraïbe (1994), les conceptions hispaniques et anglophones ont été fusionnées pour donner la Grande Caraïbe. Cette notion élargie renvoie à l’appartenance à l’ensemble du bassin caribéen. Y compris donc toutes les îles de la Caraïbe, le Mexique et l’Amérique centrale, le Panama, la Colombie, le Venezuela, la Guyane, le Suriname et la Guyane française. Voir par ex Jean Crusol, *La Grande Caraïbe: Environnement physique et structures socioéconomiques*, Guyane, Ibis Rouge, 2014.

²Harold Eugene Davis et John J Finan, *Latin American diplomatic history: an introduction*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1977 à la p 80; Andrew Paul Newcombe, “The Americas” dans Marc Bungenberg et al, dir, *International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 251 à la p 202.

³Muthucumaraswamy Sornarajah, “Power and Justice in Foreign Investment Arbitration” (1997) 14:3 J Intl Arb 103; Richard A Preston, “The RCN and Gun-Boat Diplomacy in the Caribbean” (1972) 36:2 Military Affairs: Journal of Military History, including Theory and Technology 41.

⁴C’est-à-dire une norme acceptée par la grande famille des États civilisés, en l’occurrence les pays exportateurs de capitaux. Elihu Root, “The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad” (1910) 4:3

diplomatie du canon (*gunboat diplomacy*) pour défendre les intérêts de leurs ressortissants-commerçants qui opéraient dans les Amériques.⁵ Ce triste scénario qui rappelait à bien des égards le traumatisme colonial,⁶ favorisait l'écllosion d'une conception critique du droit international de l'investissement et de l'arbitrage international,⁷ dont les singularités épistémiques sont exprimées dans les œuvres critiques des penseurs comme Luis Drago⁸ et Carlos Calvo.⁹

La doctrine Calvo — qui renfermait les postulats essentiels d'une approche régionale critique de la pratique de l'arbitrage international¹⁰ — fut précisément fondée sur un double critère, à savoir l'exigence du traitement national et la compétence exclusive des tribunaux de l'État d'accueil pour trancher les litiges impliquant un investisseur étranger et l'État d'accueil.¹¹ La doctrine Calvo représentait donc une épistémologie de la justice locale qui s'opposait farouchement à l'approche eurocentrée de la protection des investissements étrangers.¹² Cependant, après de

Am J Intl L 517; Brett Bowden, "The Colonial Origins of International Law. European Expansion and the Classical Standard of Civilization" (2005) 7:1 J History Intl L 1 aux pp 2–3; Edwin Borchar, "Minimum Standard of the Treatment of Aliens" (1940) 38:4 Michigan L Rev 445 à la p 446.

⁵Pour une approche historiographique plus approfondie, voir Kenneth J Vandeveld, "A Brief History of International Investment Agreements" (2005) 12 Davis J Intl L & Poly 157.

⁶Charles Leben, dir, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015 à la p 10.

⁷Frank Griffith Dawson et Ivan L Head, *International Law, Nationals Tribunals and the Right of Aliens*, Syracuse, Syracuse University Press, 1971 à la p 15.

⁸Leben, *supra* note 6 à la p 13, citant Luis Drago, *Les emprunts d'État et leurs rapports avec la politique internationale*, Paris, Pedone, 1907: "Il ne peut y avoir [...] de pression faite sur les peuples de ce continent par le seul fait d'une malheureuse situation financière qui oblige un de ces pays à différer l'accomplissement de ses obligations." Il ajouta que la dette publique ne devait en aucun cas donner lieu à une "intervention armée ni encore moins [une] occupation matérielle du sol des nations américaines de la part d'une puissance d'Europe."

⁹À partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, ces figures célèbres de la doctrine latino-américaine commençaient à dénoncer les commissions mixtes du fait des sommes pécuniaires exorbitantes prononcées à l'encontre des pays de la région et des dures représailles orchestrées par les puissances occidentales pour exiger l'exécution de ces condamnations. Bernardo M Cremades, "Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America" (2006) 7:1 Business L Intl 53 à la p 54; Percy Bordwell, "Calvo and the Calvo Doctrine" (1906) 18 *Green Bag* 377; Luis M Drago et H Edward Nettles, "The Drago Doctrine in International Law and Politics" (1928) 8:2 *Hispanic Am History Rev* 204; George Winfield Scott, "International Law and the Drago Doctrine" (1906) 183 *North American Rev* 602; Amos S Hershey, "The Calvo and Drago Doctrines" (1907) 1:1 *African J Intl Env'tl L* 26. Il faut rappeler à titre d'exemple qu'entre 1831 et 1861, la France intervenait plusieurs fois au Mexique, en soutien aux revendications de citoyens français contre le Mexique.

¹⁰En particulier, dans la publication de son influent ouvrage *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América* publié en 1868 qui fut une défense de la souveraineté des États d'Amérique latine et du principe d'égalité entre les États.

¹¹Cremades, *supra* note 9 aux pp 53, 54. En s'appuyant sur le principe du standard national, cette doctrine écarta toute approche discriminatoire qui visait à accorder des droits supérieurs aux étrangers et refusa toute protection diplomatique de la part de l'État national de l'investisseur. En d'autres termes, les opérateurs économiques étrangers présents sur les territoires caribéens devaient se soumettre au droit national du pays dans lequel ils faisaient des affaires et en cas de litiges résultant d'expropriations d'investissements étrangers les tribunaux nationaux étaient compétents et appliquaient le droit national, c'est-à-dire le seul droit applicable.

¹²Sufyan Droubi et Cecilia Juliana Flores Elizondo, dir, *Latin America and International Investment Law: A Mosaic of Resistance*, Manchester, Manchester University Press, 2022 à la p 11. Pour une discussion plus approfondie sur cette question, voir Milcar Jeff Dorce, "L'émergence du standard minimum de traitement des

longues années de résistance, les pays caribéens s'adaptent aujourd'hui au système d'arbitrage international en matière d'investissement. L'avènement des TBI vers la fin des années 1980 et le début des années 1990 allait consacrer le dépassement définitif de la doctrine Calvo, en levant les barrières de l'arbitrage d'investissement dues à la méfiance générée par la participation directe de l'État à la procédure d'arbitrage international.¹³ En d'autres termes, les réseaux de traités d'investissement renferment non seulement des obligations matérielles en faveur des investisseurs étrangers, mais aussi des clauses d'arbitrage par le biais desquelles les États peuvent consentir au renvoi de tout différend entre un investisseur étranger et un État devant un tribunal arbitral international.

Sitôt qu'ils se sont adaptés au régime de protection internationale des investissements, les pays caribéens ont été peu à peu submergés par des procédures d'arbitrage investisseur-État souvent coûteuses. Du fait de leur volonté d'attirer des investissements étrangers, les États caribéens se trouvent aujourd'hui liés à des obligations vagues et intrusives comme le traitement juste et équitable, la clause parapluie et la clause d'expropriation indirecte, qui entravent leur capacité souveraine à réguler leurs économies.¹⁴ Ainsi, dans de nombreuses affaires, les tribunaux arbitraux ont condamné les États d'accueil à payer de lourdes indemnités aux investisseurs étrangers qui seraient affectés par des mesures réglementaires ou d'autres mesures adoptées dans des domaines comme la santé publique, la protection de l'environnement et des droits de l'homme, la sécurité ou la stabilité financière.¹⁵

Toutefois, le système va connaître une "crise de légitimité"¹⁶ due, entre autres, au caractère structurellement déséquilibré de la justice privée transnationale et à

étrangers en droit international. Retour sur une question coloniale oubliée" (2020) 14 *Annales de droit* 9 [Dorce, "Standard de traitement"]; Muthucumaraswamy Sornarajah, "Resistance to Dominance in International Investment Law" dans Julien Chaisse et al, dir, *Handbook of International Investment Law and Policy*, New York, Springer, 2021, 1; Muthucumaraswamy Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 à la p 4; Abraham Howard Feller, "Some Observations on the Calvo Clause" (1933) 27:3 *African J Intl Envtl L* 461. Plus qu'un choc de paradigmes, l'opposition entre la doctrine Calvo et la vision des pays exportateurs de capitaux fut l'expression d'une véritable querelle idéologique et politique en droit international, dont les implications sont encore aujourd'hui présentes.

¹³En signant des traités bilatéraux d'investissement (TBI), les pays caribéens adhéraient à l'ordre global, en accordant aux investisseurs étrangers les garanties nécessaires pour qu'ils puissent exercer leurs activités en toute sécurité. Dans la Grande Caraïbe, le nombre de TBI s'élevait à 355 en juin 2022, tandis qu'en 1990 le nombre était seulement de vingt-huit. Dorénavant, à l'exception de Montserrat, tous les pays de la zone Caraïbe ont conclu des TBI ou des accords comportant des dispositions relatives aux investissements. Liste des pays considérés comme faisant partie de la Caraïbe et ayant signé au moins un TBI: Antigua-et-Barbuda, 3 TBI; Bahamas, 1 TBI; Barbade, 11 TBI; Belize, 8 TBI; Colombie, 20 TBI; Costa Rica, 23 TBI; Cuba, 60 TBI; Dominique, 3 TBI; Grenade, 2 TBI; Guatemala, 21 TBI; Guyana, 9 TBI; Haïti, 8 TBI; Honduras, 12 TBI; Jamaïque, 17 TBI; Mexique, 36 TBI; Nicaragua, 21 TBI; Panama, 25 TBI; République Dominicaine, 15 TBI; Sainte-Lucie, 2 TBI; Saint-Vincent-et-les-Grenadines, 3 TBI; Saint-Kitts-et-Nevis, 1 TBI; Salvador, 23 TBI; Suriname, 5 TBI; Trinité-et-Tobago, 13 TBI; Venezuela, 30 TBI. "International Investment Agreements Navigator," en ligne: <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

¹⁴Sur cette question, voir Florian Griesel, "Fair and Equitable Treatment: Ordering Chaos through Precedent?" dans Daniel Behn et al, dir, *The Legitimacy of Investment Arbitration: Empirical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, 256 [Behn et al, *Legitimacy*].

¹⁵Henrique Choer Moraes et Facundo Pérez Aznar, "Pluralist Approaches to Dispute Settlement Mechanisms" dans Droubi et Elizondo, *supra note 12* à la p 89.

¹⁶Sur cette notion, voir Charles H Brower et Jeremy K Sharpe, "The Coming Crisis in the Global Adjudication System" (2003) 19:4 *Arb Intl* 415; Charles N Brower, "Structure, Legitimacy, and NAFTA's

l'élasticité des standards de protection des investisseurs. Pour répondre à la crise de l'arbitrage d'investissement, les États caribéens ont cherché à se réaffirmer en s'engageant dans différentes initiatives tant globales que régionales. C'est d'abord au carrefour des Amériques que la fête va être troublée. Au sein de l'organisation caribéenne Alliance Bolivarienne pour les Amériques (ALBA), le ton critique est vite monté. Le Venezuela, la Bolivie et l'Équateur ont dénoncé la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI)*.¹⁷ Cependant, force est de constater que la grande majorité des États caribéens ne s'inscrivent pas nécessairement dans une idéologie du rejet, préférant au contraire se lancer dans différentes initiatives de réforme inspirées des modèles conventionnels des États développés.¹⁸

Incapables d'aboutir à une institutionnalisation régionale de l'arbitrage d'investissement, les pays caribéens semblent se contenter de s'inspirer des dynamiques normatives dégagées par les pays plus puissants. À l'aide d'exemples empiriques, Poulsen a souligné le manque de participation des Gouvernements des pays en développement dans la rédaction et la négociation de leurs traités d'investissement,¹⁹ en remarquant particulièrement que ces Gouvernements suivent plus souvent qu'autrement les standards des pays développés ou les propositions des organisations internationales.²⁰ Étant donné que les pays caribéens ne disposent pas de modèle conventionnel propre et ne sont pas des États économiquement forts, ils n'ont été à l'initiative ni de la formation des standards modernes de traitement ni de leur réforme. La participation des pays caribéens au régime du droit international de l'investissement traduirait donc une forme de soumission à la réglementation indirecte des pays et des institutions du Nord global.²¹ La structure du bilatéralisme hégémonique conditionne un jeu déséquilibré entre pays développés et pays en développement, qui constitue à la fois une menace pour la souveraineté de ces derniers et une contrainte sur leur pouvoir de réglementer dans l'intérêt public.²² Il est largement reconnu que le droit

Investment Chapter" (2003) 36:1 Vand J Transnatl L 37; Susan D Franck, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions" (2005) 73:4 Fordham L Rev 1521; Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Muthucumaraswamy Sornarajah, "A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration" dans Karl P Sauvant, dir, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 40; Charles N. Brower et Stephan W. Schill, "Is arbitration a threat or a boom to the legitimacy of international investment law" (2008) 9:2 Chi J Intl L 471; Michael Waibel et al, dir, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, The Hague, Kluwer Law International, 2010.

¹⁷ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 RTNU 161 (entrée en vigueur: 14 octobre 1965) [*Convention CIRDI*]; Emmanuel Gaillard, "Anti-Arbitration trends in Latin America" (2008) 239:108 NYLJ 108.

¹⁸ Pour une réflexion concernant l'ensemble du sous-continent latino-américain, voir Catharine Titi, "Investment Arbitration in Latin America: The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas" (2014) 30:2 Arb Intl 357.

¹⁹ Laue N. Skovgaard Poulsen, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy: The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

²⁰ *Ibid* à la p 109.

²¹ Oscar Ugarteche, "What accounts for South America's resilience?" (2012) 45:2 NACLA Report on the Americas 19.

²² Daniel Behn et al, "Introduction: The Legitimacy Crisis and the Empirical Turn" dans Behn et al, *supra* note 14 à la p 36.

international de l'investissement est très inégal, en ce qu'il est fondé sur "l'inégalité des pouvoirs économiques entre les États négociateurs."²³ Cela conduit "dans la plupart des cas à des clauses conventionnelles qui, bien qu'en apparence réciproques, ont été en fait imposées par l'État économique le plus fort."²⁴ Il s'agit là d'un aspect structurel de la crise de légitimité de l'ordre économique global qui a été largement documenté par la doctrine.²⁵ En conséquence, en raison de la nature déséquilibrée des rapports de force qui fondent le droit international de l'investissement, les États en développement peuvent être désavantagés par les dispositions des traités d'investissement qu'ils ont ratifiés.²⁶

Par ailleurs, plusieurs études ont montré que, du fait de son positionnement en tant que *rule-taker* dans les négociations bilatérales de traités d'investissement, il y a de fortes possibilités qu'un État en développement se retrouve avec beaucoup plus de diversité et d'incohérence entre ses traités qu'un État développé dont les traités adoptent généralement un modèle conventionnel-type.²⁷ L'expérience caribéenne en matière de droit international de l'investissement et d'arbitrage illustre la théorie selon laquelle les États développés disposent d'un réseau de traités cohérents au niveau interne et agissent en tant que *rule-makers*, tandis que les pays en développement ont des réseaux de traités incohérents au niveau interne et agissent en tant que *rule-takers*.²⁸ La Caraïbe est le lieu de configuration d'un pluralisme désordonné où s'entremêlent différentes approches parfois contradictoires en matière d'arbitrage d'investissement. Probablement plus que toute autre région du monde, la zone Caraïbe représente un laboratoire complexe pour l'expérimentation d'une diversité d'options en matière d'arbitrage d'investissement, comme le modèle européen, le modèle nord-américain ou encore le modèle brésilien.

Certes, plusieurs approches adoptées par les États caribéens peuvent permettre de questionner le pouvoir discrétionnaire des arbitres d'investissement et leur attitude à interpréter les standards de traitement dans une perspective extensive. Mais l'adoption de ces normes imposées par les pays développés s'inscrit dans un continuum de rapports de pouvoir déséquilibrés qui façonnent la participation des pays caribéens au régime du droit international de l'investissement. En d'autres termes, le pluralisme normatif désordonné observé dans le contexte caribéen n'offre pas la possibilité d'une réforme significative de l'arbitrage international d'investissement allant dans le sens des États faibles, car il ne permet pas de s'attaquer aux fondements des inégalités de pouvoir dans les négociations des standards de protection des investissements.

Cet article présente l'expérience caribéenne dans l'arbitrage d'investissement, en mettant en évidence leur relation souvent bouleversante et en proposant une

²³Jorun Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016 à la p 37.

²⁴*Ibid.*

²⁵Mavluda Sattorova et Oleksandra Vytiaganets, "Learning from Investment Treaty Law and Arbitration: Developing States and Power Inequalities" dans Behn et al, *supra* note 14, 501.

²⁶Daniel Behn et al, "Poor States or Poor Governance? Explaining Outcomes in Investment Treaty Arbitration" (2018) 38:3 *Nw J Intl L & Bus* 333 à la p 346.

²⁷*Ibid.*

²⁸Wolfgang Alschner et Dmitriy Skougarevskiy, "Rule-takers or Rule-makers? A New Look at African Bilateral Investment Treaty Practice" (2016) 4 *Transnational Dispute Management* 1; Wolfgang Alschner et Dmitriy Skougarevskiy, "Mapping the Universe of International Investment Agreements" (2016) 19:3 *J Intl Econ L* 561.

discussion critique sur les leçons et tendances de réforme qui en découlent. Il constate qu'à défaut d'un projet régional cohérent, le paysage caribéen est actuellement celui du pluralisme des options, c'est-à-dire un tableau complexe d'éléments de réforme orchestrés par les États développés. La conclusion révèle que, dans ce contexte de pluralisme désordonné, les États caribéens ont tendance à suivre le standard conventionnel des pays plus forts et donc seraient incapables d'innover et de créer leur propre voie institutionnelle face à la dynamique globale.

2. La fête est troublée: de l'adaptation aux turbulences

L'analyse des décisions arbitrales en matière d'investissement révèle que la Grande Caraïbe est aujourd'hui un client fidèle du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Tandis que leur intégration dans le système a été plutôt lente et tardive, les pays caribéens ont été visés par plusieurs réclamations en matière d'arbitrage d'investissement. Les États ont vu leur régime réglementaire contesté par des investisseurs étrangers. La relation est troublée. Perçu comme un système de justice privée au soutien de l'ordre économique global, l'arbitrage d'investissement a été critiqué pour son manque de légitimité.

A. La caraïbe et l'arbitrage d'investissement: une relation bouleversante

Contrairement à ce qu'on pouvait croire, l'expérience d'un État caribéen avec l'arbitrage d'investissement remonte à 1975, à l'occasion de l'affaire *Alcoa c Jamaïque*.²⁹ Cette affaire présente un intérêt capital, car on y trouve déjà une configuration de la crise actuelle de l'arbitrage d'investissement. L'affaire *Alcoa* est la première illustration de la confrontation du paradigme libéral de la protection des investissements étrangers et de la volonté légitime de préserver les ressources naturelles. En 1968, la Jamaïque et l'entreprise *Alcoa* concluaient un accord pour une durée de 25 ans selon lequel l'entreprise devait construire une usine d'alumine en Jamaïque.³⁰ Toujours selon le contrat, Gouvernement jamaïcain devait accorder à l'entreprise des concessions à long terme pour l'exploitation de la bauxite. De plus, l'accord contenait une clause de non-imposition ultérieure qui interdisait à la Jamaïque d'imposer d'autres taxes aux opérations d'extraction et de raffinage et une clause d'arbitrage qui renvoyait à l'arbitrage du CIRDI tout différend découlant de l'accord que les parties ne parviendraient pas à régler à l'amiable. Le Gouvernement de la Jamaïque augmenta les taxes sur l'exploitation de la bauxite et viola donc les termes de l'accord, ce qui déclencha un litige entre les parties. L'entreprise *Alcoa* initia une procédure d'arbitrage devant un tribunal arbitral CIRDI, mais la Jamaïque a contesté la compétence du Centre. Le Gouvernement jamaïcain souligna à l'attention du Centre que la catégorie de différends relatifs à des minéraux ou autres ressources naturelles, à quelque moment qu'ils se produisent, ne sont pas soumis à la juridiction du Centre. En d'autres termes, il arguait que les questions relatives à la gestion par le

²⁹*Alcoa Minerals of Jamaica c Jamaïque*, Décision sur la compétence, Aff CIRDI n° ARB/74/2 (6 juillet 1975) [*Alcoa*].

³⁰Pour un commentaire, voir John T Schmid, "Arbitration under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implications of the Decision on Jurisdiction in *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc v Government of Jamaica*" (1976) 17 *Harv Intl LJ* 90.

Gouvernement de ses propres ressources naturelles ne devait pas relever de la compétence du CIRDI. Mais cet argument n'empêcha pas le tribunal de procéder à un arbitrage.³¹

Néanmoins, il a fallu attendre la fin des années 1990 pour assister à une explosion de l'arbitrage en matière d'investissement dans la zone Caraïbe. C'est notamment le Mexique qui commençait à faire face à de multiples demandes dans le cadre de l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)*.³² Comme *Alcoa*, d'autres procédures vont illustrer l'enjeu de la protection de l'environnement, des droits de l'homme et de la santé publique dans le contentieux arbitral en matière d'investissement, notamment dans les contextes mexicain et vénézuélien. Avec trente-huit procédures initiées contre lui, le Mexique fait partie du cercle très fermé des pays défendeurs les plus touchés par l'arbitrage d'investissement.³³ Ensuite, à l'aube de ce millénaire, le Venezuela est l'État caribéen qui a le plus subi les turbulences: cinquante cinq procédures ont été initiées à l'encontre du Venezuela en réponse aux mesures politiques et économiques adoptées dans les années 1990 et au début des années 2000.³⁴ C'est le deuxième État au monde, derrière l'Argentine, le plus affecté par le nombre de procédures d'arbitrage. De même, la Colombie, le Panama, le Costa Rica, le Guatemala, la République Dominicaine, le Salvador, etc. ont dû affronter les plaintes des investisseurs étrangers découlant de projets de développement économique. Cette situation a alimenté de vives critiques à l'égard du régime d'arbitrage d'investissement. Avec la Bolivie, le Venezuela a proclamé son intention de se retirer de la *Convention CIRDI* lors du cinquième sommet de l'ALBA en avril 2007, ce qui s'est effectivement concrétisé en janvier 2012.³⁵ Rejoignant l'ALBA en juin 2009, l'Équateur a signifié sa dénonciation de la *Convention CIRDI* la même année.

À mesure que leur participation à l'arbitrage d'investissement s'intensifie, la capacité des États caribéens à régler dans l'intérêt public a été affectée.³⁶ On sait que, dans le contexte caribéen, la plupart des litiges relatifs à l'investissement étranger découlent des tentatives des Gouvernements de mettre en place des mesures de protection de l'environnement ou de la santé publique.³⁷ En cherchant à satisfaire

³¹ *Alcoa*, supra note 29.

³² *Accord de libre-échange nord-américain*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2 (entrée en vigueur: 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA]; *Robert Azinian and others c Mexique*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/97/02 (ALÉNA, 1^{er} novembre 1999); *Metalclad Corporation c Mexique*, Sentence, Aff CIRDI, n° ARB (AF)/97/01 (ALÉNA, 30 août 2000) [*Metalclad*]; *Waste Management Inc c Mexique*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/98/02 (ALÉNA, 2 juin 2000); *Marvin Roy Feldman Karpa c Mexique*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/99/01 (ALÉNA, 16 décembre 2000); *Técnicas Medioambientales, SA c Mexique*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/00/2 (ALÉNA, 29 mai 2003) [*Tecmed*]; *Fireman's Fund Insurance Company c Mexique*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/02/1 (ALÉNA, juillet 2006).

³³ "Investment Dispute Settlement Navigator," consulté le 10 novembre 2022, en ligne: <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/136/mexico>.

³⁴ "Investment Dispute Settlement Navigator," consulté le 10 novembre 2022, en ligne: <investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/228/venezuela-bolivarian-republic-of>.

³⁵ A López Ortiz et al, "Two Solutions for One Problem: Latin America's Reactions to Concerns" (2016) 27 *Spain Arbitration Rev* 9.

³⁶ Saverio Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2013 aux pp 3–5; Kyla Susanne, *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

³⁷ Antonius R Hippolyte, "ICSID's Neoliberal Approach to Environmental Regulation in Developing Countries: Lessons from Latin America" (2017) 19:4–5 *Intl Community L Rev* 401 à la p 404; Jason Haynes,

les besoins de leurs populations, les États adoptent parfois des mesures qui affectent les activités des investisseurs étrangers. Ils courent ainsi “le risque de payer pour réglementer en étant tenus d’assumer les conséquences financières [qui peuvent en découler].”³⁸ En effet, l’affaire *Santa Elena c Costa Rica* est l’une des premières affaires à avoir mis en lumière le risque de procédure encouru par l’État qui tente de mettre en œuvre des mesures de protection environnementale.³⁹ Elle a jeté les fondements de l’approche néolibérale de l’arbitrage CIRDI des litiges découlant de la réglementation environnementale.⁴⁰

Dans l’affaire *Santa Elena*, le litige concernait une propriété située dans une province costaricienne dénommée *Guanacaste*, au Nord-Ouest du pays. Cette propriété de trente kilomètres de littoral pacifique abrite une variété éblouissante de flore et de faune, c’est-à-dire de nombreuses rivières, sources, vallées, forêts et montagnes. En 1970, l’entreprise *Compañía del Desarrollo de Santa Elena* fut constituée dans l’objectif d’acheter Santa Elena. Elle acquit effectivement la propriété pour la somme d’environ 395 000 dollars US et entreprit de concevoir un programme d’aménagement du territoire. Tandis qu’elle procéda à diverses analyses financières et techniques de la propriété en vue de son développement, le Costa Rica émit un décret d’expropriation dans l’objectif de préserver l’environnement du parc national de Santa Roca adjacent. Le Costa Rica proposa de verser une indemnité de 1,9 millions de dollars US à l’entreprise, mais celle-ci refusait. Elle demanda une indemnité de 6,4 millions de dollars US, avec intérêts et autres montants à titre de compensation équitable et complète pour l’expropriation. L’affaire fut finalement élevée au niveau international pour être tranchée par un tribunal CIRDI. Ce dernier était donc chargé de déterminer le montant de l’indemnisation à verser.⁴¹ Le tribunal arbitral jugea que la somme de 4 150 000 dollars US constituait une approximation raisonnable et équitable de la valeur du bien de la date de l’expropriation à la date de la procédure arbitrale.⁴² Pour parvenir à cette décision, le tribunal arbitral souligna que toute ingérence dans la propriété des investisseurs étrangers leur causant une perte doit être indemnisée, peu importe la finalité de l’action gouvernementale, qu’elle vise à protéger ou non le bien-être de l’État hôte.⁴³

L’affaire *Santa Elena c Costa Rica* offre un exemple évident de l’approche stricte adoptée par les premiers tribunaux arbitraux dans l’interprétation de la protection des investisseurs étrangers contre l’expropriation indirecte. Tandis que l’action du gouvernement costaricien visait principalement à protéger la faune et la flore, le tribunal arbitral ne la considéra pas comme un facteur d’assouplissement de ses

“The Contribution of Caribbean ISDS Jurisprudence to International Investment Law’s Ongoing Legitimacy Project” (2021) 18:2 *Manchester J Intl Economic L* 205 à la p 228 [Haynes, “Contribution”].

³⁸Arnaud de Nanteuil, dir, *L’accès de l’investisseur à la justice arbitrale*, Paris, Pedone, 2015 aux pp 60–61. Voir aussi William T Waren, “Paying to Regulate: A Guide to *Methanex v. United States* and NAFTA Investor Rights” (2001) 31:8 *Environmental Law Reporter* 10986.

³⁹*Compañía del Desarrollo de Santa Elena c Republic of Costa Rica*, Sentence finale, Aff CIRDI n° ARB/96/1 (17 février 2000) [*Santa Elena*].

⁴⁰Hippolyte, *supra* note 37 à la p 426 [notre traduction].

⁴¹*Santa Elena*, *supra* note 39 aux paras 15–120.

⁴²*Ibid* au para 95.

⁴³*Ibid* au para 72: “[E]xpropriatory environmental measures — no matter how laudable and beneficial to society as a whole — are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state’s obligation to pay compensation remains.”

obligations envers l'investisseur. Ce raisonnement a été plus tard repris comme une sorte de précédent dans d'autres affaires impliquant les États caribéens.

Dans la même veine, l'affaire *Metalclad c Mexique* illustra l'approche néolibérale des premiers tribunaux arbitraux du CIRDI. L'entreprise américaine Metalclad s'est vu refuser le permis d'exploitation dont il avait besoin pour la construction d'une décharge de déchets dangereux. Les autorités mexicaines fondaient leur décision sur les risques environnementaux que présentait un tel projet. Après l'échec de plusieurs tentatives de négociations, l'entreprise porta le différend devant le CIRDI, soutenant qu'en raison de ce refus son installation ne pouvait pas fonctionner, ce qui correspondrait à une expropriation indirecte au titre de l'article 1110 de l'ALÉNA. Le tribunal arbitral décida que le refus d'accorder le permis équivalait à une expropriation indirecte et condamna le Mexique à verser une indemnisation de près de 17 000 000 de dollars US à l'entreprise.⁴⁴ En écartant toute possibilité de considérer la motivation de l'adoption du décret écologique, le tribunal arbitral jugea que le seul fait pour l'investisseur d'avoir été empêché de faire fonctionner l'installation de son entreprise constituait une expropriation indirecte.⁴⁵ Écartant toute considération environnementale, le raisonnement du tribunal met en évidence la seule prise en compte de la gravité de l'ingérence de l'État dans les droits de l'investisseur privé étranger.⁴⁶

Une problématique similaire peut également être observée dans l'affaire *Tecmed c Mexique* où le tribunal arbitral jugea que le Mexique avait indirectement exproprié l'investissement de l'entreprise espagnole en refusant de lui délivrer un permis d'exploitation d'une décharge de déchets.⁴⁷ Bien que le Mexique ait mis en évidence le danger d'une telle activité d'investissement pour une municipalité à proximité et la violation par l'investisseur de la réglementation mexicaine,⁴⁸ le tribunal arbitral décida que "l'intention du gouvernement était moins importante que les effets des mesures sur le propriétaire des actifs ou sur les avantages découlant de ces actifs

⁴⁴*Metalclad*, *supra* note 32 aux paras 102–07. Il a ainsi déclaré: "L'article 1110 de l'ALÉNA prévoit que: '[a] ucune partie ne pourra, directement ou indirectement, [...] exproprier un investissement [...] ou prendre une mesure équivalant à [...] une expropriation [...] sauf: (a) pour un but d'intérêt public; (b) sur une base non discriminatoire; (c) conformément à une procédure légale régulière; et (d) sur paiement d'une indemnité [...]'. Une 'mesure' est définie à l'article 201(1) comme comprenant 'toute loi, tout règlement, toute procédure, toute exigence ou pratique'. Ainsi, l'expropriation aux termes de l'ALÉNA comprend non seulement les prises ouvertes, délibérées et reconnues de propriété, comme la saisie pure et simple [...] en faveur de l'État d'accueil, mais aussi l'interférence secrète ou fortuite avec l'utilisation de la propriété qui a pour effet de priver le propriétaire [...] de l'utilisation ou des avantages économiques raisonnablement attendus de la propriété, même si ce n'est pas nécessairement au profit évident de l'État d'accueil. En permettant ou en tolérant le comportement de Guadalcázar à l'égard de Metalclad [...] et en participant ou en acquiesçant ainsi au refus d'accorder à Metalclad le droit d'exploiter la décharge [...], le Mexique doit être considéré comme ayant pris une mesure équivalant à une expropriation en violation de l'article 1110(1) de l'ALÉNA [...] prises conjointement avec les représentations du gouvernement fédéral mexicain, sur lesquelles Metalclad s'est appuyée, et l'absence de fondement opportun, ordonné ou substantiel du refus par la municipalité du permis de construction local, constituent une expropriation indirecte" [nous traduisons].

⁴⁵*Ibid* aux paras 107–09, 111.

⁴⁶Sur la doctrine du seul effet, voir Rudolf Dolzer, "Indirect Expropriations: New Developments" (2002) 11:1 *New York University Envtl LJ* 64; Ben Mostafa, "The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law" (2008) 15 *Aust Intl LJ* 267.

⁴⁷*Tecmed*, *supra* note 32.

⁴⁸*Ibid* aux paras 90–92.

affectés par les mesures; et la forme de la mesure de privation est moins importante que ses effets réels.”⁴⁹

Il est vrai que ce raisonnement ne résume pas à lui seul le récit du contentieux arbitral, mais il témoigne d’une certaine prédisposition en faveur du néolibéralisme consistant à surprotéger les intérêts des investisseurs étrangers sans suffisamment considérer les préoccupations non essentiellement économiques comme l’environnement. L’approche extrême de certains tribunaux pourrait donc saper la capacité normative des pays en développement à mettre en œuvre les politiques nécessaires à la protection et à la préservation du bien-être de leurs citoyens.⁵⁰

De plus, l’analyse du tribunal *Tecmed* a renforcé la protection des investisseurs étrangers, en renvoyant au concept d’attentes légitimes des investisseurs qui a permis, en l’espèce, d’élargir le champ d’application de la norme de traitement juste et équitable. Selon le tribunal arbitral, “[la norme de traitement juste et équitable], à la lumière du principe de bonne foi établi par le droit international, exige des parties contractantes qu’elles accordent aux investissements internationaux un traitement qui ne porte pas atteinte aux attentes fondamentales qui ont été prises en compte par l’investisseur étranger pour réaliser l’investissement.”⁵¹ En s’appuyant sur le TBI conclu entre le Mexique et l’Espagne, qui ne contient cependant aucun terme clair relatif aux attentes légitimes, le tribunal parvient à extraire le concept d’attentes légitimes de l’expression “juste et équitable” en utilisant les méthodes d’interprétation prescrites par l’article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.⁵² Il a ainsi estimé que le sens ordinaire des termes “juste” et “équitable” contenus dans le TBI protégeait les attentes légitimes de l’investis-

⁴⁹*Ibid* au para 116 [nous traduisons]. Le tribunal arbitral a poursuivi son raisonnement, en précisant ceci: “It is understood that the measures adopted by a State, whether regulatory or not, are an indirect de facto expropriation if they are irreversible and permanent and if the assets or rights subject to such measure have been affected in such a way that [...] any form of exploitation thereof [...] has disappeared; i.e. the economic value of the use, enjoyment or disposition of the assets or rights affected by the administrative action or decision have been neutralized or destroyed” (*ibid*).

⁵⁰Hippolyte, *supra* note 37 à la p 403.

⁵¹*Tecmed*, *supra* note 32 au para 154.

⁵²*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur: 27 janvier 1980). *Tecmed*, *supra* note 32 au para 154: “L’investisseur étranger attend de l’État hôte qu’il agisse de manière cohérente, sans ambiguïté et en toute transparence dans ses relations avec lui, afin qu’il puisse connaître à l’avance toutes les règles et réglementations qui régiront ses investissements, ainsi que les objectifs des politiques et pratiques administratives ou directives pertinentes, pour pouvoir planifier son investissement et se conformer à ces réglementations. Toutes les actions de l’État conformes à ces critères devraient se rapporter non seulement aux lignes directrices, directives ou exigences émises, ou aux résolutions approuvées en vertu de celles-ci, mais aussi aux objectifs qui sous-tendent ces règlements. L’investisseur étranger attend également de l’État hôte qu’il agisse de manière cohérente, c’est-à-dire sans révoquer arbitrairement les décisions ou permis préexistants délivrés par l’État sur lesquels l’investisseur s’est appuyé pour assumer ses engagements ainsi que pour planifier et lancer ses activités commerciales et d’affaires. L’investisseur s’attend également à ce que l’État utilise les instruments juridiques qui régissent les actions de l’investisseur ou de l’investissement conformément à la fonction habituellement attribuée à ces instruments, et qu’il ne le prive pas de son investissement sans l’indemnisation requise. En fait, le non-respect par l’État hôte de ces règles de conduite à l’égard de l’investisseur étranger ou de ses investissements affecte la capacité de l’investisseur à mesurer le traitement et la protection accordés par l’État hôte et à déterminer si les actions de l’État hôte sont conformes au principe du traitement juste et équitable” (nous traduisons).

seur.⁵³ Cette interprétation a été reprise par d'autres tribunaux arbitraux en dehors du contexte caribéen.⁵⁴

Un autre exemple qui illustre, dans le contexte caribéen, le choc des paradigmes entre problématiques d'intérêt public et intérêts économiques des investisseurs étrangers dans le contentieux arbitral est l'affaire *Pacific Rim Cayman LLC c Salvador*, dans laquelle était en cause la garantie de l'accès des citoyens à l'eau potable.⁵⁵ Dans cette affaire, une entreprise minière canadienne déposa une demande contre le Salvador, parce que ce dernier refusa de renouveler sa demande de permis environnemental et de concession d'exploitation en 2003. Tandis qu'en 1996 l'entreprise avait reçu un permis d'exploitation de mines, la situation allait radicalement changer lorsque la loi régissant l'exploitation minière fut modifiée en 2001 pour intégrer des clauses de protection de l'environnement. Ce changement de direction eut lieu par la faveur de la mobilisation publique des communautés locales affectées par les activités d'extraction d'or. Pour justifier ce refus, le Salvador affirmait que le projet d'extraction d'or pour lequel une autorisation avait été demandée présentait un risque pour l'approvisionnement en eau potable. L'entreprise *Pacific Rim* déposa donc une demande d'arbitrage devant un tribunal arbitral du CIRDI, sur le fondement de l'*Accord de libre-échange République dominicaine – Amérique centrale – États-Unis (ALÉAC-RD)*⁵⁶ et de la loi salvadorienne relative aux investissements,⁵⁷ soutenant que le refus d'accorder le permis constitue une violation des dispositions de l'accord et de celles contenues dans le droit salvadorien. Bien que, dans sa décision finale, le tribunal se soit prononcé en faveur de l'État hôte,⁵⁸ cette affaire présente un intérêt capital pour la doctrine en ce qu'elle révèle l'interférence des tribunaux arbitraux du CIRDI dans les réglementations des États en développement, notamment en matière d'accès à l'eau potable.⁵⁹

Plus récemment, les tribunaux arbitraux ont confirmé l'idée selon laquelle, même lorsque l'action de l'État a un fondement raisonnable et légitime dans l'intérêt public, la norme de protection des investisseurs s'applique de manière inflexible. Par exemple, dans l'affaire *Grenada Private Power Limited et WRB Enterprises c Grenade*, le tribunal arbitral a refusé d'adopter une approche qui met en balance les intérêts concurrents de l'État d'accueil et des investisseurs.⁶⁰ Il a certes reconnu l'importance

⁵³*Ibid* au para 155.

⁵⁴Par exemple, dans l'affaire *Arif* le tribunal arbitral a souligné que même lorsque "l'action de l'État a un fondement raisonnable dans la politique publique," "le standard de traitement juste et équitable exige toujours que l'État respecte les attentes légitimes." Le tribunal a conclu que, dans de telles circonstances, "l'État doit chercher à atténuer les effets du changement de politique sur l'investisseur." *Arif c Moldavie*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB/11/23 (TBI France-Moldavie, 8 avril 2013) au para 537.

⁵⁵*Pac Rim Cayman LLC c Republic du Salvador*, Notice of Arbitration, Aff CIRDI n° ARB/09/12 (ALÉAC-RD, 30 avril 2009).

⁵⁶*Accord de libre-échange République dominicaine – Amérique centrale – États-Unis*, 5 août 2004 (entré en vigueur: 1^{er} mars 2006) [ALÉAC-RD].

⁵⁷*Decree n° 732 the Legislative Assembly of the Republic of Salvador*, (1999) Official Gazette 210 (Investment Law).

⁵⁸*Pac Rim Cayman LLC c Republic du Salvador*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB/09/12 (ALÉAC-RD, 14 octobre 2016) au para 11.20.

⁵⁹Ayelet Banai, "Freedom beyond the Threshold: Self-determination, Sovereignty, and Global Justice" (2015) 8:1 Ethics & Global Politics 24446.

⁶⁰*Grenada Private Power Limited et WRB Enterprises c Grenade*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB/17/13 (29 mars 2020).

du secteur des énergies renouvelables pour le développement de la Grenade, mais a exonéré les investisseurs de leur responsabilité sociale d'entreprise dans le développement de ce secteur.⁶¹

Enfin, il en va de même dans l'affaire *British Telemedia c Belize*, dans laquelle le tribunal arbitral a interprété la notion d'"objectif public," dans le cadre d'une procédure d'expropriation, d'une manière qui ne permet pas de prendre en considération les intérêts légitimes du Belize.⁶² Le tribunal arbitral a notamment estimé que les déclarations du Premier ministre concernant la nécessité de rééquilibrer les relations asymétriques entre l'investisseur et le Belize traduisaient une animosité personnelle à l'égard de l'investisseur.⁶³ Dans son raisonnement, il a complètement négligé les objectifs déclarés de l'acquisition des actions de l'investisseur, sans s'engager dans une analyse minutieuse des motifs pour lesquels les intérêts de l'État ne pouvaient pas être considérés comme démontrant un objectif public.⁶⁴

B. L'arbitrage d'investissement: une justice en crise de légitimité

Du fait de la prolifération de l'arbitrage en matière d'investissement et de ses conséquences potentiellement néfastes sur les domaines non essentiellement économiques, les États caribéens et latinoaméricains ont exprimé leurs préoccupations concernant le régime d'arbitrage international. L'Alliance Bolivarienne pour les Amériques (ALBA) a été un véritable foyer de résistance face à l'arbitrage en matière d'investissement. Au sein de l'ALBA, comme en dehors, plusieurs États ont accusé le mécanisme RDIE de manque d'impartialité. Les critiques avancées touchent à la fois au double caractère structurel et fonctionnel du mécanisme RDIE.

S'agissant du caractère structurel du mécanisme RDIE, le jeu semblerait truqué d'avance par le fait que les standards de traitement sont imposés par les États puissants aux États plus faibles dans le cadre du bilatéralisme. Les États exportateurs de capitaux ont conçu un système fondé sur le désir de profit de leurs investisseurs.⁶⁵ Dans cette perspective, les profits des investisseurs étrangers ne doivent pas être diminués en raison du risque politique. Au contraire, ils sont très souvent privilégiés au détriment des problématiques non essentiellement économiques comme la santé publique, l'environnement et la sécurité.⁶⁶ En d'autres termes, comme l'admet la jurisprudence arbitrale, le régime de protection des investissements a été fondé pour

⁶¹ *British Telemedia c Belize*, Sentence, Aff PCA n° 2010-18 (TBI Royaume Uni-Belize, 19 décembre 2014).

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ David Schneiderman, "The Coloniality of Investment Law," *Social Sciences Research Network* (2019) aux pp 6–7 [notre traduction] [Schneiderman, "Coloniality"].

⁶⁶ Kyla Tienhaara, "Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science" dans Chester Brown et Kate Miles, dir, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 606; José E Alvarez, "The Return of the State" (2011) 20:2 *Minn J Intl L* 223; Gus Van Harten, "Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration" (2012) 50:1 *Osgoode Hall LJ* 211; Stavros Brekoulakis, "Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making" (2013) 4:3 *J Intl Disput Settlement* 553; Thomas Schultz et Cédric Dupont, "Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Study" (2015) 25:4 *Eur J Intl L* 1147.

garantir “aux investisseurs le type de climat hospitalier qui [...] les met à l’abri des risques politiques ou des incidents de traitement inéquitable.”⁶⁷ Autrement dit, le régime du droit des investissements est essentiellement “destiné à renforcer et à accroître la sécurité et la confiance des investisseurs étrangers qui investissent dans les États membres.”⁶⁸

Ces considérations trouvent un écho dans l’approche de la “colonialité” du droit international de l’investissement.⁶⁹ Le concept de “colonialité” a été appliqué au droit international de l’investissement par David Schneiderman qui y voit le substrat idéologique et politique sur lequel reposent les standards de traitement des investisseurs étrangers.⁷⁰ Schneiderman s’est donné pour tâche de révéler la vraie nature des règles juridiques transnationales, donc de “découvrir les racines de l’arbitraire juridique associé aux mécanismes par lesquels la colonialité est rendue manifeste, en l’occurrence par les normes de protection du droit de l’investissement.”⁷¹ L’émergence des standards de traitement des investisseurs étrangers a été présentée comme une question coloniale dissimulée par une expression normative universelle.⁷² Selon Schneiderman, il existe un fil de continuité entre la mentalité coloniale et le régime juridique de protection de l’investissement étranger, que les juristes ont trop souvent négligé.⁷³ Comme d’autres commentateurs,⁷⁴ Schneiderman estime que le régime du droit de l’investissement a été institué pour sanctionner les pays anciennement colonisés qui n’acceptent pas de suivre les règles de la globalisation économique. Il conclut que “le droit international de l’investissement a été fondé sur la méfiance à l’égard des populations locales,” d’où la racine profonde de sa crise de légitimité.⁷⁵

La crise de légitimité du régime du droit international de l’investissement a été renforcée par le caractère structurellement déséquilibré du mécanisme RDIE. En effet, il s’agit d’un dispositif qui a été exclusivement conçu pour être à la disposition des investisseurs étrangers contre les États d’accueil. Ce déséquilibre crée un

⁶⁷ *Pope & Talbot Inc Canada*, Sentence Phase 2, Aff CNUDCI (ALÉNA, 10 avril 2001) au para 116 (quoted by the Saluka tribunal in the award, au para 286).

⁶⁸ *Tecmed*, *supra* note 32 au para 156.

⁶⁹ Le concept de “colonialité” a été soutenu pour la première fois par le sociologue et théoricien péruvien Quijano, qui le définit comme la matrice du pouvoir capitaliste, colonial et eurocentré. Plus durable et plus enracinée que le colonialisme, la colonialité se maintient malgré la disparition des habitations coloniales: “La colonialité, par conséquent, est encore le mode de domination le plus général dans le monde aujourd’hui, une fois que le colonialisme en tant qu’ordre politique a été détruit. Évidemment, il n’épuise pas les conditions, ni les formes d’exploitation et de domination qui existent entre les peuples. Mais il n’a pas cessé d’être, depuis 500 ans, son principal cadre.” Quijano Anibal, “Colonialidad y Modernidad/Racionalidad” (1992) 13:29 *Perú Indígena* 11 à la p 14 [nous traduisons].

⁷⁰ Schneiderman, “Coloniality,” *supra* note 65 à la p 7.

⁷¹ *Ibid* à la p 5.

⁷² David Schneiderman, “The Global Regime of Investor Rights: A Return to the Standards of Civilized Justice?” (2014) 5 *Transnatl Legal Theory* 60 à la p 80 [Schneiderman, “Global”]; Dorce, “Standard de traitement,” *supra* note 12 à la p 9.

⁷³ *Ibid* à la p 3.

⁷⁴ Muthucumaraswamy Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 à la p 86; John Linarelli, Margot Salomon et Muthucumaraswamy Sornarajah, *The Misery of International Law: Confrontations with Injustice in the Global Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2018 à la p 149.

⁷⁵ Schneiderman, “Coloniality,” *supra* note 65 à la p 7.

“investisseur roi”⁷⁶ qui n’a que des droits, et un État “partie faible”⁷⁷ qui n’a que des devoirs. En d’autres termes, tandis que l’État a des obligations envers l’investisseur étranger, ce dernier comme le colonisateur d’hier “refuse de se considérer comme un citoyen avec des droits et des responsabilités.”⁷⁸ Cet état de fait permet de mieux comprendre pourquoi le droit international de l’investissement peine à définir un cadre contraignant d’obligations imposables aux investisseurs étrangers. Étant en position de faiblesse, les demandes reconventionnelles des États contre le comportement néfaste des investisseurs étrangers sont rarement considérées par les tribunaux arbitraux.⁷⁹ De même, la participation des populations autochtones touchées par les activités d’investissement aux procédures d’arbitrage est rarement prise en considération.⁸⁰

S’agissant de l’aspect fonctionnel du mécanisme RDIE, la doctrine a dénoncé une forme de mélanges de rôles, qui permettraient aux principaux acteurs de l’arbitrage d’agir parfois comme arbitres et parfois comme conseillers.⁸¹ Cette double casquette peut entraîner un certain biais, voire constituer une source de conflits d’intérêts possibles de la part des arbitres.⁸² La crise de l’arbitrage d’investissement a été consolidée par un manque de transparence entourant la plupart des procédures d’arbitrage⁸³ et de diversité dans la prise de décision.⁸⁴ Du fait de la confidentialité traditionnelle des procédures arbitrales, les citoyens ne sont pas vraiment informés de la tenue de ces procédures qui affectent le trésor public.⁸⁵

⁷⁶Franck Latty, “L’État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales: Le Gymkhana de la réaffirmation de l’État” dans Tarek El Ghabban, Charles-Maurice Mazuy et Alexandre Senegacnik, dir, *La Protection des investissements étrangers: vers une réaffirmation de l’Etat*, Paris, Pedone, 2017, 161 à la p 162.

⁷⁷Caroline Duclercq et Carine Jallamion, dir, “Arbitrage et partie faible,” colloque de la Salons France-Amériques, Paris, 9 mai 2016.

⁷⁸Albert Memmi, *The Colonizer and the Colonized*, rev ed, translated by Howard Greenfield, Boston, Beacon Press, 1991 à la p 68.

⁷⁹Milcar Jeff Dorce, “L’État demandeur reconventionnel dans l’arbitrage investisseur-État: Regard sur les récents développements” (2022) *Rev arbitration* 4 à la p 1347 [Dorce, “L’État demandeur”].

⁸⁰Chao Wang, Jing Ning et Xiaohan Zhang, “International Investment and Indigenous Peoples’ Environment: A Survey of ISDS Cases from 2000 to 2020” (2021) 18:15 *Intl J Environmental Research & Public Health* 7798.

⁸¹Philippe Sands, “Conflict and Conflicts in Investment Treaty Arbitration: Ethical Standards for Counsel” dans Arthur W Rovine, dir, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 28.

⁸²Jonathan Hamilton et al, “Arbitrators Challenges in Latin America” dans Chiara Giorgetti, dir, *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2015, 407; Natalia Giraldo-Garrillo, “The ‘Repeat Arbitrators’ Issue: A Subjective Concept” (2011) 19 *Intl L: Rev Colombia Derecho Intl* 75.

⁸³Daniels Kalderimis, “The Future of the ICSID Convention: Bigger, Better, Faster?” dans Crina Baltag, dir, *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, The Hague, Kluwer Law International, 2016 à la p 580; Kendall Grant, “ICSID’s Reinforcement?: UNASUR and the Rise of a Hybrid Regime for International Investment Arbitration” (2015) 52:3 *Osgoode Hall LJ* 1115; Andrés Cervantes Valarezo, “Inconveniencia del arbitraje de inversion CIADI y de órganos regionales arbitrales para América Latina” (2016) 25 *Spain Arbitration Rev* 31.

⁸⁴Eugenia Levine, “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation” (2011) 29 *Berkeley J Intl L* 200.

⁸⁵UNCITRAL Working Group III commentaries, 36th Session, 29 October–2 November 2018, en ligne: <www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/3Investor_State.html>.

Il a été aussi souligné que l'arbitrage international est assailli par des décisions procédurales et substantielles incohérentes, y compris des méthodologies peu claires et arbitraires en matière d'interprétation des standards de traitement.⁸⁶ L'incohérence des sentences arbitrales concernant l'interprétation des standards les plus controversés, à savoir le traitement juste et équitable et la protection contre l'expropriation indirecte, a été bien documentée.⁸⁷ À défaut d'un régime juridique cohérent et rigide susceptible de guider l'interprétation stricte des accords, le système d'interprétation arbitrale est perçu comme inflationniste. De surcroît, les normes et méthodologies utilisées pour déterminer les dommages-intérêts sont susceptibles de conduire à des montants souvent excessifs.⁸⁸

Enfin, la critique a mis en évidence le caractère excessivement coûteux des procédures d'arbitrage⁸⁹ et l'absence d'un mécanisme d'appel pour remédier aux décisions erronées qui peuvent en résulter.⁹⁰ Le coût élevé des procédures a, semble-t-il, "exagéré l'effet de l'absence d'un mécanisme d'appel,"⁹¹ sachant que les accords internationaux d'investissement ne renferment généralement pas de dispositions concernant la révision des sentences pour erreur.⁹² Pour répondre à la crise de légitimité de l'arbitrage d'investissement, les États caribéens ont cherché à se réaffirmer en s'engageant dans des initiatives de réforme tant du point du fond que de la forme.

3. Une volonté de réforme ou un pluralisme incohérent?

Si les réactions des États caribéens les plus touchés par l'arbitrage d'investissement ont plus ou moins traduit l'intention de questionner les faiblesses de l'arbitrage international, elles n'ont pas été cohérentes et homogènes. Bien que dans la pratique la légitimité de l'arbitrage investisseur-État ait été remise en cause, la doctrine a

⁸⁶Susan D Franck, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions" (2005) 73:4 Fordham L Rev 1521; Gabrielle Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse" (2007) 23:3 Arb Intl 357; Andrea J Menaker, "Seeking Consistency in Investment Arbitration: The Evolution of ICSID and Alternatives to Reform" dans Albert Jan Van Den, dir, *International Arbitration: The Coming of a New Age?*, The Hague, Kluwer, 2013, 634 à la p 607; Katharina Diel-Gligor, *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence: A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, Leyden, Brill, 2017; Mark Feldman, "Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power" (2017) 32:3 ICSID Rev — FILJ 528.

⁸⁷Rudolf Dolzer, "Fair and Equitable Treatment: Today's Contours" (2014) 12:1 Santa Clara J Intl L 7; Caroline Henckels, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration" (2012) 15:1 J Intl Econ L 223.

⁸⁸Joshua B Simmons, "Valuation in Investor-State Arbitration: Toward a More Exact Science" (2012) 30:2 Berkeley J Intl L 196.

⁸⁹Albert Jan Van Den Berg, "Time and Costs: Issues and Initiatives from an Arbitrator's Perspective" (2013) 28:1 ICSID Rev — FILJ 218; Matthew Hodgson, "Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform" dans Jean E Kalicki et Anna Joubin-Bret, dir, *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2015, 748.

⁹⁰Christopher Smith, "The Appeal of ICSID Awards: How the AMINZ Appellate Mechanism Can Guide Reform of ICSID Procedure" (2009) 41:567 Ga J Intl & Comp L 568; Erin E Gleason, "International Arbitral Appeals: What Are We So Afraid Of?" (2007) 7:2 Pepperdine Dispute Resolution LJ 269.

⁹¹Mélida N Hodgson, "Reform and Adaptation: The Experience of the Americas with International Investment Law" (2020) 21:1 Journal of World Investment & Trade 140.

⁹²Aussi, les règles institutionnelles ne prévoient qu'une correction limitée des erreurs techniques.

observé que les États n'ont pas encore convergé sur les réformes à poursuivre.⁹³ À défaut d'une orientation régionale commune, les États caribéens ont adopté des positions diverses, plurielles et souvent contradictoires, allant de l'approche radicale à l'approche réformiste du régime de protection des investissements. La Caraïbe offre un panorama pluraliste et complexe qui est présenté de la façon suivante. D'abord, il y a eu un projet régional radical en guise d'alternative au CIRDI dont le Venezuela représente la véritable voix dans la Caraïbe. Étant l'un des pionniers de l'approche du retrait, le Venezuela a joué un rôle important dans le cadre de l'ALBA et de l'Union des nations sudaméricaines (UNASUR), en particulier dans les discussions sur la création d'un cadre régional alternatif de règlement des différends en matière d'investissement. Ensuite, plusieurs pays caribéens comme le Suriname, le Guyana ou le Mexique ont adopté le modèle d'accord de coopération et de facilitation du Brésil, qui remplace le mécanisme d'arbitrage investisseur-État par l'arbitrage État-État. En outre, il faut remarquer que, par le biais du Mexique, l'approche européenne pourrait également intégrer le monde Caraïbe. Dans le cadre de la modernisation de son accord de libre-échange avec l'Union européenne (UE), le Mexique a accepté l'idée de mettre en place un tribunal permanent pour le règlement des différends en matière d'investissement. De plus, une autre approche que l'on peut encore observer dans le cas du Mexique, notamment dans l'*Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique (ACÉUM)*, concerne l'option restrictive du mécanisme traditionnel de RDIE, selon laquelle l'arbitrage d'investissement est soumis à certaines conditions.⁹⁴ Une autre réaction consisterait à améliorer légèrement le mécanisme RDIE actuel, sans renoncer à ses principes, en intégrant dans l'arbitrage des principes de transparence et des règles éthiques susceptibles de renforcer la légitimité de ce régime.

Il faut donc remarquer qu'au-delà du projet de l'ALBA et de l'UNASUR ainsi que de l'approche conventionnelle brésilienne — qui pourraient donner un souffle nouveau aux efforts pour la construction d'un cadre normatif et institutionnel régional capable d'aider à résoudre les asymétries de pouvoir existantes, ces tentatives de solutions novatrices sont l'expression de la volonté des pays développés. En conséquence, les États caribéens occupent une position marginale dans le système global actuel de protection des investissements en acceptant d'adopter ces normes conçues par les pays développés et en participant à leur diffusion.

A. L'ALBA et l'UNASUR: la voie radicale

S'il est vrai que l'Équateur et la Bolivie se sont également retiré du CIRDI, le Venezuela représente l'unique État du Bassin caribéen à avoir emprunté cette voie radicale. Cela serait dû au fait que la République du Venezuela demeure aujourd'hui l'État caribéen le plus touché par l'arbitrage d'investissement. En réaction au système actuel d'arbitrage d'investissement, avec notamment le soutien de l'Équateur, le

⁹³Sergio Puig et Gregory Shaffer, "Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law" (2018) 112:3 Am J Intl L 361.

⁹⁴*Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, 30 novembre 2018, RT Can 2020 n° 5 (entré en vigueur: 1^{er} juillet 2020) [ACÉUM].

Venezuela a grandement contribué au projet de création d'un système régional alternatif de règlement des différends en matière d'investissement. Ainsi, au cours de la dernière décennie, deux projets de réforme régionale ont été initiés dans la Caraïbe, en l'occurrence l'ALBA et l'UNASUR. La perspective dégagée de ces deux initiatives demeure aujourd'hui très minoritaire, mais elle incarne le changement de paradigme en ce sens qu'elle rejette le système comme étant irrévocablement défectueux et nécessitant un remplacement.⁹⁵ Les partisans du changement de paradigme rejettent ainsi l'utilité des réclamations internationales des investisseurs étrangers contre les États, que ce soit devant des tribunaux arbitraux ou des tribunaux internationaux. En d'autres termes, les institutions d'arbitrage international devraient être remplacées par une variété d'alternatives comme les tribunaux nationaux, les médiateurs, l'arbitrage État-État ou un mécanisme régional alternatif.⁹⁶

C'est d'abord au sein de l'ALBA — organisation constituée en 2004 principalement de pays caribéens⁹⁷ — que le sentiment de méfiance vis-à-vis de l'arbitrage a été le plus vif. Cette alliance fondée sur un paradigme contre-hégémonique visait, entre autres, à instituer des organes régionaux alternatifs de résolution des différends en matière d'investissement pour remplacer le CIRDI.⁹⁸ Les hostilités étaient officiellement lancées en avril 2007 à l'occasion du sommet présidentiel de l'ALBA lorsque tous les États membres ont déclaré leur intention de quitter la *Convention CIRDI*.⁹⁹ Mais en réalité, seuls la Bolivie, le Venezuela et l'Équateur ont suivi la voie de la dénonciation radicale engagée contre l'arbitrage international, en particulier la *Convention CIRDI*. Un mois après la tenue du cinquième sommet de l'ALBA, la Bolivie est devenue le premier État à dénoncer ouvertement la *Convention CIRDI*.¹⁰⁰ Cette dénonciation a pris effet six mois plus tard, en novembre 2007, conformément à l'article 71 de la *Convention CIRDI*.¹⁰¹

⁹⁵Anthea Roberts, "The Shifting Landscape of Investor-State Arbitration: Loyalists, Reformists, Revolutionaries and Undecideds," *EJIL: Talk!* (2017), en ligne <www.ejiltalk.org/the-shifting-landscape-of-investor-state-arbitration-loyalists-reformists-revolutionaries-and-undecideds/>.

⁹⁶*Ibid.*

⁹⁷Comme Antigua-et-Barbuda, Cuba, Nicaragua, Dominique, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Sainte-Lucie et le Venezuela.

⁹⁸Voir Mariano Tobias de Alba Uribe, "Investment Arbitration and Latin America: Irreconcilable Differences?," *Kluwer Arbitration Blog* (2013), en ligne: <arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/05/21/investment-arbitration-and-latin-america-irreconcilable-differences/> [nous traduisons].

⁹⁹Fernando Cabrera Diaz, "ALBA Moves Forward with Plan to Create Regional Investment Arbitration Alternative to ICSID at 7th Summit," *International Institute for Sustainable Development* (2009), en ligne: <www.iisd.org/itn/en/2009/11/01/alba-moves-forward-with-plan-to-create-regional-investment-arbitration-alternative-to-icsid-at-7th-summit-3/>; Enrique Fernández Masía, "El incierto futuro del arbitraje de inversiones en Latinoamérica" (2009) 4 *Transnational Dispute Management* 12.

¹⁰⁰CIRDI, *Actualités et Événements. Dénonciation de la Convention du CIRDI* (16 mai 2007), en ligne: <<https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/denunciacion-icsid-convention/>>.

¹⁰¹*Convention CIRDI, supra note 17*, art 71 de la: "Any Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice." Pour justifier la décision de dénoncer la *Convention CIRDI*, le Président E. Morales déclarait que l'objectif central de l'ALBA est de "garantir le droit souverain des pays de régler les investissements étrangers sur leur territoire national" [notre traduction]. Katia Fach Gómez, "Latin America and ICSID: David versus Goliath" (2011) 17:2 *L & Bus Rev Americas* 195 à la p 209. Dans une note officiellement adressée à la Banque mondiale, le gouvernement bolivien a critiqué plusieurs aspects structurels de l'arbitrage international, comme sa complexité, son opacité, son manque de neutralité, son coût élevé ou encore l'absence d'appel des sentences rendues par les tribunaux arbitraux (*ibid.*).

En juillet 2009, l'Équateur a suivi la Bolivie, en notifiant au CIRDI¹⁰² conformément à l'article 25(4) de la *Convention CIRDI*¹⁰³ qu'il retirait son consentement à l'arbitrage pour les différends concernant le traitement des investissements découlant d'activités économiques liées à l'exploitation des ressources naturelles, comme le pétrole, le gaz et les minéraux.¹⁰⁴ Le Gouvernement équatorien a estimé qu'il était inconstitutionnel d'attribuer une compétence souveraine à un tribunal arbitral international, mettant ainsi fin à l'ensemble des TBI auxquels le pays était partie.¹⁰⁵

L'Équateur a été suivie en janvier 2012 par le Venezuela.¹⁰⁶ Pour exprimer très clairement l'hostilité vénézuélienne vis-à-vis de l'arbitrage international en matière d'investissement, le Tribunal suprême de justice du Venezuela a publié un communiqué de presse, soulignant son rejet radical de la structuration déséquilibrée du mécanisme RDIE.¹⁰⁷

Le retrait de la *Convention CIRDI* est intervenu à un moment où des mesures protectionnistes ont été adoptées en vue de contrôler les ressources naturelles. En d'autres termes, en cherchant à limiter la compétence du CIRDI, le Gouvernement du Venezuela voulait réaffirmer sa souveraineté dans le secteur des ressources naturelles, comme le pétrole et les minéraux. Ce retrait qui traduit un certain scepticisme à l'égard du mécanisme RDIE,¹⁰⁸ a été interprété "comme une déclaration de censure à

¹⁰²"Ecuador Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention," ICSID News Release (9 July 2009).

¹⁰³*Convention CIRDI*, *supra* note 17, art 25(4) prévoit: "Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1)."

¹⁰⁴L'effet de la notification a été contesté: "[W]hile Article 72 ICSID Convention deals with the 'rights or obligations' arising out of a denunciation of the Convention under Article 71 ICSID Convention, no corresponding provision exists for Article 25(4)." Titi, *supra* note 18 à la p 364.

¹⁰⁵Une décennie après avoir dénoncé la *Convention CIRDI*, l'Équateur a de nouveau adhéré à la convention. Cette dernière est de nouveau entrée en vigueur le 3 septembre 2021, à la suite du dépôt de l'instrument de ratification auprès de la Banque mondiale le 4 août 2021. La décision de réadhérer à la convention du CIRDI a également été affirmée par la cour constitutionnelle de l'Équateur, ce qui confirme une nouvelle orientation politique en matière de protection des investissements étrangers. Voir CIRDI, *Actualités et Événements. L'Équateur ratifie la Convention du CIRDI* (4 août 2021), en ligne: <icsid.worldbank.org/fr/actualites-et-evenements/communiqués/lequateur-ratifie-la-convention-du-cirdi-0> [CIRDI, *Actualités et Événements*].

¹⁰⁶CIRDI, *Actualités et Événements. Le Venezuela adresse une notification en vertu de l'article 71 de la Convention CIRDI* (26 janvier 2012), en ligne: <icsid.worldbank.org/fr/actualites-et-evenements/communiqués/le-venezuela-adresse-une-notification-en-vertu-de-larticle-71>.

¹⁰⁷Dans ce communiqué intitulé "L'immunité du Venezuela face aux tribunaux étrangers se consolide," les autorités judiciaires ont soutenu ce qui suit: "La soumission des différends liés à l'arbitrage en matière d'investissement ou à toute autre question aux mécanismes internationaux doit être approuvée par le président du Venezuela et le traité doit être ratifié par l'Assemblée nationale; sur la base de la souveraineté, l'État peut dénoncer ou modifier les traités internationaux dans lesquels le Venezuela était soumis à une juridiction étrangère; l'exécution des décisions rendues par les tribunaux étrangers contre le Venezuela dépendra de la vérification nationale que la décision ne viole pas la souveraineté du pays" [notre traduction]. Tribunal Supremo de Justicia, *Se consolida la inmunidad de Venezuela frente a tribunales extranjeros* (15 junio 2009), en ligne: <anzola.com/images/uploads/Nota_de_Prensa_-_TSJ_-_15_junio_09.pdf>.

¹⁰⁸UNCTAD, *Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims.*, IIA Issues Note no 2 (2010) à la p 4, en ligne: <www.unctad.org/diae>; Christoph Schreuer, "Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration" dans Michael Waibel et al, dir, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, The Hague, Kluwer, 2010, 353; Andrés A Mezgravis et

l'égard du système international¹⁰⁹ ou comme le rejet d'une institution particulière appartenant à la Banque mondiale.¹¹⁰ Au sein de l'ALBA, les États ont dégagé une compréhension engagée de l'arbitrage d'investissement, affirmant qu'il pouvait déboucher sur une perte de contrôle des secteurs stratégiques.¹¹¹ D'autres projets de dénonciation du CIRDI ont été discutés au sein de l'ALBA, mais n'ont pas eu lieu.¹¹²

Le projet de l'ALBA ne résidait pas dans un simple discours critique et contre-hégémonique, mais proposait également "l'établissement et la mise en œuvre d'organismes régionaux pour la résolution des différends en matière d'investissement."¹¹³ Ainsi, lors de la déclaration conjointe du sixième sommet extraordinaire tenu à Maracay, au Venezuela, le 24 juin 2009, les chefs d'État et de Gouvernement des pays membres de l'ALBA ont chargé le Conseil des ministres de l'ALBA de créer un groupe de travail pour discuter à propos de la mise en place d'instance régionale de règlement des différends.¹¹⁴ Lors du sommet du 17 octobre 2009, à Cochabamba, en Bolivie, les États ont établi que l'investissement étranger et l'État doit être résolu comme s'il s'agissait d'un conflit avec un investisseur national.¹¹⁵ Ce principe qui traduit bien ce qu'on appellerait aujourd'hui un retour de Calvo, a été essentiellement discuté lors du 11^{ème} sommet de l'ALBA,¹¹⁶ soulignant, néanmoins, la différence avec les ALE et les TBI "qui imposent un ensemble d'avantages et de sécurités en faveur des entreprises multinationales."¹¹⁷

Le 30 novembre 2009, le Groupe de travail formé par les membres de l'ALBA a rédigé et approuvé un projet d'accord-cadre, qui a été signé à la Havane le

Carolina González, "Denunciation of the ICSID Convention: Two Problems, One Seen and One Overlooked" (2012) 9:7 *Transnational Dispute Management* 1; Antonios Tzanakopoulos, "Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties" dans Rainer Hofmann et Christian J Tams, dir, *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration*, Baden-Baden, Nomos, 2011, 75.

¹⁰⁹Titi, *supra* note 18 à la p 364 [notre traduction].

¹¹⁰*Ibid* à la p 365.

¹¹¹"Ils ont rejeté vigoureusement les pressions juridiques, médiatiques et diplomatiques de la part de certaines multinationales qui, ayant violé les règles constitutionnelles, la législation nationale, les accords contractuels et les dispositions réglementaires environnementales et de travail, résistent à l'application des décisions souveraines des pays en menaçant d'arbitrage et en engageant des procédures d'arbitrage international contre les États devant des institutions comme le CIRDI." Gómez, *supra* note 101 à la p 209 [notre traduction].

¹¹²Par exemple, malgré l'annonce en date du 14 avril 2008 par le procureur général du Nicaragua selon laquelle le pays envisageait de se retirer du CIRDI, l'État reste jusqu'à présent partie à la Convention. Alexis Mourre, "Perspectives of International Arbitration in Latin America" (2006) 17 *Am Rev Intl Arb* 597 à la p 608.

¹¹³Mariano Tobías de Alba Uribe, "Investment Arbitration and Latin America: Irreconcilable Differences?" *Kluwer Arbitration Blog* (2013), en ligne: <arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/05/21/investment-arbitration-and-latin-america-irreconcilable-differences>.

¹¹⁴Diaz, *supra* note 99.

¹¹⁵Alliance Bolivarienne pour les Amériques (ALBA), *Fundamental Principles of the Peoples' Trade Treaty-TCP, Principle 16, VII Summit-Cochamba, Bolivia* (17 October 2009).

¹¹⁶ALBA, Eleventh Summit, Caracas, Venezuela, 4-5 February 2012.

¹¹⁷*Accord portant sur la création de l'Espace économique ALBA-TCP (ECOALBA)*, 4-5 février 2012, Doc. NU A/66/703 (2012), Annexe.

15 décembre 2009. En cette occasion, il a été soutenu que l'instance régionale de règlement des différends de l'ALBA sera créée par un traité constitutif et disposera pleinement d'une personnalité juridique internationale et des privilèges et immunités nécessaires à l'accomplissement de ses fonctions.¹¹⁸ À l'occasion du sommet organisé par l'ALBA, le 30 juillet 2013, à Guayaquil, en Équateur, les États membres ont adopté une résolution spéciale dans laquelle ils ont énoncé plusieurs mesures essentielles. Il s'agissait, d'abord, de "coordonner des actions efficaces pour consolider les nouvelles instances d'arbitrage qui contribuent au renforcement d'un cadre juridique approprié pour garantir un processus juste et équilibré dans l'intérêt des investisseurs et des États."¹¹⁹ Ils ont ensuite exprimé leur intention de solidarité à l'égard "des pays affectés par des intérêts transnationaux en termes d'auto-défense contre les sentences émises par les instances arbitrales."¹²⁰ Et enfin, ils ont insisté pour que "les jugements des systèmes judiciaires nationaux prévalent sur les décisions des organes arbitraux."¹²¹ Cependant, cette conférence n'a pas vraiment abouti à un projet commun. Tandis que les pays organisateurs comme la Bolivie, Cuba, l'Équateur, le Nicaragua, la République dominicaine, Saint-Vincent-et-les-Grenadines et le Venezuela ont approuvé la déclaration finale, les représentants d'autres États invités, comme l'Argentine, le Guatemala, le Salvador, le Honduras et le Mexique ont simplement pris note des conclusions et des déclarations pour les porter à l'attention de leurs Gouvernements respectifs.

Avec l'affaiblissement du Venezuela comme source de financement de l'ALBA, l'initiative régionale fut abandonnée.¹²² Si elle n'a pas eu de véritables implications sur la pratique conventionnelle des pays caribéens, l'expérience de l'ALBA demeure néanmoins l'expression la plus radicale de la frustration des États touchés par l'arbitrage d'investissement.

Parallèlement à l'ALBA, l'UNASUR fut également une expérience régionale intéressante durant les quinze dernières années.¹²³ Tandis que le Venezuela fut le

¹¹⁸L'ALBA-TCP a établi un certain nombre de principes qui doivent guider l'instance régionale pour le règlement des différends comme: "[Le] respect et [la] pleine application de la législation nationale des parties, des principes et normes du droit international dans la résolution de leurs différends; [la] reconnaissance de l'absence de cas en instance devant un tribunal ou un siège administratif des parties comme condition sine qua non pour l'administration et l'enregistrement des litiges; [la] primauté des moyens non contentieux dans le règlement des différends; [les] qualités propres des officiants, conciliateurs, médiateurs et arbitres, ainsi que transparence dans le système de leur sélection; [la] justification et [le] contrôle des dépenses; [l']impartialité; [la] large vocation multilatérale et [l']ouverture à tous les États de la région; [le] respect des prérogatives de l'État dans le règlement privé des différends; [la] confidentialité" Rodolfo Dávalos Fernández, "La proposition de la Cour d'arbitrage OHADAC" dans René Kiminou, dir, *L'Harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe*, Paris, Éditions Connaissances et Savoirs, 2016, 75 aux pp 93–94. Il a été également déclaré que cet organe régional de règlement des différends "pourra utiliser tous les moyens alternatifs de résolution des conflits, tels que: négociation, bons offices, médiation, conciliation et arbitrage [...] et se composera d'un Conseil exécutif, d'un Secrétariat permanent, d'un Centre de conseil et de défense juridique, et tout autre organisme nécessaire à son fonctionnement." ALBA, *Special Resolution on Arbitration and Transnational Companies, XII Summit, Guayaquil, Ecuador* (30 July 2013) [notre traduction].

¹¹⁹*Ibid.*

¹²⁰*Ibid.*

¹²¹*Ibid.*

¹²²Hodgson, *supra* note 91 à la p 141 [notre traduction].

¹²³Cette organisation latino-américaine créée en 2004 est composée à la fois d'États sud-américains comme l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, l'Équateur, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay et d'États caribéens comme la Colombie, le Guyana, le Suriname et le Venezuela.

cœur de l'ALBA, l'Équateur représentait le moteur de l'UNASUR. Sous la direction de l'Équateur, les membres de l'UNASUR envisageaient la création d'un Centre régional de règlement des différends relatifs aux investissements.¹²⁴ L'idée d'un Centre d'arbitrage régional fut initialement proposée en 2010 par le Président équatorien Rafael Correa, qui cherchait à remplacer le CIRDI par un organisme alternatif plus légitime.¹²⁵ Une version finale a été présentée en 2016, dont les caractéristiques rappellent certains principes de la doctrine Calvo.¹²⁶ Par exemple, on peut énumérer l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes, l'exclusion de certains secteurs de l'arbitrage d'investissement et la création d'un mécanisme d'appel selon le modèle de l'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

La règle de l'épuisement des voies de recours internes contribuerait à redorer l'image de la justice nationale, en faisant d'elle le juge de droit commun des investissements. Le Centre régional de l'UNASUR occuperait alors une fonction palliative ou subsidiaire comme c'est le cas dans plusieurs systèmes régionaux.¹²⁷ Si l'épuisement des voies de recours internes a l'avantage d'offrir la possibilité aux États hôtes de résoudre le différend au niveau local, les tribunaux nationaux devraient pouvoir "se conformer aux normes internationales actuelles en matière de rapidité, d'impartialité et de spécialisation technique"¹²⁸ pour être efficaces.

En outre, une innovation importante de l'UNASUR serait l'exclusion de certains secteurs de l'arbitrage d'investissement (la santé, l'environnement, l'énergie et ainsi de suite). On sait que l'arbitrage d'investissement a été beaucoup critiqué dans le contexte des Amériques du fait de ses conséquences néfastes sur la capacité de l'État à réglementer. Pour remédier à cette situation, le Règlement de l'UNASUR permettrait aux États membres de "notifier au Dépositaire du Traité les secteurs dans lesquels ils refusent de consentir à l'arbitrage. Toutefois, le Règlement établit que ces notifications ne prévaudront pas contre le consentement exprès de l'État à soumettre un différend à l'arbitrage, par exemple dans un traité en vigueur."¹²⁹

S'agissant de la création d'un mécanisme d'appel, les membres de l'UNASUR estimaient qu'un tel mécanisme aurait permis une application plus cohérente des règles matérielles et un cadre jurisprudentiel plus prévisible pour les parties.¹³⁰ Pour répondre à l'une des critiques adressées à l'endroit de l'arbitrage d'investissement, les membres de l'UNASUR proposaient un mécanisme d'appel par lequel une partie peut faire appel en invoquant une erreur dans l'application ou l'interprétation du droit applicable au différend en matière d'investissement. Dans le délai de 120 jours à compter de la date du prononcé de la sentence, la Commission d'appel aurait le pouvoir de confirmer, modifier ou révoquer la sentence pour une erreur de fait. Compte tenu de ces différentes considérations, la doctrine a estimé que le Centre

¹²⁴Ortiz et al, *supra* note 35.

¹²⁵Manuel A Gómez, "The South American Way: Sub-regional Integration under ALBA and UNASUR and International Dispute Resolution" (2017) 58:4 Hungarian J Legal Studies 449 à la p 454.

¹²⁶Daniela Pérez-Salgado et Fernando Pérez-Lozada, "New Investment Arbitration Center in Latin America: UNASUR, A Hybrid Example of Success or Failure?," *Kluwer Arbitration Blog* (27 mai 2016), en ligne: <arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/05/27/unasur/>.

¹²⁷Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 à la p 219 et s.

¹²⁸Salgado et Pérez-Lozada, *supra* note 126.

¹²⁹*Ibid.*

¹³⁰Grant, *supra* note 83 à la p 1143.

d'arbitrage de l'UNASUR offrirait un cadre plus transparent, plus légitime, plus accessible et plus équilibré pour les différends liés aux investissements qui surviennent dans les pays membres de l'UNASUR.¹³¹

Par ailleurs, il semble que le véritable apport d'un Centre régional d'arbitrage en Amérique latine résiderait dans le respect de la souveraineté des États et la possibilité de révision substantielle des sentences. Un autre avantage important serait qu'un Centre d'arbitrage dans la région, probablement composé de juges latino-américains et caribéens, donnerait une perception de légitimité aux États de la région. Il faut rappeler que l'une des critiques contre le CIRDI concernait la perception fondée ou non d'un parti pris contre les intérêts des peuples latino-américains. Ainsi, selon les mots de Catharine Titi, le Centre de l'UNASUR pouvait représenter "une alternative régionale attrayante pour les États en développement."¹³²

Bien que reprochées par certains universitaires,¹³³ les perspectives de l'ALBA et de l'UNASUR ont retenu l'attention de la doctrine critique pour diverses raisons.¹³⁴ Elles traduisent une contestation radicale de l'arbitrage international et rappellent l'attachement historique des pays de la région à la justice locale pour juger les différends relatifs aux investissements étrangers. Si elles parvenaient à s'appliquer, elles assureraient probablement une meilleure articulation entre les intérêts des États et ceux des investisseurs étrangers ainsi qu'une meilleure prise en considération de la législation nationale des États dans le contentieux de l'investissement.¹³⁵ Les différentes propositions de l'ALBA et de l'UNASUR expriment la nécessité d'un mécanisme de règlement des différends qui soit juste, équitable, impartial et capable d'apporter des réponses sérieuses aux problématiques sociales, économiques et politiques des pays de la région.

Ces tentatives, quoique minoritaires, sont instructives au sens où elles mettent en évidence d'autres possibilités dans un contexte néolibéral où la légalité transnationale positiviste est hégémonique. Ces possibilités alternatives peuvent générer des formes de résistance nouvelles en réaction aux schémas récurrents de domination.¹³⁶ L'exemple de la voie radicale latino-américaine illustre la logique du "champ disparate de possibilités,"¹³⁷ pour reprendre une formule foucauldienne. Selon le philosophe français, toute relation de pouvoir s'articule sur le fondement de deux éléments indispensables: "que 'l'autre' (celui sur lequel s'exerce le pouvoir) soit bien reconnu et maintenu jusqu'au bout comme une personne qui agit; et que, face à une relation de pouvoir, tout un champ de réponses, de réactions, de résultats, d'inventions possibles puisse s'ouvrir."¹³⁸ La critique radicale des membres de l'ALBA et de l'UNASUR s'inscrit donc dans ce champ disparate de possibilités s'exerçant sur des structures globales comme le

¹³¹Mariela Gabriela Sarmiento, "The UNASUR Centre for Settlement of Investment Disputes and Venezuela: Will Both Ever See the Light at the End of the Tunnel?" (2016) 17:4 J World Investment & Trade 658.

¹³²Titi, *supra* note 18 à la p 357.

¹³³Marco E Schnabl et Julie Bédard, "The Wrong Kind of Interesting," *National Law Journal* (30 juillet 2007).

¹³⁴David Schneiderman, *Resisting Economic Globalization: Critical Theory and International Investment Law*, New York, Springer, 2013 à la p 137 [Schneiderman, *Resisting*].

¹³⁵Fernández Masiá, *supra* note 99 à la p 107.

¹³⁶Schneiderman, *Resisting*, *supra* note 134 à la p 137.

¹³⁷Michel Foucault, "The Subject and Power" (1982) 8:4 Critical Inquiry 777 à la p 788 [notre traduction].

¹³⁸*Ibid* à la p 789.

CIRDI. Cette critique radicale offre la possibilité à un paradigme hétérogène d'exister et d'opérer aux marges de l'hégémonie transnationale. À travers ces "rares possibilités" de résistance, l'Amérique latine pourrait donner lieu à un récit critique de la légalité transnationale, donc à de nouvelles possibilités d'action et de création.

Le récit critique de l'ordre juridique global trouve également une résonance particulière dans les réflexions relatives à la colonialité du droit international de l'investissement,¹³⁹ qui mettent en évidence les lacunes d'un régime universel de protection des investissements étrangers et montrent la nécessité de s'ouvrir à d'autres voies possibles. Cette approche, qui écarte les récits universalistes triomphalistes au profit de la diversité des savoirs et des cultures subalternes,¹⁴⁰ est révélatrice des "origines arbitraires de l'universalité."¹⁴¹ La relecture critique de l'arbitrage d'investissement proposée par l'ALBA et l'UNASUR libérerait l'arbitre de la prison "des fictions universelles."¹⁴²

En réalité, le Monde Caraïbe n'échappe pas aux différents aspects globaux de la colonialité qui se manifestent à l'époque contemporaine.¹⁴³ Si la zone Caraïbe peut représenter un lieu de production de la résistance critique, c'est en grande partie parce qu'elle est un monde "aux veines ouvertes"¹⁴⁴ car gravement touché par le régime global des investissements étrangers. L'affaire *Metalclad c Mexique* montre la vulnérabilité des *campesinos* résidant à proximité des sites nocifs d'installation de décharge.¹⁴⁵ De même, dans l'affaire *Cosigo Resources c Colombie*, les communautés locales ont été affectées par les activités d'extraction de l'or dans des parcs nationaux.¹⁴⁶ Dans l'affaire *Bear Creek c Pérou*, les peuples autochtones n'ont pas été consultés lorsque le Gouvernement péruvien a autorisé un investisseur canadien à accéder à leurs terres au détriment de la préservation de leur héritage culturel.¹⁴⁷ Ces exemples montrent que les expressions de résistance naissent généralement dans des endroits "au cœur brisé et torturé"¹⁴⁸ où les populations marginalisées ont très souvent pâti des effets de l'ordre global contemporain.

¹³⁹Schneiderman, "Global," *supra* note 72; Dorce, "Standard de traitement," *supra* note 12; David Schneiderman, *Investment Law's Alibis: Colonialism, Imperialism, Debt and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022; Jason Haynes et Antonius Hippolyte, "The Coloniality of International Investment Law in the Commonwealth Caribbean" (2023) 72:1 ICLQ 105 [Haynes et Hippolyte, "Coloniality"].

¹⁴⁰Arturo Escobar, "Worlds and Knowledges Otherwise: The Latin American Modernity/Coloniality Research Program" (2007) 21:2-3 Cultural Studies 179; Ramón Grosfoguel, "The Implications of Subaltern Epistemologies for Global Capitalism: Transmodernity, Border Thinking and Global Coloniality" dans William I Robinson et Paul Applebaum, dir, *Critical Globalization Studies*, London, Routledge, 2004, 283.

¹⁴¹Pierre Bourdieu et Loïc Wacquant, "On the Cunning of Imperial Reason" (1999) 16:1 Theory, Culture & Society 41.

¹⁴²Walter D Mignolo et Catherine Walsh, *On Decoloniality: Concepts, Analytics, Praxis*, Durham, NC, Duke University Press, 2018 à la p 187.

¹⁴³Haynes et Hippolyte, "Coloniality," *supra* note 139 à la p 113.

¹⁴⁴Eduardo Galeano et Claude Couffon, *Les veines ouvertes de l'Amérique latine: une contre-histoire*, Paris, Plon, 1981.

¹⁴⁵*Metalclad*, *supra* note 32.

¹⁴⁶*Cosigo Resources c Colombie*, Notice of Intent to Arbitrate and Statement of Claim, Aff CNUDCI (ALE Colombie-États-Unis, 5 août 2015).

¹⁴⁷*Bear Creek c Pérou*, Procedural Order n° 1, Aff CIRDI n° ARB/14/21 (ALE Pérou-Canada, 27 janvier 2015).

¹⁴⁸Leslie F Manigat, "Les États-Unis et le secteur Caraïbe de l'Amérique latine: Essai d'analyse et d'interprétation d'une spécificité subrégionale dans le cadre des rapports Nord-Sud au Nouveau Monde" (1969) 19:3 Revue française de science politique 645.

Cependant, cette lecture de la Caraïbe comme une mosaïque de résistance mérite d'être nuancée. S'il est vrai que le droit international de l'investissement continue de faire face à de vives protestations locales, les élites caribéennes autrefois hostiles ne choisissent pas toujours la voie de la résistance. La preuve en est que le projet de création du Centre régional de l'UNASUR est une idée dont le temps est passé. Plusieurs pays ont décidé de suspendre leur participation à l'UNASUR,¹⁴⁹ tandis que d'autres ont plus récemment annoncé leur retrait définitif.¹⁵⁰ Le Venezuela est le seul État de la région qui semble maintenir la voie radicale. À noter que, depuis son retrait de la *Convention CIRDI*, le Venezuela a signé un nouveau TBI avec la Colombie en 2023.¹⁵¹ Ce nouveau TBI, qui reflète la dénonciation de la *Convention CIRDI* en 2012, prévoit que les différends entre les investisseurs et l'État d'accueil peuvent être résolus devant les tribunaux nationaux de l'État d'accueil ou soumis à l'arbitrage en vertu des *Règles d'arbitrage* de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) de 1976.¹⁵²

Quant à la République d'Équateur, qui avait dénoncé la *Convention CIRDI* et qui portait le projet de création du Centre régional de règlement des différends, elle a fait volte-face: le 4 août 2021, elle a déposé auprès de la Banque mondiale son instrument de ratification de la *Convention CIRDI*.¹⁵³ Par conséquent, la perspective du Centre régional de l'UNASUR n'est plus à l'ordre du jour. En résumé, l'idée d'établir un organisme régional à travers l'ALBA ou l'UNASUR pour résoudre les différends en matière d'investissement n'a pas donné lieu à la construction d'une réelle alternative. En l'absence d'une action commune, les pays caribéens vont se tourner vers différents modèles de convention, dont l'approche brésilienne.

B. Vers une diffusion de l'approche brésilienne dans la Caraïbe

À défaut d'une politique commune en matière d'arbitrage, plusieurs pays caribéens ont suivi le modèle brésilien d'accord de coopération et de facilitation des investissements, initié en 2015, qui propose l'option de l'arbitrage interétatique.¹⁵⁴ Dans cette perspective, le Brésil rejoint les pays changeurs de paradigme puisqu'il rejette également le système d'arbitrage investisseur-État. Dans la Caraïbe, le Mexique, le Chili, la Colombie, le Suriname, le Guyana, et l'Équateur ont tous adopté cette approche dans

¹⁴⁹Ces pays sont l'Argentine, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Paraguay et le Pérou. Ils ont remis en cause le manque de résultats concrets garantissant le bon fonctionnement de l'organisation.

¹⁵⁰Les pays qui ont annoncé leur retrait définitif sont la Colombie en 2018, l'Équateur en 2019 et l'Argentine en 2019.

¹⁵¹*Accord entre la République Bolivarienne de Venezuela et la République de Colombie relatif à la promotion et la protection réciproques des investissements*, 3 février 2023 (non entré en vigueur) [*Accord entre Venezuela et Colombie*].

¹⁵²*Ibid.*, art 12.

¹⁵³CIRDI, *Actualités et Événements*, *supra* note 105.

¹⁵⁴Voir Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Rapport du Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) sur les travaux de sa trente-septième session*, Genève, Organisation des Nations Unies, 2019; Joaquim P Muniz et al, "The New Brazilian BIT on Cooperation and Facilitation of Investments: A New Approach in Times of Change" (2017) 32:2 ICSID Rev — FILJ 404; Murilo Lubambo, "Is State-State Investment Arbitration an Old Option for Latin America?" (2016) 34:2 Conflict Resolution Q 225.

leurs récents accords avec le Brésil.¹⁵⁵ Cette approche alternative préconisée par le Brésil et adoptée par ces États caribéens qui ont préalablement conclu d'autres conventions en matière de protection des investissements étrangers pourrait être considérée comme une voie révolutionnaire.

Le modèle brésilien d'accord de coopération et de facilitation des investissements est intéressant pour au moins deux raisons. Premièrement, il supprime la clause de traitement juste et équitable et l'obligation de protection et de sécurité pleine et entière, ainsi que la protection contre l'expropriation indirecte.¹⁵⁶ On rappelle que ces clauses ont été considérées comme gênantes pour une relation harmonieuse entre investisseurs et États. Deuxièmement, le modèle d'accord brésilien ne prévoit pas de clause d'arbitrage investisseur-État, mais la remplace par une clause d'arbitrage interétatique.¹⁵⁷ Seul le deuxième aspect fera ici l'objet de commentaires.

Le modèle d'accord brésilien renferme un mécanisme spécifique de règlement entre États. Ce modèle met l'emphase sur des mécanismes alternatifs de prévention comme des points de contact, des médiateurs (*ombudsmen*) et des comités conjoints de représentants des États parties dont le rôle inclut la prévention et le règlement des différends.¹⁵⁸ Il permet donc l'arbitrage État-État lorsque l'affaire n'a pas pu être réglée par le biais des modes alternatifs de règlement des différends, comme les procédures d'intervention précoce d'un médiateur ou d'un comité conjoint.¹⁵⁹

Les avantages du modèle d'accord brésilien ont été mis en évidence. Il semblerait que contrairement aux procédures d'arbitrage investisseur-État qui sont longues et coûteuses, l'arbitrage interétatique serait plus favorable aux parties. De plus, ce modèle pourrait plus facilement restaurer les relations investisseur-État que le mécanisme RDIE a contribué à détériorer. En outre, l'option d'arbitrage interétatique fait perdre à l'investisseur son statut privilégié, puisqu'il est dans une position de dépendance vis-à-vis de son État d'origine qui contrôle désormais l'initiative de la procédure. Enfin, le modèle d'accord brésilien pourrait garantir le respect de la

¹⁵⁵ *Accord de coopération et de facilitation de l'investissement entre le Brésil et le Mexique*, 26 mai 2015 (entré en vigueur: 7 octobre 2018); *Accord de coopération et de facilitation de l'investissement entre le Brésil et le Chili*, 24 novembre 2015 (non entré en vigueur); *Accord de coopération et de facilitation de l'investissement entre le Brésil et la Colombie*, 9 octobre 2015 (non entré en vigueur) [*Accord entre Brésil et Colombie*]; *Accord de coopération et de facilitation de l'investissement entre le Brésil et le Suriname*, 2 mai 2018 (non entré en vigueur) [*Accord entre Brésil et Suriname*]; *Accord de coopération et de facilitation de l'investissement entre le Brésil et Guyana*, 13 décembre 2018 (non entré en vigueur) [*Accord entre Brésil et Guyana*]; *Accord de coopération et de facilitation de l'investissement entre le Brésil et l'Équateur*, 25 septembre 2019 (non entré en vigueur).

¹⁵⁶ *Modèle brésilien d'Accord de coopération et de facilitation de l'investissement*, 2015, arts 4, 5, 6, 7, en ligne: <investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements> [*Modèle brésilien*].

¹⁵⁷ *Ibid.*, art IV.

¹⁵⁸ Julien Cazala, "La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents" (2017) 144:1 JDI 81 à la p 83; UNCTAD, "International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal," IIA Issues Note, n° 4, Genève, Organisation des Nations Unies (juin 2013); CNUDCI, *Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)*, *Communication du Gouvernement brésilien* (11 juin 2009).

¹⁵⁹ *Modèle brésilien*, *supra* note 156, art 19.

souveraineté des deux États, en permettant aux parties affectées de contribuer au règlement des différends.¹⁶⁰

Étant donné que le Brésil occupe une position de leader au sein du Marché commun du sud (Mercosur), son approche conventionnelle représente évidemment un modèle pour plusieurs pays de l'Amérique latine. En effet, le *Protocole de coopération et de facilitation des investissements intra – Mercosur* reprend les principales dispositions contenues dans le modèle brésilien.¹⁶¹ L'approche innovante et audacieuse du Brésil pourrait notamment inspirer les pays qui résistent au CIRDI ou à d'autres organismes similaires, comme le Venezuela.¹⁶² Cela dit, s'il est vrai que quelques pays caribéens ont adopté l'approche brésilienne, il n'y a aucune garantie qu'elle deviendra l'option dominante dans la région. La politique du Brésil n'est pas toujours conforme à la politique de la plupart des États caribéens, qui préfèrent maintenir leur rapport avec le régime d'arbitrage international d'investissement du CIRDI. Donc, il peut toujours y avoir une acceptation du modèle brésilien, mais on ne peut pas parler à ce stade de sa normalisation dans le contexte caribéen. Cherchant à éviter des solutions radicales, les élites politiques des pays caribéens semblent se contenter des solutions de réforme venues des pays occidentaux.

C. L'approche de l'ACÉUM ou la restriction de l'arbitrage d'investissement

Un autre modèle d'approche que pourraient suivre les pays caribéens dans leur quête d'amélioration de l'arbitrage d'investissement se trouve dans l'ACÉUM, qui s'est substitué à l'ancien ALÉNA signé en 1994.¹⁶³ L'ACÉUM apporte une innovation importante, en ce qu'elle renferme une approche restrictive de l'arbitrage en matière d'investissement. Si dans l'ACÉUM le Canada a opté pour l'arbitrage interétatique, les États-Unis d'Amérique et le Mexique ont maintenu l'arbitrage d'investissement, en l'encadrant strictement. L'accord limite, d'une part, les moyens contentieux qui peuvent être soulevés devant un tribunal arbitral et accorde, d'autre part, une place importante à la justice locale, en prévoyant la possibilité de soumettre le litige à l'épuisement des recours internes.

S'agissant de la restriction des moyens contentieux, l'Annexe 14-D de l'ACÉUM prévoit trois moyens contentieux susceptibles d'être invoqués par un investisseur mexicain ou américain devant un tribunal arbitral, à savoir le traitement national, la clause de la nation la plus favorisée et l'expropriation directe.¹⁶⁴ En d'autres termes, le traitement juste et équitable et la protection contre l'expropriation indirecte qui sont les clauses les plus invoquées dans l'histoire de l'arbitrage d'investissement ont été

¹⁶⁰Jane Kelsey, "Groupe de travail III de la CNUDCI: quelques alternatives à l'arbitrage investisseur-État dans le cadre de la réforme du RDIE," *International Institute of Sustainable Development* (2019), en ligne: <www.iisd.org/itn/fr/2019/10/02/uncitral-working-group-iii-promoting-alternatives-to-investor-state-arbitration-as-isds-reform-jane-kelsey/>.

¹⁶¹*Intra-MERCOSUR Investment Facilitation Protocol*, 7 avril 2017 (entré en vigueur: 30 juillet 2019). Voir notamment les articles 4.3, 6.61, 4.2, 4.3, 14, 18, 23.

¹⁶²Leonardo VP de Oliveira et Marcus Spangenberg, "The Brazilian Cooperation and Facilitation Investment Agreement as a Model for Latin America" dans Sufyan Droubi et Cecilia Juliana Flores Elizondo, *Latin America and International Investment Law: A Mosaic of Resistance*, Manchester, Manchester University Press, 2022, 104 à la p 128.

¹⁶³ALÉNA, *supra* note 32.

¹⁶⁴ACÉUM, *supra* note 94, Annexe 14-D.

visés par la restriction.¹⁶⁵ Il s'agit d'une réaction à la critique adressée à l'arbitrage international selon laquelle l'interprétation parfois extensive de ces clauses est potentiellement attentatoire au pouvoir souverain de l'État de régler dans l'intérêt public.

L'innovation la plus intéressante de l'ACÉUM concerne l'exigence d'épuisement des voies de recours internes. Ainsi, le mécanisme RDIE est disponible à condition que l'investisseur en litige ait d'abord recours aux voies de recours internes. En acceptant de soumettre la disponibilité d'un mécanisme international à l'épuisement des recours internes, les États opèrent ainsi ce que Sergio Puig et Gregory Shaffer appellent une réforme semi-paradigmatique.¹⁶⁶ Il s'agit d'une solution à mi-chemin entre le rejet du système et sa réforme. La référence à l'épuisement des voies de recours internes, qui rappelle l'esprit de Calvo, a été considérée par la doctrine comme une "innovation audacieuse."¹⁶⁷ Mais, la préférence mexicaine déclarée pour la justice locale est enserrée dans certaines limites. Les juridictions nationales trancheront le litige dans les trente mois avant que l'investisseur étranger ne soit autorisé à saisir un tribunal arbitral.¹⁶⁸ En faisant du juge local le juge de droit commun des investissements, l'annexe 14-D a ainsi relégué l'arbitrage déterritorialisé à une fonction subsidiaire.¹⁶⁹ Cette approche restrictive comporte une double importance, en ce qu'elle permettrait d'une part de maintenir la fonction et le rôle du juge local dans le règlement des différends en matière d'investissement et d'autre part de donner aux investisseurs étrangers une certaine confiance dans le juge local.¹⁷⁰

Par le biais du Mexique, cette approche s'intègre dans la panoplie des options figurant dans le tableau caribéen. Étant donné que les pays caribéens sont en pratique des *rule taker*, ils seront probablement amenés, dans le futur, à suivre une telle approche.

D. L'approche européenne d'arbitrage d'investissement: bientôt dans le monde Caraïbe?

Aujourd'hui, l'UE est apparue comme l'un des acteurs les plus actifs dans l'évolution et la réforme du régime international des investissements et de l'arbitrage international.¹⁷¹ L'UE a conclu une nouvelle génération d'ALE comportant des chapitres sur l'investissement, dans lesquels elle a envisagé un système juridictionnel des investissements. Par ailleurs, par le biais des travaux du Groupe de travail III de la

¹⁶⁵Saïda El Boudouhi, "Le chapitre sur l'investissement du nouvel ALÉNA: le retour de l'État?" (2019) 123:4 RGDIP 865 à la p 886.

¹⁶⁶Puig et Shaffer, *supra* note 93.

¹⁶⁷El Boudouhi, *supra* note 165 à la p 881.

¹⁶⁸ACÉUM, *supra* note 94, Annexe 14-D.5.

¹⁶⁹L'ACÉUM représente, dans un certain sens, un contre-exemple dans l'histoire des TBI. Il faut savoir que la disposition relative à l'épuisement des voies de recours internes a été souvent jugée incompatible avec l'arbitrage investisseur-État. Stephen M Schwebel et J Gillis Wetter, "Arbitration and Exhaustion of Local Remedies" (1966) 60:3 Am J Intl L 484.

¹⁷⁰Graham Coop et Gunjan Sharma, "Procedural Innovations to ISDS in Recent Trade and Investment Treaties: A Comparison of the USMCA and CETA" dans Christian Klausegger et al, dir, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, München, CH Beck, 2019, 467 à la p 484.

¹⁷¹Daniel Behn et al, "The International Investment Regime and Its Discontents" dans Behn et al, *Legitimacy*, *supra* note 14, 39 à la p 77.

CNUDCI relatifs à la réforme du mécanisme RDIE, elle a cherché à développer une cour multilatérale d'investissements. L'approche européenne s'inscrit dans la réforme systémique en ce qu'elle maintient le droit des investisseurs à déposer des réclamations contre les États d'accueil directement au niveau international, mais en considérant le mécanisme d'arbitrage investisseur-État actuel comme étant déficient et incapable de traiter de telles réclamations.¹⁷² L'existence d'une cour multilatérale d'investissements viendrait donc corriger les lacunes du système actuel.

Dans le cadre de la modernisation de son ALE avec l'UE, le Mexique pourrait accepter cette option, ce qui permettrait à cette dernière de faire son entrée dans le monde Caraïbe pour devenir une option concurrente. Des négociations ont été lancées en 2018 en vue de moderniser l'ancien ALE conclu avec l'UE. En principe, le nouvel accord UE-Mexique devrait inclure l'approche européenne en matière de règlement des différends relatifs aux investissements. Si le Mexique accepte l'approche européenne, il deviendra ainsi le premier pays caribéen à inclure une telle option dans son portefeuille. Ce dispositif a été conçu dans le cadre de la nouvelle politique de contrôle des investissements directs étrangers de l'UE, visant à remplacer le mécanisme traditionnel RDIE *Investment Court System*.¹⁷³ Il a été inséré dans l'*Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne*¹⁷⁴ et dans les ALE conclus avec le Vietnam,¹⁷⁵ Singapour¹⁷⁶ et plus récemment dans les traités en cours de renégociation avec le Chili et le Mexique. Ce nouveau dispositif, qui s'inscrit dans le contexte d'une société civile européenne de plus en plus revendicatrice, a été envisagé dans l'idée d'apporter une réponse à la crise

¹⁷²Anthea Roberts, "Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration" (2018) 112:3 Am J Intl L 410 [Roberts, "Incremental"].

¹⁷³Hannes Lenk, "An Investment Court System for the New Generation of EU Trade And Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada" (2016) 2016:2 European Papers: A Journal on Law and Integration 665; Milcar Jeff Dorcé, "Prolégomènes à une lecture critique des relations entre droit de l'Union européenne et régime juridique international des investissements après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne" dans Lydia Lebon, Mehdi Mezaguer et Olivier Peiffert, dir, *Études européennes critiques*, Paris, Pedone, 2020, 79; Milcar Jeff Dorcé, "L'Union européenne: quelle influence sur le devenir du droit international des investissements" (2020) 1 Annuaire de Droit de l'Union Européenne 277.

¹⁷⁴*Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the One Part, and the European Union and Its Member States, of the Other Part*, 30 octobre 2016 (appliqué provisoirement le 21 septembre 2017), en ligne: <www.consilium.europa.eu/fr/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2016017> [AECG]. Il s'agit de l'Autriche, de la Croatie, du Danemark, de l'Espagne, de l'Estonie, de la Finlande, de la Lettonie, de la Lituanie, du Luxembourg, de Malte, du Portugal, de la République tchèque, de la Roumanie, de la Slovaquie et de la Suède. Ni l'UE, ni le Canada n'ont encore ratifié l'accord.

¹⁷⁵*Investment Protection Agreement between the European Union and Its Member States, of the One Part, and the Socialist Republic of the Viet Nam, of the Other Part*, 30 juin 2019 (non entré en vigueur), en ligne: <policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/vietnam/eu-vietnam-agreement_en>. L'accord entrera en vigueur lorsqu'il sera ratifié par tous les États membres de l'Union européenne. En février 2022, 12 États membres de l'Union européenne l'avaient ratifié.

¹⁷⁶*Investment Protection Agreement between the European Union and Its Member States, of the One Part, and the Socialist Republic of Singapore, of the Other Part*, 15 octobre 2018 (non entré en vigueur), en ligne: <policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/singapore/eu-singapore-agreement_en> [ALE Alliance du Pacifique-Singapore]. L'accord entrera en vigueur après avoir été ratifié par tous les États membres de l'Union européenne conformément à leurs procédures nationales.

de confiance dont souffrait le mécanisme traditionnel d'arbitrage investisseur-État. Il y a clairement eu une volonté de rupture telle qu'exprimée dans la décision *Achmea* de 2018 de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui a exigé que tous les États membres de l'UE mettent un terme aux TBI qu'ils ont conclus entre eux (c'est-à-dire tous les TBI intra-UE).¹⁷⁷

Selon la nouvelle approche européenne, les investisseurs peuvent toujours déposer des requêtes contre les États, mais ces derniers détiennent la compétence exclusive pour nommer les arbitres. Ainsi, en réaction à la nature *ad hoc* du mécanisme traditionnel d'arbitrage investisseur-État, la Commission européenne propose la création d'un tribunal multilatéral qui maintiendrait une liste permanente d'arbitres et remplacerait le mécanisme *ad hoc* par un tribunal d'appel permanent. Ce projet de réforme en réaction à la crise de légitimité de l'arbitrage d'investissement investisseur-État suscite un certain optimisme. Face à la demande constante d'un changement de paradigme, il est fort probable que le régime actuel soit remplacé par quelque chose d'entièrement nouveau dans la décennie à venir. Si le modèle européen parvenait à s'étendre et faire son entrée dans la Caraïbe, il y aurait de fortes possibilités qu'il se propage. Le Mexique pourrait être amené à utiliser le modèle européen dans ses futurs accords avec des pays de la région, ce qui aboutirait à une forme de "contagion normative."¹⁷⁸ L'exportation du modèle normatif européen se produirait donc à l'échelle caribéenne.

Mais rien ne garantit que l'opérationnalisation de ce modèle dans le contexte caribéen sera exempte de faiblesses et de crises. La transplantation du modèle européen dans la région caribéenne pourrait être perçue comme le prolongement d'un certain sentiment de peuples supérieurs, autrement dit une nouvelle forme de colonialité qui caractériserait les relations entre États occidentaux et États caribéens. Sachant que d'un point de vue historico-critique le régime de protection internationale des investissements "a été façonné à un niveau fondamental par la rencontre coloniale,"¹⁷⁹ les citoyens caribéens pourraient aujourd'hui appréhender le nouveau modèle européen comme "l'émissaire déguisé d'un régime colonialiste exploitateur."¹⁸⁰

Plus concrètement, au sujet du modèle européen, on pourrait se demander quel serait le profil sociologique des arbitres reconnus dans la liste permanente. La question du choix des arbitres est essentielle dans la mesure où l'arbitrage d'investissement repose surtout sur la confiance que les parties placent dans un tribunal arbitral. Cette question renvoie non seulement à des critères de compétence, d'indépendance et d'impartialité mais aussi à la diversité sociologique du profil de l'arbitre. On sait que les critiques émises par les membres de l'ALBA concernaient également le fait que l'arbitrage d'investissement était constitué d'un champ restreint d'arbitres issus majoritairement des universités occidentales. Donc, sachant que le manque de

¹⁷⁷ *République de Slovaquie c Achmea BV*, Arrêt de la Cour, Aff CJUE n° C-284/16 (6 mars 2018).

¹⁷⁸ Gáspár-Szilágyi Szilárd, "Quo Vadis EU Investment Law and Policy? The Shaky Path towards the International Promotion of EU Rules" (2018) 23:2 *European Foreign Affairs Rev* 167 à la p 181.

¹⁷⁹ Kate Miles, *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 à la p 2.

¹⁸⁰ Thomas Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2008 à la p 438.

diversité sociologique et ethnique des arbitres a été perçue comme un facteur de crise de légitimité de l'arbitrage,¹⁸¹ le système juridictionnel d'investissement européen, pourra-t-il constituer un projet inclusif en se démarquant de la présomption impérialiste qui pèse sur l'ordre économique global?

E. Maintenir le mécanisme rdie: une politique d'ajustement inadaptée?

Comme cela a été déjà souligné, depuis la crise de l'arbitrage d'investissement, les réactions caribéennes vis-à-vis de l'arbitrage sont remarquablement hétérogènes. Malgré le ton virulent de l'ALBA, très peu d'États ont manifesté leur volonté de quitter le système CIRDI. Parmi les pays caribéens, seul le Venezuela est resté à l'écart de l'arbitrage CIRDI, la grande majorité des États acceptant malgré tout de maintenir ce mécanisme. Cependant, dans certains cas, l'arbitrage investisseur-État est maintenu mais il est soutenu par des éléments de réforme qui concernent tant les aspects de fond comme la réécriture des règles substantielles de protection des investisseurs que les aspects de procédure comme la nomination, l'indépendance et l'impartialité des arbitres.

En réalité, cette approche s'inscrit dans le schéma de pensée *incrémentaliste*, qui préconise le maintien du *statu quo* en le modifiant légèrement à l'aide d'ajustements.¹⁸² En d'autres termes, il ne s'agit pas d'un changement structurel, car en fait pour les *incrémentalistes* les critiques du système actuel sont exagérées et l'arbitrage investisseur-État demeure la meilleure option possible.¹⁸³ L'idée serait donc d'instaurer des réformes modestes qui répondraient à des préoccupations spécifiques, en restant favorable au maintien du mécanisme RDIE.

i. Les réformes substantielles

Concernant les règles substantielles, plusieurs accords internationaux d'investissement récemment conclus ont clarifié certaines dispositions dont les termes étaient sources de controverses. En particulier, les termes d'"investissement," de "traitement juste et équitable" et d'"expropriation indirecte" ont fait l'objet d'efforts de clarification.

(a) La clarification de la notion d'"investissement" Il est possible de constater un effort de redéfinition "plus stricte de l'investisseur afin de garantir que seuls les véritables investisseurs (et non les ressortissants déguisés) qui ont pris ou prennent un engagement mesurable envers l'économie de l'État hôte et qui n'ont pas établi leur investissement de manière corrompue, sont protégés."¹⁸⁴ Dans cette perspective, le TBI entre le Venezuela et la Colombie renferme une définition étroite du terme "investissement." Il prévoit une exigence supplémentaire selon laquelle un investissement doit contribuer au développement économique de l'État d'accueil pour être

¹⁸¹Malcolm Langford et al, "The West and the Rest: Geographic Diversity and the Role of Arbitrator Nationality in Investment Arbitration" dans Behn et al, *Legitimacy*, *supra* note 14, 283; Andrea K Bjorklund et al, "The Diversity Deficit" (2020) 21:2-3 J World Investment & Trade 410 [Bjorklund et al, "Diversity"].

¹⁸²Laurence Boisson de Chazournes, "Introduction to the Symposium on Sergio Puig and Gregory Shaffer, "Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law" (2018) 112 Am J Intl L 228; Roberts, "Incremental," *supra* note 172.

¹⁸³Chazournes, *supra* note 182.

¹⁸⁴Hodgson, *supra* note 91 à la p 165.

considéré comme un investissement et bénéficiaire de la protection du traité.¹⁸⁵ Ce critère a été souvent utilisé par les tribunaux arbitraux pour déterminer ce qui constitue un investissement, mais tous les tribunaux ne l'ont pas appliqué de manière uniforme.¹⁸⁶ Par conséquent, son inclusion expresse dans le TBI est pertinente, car elle le rapproche de l'interprétation la plus restrictive du terme "investissement."

(b) La notion de traitement juste et équitable saisie comme un standard coutumier De même, la notion de traitement juste et équitable a été circonscrite au standard minimum de traitement du droit international coutumier, c'est-à-dire le droit résultant "d'une pratique générale et constante des États qu'ils suivent par sens de l'obligation juridique."¹⁸⁷ Il est généralement précisé que le standard minimum de traitement des étrangers en droit international des investissements renvoie "à tous les principes de droit international coutumier qui protègent les investissements des étrangers."¹⁸⁸ Cette approche normative n'est pas tellement nouvelle, puisqu'elle a fait son entrée dans la région caribéenne en 2004 par le biais de l'ALÉAC-RD.¹⁸⁹ Selon l'ALÉAC-RD, le traitement juste et équitable ne requiert pas un traitement au-delà de celui requis par cette norme et ne crée pas de droits substantiels supplémentaires.¹⁹⁰

Cependant, il est possible de se demander si la référence au droit international coutumier est vraiment efficace pour réduire le risque d'une interprétation expansive du traitement juste et équitable.¹⁹¹ Pour justifier l'élasticité du standard de traitement juste et équitable, plusieurs tribunaux arbitraux ont observé que la source coutumière est un droit en évolution constante, qui n'est plus référencée par l'approche *Neer* de 1927 (c'est-à-dire un comportement équivalant à un outrage, une mauvaise foi, un manquement délibéré au devoir ou une insuffisance d'action).¹⁹² Ainsi, dans *Railroad Development Corporation c Guatemala*, le tribunal arbitral a estimé que le standard minimum de traitement du droit international coutumier est "en constante évolution" et que, dans son acception contemporaine, il interdit les comportements qui sont arbitraires, injustes, discriminatoires ou qui "impliquent l'absence de

¹⁸⁵ *Accord entre Venezuela et Colombie*, supra note 151, art 2.

¹⁸⁶ Milcar Jeff Dorce, *La protection internationale des investissements dans la Caraïbe: une mosaïque complexe de méfiance et d'adaptation* (Thèse de doctorat soutenue à l'Université de Bordeaux, 2022) à la p 40.

¹⁸⁷ *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*, 8 mars 2018, ch. 9 (entré en vigueur: 30 décembre 2018) [CPTPP].

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ ALÉAC-RD, supra note 56, art 10.5.2; *Accord entre le Gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine et le Gouvernement des États-Unis du Mexique*, 23 janvier 2020 (entré en vigueur: 16 juin 2021), art 5 [*Accord entre Hong Kong et Mexique*].

¹⁹⁰ *Ibid.* Voir d'autres exemples comme l'*Accord entre le Gouvernement des Émirats Arabes Unis et le Gouvernement des États-Unis du Mexique*, 19 janvier 2016 (en vigueur: 25 janvier 2018), art 4(2)(a) [*Accord entre Émirats Arabes Unis et Mexique*]; *Accord entre Hong Kong et Mexique*, supra note 189, art 5(2).

¹⁹¹ Muthucumaraswamy Sornarajah, "The Fair and Equitable of Treatment: Whose Fairness? Whose Equity?" dans Federico Ortino et Lihra Liberti, dir, *Investment Treaty Law: Current Issues. II, Nationality and Investment Treaty Claims; Fair and Equitable Treatment in Investment Treaty Law*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2007, 167; Roland Kläger, "Revising Treatment Standards-Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development" dans Steffen Hindelang et Markus Krajewski, dir, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 65.

¹⁹² *Railroad Development Corporation c Guatemala*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB/07/23 (ALÉAC-RD, 29 juin 2012) aux paras 209–11 [*Railroad Development*].

procédure régulière conduisant à un résultat qui heurte la bienséance judiciaire.¹⁹³ Un raisonnement similaire a été exprimé dans l'affaire *TECO Guatemala Holdings LLC c Guatemala*.¹⁹⁴ Plus récemment, dans l'affaire *Eco Oro*, le tribunal arbitral a indiqué que le sens du standard minimum de traitement "devait pouvoir évoluer, tout comme le droit international coutumier évolue également."¹⁹⁵ Sur la base de cette définition, le tribunal est parvenu à déduire une violation des attentes légitimes de l'investisseur par la Colombie, notamment du fait de son manquement à garantir un environnement réglementaire stable et prévisible.¹⁹⁶

(c) La clause "à des fins de clarification" L'ALÉAC-RD renferme également une clause dite "à des fins de clarification," soulignant que le traitement juste et équitable est limité, entre autres, à l'obligation "de ne pas refuser la justice dans les procédures juridictionnelles pénales, civiles ou administratives, conformément au principe de l'application régulière de la loi consacrée par les principaux systèmes juridiques du monde."¹⁹⁷ Cette clause a été incorporée dans les récents accords d'investissement en vue d'une réaffirmation de l'État dans l'arbitrage d'investissement. Tandis que les anciennes dispositions du traitement juste et équitable étaient vagues et indéterminées, les États cherchent aujourd'hui à inscrire des limites spécifiques qui circonscrivent la liberté d'interprétation des arbitres. Il a été précisément souligné qu'une telle clause constitue "la plus nette manifestation de la volonté des Parties de ne pas laisser à la plus extrême libre appréciation de l'arbitre le soin de déterminer l'ampleur des engagements étatiques."¹⁹⁸ Un tel procédé consisterait à éviter que le sens des termes utilisés dans l'instrument conventionnel "ne soit laissé à une trop grande liberté des arbitres qui pourraient, à l'issue du processus interprétatif, être accusés de dénaturer l'intention des parties."¹⁹⁹ En d'autres termes, selon un commentateur de la doctrine, "l'insertion de telles dispositions vient nécessairement mettre des bornes à l'interprète de bonne foi."²⁰⁰ Cela dit, les États souhaiteraient devenir "plus précis quant au contenu de l'obligation du traitement juste et équitable et plus prévisible dans sa mise en œuvre et son interprétation ultérieure."²⁰¹ Mais en quoi une telle démarche représente-t-elle le signe évident d'une recherche de prévisibilité?

Dans sa décision C-252 rendue en date du 6 juin 2019, au moyen de laquelle elle vérifiait que le TBI entre la Colombie et la France était conforme à la Constitution colombienne, la Cour constitutionnelle colombienne a montré les limites de cette approche de clarification. Elle a souligné que l'expression "entre autres" utilisée dans

¹⁹³ *Ibid* aux paras 218–19.

¹⁹⁴ *TECO Guatemala Holdings LLC c Guatemala*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB/10/17 (ALÉAC-RD, 19 décembre 2013) au para 454.

¹⁹⁵ *Ibid* au para 744; *Eco Oro Minerals Corp c Colombie*, Décision sur la compétence, la responsabilité et les instructions sur le quantum, Aff CIRDI n° ARB/16/41 (ALE Canada-Colombie, 9 septembre 2021) [*Eco Oro*].

¹⁹⁶ *Ibid* au para 777.

¹⁹⁷ ALÉAC-RD, *supra* note 56, art 10.5.

¹⁹⁸ Julien Cazala, "La réaffirmation de l'État en matière de définition des investissements et investisseurs protégés" dans Tarek El Ghadban, Charles-Maurice Mazuy et Alexandre Senegacnik, dir, *La Protection des investissements étrangers: vers une réaffirmation de l'Etat*, Paris, Pedone, 2018, 37 à la p 41.

¹⁹⁹ *Ibid* à la p 40.

²⁰⁰ *Ibid*.

²⁰¹ UNCTAD, Fair and Equitable Treatment (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Washington, DC, Nations Unies, 2012 à la p 13 [notre traduction].

la disposition du traitement juste et équitable ne comportait pas d'indications claires permettant de discerner les obligations qui relèvent d'un traitement juste et équitable.²⁰² La Cour constitutionnelle de la Colombie a mis en évidence le manque de sécurité juridique de l'expression "entre autres": L'expression normative "entre autres," dans les termes prévus à l'article 4 du traité, ne répond pas au principe de sécurité juridique. En effet, si elle est interprétée de manière large, elle rend indéterminable le contenu de la clause du traitement juste et équitable et les obligations que l'État assume, ... pouvant ainsi engager sa responsabilité de manière illimitée. Elle ne contient même pas les paramètres de base pour rendre son champ d'application prévisible et, par conséquent, ce seront les tribunaux d'arbitrage qui détermineront complètement son contenu *ex post*. L'inclusion de cette expression dans la clause du traitement juste et équitable génère une incertitude invincible pour les autorités nationales qui, dans l'exercice de leurs compétences, se trouveraient dans l'impossibilité de déterminer si une décision ou une mesure législative, judiciaire, administrative ou de contrôle représente un préjudice international qui donnerait lieu à la déclaration de la responsabilité internationale de l'État colombien dans le cadre d'un arbitrage d'investissement international."²⁰³

La volonté de clarifier le traitement juste et équitable représente une réaction légitime vis-à-vis d'une série d'incertitudes que pourrait occasionner un standard dont les termes offrent beaucoup moins de protection aux États d'accueil, mais les limites d'une telle réforme sont également évidentes.²⁰⁴ C'est très probablement dans l'objectif de ne pas se laisser affaiblir par la portée du traitement juste et équitable que certains pays caribéens du Commonwealth ont choisi plus radicalement d'éliminer ce standard de protection dans leurs récents accords.²⁰⁵

(d) La clarification de la clause d'expropriation indirecte Comme il a été déjà souligné, la méthode utilisée pour examiner la clause d'expropriation indirecte a été floue, malléable, vague et souvent contradictoire.²⁰⁶ Cela a rendu la tâche difficile pour les pays caribéens "qui sont soucieux d'avoir une certaine prévisibilité quant aux conséquences de leur action réglementaire susceptible d'affecter les investisseurs étrangers."²⁰⁷ L'insatisfaction des pays en développement explique pourquoi les TBI de nouvelle génération excluent ou clarifient toute référence à l'expropriation

²⁰² *Constitutionnalité du TBI France-Colombie*, Jugement C-252/2019 (CCC) aux paras 208–09.

²⁰³ *Ibid*: "L'inclusion de cette expression dans la clause du traitement juste et équitable génère une incertitude invincible pour les autorités nationales qui, dans l'exercice de leurs compétences, se trouveraient dans l'impossibilité de déterminer si une décision ou une mesure législative, judiciaire, administrative ou de contrôle représente un préjudice international qui donnerait lieu à la déclaration de la responsabilité internationale de l'État colombien dans le cadre d'un arbitrage d'investissement international."

²⁰⁴ Comme l'a récemment observé un commentateur caribéen: "The increasing pervasiveness of the FET clause and the uncertainties surrounding its application, especially in respect of developing countries desirous of making important regulatory changes, are no more evident than in an analysis of extant arbitral practice. Indeed, extant arbitral practice on legitimate expectations, transparency and stability provide the greatest evidence that the FET clause, if not clarified, restricted or altogether eliminated, could have a chilling effect on the interests of developing countries, in particular." Haynes, "Contribution," *supra* note 37 à la p 21.

²⁰⁵ *Accord entre Brésil et Guyana*, *supra* note 155, art 4; *Accord entre Brésil et Suriname*, *supra* note 155, art 4. De même, le traitement juste et équitable a été exclu dans le récent TBI conclu entre le Venezuela et la Colombie.

²⁰⁶ Haynes, "Contribution" *supra* note 37 à la p 29.

²⁰⁷ *Ibid* à la p 30.

indirecte. Si très rarement la pratique conventionnelle révèle que certains TBI caribéens excluent la référence à l'expropriation indirecte, la grande majorité des accords d'investissement caribéens de nouvelle génération clarifient la portée de la protection contre l'expropriation indirecte, par exemple en limitant l'application de la clause d'expropriation indirecte lorsque des mesures réglementaires relatives à l'environnement, la sécurité et la santé publique sont impliquées.²⁰⁸

Cette approche réformatrice a d'abord trouvé son expression dans la pratique arbitrale. Plusieurs tribunaux d'investissement adoptant la *police power doctrine* acceptent que les mesures non discriminatoires adoptées dans l'objectif légitime de bien-être public, telles que des mesures sanitaires, environnementales ou sécuritaires, ne constituent pas une expropriation indirecte.²⁰⁹ En ce sens, les tribunaux arbitraux ont annoncé les éléments de réforme qui seront plus tard insérés dans les traités de nouvelle génération.²¹⁰

Certains accords contiennent une clause d'expropriation indirecte encore plus clarifiée, apportant une nuance importante à la *police power doctrine*.²¹¹ Dans le

²⁰⁸CPTTP, *supra* note 187, annexe 9-B, 3(b): "Non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations, except in rare circumstances." Voir aussi le *modèle colombien*, *supra* note 156: "Les mesures non discriminatoires adoptées par une Partie contractante, conçues, appliquées ou maintenues pour la protection d'objectifs publics tels que la protection de la santé et de la sécurité publiques, l'environnement, la protection des consommateurs et de la concurrence, entre autres, ne constituent pas une expropriation indirecte" [notre traduction].

²⁰⁹*Lauder c République Tchèque*, Sentence, Aff UNCITRAL (TBI République Tchèque-États-Unis, 3 septembre 2001). Très tôt, dans la sentence *Lauder* le tribunal fondé sur le TBI Pays-Bas-République tchèque a déclaré qu'une réglementation de bonne foi dans le cadre des pouvoirs de réglementation reconnus de l'État n'était pas une expropriation. De même, l'analyse du tribunal dans *Feldman c Mexique* illustre cette hypothèse: "Les gouvernements doivent être libres d'agir dans l'intérêt général en protégeant l'environnement, en créant ou en modifiant des régimes fiscaux, en accordant ou en retirant des subventions publiques, en réduisant ou en augmentant les tarifs douaniers, en imposant des restrictions de zonage, etc. Une réglementation gouvernementale raisonnable de ce type ne peut être mise en place si toute entreprise qui subit un préjudice peut demander une compensation, et l'on peut affirmer sans risque de se tromper que le droit international coutumier reconnaît ce principe." *Marvin Feldmann c Mexico*, Sentence, Aff CIRDI n° ARB(AF)/99/1 (ALÉNA, 16 décembre 2002) au para 103.

²¹⁰ALÉAC-RD, *supra* note 56, Annex 10-C, 4 (b): "Except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations."

²¹¹Voir entre autres *Accord entre la République de Colombie et le Royaume d'Espagne pour la promotion et la protection réciproques des investissements*, 16 septembre 2021 (non entré en vigueur), art 11 [*Accord entre Colombie et Espagne*]; *Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Colombie sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, 10 juillet 2014 (entré en vigueur: 14 octobre 2020), art 6 [*Accord entre la République française et Colombie*]; *Accord entre le Gouvernement de la République de Singapour et le Gouvernement de la République de Colombie sur la promotion et la protection des investissements*, 12 juillet 2013 (non entré en vigueur), annexe 2; *Accord entre le Gouvernement de la République de Corée et le Gouvernement de la République de Colombie pour la promotion et la protection des investissements*, 6 juillet 2010 (non entré en vigueur), art 5 [*Accord entre Corée et Colombie*]; *Accord bilatéral pour la promotion et la protection des investissements entre le gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République de Colombie*, 17 mars 2010 (entré en vigueur: 10 octobre 2014), art VI; *Accord bilatéral pour la promotion et la protection des investissements entre le Gouvernement de la République de Colombie et le Gouvernement de la République populaire de Chine*, 22 novembre 2008 (entré en vigueur: 2 juillet 2013), art 4; *Accord entre le Gouvernement de la République de Pérou et le Gouvernement de la République de Colombie sur la promotion et la protection réciproques des investissements*, 11 décembre 2007 (en vigueur: 30 décembre 2010), annexe C.

contexte caribéen, c'est principalement le cas des récents TBI colombiens. Par exemple, l'article IX(3)(c) de l'*Accord entre l'Union économique Belgique-Luxembourg, d'une part, et la République de Colombie, d'autre part* contient une clause dite "sauf sans de rares circonstances" qui prévoit ceci: "Sauf dans de rares circonstances, par exemple lorsqu'une mesure ou une série de mesures sont si sévères au regard de leur objectif qu'elles ne peuvent être raisonnablement considérées comme ayant été adoptées et appliquées de bonne foi, les mesures non discriminatoires d'une partie qui sont conçues et appliquées à des fins publiques ou avec des objectifs tels que la santé publique, la sécurité et la protection de l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte."²¹²

Dans d'autres accords comme le récent *Accord entre la République de Colombie et le Royaume d'Espagne pour la promotion et la protection réciproques des investissements*, il y a un langage légèrement différent. Ce dernier interprète les circonstances rares comme incluant le cas "où l'impact d'une mesure ou d'un ensemble de mesures est si grave par rapport à son objectif qu'il est manifestement excessif."²¹³ De façon similaire, l'*Accord entre le Gouvernement de la République de Corée et le Gouvernement de la République de Colombie pour la promotion et la protection des investissements* mentionne de circonstances comme "lorsqu'une action ou une série d'actions est extrêmement grave ou disproportionnée au regard de son but ou de son effet."²¹⁴ Cette technique dite de proportionnalité est jusqu'à date la plus avancée dans la pratique conventionnelle, mais n'est pas exempte de considérations critiques. Évaluant la conformité de ces dispositions avec la Constitution colombienne, la Cour constitutionnelle a estimé qu'il est nécessaire: "De sauvegarder la compétence des autorités publiques pour adopter les mesures qu'elles estiment raisonnables et appropriées pour contribuer à garantir l'ordre public. Ceci, dans la mesure où les autorités publiques nationales, à la lumière de la Constitution politique, sont libres de déterminer le degré de satisfaction de l'ordre public indépendamment de l'impact sur les investisseurs, tant que le degré de faveur de l'ordre public n'est pas déraisonnable par rapport au degré d'impact sur les investisseurs."²¹⁵

Le juge constitutionnel colombien a estimé que les termes "nécessaires et proportionnées" comportent un risque d'atteinte potentielle à la sécurité juridique de l'État colombien et a demandé aux gouvernements français et colombien de préciser la signification et la portée de l'expropriation indirecte. Pour éviter tout flou dans l'interprétation, la Cour a souhaité que cette expression soit clarifiée par les parties, de manière à respecter la liberté de configuration et l'autonomie des autorités nationales aux fins de garantir l'ordre public.

(e) La préservation du droit de l'État de réglementer Dans plusieurs accords récents, il y a également une limitation des protections qui pourraient interférer avec le droit de l'État de réglementer, par le biais des clauses protectrices des objectifs environnementaux, sanitaires et autres objectifs réglementaires.²¹⁶ De surcroît, d'autres

²¹² *Accord entre l'Union économique Belgique-Luxembourg, d'une part, et la République de Colombie, d'autre part*, 4 février 2009 (non entré en vigueur), art IX(3)(c) [notre traduction].

²¹³ *Accord entre Colombie et Espagne, supra note 211*, art 11(5) [notre traduction].

²¹⁴ *Accord entre Corée et Colombie, supra note 211*, art 5(d) (e) [notre traduction].

²¹⁵ *Constitutionnalité du TBI France-Colombie, supra note 202* au para 250.

²¹⁶ *CPTPP, supra note 187*, art 9.16. Investment and Environmental, Health and Other Regulatory Objectives: "Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or

dispositions se rapportent plus spécifiquement à la responsabilité sociétale des investisseurs et refusent la protection aux investisseurs qui pourraient s'être livrés à la corruption.²¹⁷ Ces dispositions que l'on trouve dans le modèle canadien se diffusent dans la pratique caribéenne, notamment dans les récents traités colombiens.²¹⁸ Cela confirme l'idée selon laquelle, dans le cadre des négociations bilatérales, les pays caribéens cherchent à adapter leurs régimes de protection et d'arbitrage d'investissement en s'inspirant des dynamiques novatrices des pays plus puissants. Mais là encore, cette politique novatrice appelle un examen critique.

Comme l'a montré le tribunal arbitral dans l'affaire *Eco Oro*, les exceptions générales relatives à l'environnement ou à la santé ne sont pas toujours considérées comme pertinentes dans l'arbitrage d'investissement.²¹⁹ Le tribunal arbitral rejeta l'argument de la Colombie selon lequel l'article 2201 de l'ALE entre la Colombie et le Canada renfermait une exception environnementale pour les mesures "nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux" et à "la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques" qui s'appliquait de manière à exclure sa responsabilité de payer une indemnisation. La majorité du tribunal arbitral a écarté l'exception soutenue, décidant que même si l'exception s'appliquait à la mesure, "cela n'empêche pas un investisseur d'arguer [...] qu'une telle mesure le rend éligible au versement d'une réparation."²²⁰ Le tribunal arbitral a ajouté que ces dispositions étaient

enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that is considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental, health or other regulatory objectives." Voir également, entre autres, *Accord entre Venezuela et Colombie*, supra note 151, art 14; *Accord de partenariat transpacifique*, 4 février 2016 (non entré en vigueur), art 9.16 [*Accord de partenariat transpacifique*]; *Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Honduras*, 5 novembre 2013, RT Can 2014 n° 23 (entré en vigueur: 1^{er} octobre 2014), art 10.15 [*Accord entre Canada et Honduras*]; *Accord de libre-échange entre le Canada et le Panama*, 14 mai 2010, RT Can 2013 n° 9 (entré en vigueur: 1^{er} avril 2013), art 9.16 [*Accord entre Canada et Panama*]; *Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie*, 21 novembre 2008 (entré en vigueur: 15 août 2011), art 815 [*Accord entre Canada et Colombie*].

²¹⁷ *CPTPP*, supra note 187, art 9.17. Corporate Social Responsibility: "The Parties reaffirm the importance of each Party encouraging enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognized standards, guidelines and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are supported by that Party." Voir aussi, entre autres, *Accord de partenariat transpacifique*, supra note 216, art 9.17; *Accord entre Canada et Honduras*, supra note 216, art 10.16; *Accord entre Canada et Panama*, supra note 216, art 9.17; *Accord entre Canada et Colombie*, supra note 216, art 816.

²¹⁸ *Accord entre Colombie et Espagne*, supra note 211; *Accord bilatéral pour la promotion et la protection des investissements entre la République de Colombie et le Gouvernement des Émirats Arabes Unis*, 12 novembre 2017 (non entré en vigueur); *Accord entre Brésil et Colombie*, supra note 155; *Accord entre le Gouvernement de la République de Colombie et le Gouvernement de la République de Turquie concernant la promotion et la protection réciproques des investissements*, 28 juillet 2014 (non entré en vigueur); *Accord entre la République française et Colombie*, supra note 211; *Accord de libre-échange entre la République de Colombie et la République de Panama*, 20 septembre 2013 (non entré en vigueur); *Accord de libre-échange entre la République de Colombie et la République de Costa Rica*, 22 mai 2013 (non entré en vigueur). La pratique canadienne est analysée dans la chronique annuelle sur l'investissement de l'Annuaire canadien de droit international, en ligne: <www.cambridge.org/core/journals/canadian-yearbook-of-international-law-annuaire-canadien-de-droit-international>.

²¹⁹ *Eco Oro*, supra note 195. Voir Charles-Emmanuel Côté, "Investissement" (2022) 59 ACIDI 462 à la p 488.

²²⁰ *Ibid* au para 830.

permissives du fait qu'elles autorisaient la Colombie à adopter ou appliquer des mesures aux fins de la conservation de l'environnement, à condition que ces mesures ne soient pas arbitraires, discriminatoires sans justification, ou ne constituent pas une restriction déguisée à l'investissement international.²²¹ Mais selon le tribunal arbitral, "s'il est vrai qu'il n'est pas interdit à l'État d'adopter ou d'appliquer une mesure environnementale conformément à l'article 2201(3), on ne peut accepter [...] qu'en de telles circonstances, le versement d'une réparation ne soit pas requis."²²² Le tribunal arbitral a étendu son raisonnement aux dispositions relatives à l'expropriation indirecte qui reconnaissent "expressément que dans certaines circonstances, une mesure adoptée pour protéger l'environnement peut constituer une expropriation indirecte."²²³

Il résulte du raisonnement du tribunal que ces dispositions — dépourvues d'efficacité et d'utilité — se réduisent à un simple artifice. Dit autrement, même en cherchant à encombrer leurs traités d'investissement de telles dispositions novatrices, les États faibles ne peuvent pas éviter les défis fondamentaux qui se posent aujourd'hui à l'arbitrage international d'investissement. En conséquence, l'approche réformiste inspirée des États développés ne permet pas nécessairement de réorienter le système. Si les États caribéens souhaitent réaffirmer leur pouvoir souverain dans l'arbitrage d'investissement pour garantir une meilleure articulation entre la protection de l'investisseur et des objectifs d'intérêt public comme la gestion de l'environnement et la santé publique, ils doivent cesser de jouer à la marge et repenser la structure sous-jacente des réseaux de traités d'investissement. Ces remarques sont aussi valables pour les réformes procédurales, qui n'apportent pas de véritable changement à la structure du mécanisme RDIE.

ii. Les réformes procédurales

S'agissant des réformes procédurales, plusieurs accords d'investissement renferment des clauses novatrices concernant, entre autres, la sélection des arbitres, l'acceptation des mémoires de la part d'*amicus curiae* et la transparence des procédures d'arbitrage.²²⁴

(a) La réforme de la fonction de l'arbitre C'est précisément en ce qui concerne la fonction de l'arbitre que certains accords semblent être novateurs. Ils abordent le problème de légitimité qui survient lorsque le mécanisme d'arbitrage permet à l'arbitre d'agir en tant qu'arbitre dans une affaire et en tant que conseiller dans une autre. Par exemple, l'ACÉUM prévoit que les arbitres nommés "ne peuvent, pendant la durée de la procédure, agir en qualité de conseil ou d'expert ou de témoin désigné par une partie dans un arbitrage en cours en vertu des annexes du présent chapitre."²²⁵ De même, l'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste* tente de résoudre la question de la dualité de rôles à travers un Code de conduite

²²¹ *Ibid* au para 831.

²²² *Ibid* au para 836.

²²³ *Ibid* au para 831.

²²⁴ *Accord de libre-échange entre l'Alliance Pacifique (Chili, Colombie et Pérou) et la République de Singapour*, 26 janvier 2022 (non entré en vigueur); *CPTPP*, *supra* note 187; *ACÉUM*, *supra* note 94; *Accord de partenariat transpacifique*, *supra* note 216.

²²⁵ *ACÉUM*, *supra* note 94, art 14.D.6.5 [notre traduction].

relatif aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États.²²⁶ Le 19 janvier 2019, la Commission a établi ce Code de conduite.²²⁷ Selon le Code de conduite, qui représente une stratégie de riposte face au double chapeau, un arbitre doit, dès sa sélection, “s’abstenir, pendant la durée de la procédure, d’agir en tant que conseil ou expert ou témoin désigné par une partie dans tout autre différend en cours ou nouveau en matière d’investissement, au titre du chapitre sur l’investissement de l’*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste* ou de tout autre accord international.”²²⁸ En cas de violation présumée du Code de conduite, les règles régissant l’arbitrage s’appliquent à toute récusation, disqualification ou remplacement d’un arbitre.²²⁹

Ces éléments qui caractérisent certains traités dits de nouvelle génération, sont absents dans la grande majorité des traités conclus par les pays caribéens. Par le biais du Mexique et de la Colombie qui s’engagent dans plusieurs dynamiques de réforme récentes, cette pratique pourrait faire son entrée dans la région.

(b) Un mécanisme d’arbitrage plus ouvert? Il existe également une volonté de permettre à toute partie non contestante de présenter au tribunal arbitral des observations orales et écrites concernant l’interprétation de l’accord en question. L’ALÉAC-RD est l’un des premiers instruments conventionnels à avoir inclus de telles dispositions. En son article 10.20 intitulé *Conduct of arbitration*, il prévoit ceci: “A non-disputing Party may make oral and written submissions to the tribunal regarding the interpretation of this Agreement. The tribunal shall have the authority to accept and consider amicus curiae submissions from a person or entity that is not a disputing party.”²³⁰ Il est important de préciser que malgré l’existence d’une telle disposition les tribunaux arbitraux n’ont pas toujours pris en considération la voix

²²⁶ CPTTP, *supra* note 187, art 9.22.6: “The Parties shall, prior to the entry into force of this Agreement, provide guidance on the application of the Code of Conduct for Dispute Settlement Proceedings under Chapter 28 (Dispute Settlement) to arbitrators selected to serve on investor-State dispute settlement tribunals pursuant to this Article, including any necessary modifications to the Code of Conduct to conform to the context of investor-State dispute settlement. The Parties shall also provide guidance on the application of other relevant rules or guidelines on conflicts of interest in international arbitration. Arbitrators shall comply with that guidance in addition to the applicable arbitral rules regarding independence and impartiality of arbitrators.”

²²⁷ *Decision by the Commission of the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership regarding ISDS Code of Conduct*, 19 janvier 2019, en ligne: <www.cas.go.jp/jp/tpp/tppinfo/2019/pdf/190119_tpp_dec_en_07.pdf>.

²²⁸ *Code of Conduct for Investor-State Dispute Settlement under Chapter 9 Section B (Investor-State Dispute Settlement) of the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*, 19 janvier 2019, art 3(d) [notre traduction].

²²⁹ *Ibid*, art 3(f). De même, l’ALE entre l’Alliance du Pacifique et le Singapour renferme également une clause relative à l’éthique des arbitres: “Outre les règles d’arbitrage applicables en matière d’indépendance et d’impartialité des arbitres, les arbitres se conforment au code 46 d’éthique des arbitres établi par la Commission du libre-échange en vertu de l’article 22.3.1 d) (Fonctions de la Commission du libre-échange) et à toute autre orientation sur l’application des règles ou lignes directrices pertinentes en matière de conflits d’intérêts dans le cadre de l’arbitrage international que les parties peuvent fournir.” *ALE Alliance du Pacifique-Singapour*, *supra* note 176, art 8.24(6) [notre traduction].

²³⁰ ALÉAC-RD, *supra* note 56, art 10.20(2)(3). Voir aussi ACÉUM, *supra* note 94, art 14.D.7.3. Dans la même veine, on peut lire ceci dans l’ACÉUM: “After consultation with the disputing parties, the tribunal may accept and consider written amicus curiae submissions regarding a matter of fact or law within the scope of the dispute that may assist the tribunal in evaluating the submissions and arguments of the disputing parties

des intervenants. C'est le cas, par exemple, dans l'affaire *Pac Rim c Salvador*, fondé à la fois sur l'ALÉAC-RD et sur la loi salvadorienne relative à l'investissement.²³¹ Cette affaire qui oppose une entreprise canadienne et le Salvador dans un conflit minier a eu une grande importance médiatique. Elle a provoqué une véritable controverse sur la question du droit de l'État de réglementer dans l'intérêt public, et plus précisément du droit des États économiquement plus faibles de réglementer le secteur important des ressources naturelles. Le litige est né du refus du gouvernement du Salvador d'accorder une concession minière en réaction aux inquiétudes de la population qui craignait que l'exploitation de la mine ne contamine une source importante d'eau potable.

Dans cette affaire, le Center for International Environmental Law (CIEL) ainsi que plusieurs communautés et organisations locales ont soumis un mémoire d'*amicus curiae* au tribunal arbitral dans lequel ils ont soutenu la décision du Salvador — État économiquement faible cherchant à préserver son droit souverain sur les ressources naturelles — de refuser la concession minière. Ils ont avancé que les mesures prises par le Salvador trouvent un appui dans les obligations internationales du pays en matière de droits de l'homme et de protection de l'environnement. Dans ce mémoire, qui visait à introduire la perspective de la communauté locale dans l'arbitrage d'investissement, les intervenants ont souligné l'importance du droit à un environnement sain et ont insisté sur les risques de l'activité minière sur la population locale et l'environnement. Du point de vue de ces différents organismes, la participation de la communauté locale se justifiait par rapport au contexte de l'activité d'investissement liée à l'exploitation des ressources naturelles. En s'appuyant sur le fait que la question de la souveraineté permanente de l'État sur les ressources naturelles est une question légitime dont les limites se trouvent dans l'intérêt public et que la participation communautaire constitue un élément crucial du développement durable et donc fait partie intégrante du droit international, les organismes de protection de l'environnement ont défendu le droit des personnes de participer aux décisions qui les concernent. Mais le tribunal arbitral a fait la sourde oreille, estimant que les parties en litige n'avaient pas consenti à divulguer des preuves importantes de l'arbitrage et que, donc, pour trancher l'affaire, les arguments avancés par CIEL et les autres organismes n'étaient pas nécessaires. Le tribunal a ainsi refusé de considérer le mémoire de l'*amicus curiae*.²³²

from a person or entity that is not a disputing party but has a significant interest in the arbitral proceedings. Each submission shall identify the author; disclose any affiliation, direct or indirect, with any disputing party; and identify any person, government or other entity that has provided, or will provide, any financial or other assistance in preparing the submission. Each submission shall be in a language of the arbitration and comply with any page limits and deadlines set by the tribunal. The tribunal shall provide the disputing parties with an opportunity to respond to such submissions. The tribunal shall ensure that the submissions do not disrupt or unduly burden the arbitral proceedings, or unfairly prejudice any disputing party." Voir aussi *CPTPP*, *supra* note 187, art 9.23.3; *Accord de partenariat transpacifique*, *supra* note 211, art 9.23.3.

²³¹ *Pac Rim Cayman LLC c Salvador*, Demande d'autorisation d'agir en tant qu'*Amici Curiae*, Aff CIRDI ARB/09/12 (ALÉAC-RD, 2 mars 2011).

²³² Malgré une certaine réticence des premiers tribunaux arbitraux à accepter les mémoires d'*amicus curiae*, cet outil semble cependant jouer un rôle important dans la promotion de la transparence et de la démocratie dans l'arbitrage d'investissement. En réaction à la crise de légitimité de l'arbitrage d'investissement, la participation des *amicus curiae* favorise l'émergence d'une perspective intéressante en permettant aux Organisations non gouvernementales de défense de droits de l'homme ou de l'environnement, aux États ainsi qu'à toute personne affectée par un litige de demander d'intervenir au contentieux arbitral pour

(c) *Un mécanisme d'arbitrage plus transparent?* Plusieurs accords internationaux d'investissement renferment des dispositions relatives à la transparence des procédures d'arbitrage, obligeant le défendeur à transmettre aux parties non contestantes et à rendre accessibles au public les documents suivants: l'avis d'intention, l'avis d'arbitrage, les plaidoiries, et mémoires soumis au tribunal par une partie contestante; les procès-verbaux ou transcriptions des audiences du tribunal, s'ils sont disponibles; et enfin les ordonnances, sentences et décisions du tribunal.²³³ Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 10.21(2) de l'*ALÉAC-RD*, l'audience tenue le 10 octobre 2008 dans l'affaire *Railroad Development c Guatemala*, dans laquelle une entreprise américaine de gestion de chemins de fer alléguait que la République du Guatemala s'était immiscée de manière illicite dans sa gestion des concessions ferroviaires, était ouverte au public.²³⁴

iii. Une réforme limitée

L'approche réformiste s'inscrit dans une logique de modernisation de l'arbitrage d'investissement, dans la mesure où elle maintient le régime actuel des traités d'investissement en apportant certaines améliorations. Cependant, ces améliorations résultent en réalité d'une dynamique plus globale de changement initiée par des pays puissants comme les pays européens, les États-Unis d'Amérique et le Canada. En effet, les ajustements apportés au système actuel d'arbitrage investisseur-État ne répondent pas à la gravité des problèmes posés par ce système. Par exemple, malgré la perception que la durée des procédures d'arbitrage est excessive, les propositions de réforme conçues ne permettent pas de remédier à cette situation.²³⁵ De même, malgré la préoccupation de la doctrine relative au manque de diversité des arbitres dans l'arbitrage, aucune solution n'a été proposée.²³⁶ De plus, la plupart des éléments de réforme ne prennent pas en compte la question du mécanisme d'appel.²³⁷ Les États

soumettre des preuves. Cette idée n'est pas étrangère au raisonnement du tribunal arbitral dans l'affaire *Methanex c États-Unis d'Amérique*, qui estima que "la réception des soumissions écrites d'une tierce personne non-partie au procès n'est pas nécessairement contraire à la philosophie de l'arbitrage international impliquant des États et des parties non étatiques." *Methanex Corp c États-Unis d'Amérique*, Décision du tribunal sur les demandes d'intervention de tiers en tant qu'amici curiae, Aff UNCITRAL (ALÉNA, 15 June 2001) aux paras 32–33 [notre traduction].

²³³Par exemple, *CPTTP*, *supra* note 187, art 9.24; *Accord entre Colombie et Espagne*, *supra* note 211, art 23; *Accord entre Hong Kong et Mexique*, *supra* note 189, art 25; *Accord entre Émirats Arabes Unis et Mexique*, *supra* note 190, arts 19–20; *Accord entre le Gouvernement de la République de Turquie et le Gouvernement des États-Unis du Mexique sur la promotion et la protection réciproques des investissements*, 17 décembre 2013 (entré en vigueur: 17 décembre 2017), art 22. Voir notamment, dans le contexte caribéen, les récents traités bilatéraux d'investissements et les accords de libre-échange du Mexique et de la Colombie.

²³⁴*Railroad Development*, *supra* note 192 au para 1.23. La disposition se lit comme suit: "The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. However, any disputing party that intends to use information designated as protected information in a hearing shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect the information from disclosure."

²³⁵José Manuel Álvarez Zárate et al, "Duration of ISDS Proceedings" (2020) 21:2–2 J World Investment & Trade 300.

²³⁶Bjorklund et al, "Diversity," *supra* note 181.

²³⁷Anna De Luca et al, "Responding to Incorrect ISDS Decision-Making: Policy Options" (2020) 21 J World Investment & Trade 2.

peuvent toujours essayer de clarifier certaines normes dans leurs traités d'investissement, mais la problématique de la cohérence et de la prévisibilité risque de persister.

La raison de la nature persistante de ce problème est que la vocation de ces réformes ne consiste pas à engendrer un modèle de développement durable. Les partisans de ces réformes comme le Chili soutiennent que les critiques soulevées sont plutôt des questions de perception que de réalité,²³⁸ préférant mettre en garde contre l'adoption de politiques qui risqueraient de compromettre certains des principaux avantages de l'arbitrage investisseur-État.²³⁹ Cependant, il n'est pas justifié d'écarter l'importance de la perception dans l'arbitrage investisseur-État, car sa légitimité en dépend fortement: les perceptions sont tout aussi importantes que les faits. Les États devraient se préoccuper de maintenir une licence sociale pour le règlement des différends entre investisseurs et États, du fait qu'ils sont tous responsables devant les populations.²⁴⁰ Ainsi, comme l'ont souligné l'Île Maurice et l'Afrique du Sud, les perceptions du public sont fondamentalement pertinentes pour la discussion de la légitimité de l'arbitrage investisseur-État.²⁴¹

Par conséquent, si les réformes sus-indiquées peuvent apporter certaines améliorations allant dans le sens d'une modernisation plus démocratique de l'arbitrage, l'analyse révèle que l'approche réformiste ne permet pas de répondre aux problématiques fondamentalement liées à la nature de l'arbitrage.

4. Conclusion: Où va la Caraïbe?

Cet article a dressé un panorama critique de l'expérience caribéenne en matière d'arbitrage d'investissement au cours des trente dernières années. Il constate qu'après une longue période de résistance, les pays caribéens se sont lentement adaptés au régime de protection internationale des investissements. Du fait de leur volonté d'attirer des investissements étrangers pour renforcer leurs économies, les élites gouvernementales caribéennes ont accepté — souvent tête baissée — les standards internationaux de protection des investisseurs étrangers. En raison de leur participation limitée à l'élaboration de ces standards, les pays de la Grande Caraïbe se positionnent comme *rule-takers*. Leur position marginale dans l'ordre global économique actuel confirme qu'ils existent pour répondre aux besoins des investisseurs étrangers, parfois au détriment de leur capacité souveraine à régler leur propre espace économique et politique.

À défaut d'un régime caribéen ordonné de protection des investissements, les pays de la région sont soumis aux standards conventionnels des pays plus forts. L'analyse du paysage normatif de l'arbitrage d'investissement dans la sphère caribéenne permet d'observer un pluralisme désordonné, constitué d'un tableau complexe d'initiatives allant du rejet catégorique de l'arbitrage d'investissement aux éléments de réforme orchestrés par les États plus puissants. Au niveau régional, le mouvement le plus marquant fut le projet de l'ALBA de créer un Centre d'arbitrage régional alternatif, mais le Venezuela qui incarnait la voie de la dissidence dans l'espace Caraïbe n'est

²³⁸ Anthea Roberts et Zeineb Bouraoui, "UNCITRAL and ISDS Reforms: What Are States' Concerns?," *EJIL: Talk!* (5 Juin 2018), en ligne: <www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-what-are-states-concerns/>.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Ibid.*: "La perception est très importante, car l'un des principes fondamentaux de l'État de droit est que la justice ne doit pas seulement être rendue, mais qu'elle doit être perçue comme telle" [notre traduction].

finalement pas allé au bout de ce projet de réforme. L'option régionale demeure au point mort. Une autre tendance novatrice est l'approche brésilienne, qui rejette systématiquement le mécanisme RDIE. Quelques pays caribéens ont adopté cette option, mais rien ne peut garantir qu'elle sera à l'avenir la perspective dominante. Par ailleurs, il semble que l'approche admise par le Mexique dans l'ACÉUM représente une solution raisonnable, en exigeant le recours à la justice locale. La préférence mexicaine pour le règlement interne des litiges concernant les investissements étrangers traduirait un retour souple de la doctrine Calvo. En maintenant le rôle des organes judiciaires dans la résolution des litiges en matière d'investissement,²⁴² une telle innovation permettrait que les juridictions nationales deviennent le juge de droit commun des investissements. En d'autres termes, les tribunaux arbitraux occuperaient une fonction palliative ou subsidiaire. Cette approche, qui peut être jugée étrangère à la logique dominante de l'arbitrage transnational, répond à certaines idées selon lesquelles "un souci de plus grande légitimité imposerait d'associer mode arbitral et mode étatique de règlement des différends."²⁴³

La référence à la justice locale demeure néanmoins aujourd'hui une approche minoritaire, car la plupart des élites caribéennes ne semblent pas souhaiter s'opposer au régime actuel de l'arbitrage d'investissement. La majorité des pays caribéens cherchent à réformer de façon souple le récit conventionnel de la protection des investissements, en s'appuyant sur des solutions de réforme dégagées au niveau mondial. Certes, ces solutions adoptées par les États caribéens peuvent permettre de questionner le pouvoir discrétionnaire des arbitres d'investissement et leur attitude à interpréter les standards de traitement dans une perspective extensive, mais il faut garder à l'esprit que ces normes imposées par les pays développés aux pays en développement s'inscrivent dans un continuum de rapports de pouvoir déséquilibrés qui façonnent la participation marginale de ces derniers au régime global du droit international de l'investissement.

Il faut donc conclure que le pluralisme normatif désordonné observé dans le contexte caribéen n'offre pas la possibilité d'une réforme significative de l'arbitrage international d'investissement allant dans le sens des États faibles, car il ne permet pas de s'attaquer aux fondements des inégalités de pouvoir dans les négociations des standards de protection des investissements. L'expérience troublante de plusieurs pays caribéens dans l'arbitrage d'investissement n'a pas conduit à une véritable réaffirmation politique. La conclusion révèle que, dans le contexte du bilatéralisme hégémonique, les États caribéens s'inclinent devant le standard conventionnel des pays plus forts et seraient incapables d'innover et de créer leur propre voie institutionnelle face à la dynamique globale. Mais pour combien de temps?

²⁴²Coop et Sharma, *supra* note 170 à la p 484.

²⁴³El Boudouhi, *supra* note 165 à la p 219.