

DÉCLARATION PUBLIQUE
SUR LE RÉGIME D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL
Le 31 août 2010

Nous sommes tous préoccupés par le préjudice causé au bien-être des populations par le régime d'investissement international tel qu'il est actuellement structuré, en particulier en raison de sa capacité à limiter le pouvoir des gouvernements de réagir, au profit de leur population, aux défis liés au développement humain et au développement durable.

NOUS CONVENONS QUE:

Principes généraux

1. La protection des investisseurs et, par voie de conséquence, l'utilisation du droit relatif à l'investissement et le recours à l'arbitrage sont des moyens qui ont pour objet l'amélioration du bien-être de la société. Ce ne sont pas des fins en soi.
2. Tous les investisseurs, indépendamment de leur nationalité, doivent jouir d'un accès égal à un système judiciaire impartial et indépendant qui assurera le règlement des différends, y compris les différends avec les gouvernements.
3. L'investissement étranger peut avoir des impacts néfastes tout autant que bénéfiques sur la société et il est de la responsabilité de tout gouvernement d'encourager les effets bénéfiques tout en limitant les impacts nuisibles.
4. Les États sont titulaires du droit fondamental de réglementer pour le bien-être de la société et, lorsqu'exercé de bonne foi et dans un but légitime, ce droit ne doit pas être subordonné aux intérêts des investisseurs.

Interprétation des traités d'investissement au profit des investisseurs

5. Dans de nombreux cas, les indemnités accordées par des arbitres internationaux et imposées aux États sont le résultat d'interprétations exagérément généreuses du vocabulaire employé dans les traités d'investissement. Ces interprétations ont fait prévaloir les droits de propriété et les intérêts économiques des corporations transnationales sur le droit des États de réglementer pour le bien-être de la société et sur le droit des peuples à l'autodétermination. Cela transparaît clairement de l'attitude adoptée par plusieurs tribunaux d'arbitrage appelés à définir le sens de concepts figurant dans les traités d'investissement et portant sur la nationalité des corporations, l'expropriation, le traitement de la Nation la plus favorisée, la non-discrimination, et le traitement juste et équitable, concepts auxquels a été donnée une interprétation indûment "pro-investisseur" et défavorable aux États, à leurs gouvernements, et à ceux au

DÉCLARATION PUBLIQUE
SUR LE RÉGIME D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL
Le 31 août 2010

nom desquels ils agissent. Cette attitude a entraîné un rééquilibrage majeur de l'importance accordée, en droit international, à la protection des investisseurs par rapport à celle reconnue à la réglementation publique.

6. L'octroi de dommages comme principal mode de sanction en matière d'arbitrage d'investissement constitue une atteinte grave à la capacité des gouvernements de faire des choix démocratiques ainsi qu'à leur pouvoir d'agir dans l'intérêt public au moyen de politiques innovatrices visant à répondre aux changements sociaux, économiques et environnementaux.

Le cadre juridique et le règlement des différends

7. Le cadre juridique principal pour la réglementation des relations investisseurs-État est le droit national.
8. Le mécanisme d'arbitrage des traités d'investissement tel qu'il est actuellement conçu n'est pas une méthode équitable, indépendante et équilibrée pour assurer le règlement des différends relatifs aux investissements et il faudrait donc se garder d'y recourir pour solutionner de tels litiges. Il existe des raisons à la fois morales et politiques qui justifient les gouvernements de se retirer de traités d'investissement et de s'opposer aux mécanismes d'arbitrage investisseur-État, y compris par le refus de payer les sommes auxquels les arbitres les ont condamnés lorsque la sanction résulte de l'adoption, de bonne foi, par l'État, de mesures visant un but légitime.
9. Les citoyens, les communautés locales et les organisations de la société civile devraient se voir accorder un droit de participer à la prise de décision qui affecte leurs droits et intérêts, y compris dans le cadre du règlement des différends investisseur-État, ou encore, à l'occasion de la renégociation de contrats d'investissement. Le régime d'investissement international, en ne permettant pas la participation de ces acteurs, en pleine égalité, aux côtés des investisseurs, alors même que leurs intérêts sont touchés, enfreint cette exigence de base de l'équité procédurale.
10. Bien que s'ils ne soient pas sans défaut, les contrats d'investissement sont préférables aux traités d'investissement en tant que mécanismes juridiques visant à compléter le droit national régulant les relations entre investisseurs et États, car ils incitent à plus de vigilance et à plus de clarté dans la définition et la description des droits et obligations juridiques des parties. Il n'en sera ainsi, toutefois, que si le contrat d'investissement exclut la possibilité pour l'investisseur ou l'État de recourir à la clause d'un traité d'investissement qui les autoriserait à se soustraire à

DÉCLARATION PUBLIQUE
SUR LE RÉGIME D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL
Le 31 août 2010

leurs engagements contractuels, y compris leurs engagements en matière de règlement des différends et de choix du droit applicable.

11. Les contrats d'investissement devraient être conclus et mis en œuvre conformément aux principes d'imputabilité et de transparence envers le public et devraient préserver le droit de l'Etat de réglementer de bonne foi dans la poursuite de buts légitimes.
12. De manière à pouvoir être réajustées aux circonstances changeantes, les contrats d'investissement devraient comporter un mécanisme de renégociation géré à la fois par l'investisseur et l'État, fondé sur un processus équitable et équilibrée, au cours duquel les deux parties bénéficieraient d'un soutien adéquat et de ressources appropriées.
13. Sont erronées les propositions visant à conclure un accord multilatéral sur l'investissement, ou à reformuler le droit international relatif à l'investissement, sur la base des récentes décisions rendues par les tribunaux internationaux d'arbitrage en cette matière. De telles propositions risquent de renforcer et de légitimer un régime d'investissement international en déficit d'équité et d'équilibre, particulièrement en ce qui touche les exigences de base de la transparence et de l'indépendance judiciaire.

NOUS RECOMMANDONS DONC QUE:

14. À la lumière des préoccupations exprimées ci-dessus, les États devraient réexaminer les traités d'investissement qu'ils ont signés afin de déterminer s'ils doivent s'en retirer ou les renégocier; ils devraient prendre des mesures pour remplacer ou décourager le recours aux mécanismes d'arbitrage prévus par les traités d'investissement, et ils devraient renforcer leur propre système de justice, et ce, au profit de tous les citoyens, investisseurs compris.
15. Les organisations internationales devraient s'abstenir de promouvoir les traités d'investissement et devraient plutôt mener des recherches et formuler des recommandations sur : les risques graves que posent aux gouvernements les mécanismes d'arbitrage prévus par les traités d'investissement; les alternatives à ces mécanismes, telles que l'assurance privée et l'arbitrage conventionnel; et les stratégies qui s'offrent aux Etats désireux de se retirer ou de renégocier les traités d'investissement auxquels ils sont liés.
16. La communauté d'affaires internationale devrait s'abstenir de promouvoir le régime d'investissement international et s'abstenir de recourir aux mécanismes

DÉCLARATION PUBLIQUE
SUR LE RÉGIME D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL
Le 31 août 2010

d'arbitrage prévus par les traités d'investissement. Au lieu de cela, elle devrait promouvoir des processus d'arbitrage équitables et équilibrés qui satisfont aux exigences de la transparence et de l'indépendance judiciaire comme l'exigent les principes d'équité procédurale et de primauté du droit. La communauté d'affaires internationale devrait également chercher à résoudre les différends dans un esprit de coopération en ne recourant à l'adjudication qu'en dernier recours.

17. La société civile devrait continuer à prendre des mesures pour informer ses mandants et la société dans son ensemble des échecs du régime actuel d'investissement international et des menaces qu'il pose; elle devrait également s'opposer à l'application de ce régime aux gouvernements qui adoptent de bonne foi des mesures de politique générale ou législative qui poursuivent des fins légitimes.

Gus Van Harten
Associate Professor of Law
Osgoode Hall Law School

David Schneiderman
Professor of Law and Political Science
University of Toronto

Muthucumaraswamy Sornarajah
Professor of Law
National University of Singapore

Peter Muchlinski
Professor of Law
University of London (SOAS)

Sol Picciotto
Emeritus Professor of Law
Lancaster University

Craig Scott
Professor of Law
Osgoode Hall Law School

Kyla Tienhaara
Research Fellow in Environmental
Governance
Australian National University

Obiora Okafor
Professor of Law
Osgoode Hall Law School

Stepan Wood
Professor of Law
Osgoode Hall Law School

Amanda Perry-Kessaris
Reader in Law
University of London (SOAS)

Kevin Gallagher
Associate Professor of International
Relations
Boston University

Margot Salomon
Senior Lecturer in Law
London School of Economics

DÉCLARATION PUBLIQUE
SUR LE RÉGIME D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL
Le 31 août 2010

A. Claire Cutler
Professor of International Law and
International Relations
University of Victoria

Martin Loughlin
Professor of Public Law
London School of Economics

Barnali Choudhury
Assistant Professor in Law
McGill University

Saskia Sassen
Professor of Sociology
Columbia University

Jennifer Clapp
Professor of Environmental Studies
University of Waterloo

Tom Faunce
Associate Professor of Law
Australian National University

Peter Drahos
Professor of Law
Australian National University

Peter Newell
Professor of International Development
University of East Anglia

Sheldon Leader
Professor of Law
University of Essex

Anne Orford
Professor of International Law
University of Melbourne

Julio Faundez
Professor of Law
University of Warwick

Paddy Ireland
Professor of Law
University of Kent

Emma Aisbett
Research Fellow in Economics
Australian National University

Jonathan Klaaren
Professor of Law
University of the Witwatersrand

James Gathii
Professor of International Commercial Law
Albany Law School

Ken Shadlen
Reader in Development Studies
London School of Economics

John Braithwaite
Federation Fellow in Regulatory
Institutions
Australian National University

Harry Arthurs
Professor of Law
Osgoode Hall Law School

Stephen Clarkson
Professor of Political Science
University of Toronto

Ruth Buchanan
Associate Professor of Law
Osgoode Hall Law School

DÉCLARATION PUBLIQUE
SUR LE RÉGIME D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL
Le 31 août 2010

Martti Koskenniemi
Professor of International Law
University of Helsinki

Nico Krisch
Professor of International Law
Hertie School of Governance

Markus Krajewski
Professor of Law
University of Bremen

Penelope Simons
Associate Professor
University of Ottawa

Lawan Thanadsillapakul
Professor of Law
Sukhothai Thammathirat Open University

Graham Mayeda
Associate Professor of Law
University of Ottawa

Cai Congyan
Professor of International Law
Xiamen University

Liu Sun
Professor
Zhongnan University of Economics and
Law

Joachim Spangenberg
Research Coordinator
Sustainable Europe Research Institute

Daniel D. Bradlow
Professor of International Development
Law and African Economic Relations
University of Pretoria

Xiuli Han
Associate Professor of International Law
Xiamen University

Christian Bellak
Associate Professor of Economics
University of Vienna

Audrey Macklin
Professor of Law
University of Toronto

Eva Paus
Professor of Economics
Mount Holyoke College

Stephen McBride
Professor of Political Science
McMaster University

Jane Kelsey
Professor of Law
University of Auckland

Leonardo E. Stanley
Associate Researcher
Centro de Estudios de Estado y Sociedad

Carolina Olarte B.
Professor of International Law
Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá

Rhys Jenkins
Professor of Development Economics
University of East Anglia

Ricardo Grinspun
Associate Professor of Economics
York University

Wolfgang Voegeli
Professor of International Studies
University of Hamburg

DÉCLARATION PUBLIQUE
SUR LE RÉGIME D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL
Le 31 août 2010

Nous remercions Jean Leclair de nous avoir aidés à traduire cette déclaration.

For further information or to support or endorse this statement, please contact:

Gus Van Harten
Associate Professor
Osgoode Hall Law School
York University, 4700 Keele Street
Toronto, ON, Canada M3J 1P3
+1 416 650 8419 (tel)
gvanharten@osgoode.yorku.ca

David Schneiderman
Professor of Law and Political Science
Faculty of Law
University of Toronto, 78 Queen's Park
Toronto, ON, Canada M5S 2C5
+1 416 978 2677 (tel)
david.schneiderman@utoronto.ca

BACKGROUND NOTE

This statement emerges from discussions during a visit by Professor M. Sornarajah to Osgoode Hall Law School of York University in Toronto, Canada and at a workshop on the adjudication of international economic disputes held at the Oñati International Institute for the Sociology of Law.

The statement was motivated by a concern that we are at an important juncture for the international investment regime in light of upcoming meetings and ongoing processes on investment law and arbitration. These include:

- European Union processes to develop a common investment policy that could consolidate or supercede hundreds of bilateral investment treaties;
- Negotiations toward a Trans-Pacific Partnership Agreement on investment;
- Possible renewed negotiations on investment at the World Trade Organization, especially in relation to trade disciplines under the *General Agreement on Trade in Services*;
- Regional initiatives to reform investment law and arbitration, especially in Latin America;
- Reviews by states of their domestic policy on investment law and arbitration;

DÉCLARATION PUBLIQUE
SUR LE RÉGIME D'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL
Le 31 août 2010

- Revisions of their arbitration rules, as they involve states, by the UN Commission on International Trade Law and by the International Chamber of Commerce;
- Upcoming meetings of the UN Conference on Trade and Development and other organizations that will address investment treaties.

The aim of this statement is to bring the concerns expressed above to the attention of decision-makers and the public in general.