

**M SORNARAJAH, *RESISTANCE AND CHANGE IN THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT*,
CAMBRIDGE, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2015**

*Julien Hamel-Guilbert**

Le début du 21^e siècle marque un tournant important pour l'avenir de la gouvernance mondiale. Les désordres sociaux, les transformations économiques et les transitions politiques ont très souvent des effets sur l'investissement étranger. Quels sont les effets de ces bouleversements sur les engagements internationaux des États? Quels effets juridiques ces engagements internationaux ont-ils? Depuis quelques années, le lien indéfectible qui semblait assurer la continuité de l'ordre mondial néolibéral tend à se relâcher sous la pression sociale. C'est cette transformation que tente de saisir M. Sornarajah, professeur de droit à l'Université nationale de Singapour, dans son dernier livre *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. À travers une analyse exhaustive, le professeur Sornarajah nous instruit de l'évolution historique et des changements qui pointent à l'horizon de l'un des régimes juridiques les plus contraignants au monde.

Tout d'abord, les deux premiers chapitres sont consacrés à l'analyse de l'évolution historique du droit international de l'investissement. L'auteur retrace les différentes phases qui ont contribué à la formulation du régime juridique en matière d'investissement international.

Les fondements du droit international de l'investissement remontent à l'époque coloniale. À l'époque, les richesses étaient d'abord considérées *res nullius* avant d'acquérir le titre de concessions de monopole. À cette époque, les puissances coloniales intervenaient militairement dans leurs protectorats étrangers afin de préserver l'intégrité des capitaux investis par les marchands de la métropole¹.

À la suite des guerres d'indépendance hispano-américaines du 19^e siècle, les puissances néocoloniales procèdent à l'externalisation de leur compétence juridique à travers le recours à la protection diplomatique de leurs ressortissants nationaux et de leurs titres de propriété. Le néocolonialisme devait assurer aux États du centre la pleine protection des ressources industrielles de la nation. En réaction, les États de la périphérie nouvellement indépendants décidèrent d'inclure dans leurs contrats de concessions des clauses obligeant les ressortissants étrangers à épuiser les recours juridiques internes plutôt que leur protection diplomatique².

* Finissant à la maîtrise en droit international (LLM) à l'Université du Québec à Montréal et assistant de recherche au Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation (CEIM).

¹ Voir Lauren Benton, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; voir aussi Peter Borschberg et Hugo Grotius, *The Portuguese and Free Trade in the East Indies*, Singapour, NUS Press, 2011.

² En référence à la clause Calvo.

Dans un contexte postcolonial, les États consentent graduellement à internationaliser leurs différends. Les différends interétatiques sont alors soumis à des tribunaux externes (commissions mixtes) qui appliquent les normes internationales en vigueur. En 1926, la Commission générale des réclamations américano-mexicaine formule l'arrêt *Neer*³ et pose les bases modernes d'une *norme minimale de traitement* des ressortissants étrangers et de leur propriété⁴. Le principe de protection des investissements étrangers sera ainsi codifié en droit international public par les normes coutumières de bonne foi et de *due process*.

Au milieu du 20^e siècle, le consensus de Washington marque un tournant majeur⁵. Véritable pierre angulaire de l'investissement direct étranger, les États-Unis jouent un rôle prédominant dans la codification des normes internationales. Leur nouveau modèle de traité bilatéral d'investissement (1987 *US Model BIT*) a une influence considérable quant à la multiplication des traités en matière d'investissement étranger⁶. Sous l'influence considérable de la philosophie néolibérale et de sa vision absolutiste de la propriété⁷, les normes internationales portant sur l'investissement s'interprètent indépendamment du droit international public coutumier tout en exploitant certains de ses principes.

Au chapitre 3, le professeur Sornarajah aborde la question de la compétence juridictionnelle du régime juridique d'arbitrage international. En vertu des clauses compromissaires insérées dans les traités bilatéraux d'investissement, les États émettent la volonté que soient réglés, par le biais de tribunaux internationaux arbitraux, les différends pouvant les lier aux investisseurs étrangers installés sur leur territoire. Or, comme le relève l'auteur, ces dispositions qui attestent du consentement à l'arbitrage demeurent très implicites et particulièrement ambiguës à la lumière des intentions contradictoires des États. Ces derniers ont-ils l'intention première de

³ *General Claims Commission, Neer Claim (US v Mexico)* (1926) 4 RIAA 60.

⁴ Les effets juridiques de cet arrêt tendent à responsabiliser les États qui, par le comportement d'un de leurs organes, contreviennent au droit de propriété des ressortissants étrangers installés sur leur territoire. Ce comportement est celui d'une mauvaise foi, d'une négligence volontaire ou d'une omission si éloignée des normes internationales que toute personne raisonnable et impartiale peut facilement reconnaître son caractère « irrégulier ». Selon le professeur Sornarajah, cet arrêt a posé un seuil *élevé* quant à la violation de la *norme minimale de traitement* en exigeant qu'un déni de justice soit *suffisamment flagrant* pour contrevvenir aux normes internationales. Voir Muthucumaraswamy Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 à la p 33 [Sornarajah].

⁵ Le « consensus de Washington » est une expression inventée par l'économiste John Williamson qui se réfère à l'ordre économique post-keynésien fondé sur les « prescriptions néolibérales » du « libre-marché ». Impulsés sous l'égide de la Réserve fédérale américaine et des grandes institutions économiques internationales (FMI, BRI, Banque mondiale), ces « directives macroéconomiques » gouvernent l'élaboration et l'orientation des politiques publiques (privatisation, dérèglementation), des politiques fiscales, monétaires, et commerciales, mais aussi des règles en matière d'investissement direct étranger. Voir David Harvey, *A Short History of Neo-Liberalism*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁶ Leur nombre passera d'environ 400 en 1989 à plus de 3000 en 2007. United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report, Reforming international investment governance*, Geneva, UNCTAD, 2015 à la p 121.

⁷ Voir Friedrich von Hayek, *Law, Legislation, and Liberty*, vol 1, Chicago, University of Chicago Press, 1978.

sécuriser leur environnement juridique ou plutôt de satisfaire leur besoins de développement économique? En conséquence, lorsque le consentement des États est jugé ambigu, l'article 42 de la *Convention de Washington*⁸ permet aux arbitres internationaux d'interpréter de manière discrétionnaire la portée (extensive ou limitative) des traités portant sur l'investissement. Plutôt que d'interpréter l'investissement comme un moteur de développement social et économique, Sornarajah estime que les arbitres ont tendance à réinterpréter les phrases dans les traités bien au-delà de l'intention des États afin de fixer des seuils plus élevés de protection et de sécurité juridique de l'investissement⁹. En outre, ce chapitre explore la question du consentement à la compétence des juridictions internationales d'arbitrage, question particulièrement sensible puisqu'elle définit les critères de l'investissement protégé et ce qui lui est garanti juridiquement.

Aux chapitres 4 et 5, l'auteur expose les nombreuses ramifications juridiques des droits consentis aux investisseurs étrangers afin de protéger, voire de garantir leur investissement. En explorant la pratique juridique des tribunaux internationaux d'arbitrage, l'auteur met en relation les droits consentis aux investisseurs et les obligations juridiques attribuées aux États. Tout au long de ces deux chapitres, Sornarajah examine la portée contraignante des deux principales clauses de protection de l'investissement que sont les garanties contre les expropriations et le standard de traitement juste et équitable. En produisant une analyse téléologique, le professeur Sornarajah parvient à démontrer comment l'idéologie néolibérale est parvenue à influencer le caractère obligatoire de ces deux clauses. Pour ce faire, l'auteur compare leur contenu en se référant aux principes internationaux coutumiers. Il constate que leur contenu substantif ne se rapporte pas à un ensemble juridique contraignant, contrairement à ce que l'idéologie néolibérale voudrait faire croire¹⁰. En outre, il observe l'absence d'une pratique juridique unifiée et cohérente qu'il explique par une jurisprudence inconstante¹¹.

Dans le contexte des bouleversements d'ordre économique, social et politique¹², l'auteur examine au chapitre 6 la question de l'interférence des organes de l'État à l'égard des droits des investisseurs étrangers. Lorsqu'ils ne sont pas discriminatoires et ne font pas preuve de mauvaise foi, la plupart des actes domestiques sont justifiés par la prépondérance de l'intérêt public (en vertu du droit

⁸ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 RTNU 169 (entrée en vigueur : 14 octobre 1966).

⁹ Sornarajah, *supra* note 1 à la p 45.

¹⁰ *Ibid* aux pp 220-99.

¹¹ *Ibid* à la p 67.

¹² En référence aux contextes d'affrontements, de troubles économiques et de désordres sociaux qui amènent les investisseurs à demander d'importantes compensations monétaires aux États en difficulté. Voir par exemple : affrontements inter-ethniques et troubles sociaux au Kirghizstan (*Lee John Beck and Central Asian Development Corporation and Stans Energy c République kirghize* (2013) CIS Convention for the Protection of Investors Rights); crise économique et troubles sociaux en Grèce (*Poštová banka, a.s. and Istrokapital SE c République hellénique* (2015) CIRDI/ARB/13/8); violations graves des droits de l'homme et des droits des communautés autochtones en Bolivie (*South American Silver Limited c Bolivie* (2013) UNCITRAL, PCA n° 2013-15); trafic illicite de diamants en Guinée (*BSG Resources Limited c République de Guinée* (2014) CIRDI/ARB/14/22).

constitutionnel) ou des normes internationales impératives (en vertu des normes inaliénables de *ius cogens*). De ce fait, le professeur Sornarajah expose les différents arguments juridiques formulés par l'État (nécessité, sécurité nationale, droits culturels et sociaux, autres obligations conventionnelles, etc.) qui justifient la prépondérance de l'intérêt public et des normes *erga omnes*. Il explique que la philosophie néolibérale profondément enracinée au sein du régime d'arbitrage international rend toutefois inapplicables la plupart de ces justifications. Le professeur rappelle qu'il existe de nombreuses décisions arbitrales irrecevables en vertu des principes généraux de droit international public (notamment en matière des droits de l'homme). Il donne l'exemple de la décision *Sempra v. Argentine*¹³ dans laquelle le tribunal a rejeté catégoriquement l'argument de nécessité pourtant justifié par les considérations impérieuses des droits de l'Homme¹⁴. Il fait ressortir certaines décisions subséquentes imposant des pénalités de plus de 900 millions de dollars imposées au gouvernement argentin dans le contexte des réclamations des fonds vautours¹⁵. L'auteur souligne le fait que ces réclamations vont notamment à l'encontre des résolutions A/RES/69/319, A/RES/68/304 et A/RES/70/1 consacrées respectivement aux *Principes fondamentaux des opérations de restructuration de la dette souveraine* et au *Programme de développement durable des Nations Unies*¹⁶. Pour Sornarajah cela ne fait pas de doute, ces réclamations sont imposées par des interprétations néolibérales déconnectées des intérêts fondamentaux de la communauté internationale. Dans un tel contexte, l'auteur nous instruit de ses doutes quant à la légitimité d'un tel régime juridique et estime que la compétence des tribunaux « fait cruellement défaut »¹⁷. En outre, il s'interroge sérieusement sur la compétence des arbitres qui « ne possèdent pas l'état d'esprit nécessaire à l'ordre des priorités existant entre les intérêts mondiaux et la protection de l'investissement »¹⁸.

Au chapitre 7, le professeur Sornarajah prend parti en faveur d'un changement de paradigme. Il milite d'abord pour des traités plus équilibrés plus compatibles selon lui avec les normes du nouvel ordre économique mondial. Il dédie ensuite la grande partie de son chapitre à l'intégration de la *doctrine de proportionnalité*¹⁹ dans l'interprétation juridique et soutient que la doctrine proportionnelle est présente dans plusieurs décisions arbitrales²⁰. Il livre un véritable plaidoyer en faveur de cette doctrine dont l'origine provient du droit européen. Par

¹³ *Sempra Energy International c Argentine* (2007) CIRDI/ARB/02/16.

¹⁴ Les faits illustraient qu'un seuil de gravité avait été atteint en raison du fait que les forces armées argentines abattaient des émeutiers affamés dans les rues.

¹⁵ SA, « Argentina's government hits back at vulture funds after US ruling », *The Guardian* (24 juin 2014).

¹⁶ SA, « UN backs Argentina in debt dispute with "vulture" funds », *Deutsche Welle* (11 septembre 2015).

¹⁷ Sornarajah, *supra* note 1 à la p 345.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Voir *James et autres c Royaume Uni*, n° 8793/79, [1986] A98 CEDH au para 419.

²⁰ Pour la doctrine de proportionnalité s'appliquant à l'expropriation réglementaire : *Fireman's Fund c Mexique* (2006) CIRDI/ARB(AF)/02/1 au para 176; *Tecmed c Mexique* (2003) CIRDI/ARB(AF)/00/2 au para 122 [*Tecmed c Mexique*]. Pour la doctrine de proportionnalité s'appliquant au traitement juste et équitable : *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c Chili* (2004) CIRDI/ARB/01/7; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c Argentine* (2007) CIRDI/ARB/02/1; *Tecmed c Mexique, ibid*; *Azurix Corp. c Argentine* (2006) CIRDI/ARB/01/12.

l'entremise de ses critères de proportionnalité, cette doctrine permet de mieux équilibrer les intérêts divergents des investisseurs étrangers et de leur société d'accueil. Après s'être consacré à la défense de l'incorporation de cette doctrine en droit de l'investissement, l'auteur dresse une liste démontrant toutefois que cette doctrine ne constitue pas explicitement un principe général de droit international²¹. Par conséquent, il écarte certaines similarités implicites qui peuvent exister au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)²², ainsi qu'en droit comparé²³ et en droit constitutionnel²⁴. Somme toute, le caractère hybride des sources du droit international et des droits nationaux est inévitable.

Finalement, au chapitre 8, Sornarajah nous dévoile véritablement le fond de sa pensée. Dans une réflexion néo-gramscienne assumée, l'auteur dépeint l'évolution du droit de l'investissement en tenant compte de trois principaux facteurs que sont : la puissance hégémonique, le pouvoir privé et les préférences idéologiques dominantes. Comme il a tenté de le démontrer tout au long de son ouvrage, cette hégémonie est celle de l'ordre néolibéral. Cette hégémonie se maintient par la ténacité des principes néolibéraux mais surtout par le consentement implicite de la communauté systémique des arbitres, des universitaires, des avocats et des économistes qui continuent à soutenir cet ordre²⁵. Au fond, l'idéologie procure une base fondamentale pour tout raisonnement juridique, et pour que celle-ci puisse convaincre, elle doit nécessairement se servir et se référer à d'autres sources de droit (*low order sources of law*)²⁶.

Par conséquent, l'auteur soutient que le régime juridique de règlement des différends entre investisseurs et États est devenu précaire et qu'il faut le transformer. Dans le sillage de certaines réclamations farfelues²⁷, l'indignation d'une partie de la société civile et des élites politiques encourage certains États comme le Venezuela, le

²¹ Sornarajah, *supra* note 1 aux pp 380-82.

²² Le principe de proportionnalité est l'un des principes les plus fondamentaux qui sous-tendent le système commercial multilatéral, bien qu'il n'y ait aucune référence explicite. Cependant, l'idée de base de la proportionnalité, à savoir la raison d'équilibrage des droits concurrents, se reflète à plusieurs reprises dans les accords de l'OMC. Voir *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 RTNU 814 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948), art. XX; *Accord sur les obstacles techniques au commerce*, 12 avril 1979, 1186 RTNU 814 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1980), art 2.4 et 5.4; *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 14 avril 1994, 1867 RTNU 508 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995), art. 2.4.

²³ Voir Alan O Sykes, « The Least Restrictive Means » (2003) 70 U Chicago L Rev 403.

²⁴ Alors que l'auteur affirme que la règle de la proportionnalité a peu de résonance aux États-Unis en raison de l'existence de la doctrine de la séparation des pouvoirs, les critères de proportionnalité sont bel et bien incorporés dans le huitième amendement de la Constitution américaine qui renvoi à l'interdiction des peines disproportionnées par rapport aux infractions commises.

²⁵ *Ibid* à la p 54.

²⁶ Sornarajah, *supra* note 4 aux pp 72 et 76.

²⁷ Après qu'un tribunal arbitral ait imposé à l'Équateur d'indemniser Occidental Petroleum pour 1.7 milliard de dollars conformément à la résiliation du contrat d'exploitation de la compagnie qui faisait suite à la pire catastrophe environnementale du pays. Voir Damon Vis-Dunbar, « US\$1.76 billion dollar award levied against Ecuador in dispute with Occidental; tribunal split over damages » (14 janvier 2013), International Institute for Sustainable Development, en ligne : <<https://www.iisd.org/itn/2013/01/14/awards-and-decisions-10>>.

Nicaragua, la Bolivie, l'Équateur, l'Argentine²⁸, l'Indonésie ou l'Australie²⁹ à se retirer soit partiellement ou entièrement du régime d'arbitrage international³⁰. Ainsi, le professeur Sornarajah appelle la société civile (ONGs, groupes d'intérêts) à continuer de revendiquer une place importante dans cet ordre juridique, à l'endroit où la puissance hégémonique se désengage (environnement, droits économiques et sociaux, etc.).

Grâce à la résistance sociale, l'aube des compromis politiques annonce une certaine évolution des règles qui gouvernent le régime juridique de l'investissement. En fait, selon le professeur Sornarajah, ce changement est déjà entamé, notamment grâce à l'affaire *Methanex c États-Unis*³¹ qui a permis de secouer la puissance hégémonique dès le début des années 2000. En effet, cette décision a ensuite entamé le renversement de l'hégémonie du raisonnement néolibéral par le biais d'une reformulation plus équilibrée du modèle américain de traités bilatéraux d'investissement (2004 et 2012 *US Model Treaties*). Selon Sornarajah, l'initiative américaine permet d'assouplir l'application des clauses d'expropriation en lien avec les enjeux domestiques d'intérêt public. Conséquemment, certains États redécouvrent les principes de l'expropriation réglementaire et commencent à clarifier de nouveau le contenu du traitement juste et équitable.

En conclusion, à la lecture de ce livre, nous pouvons affirmer qu'il constitue un excellent ouvrage de référence en droit de l'investissement. Même si sa perspective analytique intègre un plaidoyer néogramscien articulant une critique hybride du néolibéralisme, ce livre est avant tout un portrait très documenté du régime juridique de l'investissement étranger. La vision de son auteur se combine parfaitement bien avec l'évolution annoncée en droit de l'investissement. Cet ouvrage constitue donc un atout majeur pour l'enrichissement des débats et des réflexions critiques en droit international. Ultimement, il démontre que les règles juridiques font preuve d'une grande certitude lorsqu'elles sont formulées sur la base d'une idéologie hégémonique. Cependant, lorsque cette hégémonie fléchit, ce qui n'était que résistance se transforme graduellement en changement.

²⁸ En 2012, l'Argentine a annoncé l'intention de se retirer du CIRDI. Voir H Cámara de Diputados de la Nación, 1311-D-2012, en ligne : <<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1311-D-2012>>.

²⁹ L'Australie a annoncé l'intention de se retirer du régime pour tout différend en lien avec le *Trans-Pacific Partnership Agreement* (TPPA). International Institute for Sustainable Development, « Australia to reject investor-state dispute resolution in TPPA » (avril 2012), IISD, en ligne : <<https://www.iisd.org/itn/2012/04/13/news-in-brief-7/>>.

³⁰ Uniquement en 2014, plus de 43 traités bilatéraux d'investissement ont pris fin. United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan*, Genève, UNCTAD 2014 à la p 114.

³¹ *Methanex c États-Unis* (2005) UNCITRAL (NAFTA) Ad hoc Arbitration.