

LE DROIT DES INVESTISSEMENTS ETRANGERS ET L'ACCES A UNE ALIMENTATION ADEQUATE*

Marie CUQ,

Doctorante allocataire (Centre de droit international) - Université Paris Ouest Nanterre La
Défense,
Assistante de recherche auprès du Rapporteur spécial des Nations Unies pour le droit à
l'alimentation.

Longtemps négligée par la doctrine et les travaux des organisations internationales, l'étude des investissements étrangers dans le secteur agroalimentaire connaît depuis quelques années un regain d'intérêt¹. La présence de plus en plus fréquente de sociétés transnationales dans la chaîne mondiale d'approvisionnement et l'expansion de leurs investissements vers de « nouveaux » secteurs d'activités expliquent en partie cette évolution. « Plus grandes et plus concentrées que par le passé », ces sociétés déploient leurs activités dans l'achat de produits alimentaires de base auprès de grossistes, dans la revente de ces produits à l'industrie de la transformation alimentaire ou dans la revente de produits transformés à l'industrie de la distribution alimentaire et de la restauration². Afin de garantir la stabilité de leur approvisionnement, ces sociétés exercent un contrôle strict sur leurs fournisseurs et décident parfois d'investir elles-mêmes dans les activités de production de base. L'intensification du « processus d'acquisition et de location de terres à grande échelle » peut illustrer cette tendance. Du fait de la perte de confiance dans les marchés mondiaux « comme source stable et fiable de produits alimentaires », des Etats ont investi dans les terres agricoles et « [d]es investisseurs privés, y compris d'importants fonds d'investissement [...] » ont fait de même considérant désormais les activités agricoles comme un secteur d'investissement porteur³.

* Cet article a été publié dans *Penser une démocratie alimentaire*, sous la direction de François Collart Dutilleul et Thomas Bréger, éd. Inida, Costa Rica, Volume I, 2013. Le programme Lascaux est un programme européen entant dans le cadre du 7e PCRD - Programme spécifique "IDEES" – ERC (Conseil Européen de la Recherche) – *Grant agreement for Advanced Investigator Grant* (Sciences sociales, 2008). Il porte sur le nouveau droit agroalimentaire européen, examiné à l'aune des problématiques de la sécurité alimentaire, du développement durable et du commerce international. Il est dirigé par François Collart Dutilleul, professeur à l'Université de Nantes et membre de l'Institut universitaire de France (pour plus d'informations, consulter le site de Lascaux : <http://www.droit-aliments-terre.eu/>).

Les recherches menant aux présents résultats ont bénéficié d'un soutien financier du Centre européen de la recherche au titre du septième programme-cadre de la Communauté européenne (7e PC / 2007-2013) en vertu de la convention de subvention CER n° 230400.

¹ S. MANCIAUX, « Les règles du droit des investissements internationaux s'opposent-elles aux politiques de sécurité alimentaire ? », *Revue internationale de droit économique*, 2012/4, pp. 50 et 51.

² Rapport de O. DE SCHUTTER, Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, *Le secteur agroalimentaire et le droit à l'alimentation*, Doc. A/HRC/13/33 du 22 décembre 2009, pars. 6 et 7.

³ Rapport de O. DE SCHUTTER, Rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à l'alimentation, *Acquisitions et locations de terres à grande échelle: ensemble de principes minimaux et de mesures pour relever le défi au regard des droits de l'homme*, Doc. A/HRC/13/33/Add.2 du 5 mars 2010, p. 7 par. 11.



Cette mondialisation accrue des investissements dans le secteur agroalimentaire entraîne l'application de plus en plus étendue des règles internationales en la matière. Les Etats, soucieux de faire entrer des capitaux pour financer leur développement, garantissent la mobilité et la sécurisation juridique des investissements étrangers, notamment par la conclusion de conventions bilatérales d'investissement (CBI). Longtemps marquées par le contexte de l'après décolonisation, de nombreuses CBI furent conclues pour protéger les investisseurs des pays du Nord face aux instabilités politiques et juridiques dans les pays du Sud. Leur objet était de compenser le « déséquilibre originel lié à la qualité étatique de l'une des deux parties aux contrats d'investissement »⁴. Bien qu'actuellement cette méfiance vis-à-vis des Etats importateurs de capitaux se soit quelque peu atténuée, les instruments de protection restent largement tournés vers la seule sécurité juridique des investissements étrangers.

En encourageant l'investissement étranger dans la production et la distribution alimentaires, il est entendu que ce droit est susceptible de favoriser l'accès aux aliments via leur disponibilité marchande sur les marchés de consommation. Mais l'accès des personnes à une alimentation convenable ne se résume pas à ce seul enjeu. *Bien manger* suppose simultanément un accès durable à des aliments disponibles, sains, nutritifs, culturellement acceptables et en quantité suffisante et chacune de ces facettes entraîne une diversité de problématiques juridiques à leur propre satisfaction⁵. Face à cela, le droit international des investissements ne paraît que peu concerné et seulement dans la mesure où ces enjeux sont reconnus par l'Etat d'accueil des investissements comme des intérêts publics ou généraux⁶.

Les règles substantielles du droit des investissements étrangers ne se plient que rarement à d'autres intérêts que ceux des opérateurs étrangers. Une plus grande attention portée à ceux des Etats d'accueil permettrait pourtant à ce droit de mieux contribuer aux impératifs de l'accès à une alimentation adéquate (I). La possibilité de faire intervenir la société civile lors d'arbitrages en matière d'investissement (procédure dite d'*amicus curiae*) peut également constituer une voie propice à la prise en compte d'enjeux alimentaires non marchands, à la condition toutefois que l'effectivité de cette procédure soit renforcée (II).

I. Une meilleure prise en compte des intérêts alimentaires des Etats d'accueil

Une fois que l'Etat a consenti à l'admission de capitaux étrangers sur son territoire, il est généralement tenu par des règles de protection et de traitement⁷. Lors de l'application de ces règles, la jurisprudence arbitrale a parfois intégré ou accentué la prise en compte des intérêts généraux des Etats d'accueil et, sans être exhaustive, la présentation de trois de ces

⁴ S. EL BOUDOUHI, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *AFDI*, 2005, vol. 51, p. 542.

⁵ Par ex. Rapport de J. ZIEGLER, Rapporteur spécial du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies sur le droit à l'alimentation, 10 janvier 2002, doc. E/CN.4/2002/58, pars. 26 et 50 ; S. THERIAULT et G. OTIS, « Le droit et la sécurité alimentaire », *Les Cahiers de droit*, 2003, vol. 44, n°4, p. 592 ; R. ROZIN, « Food Preference », in *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, (N.J. SMELSER et P.B. BALTES dir.), t. 8, Amsterdam, New York, Elsevier, 2002, p. 5719.

⁶ Sur la notion d'intérêt public ou général en droit des investissements : S. EL BOUDOUHI, *op.cit.*, p. 543.

⁷ S. MANCIAUX, *op.cit.*, pp. 53 à 55.



manifestations peut illustrer des pistes d'évolutions intéressantes en faveur d'un meilleur accès à l'alimentation.

D'abord, les règles du traitement national et de la nation la plus favorisée empêchent en principe toute différence de traitement entre investisseurs étrangers et/ou nationaux qui se trouvent dans des « conditions semblables d'exercice »⁸. Dans deux affaires, les arbitres ont pourtant considéré que des investisseurs ne se trouvaient pas dans des « circonstances analogues » lorsque la situation géographique d'un des investisseurs, à proximité d'un cours d'eau, le rendait plus à même de nuire à l'environnement ou à la santé des personnes⁹. L'Etat peut alors adopter des traitements différenciés entre les investisseurs qui ne sont plus considérés comme étant dans une position similaire. L'innocuité alimentaire mais aussi l'orientation des productions vers des produits vivriers pourraient également être intégrés dans l'appréciation de cette similarité. Par exemple, l'installation d'un investisseur dans une région souffrant chroniquement de la faim pourrait justifier l'adoption d'une mesure étatique spécifique favorisant localement les productions vivrières plutôt que les agro-carburants. Cependant, cette jurisprudence n'est pas suivie par tous les arbitres qui adoptent plus régulièrement une conception restrictive de la notion de similarité et seules de rares CBI prévoient de tenir compte de la protection de l'environnement ou des droits de l'homme lors de l'application de cette règle¹⁰.

Une autre perspective a également été esquissée concernant la qualification de l'expropriation indirecte. Des réglementations publiques, sans avoir pour objet d'exproprier, peuvent être soumises, compte tenu de leur effet équivalent, au même régime que les expropriations directes. Pour être licites, ces mesures doivent être non discriminatoires, fondées sur un intérêt public et surtout, elles doivent prévoir le versement d'une indemnité intégrale¹¹. Cette indemnité, « à hauteur de la valeur réelle des investissements »¹², peut largement restreindre la possibilité pour un Etat d'adopter une telle mesure. De ce fait, l'extension du champ des règles de protection aux expropriations indirectes a suscité de vives controverses concernant le pouvoir discrétionnaire des États de mettre en place des réglementations relatives, par exemple, à la salubrité alimentaire ou consistant en une « réforme agraire avec redistribution ou réaffectation de terres »¹³. Dans plusieurs affaires, les tribunaux ont donc tempéré cette extension. Ils ont parfois remis en cause la qualification d'expropriation indirecte lorsque l'impact économique subi par l'investisseur pouvait se justifier par l'intérêt général fondant l'adoption de la mesure étatique et restait proportionnel à celui-ci. Il s'agissait d'opérer une balance entre les intérêts des investisseurs étrangers et ceux

⁸ D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, 4ème éd., Précis, Dalloz, 2010, pp. 497, par. 1332.

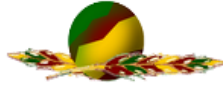
⁹ *S.D. Myers inc. v. Canada*, affaire CNUCED, sentence intérimaire, 13 novembre 2000, par. 250 ; *Pope and Talbot c. Canada*, affaire CNUCED, sentence intérimaire du 10 avril 2001, par. 78, disponibles sur : <http://www.investment-claims.com> (consulté le 16/07/2013).

¹⁰ S. EL BOUDOUHI, *op.cit.*, p. 557 et W. BEN HAMIDA, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI*, 2008, tome II, pp. 1008 à 1013 et 1023 et 1024.

¹¹ S. EL BOUDOUHI, *op.cit.*, p. 547.

¹² F. COLLART DUTILLEUL, « La problématique juridique des investissements dans les terres agricoles des pays en développement », in *La promotion de l'investissement pour la production agricole : aspects de droit privé*, *Revue de droit uniforme*, n° 2012/1-2, p. 7.

¹³ *Ibid.*, p. 8.



de l'Etat d'accueil, ce qui pouvait aboutir à ne plus considérer ces mesures comme des expropriations tenues à indemnisation¹⁴. Mais, de nombreux arbitres se contentent encore, pour qualifier une expropriation, de ne prendre en compte que l'impact subi par l'investisseur et les CBI qui intègrent cette évolution restent également peu nombreuses¹⁵.

Enfin, pour qu'un investisseur étranger puisse bénéficier des règles protectrices du droit international des investissements, il lui faut parfois démontrer en quoi son investissement participe au développement de l'Etat d'accueil¹⁶. Dans le secteur agroalimentaire, les opérations d'investissements « peuvent entraîner la création d'emplois, tant agricoles que non agricoles (dans les industries de transformation, par exemple), conduire à des transferts de technologies, améliorer l'accès des producteurs locaux aux marchés à l'échelle locale, régionale et internationale et augmenter les recettes publiques par l'impôt et les droits à l'exportation »¹⁷. Mais elles peuvent aussi être « néfaste[s] pour la sécurité alimentaire et [perçues] comme un facteur supplémentaire de pauvreté ou de paupérisation »¹⁸. Cette jurisprudence peut ainsi, dans le cadre de l'appréciation de la contribution de l'investisseur au développement de l'Etat d'accueil, tenir compte des modalités d'exercice des activités étrangères de production et de distribution alimentaires pour les faire bénéficier ou non des règles de protection. Il pourrait s'agir de considérer, selon la situation de chaque pays d'accueil, l'orientation des activités vers des productions vivrières plutôt que destinées à l'exportation, le choix de modes de production respectueux de l'environnement, le respect des droits fonciers préexistants, ou la transparence du processus d'installation de ces investissements. Bien que ces préoccupations aient déjà fait l'objet d'initiatives internationales encore non contraignantes¹⁹, cette promotion des « investissements responsables » reste minoritaire et de nombreuses autres sentences continuent d'affirmer qu'un « investissement peut s'avérer utile ou non pour l'Etat d'accueil sans perdre cette qualité »²⁰.

Le droit des investissements étrangers offre donc de plus en plus de possibilités pour tenir compte d'enjeux alimentaires invoqués par les Etats d'accueil. Toutefois, ces évolutions restent timides au sein de la jurisprudence, comme au sein des CBI récemment adoptées ou révisées. La participation de la société civile lors du règlement de différends opposant les

¹⁴ Par ex. *Methanex Corporation c. Etats-Unis d'Amérique*, sentence du 3 août 2005, Partie IV, Chapitre D, par.7 disponible sur: <http://www.naftaclaims.com/> (consulté le 16/07/2013).

¹⁵ Par ex. *Pope and Talbot c. Canada*, précit., par. 96. V. W. BEN HAMIDA, *op.cit.*, pp. 1024 et 1025.

¹⁶ En plus des critères classiques de qualification de l'investissement protégeable : existence d'un apport, d'une durée d'exécution minimale et participation de l'investisseur aux risques. Par ex. *Salini Construttori S.p.A and Italstrade S.p.A c/ Royaume du Maroc*, affaire CIRDI n°ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, par. 57, *JDI*, 2002, p. 196 ; *Patrick Mitchell c. République Démocratique du Congo*, affaire CIRDI n°ARB/99/7, décision du 1^{er} novembre 2006, par. 39, disponibles sur : <https://icsid.worldbank.org> (consulté le 16/07/2013).

¹⁷ Rapport de O. DE SCHUTTER, *Acquisitions et locations de terres à grande échelle [...]*, *op.cit.*, p. 7 par. 11.

¹⁸ F. COLLART DUTILLEUL, *op.cit.*, p. 3.

¹⁹ V. notamment : FAO, *Directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale*, 11 mai 2012, disponible sur : <http://www.fao.org/> (consulté le 16/07/2013).

²⁰ Par. ex. *Victor Pey Casado et President Allende Foundation c. Chili*, affaire CIRDI n°ARB/98/2, sentence du 22 avril 2008, par.232, disponible sur: <https://icsid.worldbank.org> (consulté le 16/07/2013). V. W. BEN HAMIDA, *op.cit.*, pp. 1018 et 1019.



investisseurs étrangers aux Etats d'accueil peut également constituer une voie intéressante pour convaincre les arbitres internationaux de mieux tenir compte de certaines préoccupations alimentaires non marchandes.

II. Une meilleure effectivité des procédures d'intervention de la société civile

La procédure d'*amicus curiae* permet à des personnes, non parties à un litige, « de soumettre, dans le cours de la procédure, des informations sur des points de droit ou de fait afin d'aider le juge à formuler sa décision »²¹. La participation de ces « amis de la Cour », par les « revendications juridiques » qu'ils portent, peut être une incitation pour les juges et arbitres à tenir compte d'aspects alimentaires non marchands lors de l'élaboration de leur décision.

Devant le Centre international de règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI), la particularité de la procédure d'*amicus curiae* tient au contexte dans lequel sa reconnaissance est intervenue²². Dans plusieurs affaires portant sur des concessions de services des eaux accordées à des opérateurs étrangers, des organisations de la société civile ont soulevé l'existence de préoccupations liées au respect de droits de l'homme. En Bolivie d'abord, puis en Argentine et en Tanzanie, le constat d'importantes hausses de prix à la suite de délégations des services des eaux avaient remis en cause l'accessibilité économique à l'eau de nombreuses personnes et créé de vives tensions sociales²³. En soulignant l'existence d'« *issues of broad public interest* », ces organisations souhaitaient intervenir comme *amicus curiae* dans le litige de nature économique qui opposait l'investisseur, concessionnaire des services des eaux, à l'Etat d'accueil. Elles souhaitaient formuler des observations écrites, assister aux audiences, intervenir à l'oral, avoir accès aux pièces de la procédure et/ou rendre public les audiences²⁴. Après un premier refus sommaire, le CIRDI a finalement accepté de recevoir de telles demandes et cette procédure fut entérinée dans le règlement d'arbitrage CIRDI lors de sa modification en 2006²⁵.

Cependant, cette procédure d'*amicus curiae* garde une portée limitée. Les arbitres exigent de nombreuses conditions de recevabilité et restent libres de tenir compte des arguments avancés par les organisations de la société civile dans l'élaboration de leur

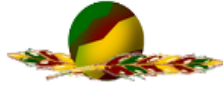
²¹ M. ZAMBELLI, « L'*amicus curiae* dans le règlement des différends à l'OMC : états des lieux et perspectives », *Revue internationale de droit économique*, 2005, p. 199.

²² Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, 18 mars 1965, CIRDI/15, avril 2006.

²³ *Aguas del Tunari v. Bolivie*, affaire CIRDI n° ARB/02/3; *Aguas Argentinas, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, Vivendi Universal v. The Argentine Republic*, affaire CIRDI n° ARB/03/19, *Aguas Provinciales de Santa Fe, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona and Interaguas Servicios Integrales del Agua v. The Argentine Republic*, affaire CIRDI n° ARB/03/17; *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, affaire CIRDI n° ARB/05/22, disponibles sur: <https://icsid.worldbank.org> (consulté le 16/07/2013). V. J. HARRISON, « Human Rights Arguments in *Amicus Curiae* Submissions: Promoting Social Justice? » in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, (P.-M. DUPUY, F. FRANCONI and E.U. PETERSMANN dir.), Oxford University Press, 2009, pp. 396 à 421.

²⁴ F. GRISEL et J. E. VINUALES, « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review : Foreign Investment Law Journal*, 2007, vol. 22, pp. 400 et 401.

²⁵ Art. 37(2) du Règlement d'arbitrage, Convention CIRDI, *précit.*; B. STERN, « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur », *Revue de l'arbitrage*, 2007, n° 1, pp. 12 et s.



décision. Le CIRDI peut requérir de l'intervenant « l'expertise, l'expérience et l'indépendance pour pouvoir utilement l'assister dans l'affaire en cause » ; cette appréciation peut se baser sur l'existence de liens avec une des parties au litige, sur son organisation interne ou sur la nature de l'intérêt à agir de l'entité²⁶. L'intervenant doit surtout pouvoir apporter « une connaissance ou un éclairage particulier [du litige,] distinct de ceux présentés par les parties au différend »²⁷. Néanmoins, en l'absence d'accès aux pièces du dossier et d'un accès limité aux audiences, cette preuve est difficile à apporter²⁸. Le CIRDI a d'ailleurs jugé recevables de telles demandes que dans une seule affaire, celle *Biwater Gauff* impliquant la Tanzanie, Etat d'accueil. Dans ce litige, le tribunal arbitral a d'abord rappelé que la contribution d'*amicus curiae* se limitait devant lui à la production d'un mémoire écrit, avant d'ajouter, qu'en l'espèce, cet écrit ne pouvait excéder cinquante pages en interligne double²⁹. Pour certains auteurs, cela révèle une ouverture de principe de ces procédures tout en limitant la possibilité concrète des *amici* d'apporter une contribution utile³⁰. Toutefois, cette affaire est aussi la seule illustration de la prise en compte effective de telles observations par les arbitres au sein de leur décision finale. En l'espèce, les arbitres ont accepté, lors de l'application du traitement juste et équitable que l'Etat doit assurer à l'investisseur, d'intégrer à l'appréciation du comportement fautif de l'Etat, celui de l'investisseur qui, selon les *amici*, n'était pas exempté de critiques concernant l'accès à l'eau potable des plus démunis³¹.

La portée de cette procédure d'*amicus curiae* reste donc encore limitée alors même qu'elle pourrait favoriser la prise en compte, par les arbitres internationaux, de préoccupations alimentaires non marchandes. Cela peut s'expliquer par la réticence des parties au litige, en particulier les investisseurs privés, à considérer les différends portés devant le CIRDI comme intéressant à la fois l'Etat d'accueil, sa population et la société civile internationale. Pour l'heure, le droit des investissements étrangers reste largement favorable aux seuls intérêts des investisseurs privés. Mettre ce droit au service de l'accès à une alimentation adéquate impose, à l'évidence, un rééquilibrage des intérêts en jeu que les quelques réflexions présentées ici pourraient faciliter.

²⁶ *Aguas Argentinas, précit.*, Order in Response to a Petition for transparency and Participation as Amicus Curiae, par. 25 ; *Aguas de Santa Fe, précit.*, Response to a Petition for transparency and Participation as Amicus Curiae, par. 24 ; B. STERN, *op.cit.*, p. 21.

²⁷ Art. 32 et 37 (2), a) du Règlement d'arbitrage CIRDI, *précit.*

²⁸ F. GRISEL et J. E. VINUALES, *op.cit.*, p. 431.

²⁹ *Biwater Gauff, précit.*, sentence arbitrale du 24 juillet 2008, par. 292.

³⁰ P. MAYER, « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau », *L'eau en droit international (Colloque de la SFDI)*, Pedone, 2011, p. 182.

³¹ *Biwater Gauff, précit.*, sentence arbitrale du 24 juillet 2008, par. 601 ; W. BEN HAMIDA, *op.cit.*, p. 1030.