

La protection des investissements étrangers contre les risques politiques

RICHARD J. HAY (rhay@stikeman.com) ET LEIGH NICOLL (lnicoll@stikeman.com)

En vertu du droit international, les pays exercent une autorité souveraine sur les personnes et les biens qui relèvent de leur compétence. Étant donné ce pouvoir, beaucoup d'investisseurs trouvent surprenant l'existence d'outils de gestion du risque gouvernemental, qui peuvent être intégrés à peu de frais aux plans d'acquisition des actifs potentiellement exposés.

Le présent article traite du recours aux accords internationaux sur la protection des investissements dans une perspective de réduction des risques suscités par les États voyous. Ces traités sont le fondement de la protection des investissements internationaux dans les marchés en émergence.

Accords sur la protection des investissements

Il existe environ 2 500 accords visant à protéger les droits des investisseurs étrangers contre l'ingérence gouvernementale des pays hôtes. Les pays d'Amérique latine, d'Europe de l'Est, d'Asie et d'Afrique – où se trouvent les principaux marchés émergents à risque – participent en général activement à ces réseaux de traités.

En vertu d'accords bilatéraux sur la protection des investissements, les États s'engagent, par entente réciproque, à ne pas porter atteinte aux droits des investisseurs étrangers par des actions arbitraires.

Les traités déterminent les règles de conduite et de procédure applicables aux investisseurs étrangers. Ils prévoient une série de mesures de protection dont bénéficient les ressortissants étrangers visés. Lorsque les protections accordées aux investissements étrangers ne sont pas respectées, les investisseurs étrangers peuvent demander l'arbitrage et obtenir un dédommagement de l'État hôte.

Les accords sur la protection des investissements fonctionnent comme un traité fiscal. Ils sont conclus d'État à État mais produisent leurs effets directement à l'avantage des acteurs du secteur privé. Les investisseurs établis dans un pays n'ayant pas conclu un tel accord avec l'État où ils veulent investir peuvent aussi agir par l'intermédiaire d'un État bénéficiant de la protection d'un accord.

Les traités sur la protection des investissements suivent un modèle de base, qui varie cependant dans certains détails subtils mais importants. De nombreux facteurs doivent être pris en considération afin de choisir le traité le plus favorable, notamment :

- > les définitions et les restrictions figurant dans le traité, y compris celles de tout accord ou protocole accessoire conclu entre les parties;
- > les clauses de protection de la nation la plus favorisée et ce qu'elles impliquent dans le cadre d'accords connexes;
- > les questions de planification fiscale relatives à la structure envisagée des investissements;
- > la protection offerte aux investisseurs détenant les actifs indirectement;
- > la procédure arbitrale et les mécanismes d'indemnisation, notamment la conformité aux conditions préalables aux poursuites.

Bulletin rédigé par les membres du groupe des fonds d'investissement et du groupe du financement des entreprises et des valeurs mobilières de Stikeman Elliott.

Protections offertes

Il y a droit à compensation en vertu d'un accord sur la protection des investissements dans les cas suivants :

- > expropriation discriminatoire;
- > vente forcée de biens sous-évalués au gouvernement;
- > imposition d'un contrôle des changes qui empêche les investisseurs de rapatrier leurs bénéfices ou produits;
- > annulation de permis ou modification de concessions gouvernementales sans procédure équitable;
- > ingérence interdite par la plus large protection accordée à la « nation la plus favorisée ».

Règlement des différends

Les arbitrages se déroulent sous les auspices d'un tribunal international, habituellement selon les règles de l'ONU ou du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), qui bénéficie de l'appui de la Banque mondiale. Les investisseurs peuvent poursuivre directement l'État hôte, sans nécessité d'une intervention ou du soutien de leur propre gouvernement. L'arbitrage et les mesures d'exécution se déroulent entièrement à l'extérieur du pays où a été fait l'investissement.

Un arbitrage aux termes d'un accord sur les investissements est coûteux en temps et en argent. Il ne devient intéressant que lorsque l'investissement est important. Mais la menace de recourir à une telle protection peut souvent donner de bons résultats dans des négociations, sans qu'il soit nécessaire d'entamer des poursuites.

Exécution

En vertu de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* établie par les Nations Unies en 1958, les sentences arbitrales peuvent être exécutées dans plus de 160 pays contre les actifs commerciaux du gouvernement en faute. D'ordinaire, l'annulation d'un traité n'affecte pas les droits à l'arbitrage et à la mise à exécution déjà acquis. Enfin, le droit à l'exécution en nature, bien qu'inhabituel, est quelquefois ouvert.

Applications commerciales des accords sur la protection des investissements

Un certain nombre de réclamations ont été présentées récemment contre des pays latino-américains, notamment le Venezuela, l'Argentine et la Bolivie.

L'étude des accords sur les investissements est particulièrement utile lorsqu'il est question de biens susceptibles d'être convoités par les gouvernements, tels que des biens immobiliers, des infrastructures et des ressources naturelles. Étant donné le climat général de phobie des risques qu'on observe actuellement, les investisseurs des caisses de retraite et des fonds communs de placement sont de plus en plus intéressés aux accords sur la protection des investissements. D'ailleurs, cette protection peut généralement être mise en oeuvre à peu de frais et n'occasionne aucun coût permanent, contrairement à une assurance.

Grâce à ces traités, il est souvent possible d'atténuer efficacement et discrètement les risques politiques, ce qui permet aux investisseurs de se concentrer uniquement sur les attraits commerciaux des projets d'investissement à l'étranger.

Pour obtenir de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec votre représentant de Stikeman Elliott ou les auteurs susmentionnés. Vous trouverez également, sur le site www.stikeman.com, les coordonnées des membres de notre groupe de droit des fonds d'investissement ou du financement des entreprises et valeurs mobilières.

Traités canadiens

Le Canada a signé plus d'une vingtaine d'Accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE). Le pays négocie activement à cet égard en vue d'élargir son réseau de traités et vient notamment de conclure ses négociations avec l'Inde. Comme autre preuve de sa détermination, le Canada a signé la Convention du CIRDI (ratification en instance).

Accords canadiens sur la protection des investissements

Argentine
Arménie
Barbade
Costa Rica
Croatie
Égypte
Équateur
Fédération de Russie
Hongrie
Lettonie
Liban
Panama
Pérou
Philippines
Pologne
République slovaque
République tchèque
Roumanie
Thaïlande
Trinité-et-Tobago
Ukraine
Uruguay
Venezuela