

LE DROIT DES INVESTISSEMENTS DANS L'ALENA : de la protection à la sécurité.

MAZET Guy

Centre de Recherches sur l'Amérique Latine CNRS

Institut des Hautes Etudes de l'Amérique Latine Université Paris 3 Sorbonne Nouvelle

Depuis son avènement, les trois pays membres de L'ALENA ont connu une forte progression de leurs investissements directs étrangers sur leur territoire : le Canada a vu son ouverture aux capitaux productifs étrangers croître d'un stock de 19 % jusqu' à 32,3 du PIB en 2004 ; les Etats Unis sont passés entre 1996 et 2004 de 7,7 à 12,6 % ; enfin, parti d'un stock d'IDE entrant plus modeste – 4,2 % du PIB - le Mexique a connu une forte progression pour atteindre 15,2 % en 2004. Cette augmentation, concomitante à celle des flux d'investissements directs dans le monde, est due à la consolidation de la libéralisation du régime d'investissement par la mise en œuvre d'un cadre juridique très favorable aux investisseurs et restrictif quant à la marge de manœuvre des Etats.

I – Les standards de protection du chapitre 11 de l'ALENA

Longtemps, en Amérique latine, en matière d'investissements, la doctrine élaborée par Carlos Calvo a prévalu ; dans cette conception, on applique aux investissements étrangers un régime juridique qui tient compte du droit national du pays récepteur. Ainsi, les investisseurs étrangers ne peuvent avoir un traitement plus favorable que celui réservé aux investisseurs nationaux. Cette doctrine tend donc à raffermir le pouvoir discrétionnaire des Etats et à leur ménager une grande liberté d'action. Ces idées s'accordant mal aux objectifs de l'ALENA, on va tenter de les infléchir par une internationalisation de la logique de la « rule of law ». Dès lors les normes applicables aux investissements –entre autres – seront définies par rapport aux règles du droit coutumier international ou à d'autres textes internationaux tels que le GATT/OMC ; en conséquence, par l'adhésion à un traité d'intégration économique tel que l'ALENA, l'Etat signataire verra ses prérogatives, en matière de régulation des investissements, fortement réduites ; et l'effet de généralisation de la « rule of law » est d'autant plus prégnant que l'extension des zones de libre échange s'opère sans que le contenu des traités prennent en considération la tradition juridique des nouveaux Etats membres . Ceci est particulièrement vrai dans le cas du Mexique : le texte de l'ALENA reprend, s'agissant des investissements, les dispositions de l'Accord de Libre Echange USA- CANADA de 1989. Par suite, le traité n'est plus le résultat d'un consentement des Etats aux objectifs de coopération mais une adhésion pure et simple à un ensemble de principes garants d'une certaine idéologie, en l'espèce, le libéralisme

Quel et le contenu de la protection des IDE's dans le cadre de l'ALENA ?

Sans préjudice pour leur importance, on trouve d'abord dans l'ordre de leur énumération ¹, le traitement national (article 1102) et celui de la nation la plus favorisée(article 1103) ; selon le premier de ces textes, il est prévu que les investissements –et les investisseurs –étrangers doivent se voir accorder par l'Etat récepteur « un traitement non moins favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux dans des circonstances analogues ». Autrement dit, si l'investisseur étranger considère qu'il n'a pas été traité comme un « national » par exemple,

¹ Dans le texte du traité ALENA

parce que certaines mesures gouvernementales favorisent une entreprise locale, il pourra poursuivre l'Etat d'accueil. Dans le cas de l'article 1103, si un gouvernement décide d'offrir un avantage aux investisseurs de l'un des pays signataires de l'accord, il doit l'offrir aux investisseurs de tous les autres pays ; sinon un investisseur a le droit de contester la décision qui favorise l'investissement d'un pays plutôt qu'un autre : c'est l'effet de la clause de la nation la plus favorisée. Ces deux concepts illustrent la tendance actuelle du droit des investissements : désormais, un Etat, au nom d'une politique de développement ne peut privilégier des investisseurs nationaux ²et par l'obligation née du traitement national, les Etats sont contraints à l'ouverture du marché. Demeure, cependant la difficulté de définir les « circonstances analogues » dans lesquelles on doit étalonner l'inégalité de traitement ; à l'évidence le texte ne veut pas dire « identiques » mais il ne donne aucune indication sur la manière de déterminer si des circonstances sont ou non « similaires » ; l'interprétation peut se donner libre cours comme on verra plus loin.

Un autre aspect de la protection réside dans l'interdiction des prescriptions de résultats : un Etat ne pourra obliger un investisseur à adopter certains comportements contraires aux règles de la libéralisation du marché mais qui pourraient se justifier par une stratégie de développement ; il s'agit, par exemple, d'exporter en échange une quantité de produits ou de services (ou un pourcentage) , d'atteindre un niveau ou un pourcentage de contenu national, de privilégier les biens ou produits du territoire national etc...

La protection aborde aussi les possibles effets financiers, eu égard à l'instabilité qui peut être provoquée par des retraits rapides de capitaux. Certains Etats comme le Chili ont prévu des dispositions assurant une certaine stabilité des capitaux étrangers à l'intérieur du pays³. Dans le cas de l'ALENA, aucun pays n'a inséré de clause lui permettant de contrôler le transfert de capitaux en provenance de son territoire ; il existe, toutefois, une clause de sauvegarde (article 2104) autorisant un tel contrôle lorsque l'équilibre de la balance des paiements » éprouve ou risque d'éprouver de graves difficultés ».

L'article 1105 instaure l'obligation des Etats de respecter « les normes minimales de traitement » c'est-à-dire « un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrale », or, ces concepts, notamment celui de traitement juste et équitable ne sont définis nulle part dans le traité.

Quelle est la sémantique juridique de ce standard minimal ? S'agit-il d'une exigence de conformité entre droit interne et droit international ? Une injonction de retenue lancée aux décisions judiciaires ? L'affirmation du droit absolu de l'investisseur étranger d'agir en justice pour être indemnisé ? Ce dernier point paraît décisif lorsque l'on sait que la seule possibilité d'agir devant les juridictions nationales ne satisfait pas les investisseurs étrangers : depuis longtemps ils cherchent à porter devant des tribunaux internationaux les litiges qui les opposent aux pays récepteurs. On verra que l'Alena permet, à cet égard, de décider d'une certaine stratégie.

Enfin , last but not least, l'article 1110 prohibe les expropriations ; on est ici au cœur du débat sur l'évolution du droit international des investissements puisque l'on va jusqu'à modifier le contenu juridique des concepts ; Le texte énonce : « Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement, sauf a) pour une raison d'intérêt public, b) sur une base non discriminatoire, c) en conformité avec l'application régulière de la loi et le § 1105 et d) moyennant le versement d'une indemnité .»

² Sauf s'il a spécifiquement émis une réserve à cet effet dans le traité

³ Pas dans le cas du traité de libre commerce avec les USA dont l'article 10. 8 précise que « tous les transferts de capitaux reliés à un investissement se feront librement et sans délais... »

Dans l'apparence, cette disposition ne semble juridiquement ni surprenante ni déraisonnable ; pourtant, nous le verrons, la réfraction née du prisme de l'interprétation nous montre un véritable détournement du droit de l'investissement en matière d'expropriation : en effet, selon le droit coutumier international l'expropriation supposait une dépossession de la propriété de l'investisseur ; or l'avènement des concepts tels que « expropriation indirecte » ou « mesures équivalent à l'expropriation » va modifier le paysage : la prise de possession de la propriété n'est plus nécessaire ; on en étudiera les conséquences en termes de déséquilibre voire inégalité dans la protection des intérêts.

II – L'interprétation de la protection des investissements dans le cadre de l'ALENA

Le mécanisme de règlement des différends mis en place par le traité a permis une interprétation laxiste de la protection ; le mode de solution des conflits a toujours été un motif de querelles entre les investisseurs et les pays d'accueil ; ces derniers souhaitaient que les controverses soient résolues selon les règles de droit interne et devant les tribunaux nationaux, suivant en cela les préceptes de Calvo qui refusaient aux étrangers tout traitement de faveur en cas de différend avec l'Etat. La position des investisseurs était exactement à l'opposé : l'objectif était d'internationaliser le litige en faisant appel au droit international et à des juridictions arbitrales internationales ; ce faisant, on dépolitise les litiges puisque seul le marché doit influencer le flux des capitaux et qu'abandonner aux juridictions nationales le pouvoir de juger des affaires entre investisseurs étrangers et l'Etat, c'est courir le risque de laisser l'Etat intervenir partialement.

II – 1 Le mécanisme de règlement des litiges relatifs aux investissements

Les différends opposant un Etat membre de la zone de libre commerce instaurée par l'ALENA à un investisseur peuvent être soumis soit à l'arbitrage du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) soit à l'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)⁴

S'agissant du choix de la procédure, le recours à l'arbitrage offre plus de garanties à l'investisseur face au pouvoir discrétionnaire de l'Etat récepteur et, en effet, c'est l'un des objectifs principaux des traités d'investissement que de vouloir soustraire le litige au pouvoir normatif de l'Etat ; cette tendance à la « délocalisation » ou à « l'internationalisation » est déjà observable dans la Convention de Washington. Or, les dispositions de l'ALENA vont plus loin : l'investisseur étranger n'est pas obligé d'épuiser les voies de recours internes du pays d'accueil ; il est libre de porter directement l'affaire devant l'un des arbitrages susmentionnés en renonçant à son droit de poursuite devant les tribunaux nationaux ; et l'Etat en cause n'a pas la possibilité de s'opposer à la saisine de l'organe d'arbitrage : il perd donc le contrôle de la procédure.

L'investisseur demeurera, cependant, limité dans son action dès lors que le droit applicable, comme le prévoit la Convention de Washington en cas de désaccord, sera le droit national du pays d'accueil. Mais l'article 1131 de l'ALENA précise que le tribunal institué pour la solution des controverses relatives aux investissements tranchera conformément aux dispositions du traité et aux règles applicables en droit international. Se pose, ici, un problème de sécurité juridique dans la mesure où, du point de vue de la stabilité des règles, si le droit national peut évoluer très vite, le droit international n'est sûrement pas prémuni contre des

⁴ Pour que le CIRDI soit saisi, il faut qu'au moins une des Parties soit signataire de la Convention de Washington du 18 mars 1965 ; or, dans le cadre de l'ALENA, seuls les Etats-Unis ont signé cette convention ; par suite, seuls les litiges dans lesquels ils sont partie relèvent de la compétence du CIRDI. Dans ce cas, on appliquera un mécanisme complémentaire du CIRDI : les Règles de Facilité Additionnelle.

modifications ; certes, il comprend le droit coutumier international, mais il englobe aussi un ensemble d'accords généraux – tels le GATT/OMC – ou spécifiques – environnement, protection intellectuelle – tous porteurs d'innovations ou susceptibles d'interprétation nouvelles.

Par conséquent, la seule possibilité laissée à l'Etat récepteur, d'écarter la procédure du chapitre 11 est d'invoquer les réserves et exceptions énumérées dans les annexes de ce texte ; il lui appartiendra d'établir que la mesure prise à l'encontre de l'investisseur étranger est éligible aux exceptions d'application⁵.

La compétence « *ratione personae* », c'est-à-dire la définition des parties qui peuvent demander un arbitrage constitue également un point important du système instauré par l'ALENA. Pour bien comprendre la portée du traité sur ce point, il convient de rapporter ce problème de compétence à l'article 1139 consacré aux définitions de l'investissement et de l'investisseur d'une partie ; on constate alors qu'en plus des investissements directs à l'étranger classiquement entendus sont inclus des investissements dits « de portefeuille » tels que participation d'entreprise, prêt à une entreprise, avoir dans une entreprise, titre de créance d'une entreprise, contrats impliquant des biens de l'investisseur sur le territoire de la partie réceptrice etc... La procédure pourra être initiée soit par une personne morale soit par une personne physique ressortissant d'un des pays signataire de l'ALENA. L'effet de cette disposition sera d'ouvrir le recours à l'arbitrage non seulement aux sociétés incorporées ou domiciliées dans les pays de la zone de libre commerce mais également aux sociétés étrangères dont les propriétaires sont citoyens des Etats membres de l'ALENA ; on abandonne ainsi le critère traditionnel de rattachement de la procédure à la nationalité des personnes morales en lui substituant celui du droit de contrôle ou de propriété sur les investissements. Ceci peut conduire à des situations contradictoire confinant à l'absurde : un investisseur étranger ayant effectué un modeste investissement dans une entreprise dont le contrôle est détenu par les nationaux du pays récepteur peut entreprendre un recours contre le pays d'accueil et éventuellement recevoir compensation pour les dommages à lui causés par ce dernier alors que les investisseurs majoritaires n'y auraient pas droit car seuls les investisseurs étrangers peuvent se prévaloir du recours investisseur versus Etat prévu dans l'ALENA ...

Si l'on ajoute la possibilité de poursuivre l'Etat récepteur en réparation, ouverte même aux seuls investisseurs potentiels, comme on le verra, on mesure l'ampleur des changements opérés par l'application du traité.

La détermination de la compétence « *ratione materiae* » des institutions d'arbitrage n'est pas moins extensive. Selon l'article 1135 de l'ALENA, elles ne seraient habilités à statuer que sur les dommages pécuniaires et les intérêts afférents ; on peut alors, légitimement penser que le recours investisseur/Etat du chapitre 11 ne s'ouvre que si l'investisseur estime avoir subi des traitements prohibés par les textes du traité ; en fait, en rendant les investisseurs indépendants du droit interne des pays récepteurs, on permet la soumission aux instances d'arbitrage de presque tous les litiges où sont impliqués des investissements étrangers. Ainsi s'agissant d'Etats fédéraux, l'Etat d'accueil sera responsables des actes du gouvernement fédéral mais aussi des décisions des organes des Etats fédérés ou des pouvoirs locaux (cf le refus d'accorder une licence municipale d'exploitation de traitement de déchets au Mexique) ; la faculté souveraine d'exercer par voie législative une politique fiscale quand elle est prétendue préjudiciable est aussi éligible à la compétence arbitrale ; de même, les décisions judiciaires nationales – nonobstant la séparation des pouvoirs – peut conduire à la responsabilité de l'Etat d'accueil selon l'arbitrage instauré par le traité. On peut affirmer, sans exagération, que la

⁵ La demande de l'Etat sera examinée par la Commission de Libre Echange de l'ALENA ; si elle ne donne pas son avis dans un délai de 60 jours, c'est le tribunal arbitral qui statuera.

compétence matérielle des « panels » constitués en matière d'investissements recouvre tout acte d'un organe étatique quel que soit sa source.

Par conséquent la plupart des conflits nés de l'application du chapitre 11 de l'ALENA va échapper au contrôle de l'Etat d'accueil. Qu'en est-il de ce contentieux ?

II – 2 L'interprétation arbitrale de la protection

Nombreuses sont les sentences intervenues en matière de protection des investissements opérés dans le cadre de l'ALENA ; l'on ne citera que certaines d'entre elles, emblématiques des nouvelles tendances observées.

Parmi ces décisions, celle relative à la société nord américaine S.D Myers est exemplaire puisque, à la suite de l'interdiction par le gouvernement canadien d'exporter aux Etats Unis où elle opérait le traitement de déchets toxiques de BPC, cette société poursuit le Canada pour avoir violé les articles concernant le traitement national, la norme minimale de traitement, les obligations de résultat et les expropriations !...Pas moins. Le Canada se justifiait en alléguant sa ratification de la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux qui l'obligeait à la prohibition décrite. Selon SD Myers, il n'en était rien : l'intention du Canada était de protéger certaines compagnies canadiennes contre la concurrence américaine. Myers considère que l'interdiction d'exporter des déchets est discriminatoire et viole l'obligation d'accorder aux investisseurs étrangers un traitement similaire qu'aux locaux dans des circonstances similaires car elle nuit aux sociétés américaines qui voudraient décontaminer les déchets dans des sites qui seraient situés aux USA. Le Canada rétorque que les sociétés canadiennes sont aussi assujetties à l'interdiction d'exporter et que Myers n'est pas dans des circonstances similaires aux compagnies canadiennes puisqu'elle n'a pas d'installations au Canada. Myers ajoute qu'Ottawa n'a pas, non plus, respecté la norme minimale de traitement garantie par le droit international, son interdiction violant l'obligation d'agir de bonne foi. Enfin, estime Myers, la mesure a l'effet d'une expropriation car elle équivalait à une perte de marché. Le panel arbitral rejette les griefs tenant à l'application de l'expropriation et aux obligations de résultat car la mesure n'a privé Myers d'aucun bénéfice ou droit de propriété, ladite société n'ayant pas, au Canada, d'investissements au sens prévu par l'ALENA. Au contraire, concernant le traitement national, le panel a estimé que la prohibition était discriminatoire et violait la règle exigée par l'ALENA ; et s'agissant de la norme minimale de traitement, le panel a conclu que « la violation de l'article 1102 (relatif au traitement national) établit la violation de l'article 1105 (concernant la norme minimale de traitement). En conséquence le Canada est condamné à payer 6 millions de dollars canadiens à SD Myers...Au-delà de la sanction financière, la portée de cette sentence est très significative de l'évolution du droit des investissements : à quelques exceptions près⁶, les règles du droit de l'ALENA, prévalent sur celles émanant d'autres traités relatifs par exemple à l'environnement ou aux droits de l'Homme ; cette hiérarchie introduite dans le droit commercial international, au profit du droit des investissements s'accompagne d'une efficacité accrue des mécanismes contraignant les Etats à respecter leur obligation ; enfin, en vertu de l'obligation des Etats d'accorder le traitement national aux investisseurs étrangers, il devient difficile de favoriser des investisseurs locaux en vue de mettre en œuvre une politique de développement national.

Avec l'affaire de la société canadienne Loewen, la limitation du pouvoir des pays d'accueil est également flagrante : en l'espèce, Loewen, propriétaire de plus d'un millier de maisons funéraires aux USA et au Canada est condamnée pour pratiques frauduleuses et anti concurrentielles par un tribunal du Mississippi à 150 millions de dollars ; la décision étant, à

⁶ A coté de la Convention de Bâle, l'article 104 de l'ALENA prévoit quatre autres exceptions en matière d'environnement et conservation

ses yeux, discriminatoire et partielle, la société estime avoir été l'objet d'un traitement inéquitable et injuste ; en outre, l'obligation par une loi locale, faite à la partie perdante dans une cause civile, de procéder à un dépôt égal à 125 % des dommages intérêts exigés en première instance, serait, elle aussi, violatoire de l'article 1105 de l'Aléna concernant le traitement juste et équitable dû à l'investisseur étranger. En conséquence, Loewen porte la cause devant le CIRDI ; il y a là l'exemple de l'interprétation très large de la compétence matérielle des arbitrages en matière d'investissements ; la voie est ouverte à la soustraction totale des investisseurs au droit national du pays récepteur : en invoquant la protection des textes du chapitre 11 de l'ALENA, un investisseur peut soumettre aux arbitres un litige qui ne relève pas de leur compétence. En sus, malgré la séparation des pouvoirs, le gouvernement est responsable d'une décision de justice ! Le cas *Desona Azinian* contre le Mexique éclaire un peu mieux les données du problème : excipant d'une longue expérience, d'un projet d'investissement de 20 millions de dollars et d'achats d'équipement, Desona, société mexicaine dont le propriétaire Dézinian est américain, contracte avec la ville de Naucalpan pour le recyclage des déchets ; contrairement à ses prétentions, Desona, en mal de ressources tant techniques que financières, s'avéra incapable de remplir ses obligations et en conséquence de cette incapacité, la ville de Naucalpan annula le contrat ; après avoir été débouté devant trois juridictions mexicaines, Desona porta l'affaire devant le CIRDI ; le panel a déclaré que si l'investisseur peut intenter une poursuite en vertu de l'ALENA à la suite d'une décision d'une juridiction nationale, il n'a jamais été question d'accorder aux investisseurs étrangers une protection aveugle ; il faut prouver que la décision interne viole clairement le traité, qu'elle constitue un déni de justice ou qu'elle débouche sur des résultats qui vont à l'encontre du droit international

Avec le cas de la société canadienne Méthanex, c'est une décision du Gouverneur de Californie, basée sur le principe de précaution, qui est la cible de l'investisseur : Methanex exporte un additif synthétique qui, ajouté à l'essence, permet de remplacer le plomb ; l'Etat de Californie interdit son usage au motif de risques de contamination toxique et cancérigène ; la société canadienne attrait l'Etat californien soutenant que sa législation viole l'article 1105 qui oblige les Etats à un traitement juste et équitable. L'emploi par l'Etat de principes généraux tel le principe de précaution est donc susceptible de fonder une action de l'investisseur.

Cependant, le point majeur concernant l'évolution du droit des investisseurs concerne la définition à donner au concept d'expropriation.

En effet, traditionnellement, le transfert de propriété du propriétaire vers l'Etat ou la collectivité constituait l'élément essentiel de l'expropriation. Pourtant, peu à peu, on a introduit l'idée que n'importe quel acte d'un Etat étranger qui aurait pour conséquence de priver l'étranger de la *jouissance* de sa propriété serait une expropriation ; et à partir de 1983, les gouvernements américains et canadiens ont commencé à conclure des traités d'investissement étendant l'expropriation aux mesures privant l'investisseur de la jouissance effective de sa propriété même en cas d'absence de transfert de propriété. L'inflexion la plus importante allait cependant survenir avec l'article 1110 de l'ALENA.

L'insertion des termes « *directement ou indirectement* » et de « *mesure équivalent à l'expropriation* » a pour effet de rendre non nécessaire la prise de possession de la propriété de l'investisseur.

Ce nouveau concept d'expropriation issu de l'ALENA fut interprété pour la première fois à l'occasion du litige *Pope & Talbot vs Canada* : un accord établissait des quotas d'exportation de bois du Canada vers les Etats Unis ; la société américaine a soutenu que le calcul des quotas était tel qu'il aboutissait à une discrimination et équivalait à une expropriation. L'analyse de la motivation du panel est intéressante au plan des éléments constitutifs du raisonnement par extension : l'accès à un marché est un aspect de la propriété protégée par

l'article 1110 de l'ALENA ; par suite, une restriction à l'accès à un marché doit être considérée comme étant une expropriation car elle affecte la jouissance de la propriété. Et le régime de contrôle des exportations, comme tous les actes de puissance publique de l'Etat, peut être considéré comme étant une forme d'expropriation *rampante* (creeping) si cette action a les mêmes effets qu'une expropriation ; cette définition de l'expropriation s'étend aux « taxes, régulations ou autre mesure confiscatoire ou qui interfère avec, ou retarde indûment la « *jouissance effective* » de la propriété d'un étranger ou qui entraîne son retrait du territoire de l'Etat. Le décor était planté mais le tribunal – institué en vertu du CIRDI - a toutefois estimé que dans le cas particulier qui le concernait, *l'interférence* n'avait pas été suffisamment importante pour être considérée comme une expropriation.

Dans l'affaire Métalclad / Mexique, le CIRDI persiste et signe et au-delà...Ce litige concerne un contrat que la société américaine Metalclad a conclu avec l'Etat mexicain de San Luis Potosi l'autorisant à exploiter un site d'enfouissement de déchets ; une étude révélant l'existence d'une importante nappe phréatique sous le site envisagé, l'Etat recule devant le risque de pollution d'eau potable et prohibe l'ouverture du site classant celui-ci en zone protégée. Metalclad allègue que le gouvernement a pris une mesure qui équivaut à une expropriation puisqu'elle ne pourra pas faire les profits escomptés. Le panel précise que « l'expropriation, selon l'ALENA, n'inclut pas seulement les prises de propriété ouvertes, délibérées et connues, telles que le transfert de titres obligatoires ou formels ou la prise complète de ceux-ci en faveur de l'Etat hôte, mais aussi les « *interférences accidentelles ou cachées* » avec l'utilisation de la propriété qui a pour effet de priver le propriétaire de la totalité ou d'une partie significative des *bénéfices* de la propriété pouvant être raisonnablement *espérés* même si le transfert ne se fait pas au bénéfice évident de l'Etat récepteur. » Poursuivant leur entreprise d'étirement à l'extrême du concept, les arbitres déclarent que la violation de l'article 1105 concernant la règle du standard minimum de traitement doit être aussi interprétée comme étant une expropriation...Le processus d'extension ne cesse de prospérer : tous les cas précités jusqu'ici excipe de l'expropriation indirecte ou de mesures équivalent à celle-ci ; dans le cas SD. Myers, le panel – institué selon les règles de la CNUDCI – n'hésite pas à convenir que des droits autres que les droits de propriété peuvent être expropriés. Parmi les initiatives de l'Etat les plus visées, les politiques et mesures fiscales ont une place de choix ; dans l'affaire CEMSA vs Mexique, première poursuite intentée en vertu du chapitre 11 concernant l'application de mesures fiscales, le tribunal explique que si les mesures s'inscrivent dans une certaine durée, elles pourront être qualifiées d'expropriation *progressive* laquelle ne serait que l'avatar de l'expropriation indirecte et constituer une mesure équivalente à une expropriation. L'on n'est plus dans l'extension on frise la démesure.

III - 1 'évolution du droit des investissements dans l'ALENA

L'étude des sentences arbitrales laissent penser que les interprétations opérées par les jurys institués dans le cadre de l'ALENA dépassent les intentions des négociateurs et rédacteurs du traité. En effet, analysées à travers le prisme de l'arbitrage, les dispositions sur les investissements ne constituent plus seulement des instruments de protection contre un traitement injuste ; elles se sont transformées en outils offensifs à l'encontre de réglementations ou politiques publiques jugées défavorables.

De fait, on parvient à distinguer les prescriptions qui tentent de protéger l'investissement existant et celles qui s'étendent à la phase de pré-établissement et n'ont pas, par suite, une seule fonction de protection mais aussi une fonction d'accès au marché. On peut en déduire une différence entre une protection effective de la propriété privée et une manière d'assurance tous risques de l'investissement quand le système permet que les risques commerciaux soient

assumés par l'Etat récepteur de l'investissement et non par l'investisseur étranger (ce qui est le cas lorsque la simple perte d'espérance de profits est assimilée à une expropriation et indemnisée comme telle).

Le problème de l'extension des standards de protection au pré-établissement de l'investissement est lié à la définition même de l'investissement ; or, l'on a vu, à la lecture de l'article 1139, que la conception était extensive puisqu' englobant, par exemple, les prêts aux entreprises ; cela signifie que n'importe quelle activité tendant à la réalisation d'un investissement se verrait protégée ; la boîte de Pandore est ouverte : quel est le degré de protection auquel peut prétendre un projet d'investissement ? Quelle preuve doit rapporter l'investisseur pour établir que ses activités concrètes ont été réalisées aux fins d'investissements ?

En ce qui concerne les mesures équivalentes à l'expropriation, le bilan de l'interprétation arbitrale se résume en une prévention : empêcher que l'Etat prenne des mesures réglementaires non discriminatoires ; là aussi, on est bien au-delà de l'objectif de protection de la propriété privée des étrangers et l'on s'achemine vers un emploi du chapitre 11 pour bloquer certaines politiques publiques.

Le chapitre 11 de l'ALENA représente une véritable innovation au plan de la primauté du droit des investissements dans la mesure où il instaure un mécanisme juridique nouveau comme référence à l'intérieur de laquelle les partenaires des Etats Unis devront adapter leurs politiques publiques ; les innovations institutionnelles telles que le règlement des différends sont mises à profit afin de procéder à une révision des rapports entre pouvoir politique et intérêts privés. On établit en matière commerciale un cadre normatif transnational fondé sur l'égalité de traitement entre Etats et sur l'égalité entre Etat et entreprises. On s'éloigne ainsi d'une conception de l'intégration dite « en surface » vouée essentiellement à l'ouverture des frontières au commerce sur une base de réciprocité pour consacrer un modèle dit « en profondeur » défini par des règles juridiques transnationales octroyant des privilèges aux investisseurs par la voie d'un mécanisme de règlement des litiges convenu. Le chapitre 11 inaugure une nouvelle génération d'accords qui limitent la souveraineté des Etats tout en octroyant une large marge d'autonomie aux entreprises. En assurant toujours plus de protection aux investissements privés et en éliminant progressivement les obligations de résultat que les pouvoirs publics étaient susceptibles d'imposer aux investisseurs, ce texte et son interprétation ont considérablement élargi le champ d'action des entreprises multinationales ; cette intégration en profondeur se pare des atours du corporatisme pour mieux répondre aux exigences de la nouvelle organisation des entreprises en réseaux.

Ultime étape de cette évolution, une initiative nouvelle d'intégration continentale nord américaine a vu le jour le 23 mars 2005 à Waco, Texas ; cet accord, appelé Partenariat nord américain pour la Sécurité et la Prospérité (PSP) ou encore Alianza para la Seguridad y Prosperidad del America del Norte (ASPAN) ou encore ALENA-Plus, consacre la création d'une communauté économique de sécurité de l'Amérique du Nord (Etats-Unis , Canada , Mexique) ; Les caractéristiques essentielles de cet accord de nouvelle génération consistent en l'introduction de la notion de *sécurité* dans la logique des processus économiques et commerciaux et en *l'institutionnalisation du pouvoir des entreprises et du secteur privé* à un point tel que la définition des politiques publiques est laissée entre leurs mains. On peut s'interroger sur la nature juridique de cet accord et plus encore sur sa légitimité dès lors qu'il opère en marge des Parlements et des pouvoirs législatifs ; il semble que le PSP ne fasse que définir un cadre pour une plus grande coopération entre les bureaucraties nationales sans se baser sur un texte international classique contenant des obligations contraignantes. Plus sûrement, le PSP s'inscrit dans le prolongement de la démarche institutionnelle de l'ALENA : la mise en œuvre des programmes du Partenariat est confiée à une trentaine de groupes de travail auxquels peuvent participer les membres du tout nouveau Conseil Nord Américain de

la Compétitivité (CNAC) ; ce dernier est composé de 30 membres, 10 par pays, provenant du secteur privé qui , grâce à son institutionnalisation au sein du PSP , s'est assuré une participation directe aux prises de décisions... Autrement dit, le secteur privé passe par le cadre international pour obtenir une influence plus grande sur les politiques nationales. Là se situe la nuance car, si avec l'ALENA les négociations ,loin de se clore avec la signature du traité, étaient devenues permanentes sous l'égide de la Commission de libre échange qui chapeautait les comités de négociation tripartites aux termes desquels tout devait être libéralisé, déréglementé ou privatisé, ce sont les ministres des trois pays qui se réunissaient pour identifier les changements requis pour approfondir l'intégration ; ce processus s'est accéléré à partir de 2004 lors de la réunion de la Commission à San Antonio , Texas, où l'on a adopté des mesures de plus grande libéralisation des règles d'origine ainsi que des règles opérationnelles sur les conflits Etats/ investisseurs issus du chapitre 11.

Si l'on considère que le PSP peut, via le CNAC et ses recommandations, énoncer des dispositions qui accélèrent la mise en œuvre des engagements souscrits dans l'ALENA, les précisent ou s'y substituent, on peut en attendre un effet rapide en matière d'investissements .Et, en effet, dès le 17 mai 2005 le groupe de travail sur l'avenir de l'Amérique du Nord a rendu un rapport contenant 39 recommandations parmi lesquelles on note la création d'un Fonds d'investissement nord américain pour encourager le flux des capitaux privés qui renforceraient l'infrastructure du Mexique et l'établissement d' un tribunal *permanent* pour les différends en matière de commerce et d'investissement.

Le secteur privé prônerait il l'institutionnalisation ? Peut être, mais à la condition d'en être la source...C'est tout le paradoxe – apparent – du sécuritaire. En tout cas, l'affaire paraît lancée : l'agenda pour la prospérité, agenda très serré s'il en est, propose de travailler immédiatement en faveur d'un libre flux de capitaux et d'une offre efficiente de services financiers dans toute l'Amérique du Nord ; il s'agit par exemple de faciliter l'accès électronique transfrontalier aux bourses de valeur sans mettre en risque la protection des opérations opérées par les investisseurs.