

**TODD WEILER, *THE INTERPRETATION OF
INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: EQUALITY,
DISCRIMINATION AND MINIMUM STANDARDS OF
TREATMENT IN HISTORICAL CONTEXT*, BOSTON,
MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 2013**

*Simon Legault**

Une importante caractéristique du droit international de l'investissement¹ est son hétérogénéité. La multitude de traités qui touchent le domaine de l'investissement et l'absence de régime multilatéral ont résulté en la création d'une panoplie de mécanismes de règlement des différends indépendants les uns des autres, où les arbitres ont une grande marge de manœuvre pour prendre leur décision. Ce grand pouvoir d'interprétation remis entre les mains de professionnels du DII peu scrupuleux ou peu rigoureux aurait permis la déformation de certains des grands principes de la discipline². C'est du moins ce qu'affirme Todd Weiler dans son dernier ouvrage, *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*³ où il tente de redresser la situation. Diplômé de l'Université du Michigan, l'auteur est conseiller en résolution des différends relatifs à l'investissement et a travaillé sur de nombreux cas au cours de sa carrière, dont notamment *S.D. Myers v Canada*⁴ et *Pope & Talbot v Canada*⁵. Il a aussi été arbitre à la Cour d'arbitrage internationale de la chambre de commerce de Stockholm, en plus de donner des conférences académiques dans près d'une dizaine d'établissements universitaires, dont l'Université d'Ottawa, la University of Western Ontario, le Chicago-Kent College of Law et la Fletcher School of Law.

The Interpretation of International Investment Law est le tout dernier des dix ouvrages publiés par Weiler concernant le DII. Paru en 2013 chez Martinus Nijhoff Publishers, il compte 526 pages divisées en dix chapitres et se termine par une bibliographie thématique détaillée d'une cinquantaine de pages. Selon l'auteur, « *some individuals appear to have simply taken the accuracy of alleged historical facts for granted, and their reasoning has oftentimes suffered for it*⁶ ». Pour remédier à ce problème, il a entrepris d'analyser au moyen de la méthode historique et inductive les principales obligations en DII, tels que le standard de protection et de

* Étudiant au Baccalauréat en relations internationales et droit international à l'Université du Québec à Montréal. Contact : <simon.legault.93@gmail.com>.

¹ Pour alléger le texte, l'expression droit international de l'investissement sera remplacée par l'acronyme DII.

² Todd Weiler, *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013 à la p 20 [Weiler].

³ *Ibid.*

⁴ *S.D. Myers, Inc v Canada*, NAFTA/UNCITRAL Trib, IIC 249 (2000).

⁵ *Pope & Talbot, Inc v Canada*, NAFTA/UNCITRAL Trib, IIC 192 (2000).

⁶ Weiler, *supra* note 3 à la p xli.

sécurité, le traitement juste et équitable, le traitement moins favorable et la norme coutumière du standard de traitement minimum des étrangers⁷. Son objectif était donc à faire le point sur ces concepts de DII afin que les arbitres et les professionnels du DII travaillent à l'aide des mêmes références.

Le premier chapitre consiste en l'introduction. L'auteur y introduit son sujet avec une courte présentation de la méthode historique et inductive du DII et de divers concepts qui y sont rattachés, telles que la nationalité, l'égalité, la discrimination et la souveraineté. Il présente aussi l'état du débat en DII entre les libéraux classiques et les statistes, ainsi que ce qu'il avance comme étant les principaux mythes en DII, sur lesquels il se chargera de faire la lumière.

Le deuxième chapitre, quant à lui, concerne les aspects d'ordre méthodologique. L'auteur y compare différentes méthodes d'interprétation, en faisant ressortir leurs points forts et leurs points faibles, pour finalement s'arrêter sur la méthode historique et inductive. Il aborde l'importance du principe de contemporanéité, tel que présenté par Watts dans la doctrine⁸, lors de l'interprétation des normes conformément à l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁹. Il traite aussi du rôle de l'arbitre dans la formation du droit international, ainsi que les dangers des mauvaises interprétations advenant l'émergence d'une jurisprudence constante.

Le troisième chapitre marque le début des analyses de l'auteur sur les principes de DII. Weiler débute son étude par le standard de protection et de sécurité, qu'il présente comme étant la base du droit international économique, en suivant son évolution historique depuis l'antiquité, en passant par le Moyen-Âge et le principe d'hospitalité, jusqu'au 19^e siècle. Il aborde ensuite la question de l'apparition de sa version coutumière, le CILMSTA, et le débat l'entourant, auquel a notamment participé l'éminent publiciste Carlos Calvo. Il finit par montrer comment la norme coutumière a été assimilée à un standard de civilisation, lequel aura justifié l'impérialisme et le colonialisme des Occidentaux.

Le quatrième chapitre vient compléter le troisième en explorant deux cas historiques d'application du standard de protection et de sécurité. Weiler montre comment ce principe a été détourné, au fil du temps, au bénéfice des visées impérialistes de la British East India Company en Chine, alors que quelques décennies plus tôt il avait été utilisé à l'avantage de la Confédération iroquoise dans le *Traité de Londres*¹⁰ conclu entre les Britanniques et les Américains en 1795. L'auteur poursuit également l'analyse de l'évolution du standard depuis la fin du 19^e siècle

⁷ Pour alléger le texte, l'expression norme coutumière du standard de traitement minimal des étrangers sera remplacée par l'acronyme anglais CILMSTA.

⁸ Weiler, *supra* note 2 à la p 43.

⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne sur le droit des traités*].

¹⁰ *Treaty of Amity Commerce and Navigation, between his Britannick Majesty and The United States of America, by Their President, with the advice and consent of Their Senate*, États-Unis et Grande-Bretagne, 19 novembre 1794, TS 105, 8 Stat 116 (entrée en vigueur : 28 octobre 1795) [*Traité de Londres*].

jusqu'à aujourd'hui. Il montre comment le CILMSTA sera peu à peu remplacé au 20^e siècle par le droit international des droits de la personne, qui définit le traitement minimal que les États doivent accorder à tous les individus sur lesquels ils exercent un contrôle, comprenant du même coup les étrangers, ainsi que par les traités d'amitié, de navigation et de commerce et les accords bilatéraux sur l'investissement où se retrouvera enchâssé le standard de protection et de sécurité.

Dans le cinquième chapitre, l'auteur présente le traitement juste et équitable. Il souligne que son apparition au début du 20^e siècle est née de la volonté des Occidentaux de conserver l'idée de non-discrimination et de bonne foi du CILMSTA dans leurs traités commerciaux, mais en se détachant de celui-ci à cause de sa connotation impérialiste. Il présente aussi les raisons pour lesquelles le traitement juste et équitable a un caractère vague. D'une part, cela provient de la nécessité d'être accepté autant par les pays du Nord que ceux du Sud et du besoin qu'on les États exportateurs de capitaux d'avoir un mécanisme qui agirait dans les traités à la manière d'un filet de sécurité contre la discrimination. D'autre part, le traitement juste et équitable, en agissant comme un balancier entre les principes d'égalité souveraine ainsi que ceux de bonne foi et de non-discrimination, donne une marge de manœuvre qui aide les arbitres à concilier les intérêts des parties lors du règlement d'un différend.

Le sixième chapitre est consacré à la controverse entourant la réinterprétation de l'article 1105 de l'*ALÉNA*¹¹ ayant pour effet de considérer le standard de protection et de sécurité et le traitement juste et équitable comme étant du CILMSTA. Sans surprise l'auteur dénonce cette réinterprétation comme étant mensongère en rappelant à l'aide de la méthode historique en quoi le standard de protection et de sécurité, ainsi que le traitement juste et équitable, sont différents de la CILMSTA. Il propose ensuite une explication sur la cause d'une telle réinterprétation, en avançant que les changements importants qui ont eu lieu sur l'échiquier international ont modifié les intérêts nationaux des pays membres de l'*ALÉNA*. Des bureaucrates à la Commission du libre-échange auraient alors profité du moment pour faire changer l'interprétation de l'article en faveur des intérêts des États parties.

Au septième chapitre, Weiler traite du concept de traitements arbitraires ou discriminatoires. Il montre notamment comment il est historiquement rattaché au standard de protection et de sécurité plutôt qu'au traitement juste et équitable ou au traitement moins favorable. Il souligne que l'utilisation du standard contre les traitements arbitraires ou discriminatoires était historiquement rattachée à la doctrine du déni de justice. Il traite aussi du concept de traitement arbitraire ou discriminatoire dans le contexte des expropriations ainsi que de l'importance de toujours l'utiliser avec déférence, et à la lumière du principe de bonne foi.

Le huitième chapitre concerne le traitement moins favorable et ses deux éléments, la clause de la nation la plus favorisée et le traitement national, en

¹¹ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 no 2, 32 ILM 289 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

présentant son évolution historique jusqu'à la période de l'après-guerre. L'auteur y analyse en profondeur les négociations pour la création d'une Organisation internationale du commerce, marquée par le débat entre les libéraux classiques et les keynésiens. Il en vient à la conclusion que cet échec, en donnant naissance à un système multilatéral de droit international du commerce sous le GATT¹², mais en laissant un vide au niveau du DII, a causé un schisme dans le droit international économique. Il montre comment cette séparation aurait donné naissance à deux versions du traitement moins favorable, une en droit international du commerce où il agit comme mesure contre la tricherie, et une en DII où il agit comme mesure nécessaire pour assurer l'égalité de traitement et la sécurité des investissements et des investisseurs.

Le neuvième, et avant-dernier chapitre vient compléter le huitième chapitre. L'auteur y détaille les différences entre le traitement moins favorable du DII et du droit international commercial. Il présente aussi pourquoi la technique utilisée en droit international du commerce, qui est basée sur des circonstances semblables pour conclure à une violation sous motifs discriminatoires, n'est pas nécessairement adaptée en DII. Il avance que les arbitres devraient plutôt privilégier une technique de « qualification pour le traitement recherché » plus conforme à la nature égalitaire du traitement non moins favorable en matière d'investissements.

Le dernier chapitre sert de conclusion à l'ouvrage. L'auteur revient sur la pertinence de l'utilisation de la méthode historique et inductive dans la pratique du droit international de l'investissement. Il va même jusqu'à laisser entrevoir la possibilité de changements en DII advenant la propagation de sa méthode, en avançant que la méthode historique est un bon moyen, sinon le seul, « *to achieve jurisprudential coherence and consistency as well [as legal certainty]*¹³ ».

En conclusion, *The Interpretation of International Investment Law* de Todd Weiler est un excellent bouquin, autant pour introduire les étudiants au DII que pour proposer aux professionnels une interprétation historique des principes de base du DII. L'auteur y applique sa méthode de façon très adroite en s'appuyant sur une grande variété de sources, de la doctrine aux traités, en passant par des classiques de la jurisprudence du droit international économique et des ouvrages historiques. Son argumentation est solide et il parvient très bien à remettre chaque obligation du DII dans son contexte. L'équilibre entre la précision et le général est aussi très bien respecté, considérant qu'il aurait été possible de consacrer un ouvrage entier pour analyser chacune des obligations et principes sur lesquels il se penche. Le livre regorge aussi d'exemples historiques de plusieurs époques, qui non seulement illustrent les propos de l'auteur avec une grande pertinence, mais viennent aussi compléter une analyse théorique rigoureuse.

¹² *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 RTNU 187 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948) [GATT].

¹³ Weiler, *supra* note 3 à la p 457.