

Une disposition de dérogation au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) pour soutenir les mesures de lutte contre les changements climatiques

Gus Van Harten



Protéger un accord multilatéral sur les changements climatiques contre la menace de poursuites intentées par les multinationales

Maude Barlow

Protéger un accord multilatéral sur les changements climatiques contre la menace de poursuites intentées par les multinationales

par Maude Barlow

Avant-propos du rapport Une disposition de dérogation au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) pour soutenir les mesures de lutte contre les changements climatiques, *par Gus Van Harten*

Au mois de décembre cette année, des acteurs du monde entier se réuniront à Paris pour la COP21, la Conférence des Parties de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques. Il s'agit d'un rassemblement historique et d'un moment important pour que les États du monde entier parviennent à un accord réel et sérieux visant à réduire considérablement les émissions de gaz à effet de serre. Les attentes sont élevées.

Il existe bien entendu des signes d'espoir, mais beaucoup d'efforts doivent encore être déployés. En juin 2015, les chefs d'État des pays du G-7 ont convenu de réduire les gaz à effet de serre en éliminant progressivement l'utilisation des carburants fossiles d'ici la fin du siècle. La chancelière allemande, Angela Merkel, qui fait pression pour fixer la date d'échéance à 2050 et imposer immédiatement des objectifs de réduction des émissions, a parlé du besoin de « décarboniser l'économie mondiale au cours de ce siècle ».

Au cours du même mois, la Chine (le plus grand émetteur de gaz à effet de serre au monde) s'est engagée à plafonner la hausse des émissions d'ici 2030, une première pour une nation dont les politiques favorisaient une croissance industrielle illimitée. En août 2015, le président des États-Unis, Barack Obama, peut-être conscient de son héritage, a dévoilé les premières normes nationales visant à mettre fin au rejet de pollution causé par le gaz carbonique provenant des usines américaines.

L'opinion mondiale change considérablement alors que de moins en moins de personnes remettent en question l'écrasante preuve scientifique indiquant que les changements climatiques sont provoqués par les hommes. Selon un sondage réalisé en juillet 2015 par le Pew Research Center, les changements climatiques sont perçus comme une menace mondiale prioritaire. Alors que les négociations de Paris approchent, les espoirs d'un accord multilatéral réel et important sur les changements climatiques ne cessent de grandir.

Cependant, un problème doit être réglé si un accord ou un traité convenu lors du sommet de Paris venait à être appliqué dans les pays des parties signataires. Le problème central est que grand nombre de pays qui se sont engagés à prendre de sérieuses mesures pour lutter contre les changements climatiques sont également parties signataires, ou négocient féroce, des ententes commerciales et d'investissements qui contiennent une clause relative à un mécanisme donnant droit aux grandes multinationales d'intenter des poursuites relatives à toute modification apportée aux règlements actuels qui régissent leurs activités.

Le mécanisme de ces accords commerciaux est appelé « règlement des différends entre investisseurs et États » (RDIE). Il donne droit aux multinationales étrangères d'intenter des poursuites directes contre les gouvernements en vue d'obtenir un dédommagement si ces gouvernements instaurent de nouvelles lois ou pratiques (qu'elles soient liées à l'environnement, à la santé ou aux droits de l'homme) qui ont un impact négatif sur leur résultat net. Le RDIE accorde principalement aux multinationales le même statut que les gouvernements dans ces négociations et privatise le système de règlement des différends entre les États.

Selon la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement, il existe plus de 3 200 accords contenant une clause de RDIE (la plupart sont des ententes bilatérales) dans le monde, et un accord est conclu toutes les deux semaines. Ces droits des entreprises sont profondément ancrés dans l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA), ainsi que dans tous les nouveaux accords régionaux, notamment l'*Accord économique et commercial global* (AECG) entre le Canada et l'Union européenne, le *Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement* (TTIP) entre l'Europe et les États-Unis, et l'*Accord de partenariat transpacifique* (TPP), un accord massif entre les 12 pays alignés du Pacifique.

Les multinationales ont eu recours au mécanisme de RDIE pour tenter des poursuites contre les gouvernements à plus de 600 reprises, et dans de nombreux cas, ces contestations étaient clairement liées à des décisions relatives à la santé ou à l'environnement prises par les gouvernements.

Des multinationales américaines demandent, par exemple, au Canada la somme de 2,6 milliards de dollars en vertu de l'ALENA. Les poursuites actuelles et passées intentées concernent notamment des lois qui interdisent les additifs nuisibles pour l'environnement présents dans l'essence, les exportations de PBC dangereux et les pesticides de pelouse, ainsi que des moratoires sur la fracturation.

Le RDIE menace également la lutte contre le racisme environnemental, et cela complique à son tour le combat contre les effets inégalement répartis des changements climatiques sur les peuples autochtones et les populations défavorisées. En juin 2015, 10 rapporteurs spéciaux des Nations Unies sur les droits de l'homme ont publié une déclaration attirant l'attention sur « l'effet préjudiciable » que pourraient avoir les traités comme le TTIP ou le TPP sur « la jouissance des droits de l'homme telle qu'elle s'inscrit dans les instruments juridiques contraignants de l'ONU », notamment « le droit à un environnement propre ».

Les experts ont indiqué que les règlements régissant les différends opposant un investisseur et un État offrent une protection aux investisseurs, mais ne protègent pas les États ou leurs populations. En observant les antécédents de règlements de différends selon le mécanisme de RDIE, les experts de l'ONU sur les droits de l'homme ont conclu que « la fonction de réglementation de nombreux États et leur capacité à légiférer pour le bien du public sont mis en danger ».

Tous les éléments annonçant un conflit semblent donc être présents. Si les parties venaient à conclure un accord important sur les changements climatiques à Paris, chaque pays devrait adapter son propre corps législatif et modifier ses lois et pratiques en conséquence pour que cet accord puisse être appliqué convenablement. Cependant, les « droits » des investisseurs étrangers en vertu du mécanisme de RDIE d'intenter des poursuites relatives à toute modification qui pourrait avoir un impact négatif sur leurs profits sont fortement ancrés dans le droit commercial international. En d'autres termes, le pouvoir des multinationales d'avoir recours au mécanisme de RDIE pourrait fortement compromettre tout accord conclu à Paris si les multinationales décidaient de s'opposer aux changements de réglementation qui sont nécessaires.

Le rapport, *Une disposition de dérogation au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) pour soutenir les mesures de lutte contre les changements climatiques*, est mis à la disposition des gouvernements et négociateurs et offre un moyen de résoudre ce conflit. Dans ce document, Gus Van Harten, professeur de la faculté Osgoode Hall, juriste et spécialiste du droit de l'investissement reconnu à l'échelle mondiale, explique comment un accord multilatéral sur les changements climatiques pourrait contenir une mesure de protection contre le risque de poursuites intentées en vertu du mécanisme de RDIE visant les mesures prises par les gouvernements pour lutter contre les changements climatiques.

En l'absence d'une telle disposition de dérogation, selon Van Harten, un effet dissuasif pousse les gouvernements à éviter de prendre de telles mesures afin de limiter leur responsabilité engagée par des poursuites intentées en vertu du mécanisme de RDIE réelles ou anticipées. En se fondant sur le texte de la *Convention-Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques*, Van Harten propose une formu-

lation pour une mesure de protection qui permet aux gouvernements de mettre en place les mesures nécessaires pour stabiliser les émissions de gaz à effet de serre et de véritablement faire face à la menace grandissante du changement climatique.

Nous espérons que ce rapport sera publié à grande échelle et qu'il aura une incidence sur les négociations à Paris. Nous espérons également que les communautés engagées envers la justice commerciale et climatique appuieront la demande pour que la menace que représente le recours au mécanisme de RDIE fasse l'objet d'une véritable discussion à Paris.

À propos de Maude Barlow

Maude Barlow est une écrivaine et militante engagée dans plusieurs causes comme l'environnement et la justice sociale. Elle est la présidente nationale du Conseil des Canadiens, le plus grand organisme citoyen du Canada.

Septembre 2015

FACULTÉ DE DROIT OSGOODE HALL

DOCUMENTS DE RECHERCHE – DÉPARTEMENT DES ÉTUDES JURIDIQUES

Document de recherche no 38, volume 11, publication 8, 2015

Une disposition de dérogation au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) pour soutenir les mesures de lutte contre les changements climatiques

Gus Van Harten

Ce document peut être téléchargé gratuitement à partir de la page : <http://ssrn.com/abstract=2663504>

Pour plus d'informations et pour consulter la série de publications des documents de recherche du département des études juridiques de la faculté de droit Osgoode Hall, se référer à la page : http://papers.ssrn.com/sol3/JELJOUR_Results.cfm?form_name=journalbrowse&journal_id=722488

Rédacteurs:

Rédacteur en chef : Carys J. Craig (doyen associé en recherche et relations institutionnelles, et professeur associé, faculté de droit Osgoode Hall, université de York, Toronto)

Directeur de la production : Kiana Blake (faculté de droit Osgoode Hall, université de York, Toronto)

Résumé:

Document de recherche – département des études juridiques de la faculté de droit Osgoode Hall, no 38, volume 11, publication 8, 2015

Une disposition de dérogation au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) pour soutenir les mesures de lutte contre les changements climatiques

Gus Van Harten

Pourquoi un accord multilatéral sur les changements climatiques devrait-il prévoir une mesure de protection contre les risques de poursuites en vertu de la disposition de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) visant les mesures de lutte contre les changements climatiques prises par les gouvernements ? L'objet de ce bref rapport est de déterminer la formulation d'une disposition de dérogation au mécanisme de RDIE qui soit fiable et claire. En effet, l'importance des mesures qui doivent être prises contre les changements climatiques, les incertitudes financières et l'éventuel effet dissuasif que représente le mécanisme de RDIE pour les États qui souhaitent prendre de telles mesures doivent être pris en compte.

Mots clés : Changements climatiques, négociations multilatérales, arbitrage entre investisseurs et États

Auteur(s) : Gus Van Harten

Faculté de droit Osgoode Hall

Email : gvanharten@osgoode.yorku.ca

Une disposition de dérogation au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) pour soutenir les mesures de lutte contre les changements climatiques

Gus Van Harten¹
Le 20 septembre 2015

I. Aperçu

Dans ce bref rapport, j'aborde la question de savoir comment un accord multilatéral sur les changements climatiques pourrait être protégé contre le risque de poursuites en vertu du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) visant les mesures de lutte contre les changements climatiques.

Je propose en particulier une formulation détaillée pour une disposition de dérogation au RDIE qui repose sur des méthodes d'interprétation antérieures des tribunaux d'arbitrage, l'importance des mesures contre les changements climatiques et l'éventuel effet dissuasif du mécanisme de RDIE pour les gouvernements envisageant de prendre de telles mesures.

La dérogation proposée est la suivante :

« Cet article s'applique à toute mesure adoptée par une partie du présent accord et relative à l'objectif de stabiliser les concentrations de gaz à effet de serre présentes dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique ou relative à tout principe ou engagement contenu dans les articles 3 et 4 de la Convention-Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques de 1992.

Une telle mesure ne doit être soumise à aucun traité existant ou futur d'une partie dans la mesure où il autorise le règlement des différends entre investisseurs et États, sauf si le traité stipule de façon concrète et précise, en faisant expressément référence au présent article et au présent accord, que le présent article est infirmé. Il est entendu qu'en l'absence d'une telle référence dans un futur traité établi entre deux parties ou plus, le futur traité est présumé reprendre intégralement et sans réserve les trois premiers paragraphes du présent article.

Tout différend sur la portée ou l'application du présent article doit être soumis à la compétence exclusive et unique de [organisme et processus spécifiques conformément à l'accord multilatéral sur les changements climatiques] et y relever. Il est entendu qu'aucun tribunal, arbitre, organisme ou processus de règlement des différends entre investisseurs et États n'est compétent pour connaître de tout différend relatif à la portée ou à l'application du présent article.

Les parties ne doivent conclure aucun futur traité qui autorise le règlement des différends entre investisseurs et États sauf si le futur traité reprend intégralement et sans réserve le texte des trois premiers paragraphes du présent article. Les parties doivent tout mettre en œuvre pour renégocier tout traité existant conclu avec un tiers qui n'est pas partie autorisant le règlement des différends entre investisseurs et États afin de s'assurer que le traité existant reprend intégralement et sans réserve le texte des trois premiers paragraphes du présent article. »

Le texte proposé ici vise à garantir une disposition de dérogation fiable pour protéger les gouvernements contre les risques de demande d'arbitrage en vertu du mécanisme de RDIE ciblant les mesures prises pour lutter contre les changements climatiques. Certains termes utilisés dans la disposition de

¹ Faculté de droit Osgoode Hall, université de York, gvanharten@osgoode.yorku.ca. Je tiens à remercier Stepan Wood pour ses commentaires sur l'ébauche préalable à ce rapport.

dérogation, notamment les termes « mesure » et « règlement des différends entre investisseurs et États » nécessiteraient d'être définis dans un accord multilatéral sur les changements climatiques, comme précisé ci-dessous. Si la disposition de dérogation était intégrée à l'accord multilatéral sur les changements climatiques, elle s'appliquerait à tous les traités autorisant le RDIE conclus par les États signataires de cet accord multilatéral.

Pour assurer sa fiabilité, tout différend sur la portée ou l'application de cette disposition de dérogation doit être confié à un organisme décisionnaire établi et agissant sous les auspices de l'accord multilatéral sur les changements climatiques, et non d'un traité autorisant le recours au mécanisme de RDIE. Cela permettrait d'éviter le risque d'interprétation évasive des tribunaux d'arbitrage et garantirait que les différends sur l'interprétation de la disposition de dérogation soient réglés par un tribunal doté d'une expertise directe et d'un engagement institutionnel en matière de mesures de lutte contre les changements climatiques.

II. Commentaires

Ces commentaires sont appuyés par des références à d'autres documents et publications sur le RDIE. Les citations ci-dessous proviennent de publications de l'auteur qui, à leur tour, comprennent une discussion plus approfondie et des références plus complètes aux données pertinentes, aux décisions antérieures en matière de RDIE et aux ressources secondaires.

A. Risques présentés par les RDIE pour les mesures contre les changements climatiques

Les risques de voir leur responsabilité financière illimitée du fait de poursuites intentées en vertu du mécanisme de RDIE pourraient dissuader les États de mettre en œuvre des mesures pour assumer leurs responsabilités en matière de changements climatiques. En outre, le mécanisme de RDIE met en péril les mesures contre les changements climatiques pour les raisons suivantes :

- i. les multinationales et les riches ressortissants étrangers ont un droit unique reconnu par la loi et la capacité financière d'intenter des poursuites coûteuses contre les États sans avoir d'abord à recourir aux tribunaux nationaux (qui permettent d'obtenir la justice et sont raisonnablement disponibles) en cas de violations des droits des investisseurs étrangers.² Les deux thèmes communs qui apparaissent dans les centaines d'affaires de RDIE jusqu'ici sont les différends dans le secteur des ressources et les différends relatifs aux mesures de protection de la santé publique ou environnementale.³
- ii. Les droits des investisseurs étrangers sont souvent cités de façon ambiguë dans les traités qui autorisent le recours au mécanisme de RDIE. Ces droits sont soumis à l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire de la part des tribunaux d'arbitrage lorsqu'il s'agit d'établir la responsabilité de l'État.⁴ Dans divers cas, les tribunaux d'arbitrage ont appliqué indistinctement à tous les propriétaires d'actifs les droits des investisseurs étrangers en vertu desquels l'État doit verser un dédommagement à la suite de modifications apportées au cadre de réglementation à des fins d'intérêt général et public.⁵
- iii. Les arbitres chargés du RDIE détiennent un vaste pouvoir sur les budgets publics en raison de leur droit d'octroyer un montant illimité de dommages et intérêts aux investisseurs étrangers.⁶ Les États

2 G Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford University Press, 2007), 110-113.

3 G Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration* (Oxford University Press, 2013), 82-89.

4 Van Harten, note 1 ci-dessus, chapitres 4 et 122-124; Van Harten, note 2 ci-dessus, 45-46.

5 Van Harten, note 2 ci-dessus, 52-54, 57-61, et 82-89.

6 Van Harten, note 1 ci-dessus, 101-109 et 145-149; Van Harten, note 2 ci-dessus, 113-114.

n'ont pas la possibilité de se dégager de leurs responsabilités une fois que les arbitres ont rendu leur décision. Par conséquent, un effet dissuasif peut pousser les États à éviter de prendre des mesures pour lutter contre les changements climatiques afin de limiter leur éventuelle responsabilité engagée par des poursuites en vertu du mécanisme de RDIE.

Pour se protéger contre le risque de poursuites en vertu du mécanisme de RDIE qui compromettent la prise de mesures contre les changements climatiques, ou ont un effet dissuasif, on suggère qu'un accord multilatéral sur les changements climatiques comprenne une disposition générale de dérogation à tous les traités qui autorisent l'arbitrage en vertu du mécanisme de RDIE.⁷

B. Caractéristiques d'une disposition de dérogation fiable

1. Application de la disposition de dérogation aux traités existants et futurs qui autorisent le recours au RDIE

Pour les traités existants qui autorisent le recours au mécanisme de RDIE, une disposition de dérogation dans un accord multilatéral sur les changements climatiques doit être prévue comme un accord juridique ultérieur qui primerait sur le traité existant autorisant le RDIE. Ceci étant, l'accord multilatéral sur les changements climatiques serait un accord ultérieur entre ses parties visant à infirmer tous leurs traités antérieurs autorisant le recours au mécanisme de RDIE dans les domaines couverts par la disposition de dérogation. Les États conviendraient ou expliqueraient dans l'accord multilatéral sur les changements climatiques que les accords préalablement conclus, le cas échéant, autorisant les poursuites en vertu du mécanisme de RDIE à leur encontre, ne s'appliquent tout simplement pas aux mesures sur les changements climatiques.

Pour les futurs traités autorisant le recours au mécanisme de RDIE, la situation est plus compliquée. La disposition de dérogation au mécanisme de RDIE dans un accord multilatéral sur les changements climatiques devra être suffisamment précise quant à la priorité accordée à la dérogation sur les consentements des parties relatifs au RDIE dans tout traité futur autorisant le recours au mécanisme de RDIE. La disposition de dérogation proposée ici vise à atteindre cet objectif en se référant aux traités existants ou futurs et en incluant une exigence précisant que pour que tout autre traité contourne la disposition de dérogation, il doit être spécifique et précis sur la question et, en particulier, doit expressément mentionner la disposition de dérogation dans l'accord multilatéral sur les changements climatiques. L'objectif n'est pas d'encourager de futures exclusions de la disposition de dérogation, mais plutôt d'empêcher que les tribunaux d'arbitrage ne formulent des interprétations évasives – qui ont, par exemple, régulièrement évité le recours aux clauses de compétence exclusive dans des contrats qui écartent la possibilité d'intenter des poursuites en vertu d'un traité⁸ – qui seraient contraires à la disposition de dérogation.

Il est entendu que la disposition de dérogation comprend également une obligation de chaque partie de reprendre la disposition de dérogation dans tout traité futur autorisant le recours au mécanisme de RDIE et une explication précisant que tout futur traité autorisant le recours au mécanisme RDIE conclu entre les parties est présumé reprendre la disposition de dérogation.

2. Application entre les États signataires de l'accord sur les changements climatiques

Une disposition de dérogation au mécanisme de RDIE s'appliquerait uniquement aux traités autorisant le RDIE signé par les États signataires de l'accord multilatéral sur les changements climatiques ou au sein de ceux-ci. Par exemple, un traité bilatéral d'investissement (TBI) autorisant le recours au mécanisme

⁷ Le terme « mesure » doit être défini de manière large, comme dans la plupart des traités d'investissement, pour inclure « toute loi, réglementation, procédure, exigence ou pratique ». Par exemple, l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), article 201 : Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne proposé, article X.01.

⁸ Van Harten, note 2 ci-dessus, 135-147.

de RDIE serait couvert par la disposition de dérogation si les deux États signataires du TBI étaient également parties à l'accord multilatéral sur les changements climatiques. De même, un traité commercial ou d'investissement conclu entre plus de deux États et qui autorise le recours au mécanisme de RDIE (p. ex., ALENA, Traité sur la charge de l'énergie) serait visé par la disposition de dérogation, mais uniquement pour les États signataires du traité commercial ou d'investissement qui sont également parties à l'accord multilatéral sur les changements climatiques.

Cependant, la disposition de dérogation ne s'appliquerait pas dans le cadre d'un traité autorisant le recours au mécanisme de RDIE entre, d'une part, un État signataire de l'accord multilatéral sur les changements climatiques et, d'autre part, un État qui n'y est pas partie. La disposition de dérogation ne s'appliquerait pas, car le traité autorisant le recours au mécanisme de RDIE n'aurait pas été infirmé par un accord ultérieur entre les États signataires du traité autorisant le recours au mécanisme de RDIE. À la lumière de cette lacune, le quatrième paragraphe de la disposition de dérogation fixe des obligations contraignantes pour les États parties d'inclure la disposition de dérogation dans tous les futurs traités autorisant le recours au mécanisme de RDIE et de mettre tout en œuvre pour renégocier tout traité existant qui autorise le règlement des différends entre investisseurs et États conclu avec un État qui n'est pas partie à l'accord multilatéral sur les changements climatiques afin d'y intégrer la disposition de dérogation. La question sur la façon de faire appliquer ces obligations de négociation n'est pas encore résolue, car nous espérons que ces obligations feront partie d'un processus général d'application dans l'accord multilatéral sur les changements climatiques.

3. Application dans le contexte des changements climatiques

Que signifient « mesures » de lutte contre le changement climatique ? La méthode adoptée ici est d'inclure toutes les mesures liées à l'objectif, aux principes ou aux engagements de la Convention-Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques, qui stipule par exemple ce qui suit :⁹

« L'objectif ultime de la présente Convention et de tous instruments juridiques connexes que la Conférence des Parties pourrait adopter est de stabiliser, conformément aux dispositions pertinentes de la Convention, les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique... »

En se fondant sur le texte de la Convention-Cadre, notamment les principes et les engagements des articles 3 et 4, la disposition de dérogation proposée ici s'appliquerait à une vaste gamme de mesures publiques relatives à l'atténuation des effets des changements climatiques et à l'adaptation aux changements climatiques comme défini dans la Convention-Cadre, ses autres dispositions et processus pertinents, et les accords liés sur les changements climatiques.

4. Lien entre la disposition de dérogation et les mesures de lutte contre les changements climatiques

Les mesures prises par le gouvernement pour lutter contre les changements climatiques peuvent prendre de nombreuses formes. La disposition de dérogation proposée a été conçue pour avoir une application générale afin d'inclure les mesures prévues et non prévues que les États pourraient adopter et ainsi éviter d'entraver l'innovation en matière de réglementation.

De nombreuses exceptions dans les traités autorisant le recours au mécanisme de RDIE ne sont pas fiables, car elles utilisent des termes nuancés. Par exemple, de nombreuses exceptions existantes dans les traités autorisant le recours au mécanisme de RDIE s'appliquent uniquement aux mesures prises par l'État qui s'avèrent « nécessaires » pour atteindre un objectif réglementaire ou seulement lorsqu'il est démontré qu'une décision prise en vertu du mécanisme de RDIE « empêchent » l'État d'agir.¹⁰ Ces termes

⁹ Convention-Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques, Article 2.

¹⁰ P. ex., Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et

entraînent d'importantes incertitudes en laissant place au risque de responsabilité inévitable de l'État, au moment de prendre la décision en vertu du mécanisme de RDIE, si les arbitres décident que l'État pourrait avoir adopté d'autres mesures au lieu de la mesure contestée ou que le fait de payer des dommages et intérêts relatifs à l'adoption d'une mesure n'empêche pas l'État de prendre une mesure.

Pour éviter ces incertitudes, le terme plus large « relatif/relative à » – utilisé dans certaines exceptions dans les traités autorisant le recours au mécanisme de RDIE – a été adopté dans la disposition de dérogation. Ce terme offre un champ d'application plus large et une meilleure flexibilité, tout en mettant une limite aux mesures non liées et donc arbitraires prises par les États en exigeant un certain lien entre l'objectif sur les changements climatiques et la mesure présumée couverte par la disposition de dérogation.

5. Application de la disposition de dérogation au mécanisme de RDIE

La disposition de dérogation s'applique à tout traité existant et futur « dans la mesure où il autorise le règlement des différends entre investisseurs et États ». Que signifie « règlement des différends entre investisseurs et États » ? Un accord multilatéral sur les changements climatiques doit offrir une définition de ce terme selon la formulation employée dans les traités existants qui établissent l'acceptation du recours au mécanisme de RDIE par les États. En particulier, la définition pourrait être liée aux types de traités qui autorisent généralement le recours au mécanisme de RDIE et aux règlements spécifiques au nom desquels les poursuites en vertu du mécanisme de RDIE sont intentées.

En gardant cela à l'esprit, la définition suivante est proposée :

« RDIE signifie toute procédure découlant d'une poursuite intentée à l'encontre d'un État et dont la plainte est déposée conformément à (a) un traité concernant le commerce international ou un investissement étranger et (b) l'un des règlements d'arbitrage suivants : la *Convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements* (également connue sous le nom de CIRDI), le *règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI*, le *Règlement d'arbitrage* de la CNUDCI, ou tout autre règlement d'arbitrage, notamment tout règlement d'arbitrage *ad hoc* et tout règlement d'arbitrage convenu par les parties en litige. »

Cette définition vise à traiter toutes les formes de procédures d'arbitrage des différends opposant un investisseur et l'État en vertu de traités commerciaux et d'investissement, mais pas les procédures opposant deux États ou les procédures sans arbitrage. Par conséquent, la disposition de dérogation s'appliquerait aux traités commerciaux et d'investissement uniquement dans la mesure où ils donnent aux investisseurs étrangers le droit unique d'intenter des poursuites en vertu du mécanisme de RDIE. Les procédures directes entre États et les formes moins strictes de RDIE (c'est-à-dire la médiation ou la conciliation) seraient toujours autorisées pour faire appliquer les droits des investisseurs étrangers. Il serait possible, mais compliqué, en particulier pour les procédures entre États, d'étendre la disposition de dérogation afin qu'elle s'applique également à ces types de procédures. La question traitée ici repose sur le fait que la vaste majorité des poursuites intentées en vertu du mécanisme de RDIE fondées sur des traités concernaient l'arbitrage entre un investisseur et un État.

De plus, la définition traite de l'arbitrage entre un investisseur et un État en vertu d'un traité, mais pas de l'arbitrage entre un investisseur et un État en vertu d'une loi propre à l'État ou d'un contrat. Pour représenter ces autres formes de RDIE, la clause (a) devrait être retirée.

6. Éviter les formulations indirectes

la protection réciproque des investissements, article 33(2).

Certains traités autorisant le recours au mécanisme de RDIE contiennent des exceptions dont la formulation est indirecte et limite ou annule ladite exception. Par exemple, une exception peut être limitée aux mesures dites « par ailleurs conformes au » traité autorisant le recours au mécanisme de RDIE.¹¹ Cette formulation porte clairement atteinte à l'exception et doit être évitée dans une disposition de dérogation visant à favoriser les mesures de lutte contre les changements climatiques.

7. Différends concernant la portée de la disposition de dérogation

Un aspect important de l'incertitude relative aux responsabilités de l'État du fait du RDIE est la compétence des tribunaux d'arbitrage en matière d'interprétation stricte des exceptions au mécanisme de RDIE. Cette tendance est constatée dans de nombreuses affaires jugées par les arbitres de RDIE.¹²

En gardant cela à l'esprit, on suggère que tout différend sur l'applicabilité d'une disposition de dérogation relative aux changements climatiques soit confié à un organisme décisionnaire établi et agissant sous les auspices de l'accord multilatéral sur les changements climatiques, et non d'un traité autorisant le recours au mécanisme de RDIE. Cet organisme sera doté d'une expertise directe et aura pris un engagement institutionnel. Il devra s'assurer que la disposition de dérogation est interprétée de façon à couvrir toutes les formes de mesures visant raisonnablement à atténuer les changements climatiques ou à s'y adapter. En octroyant ce pouvoir d'interprétation à un organisme unique, les incertitudes liées à des interprétations divergentes ou conflictuelles entre les différents tribunaux arbitraux seront également évitées.¹³

Le texte du troisième paragraphe de la disposition de dérogation vise à protéger la compétence exclusive de cet organisme en vertu de l'accord multilatéral sur les changements climatiques. La formulation est détaillée et légaliste en raison de cas précédents pour lesquels des tribunaux d'arbitrage ont exercé leur compétence sur des règlements de différends en vertu du mécanisme RDIE, même en présence, par exemple, d'une clause de compétence exclusive dans un contrat lié ou d'un délai d'attente ou d'une clause de « bifurcation » dans le traité autorisant le recours au mécanisme de RDIE.¹⁴

Au-delà de ces points, les questions relatives à l'organisme et au processus auxquels on doit avoir recours pour régler les différends au sujet de la disposition de dérogation au mécanisme de RDIE concernent davantage les experts de la Convention-Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques que les experts en RDIE.

11 P. ex., ALENA, note 6 ci-dessus, article 1114.

12 Van Harten, note 2 ci-dessus, 66-68.

13 G. Van Harten, "Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration" (2012) 50 Osgoode Hall Law Journal 211, 237 et 245 (documente les approches contradictoires des tribunaux relatives, par exemple, au droit ambigu des investisseurs étrangers au « traitement de la nation la plus favorisée »).

14 Van Harten, note 2 ci-dessus, 135-150.

