

Dette souveraine, arbitrage d'investissement et droits de l'homme

Kari ABDOUL BAGUI

Président PALU

(Présentation lors de la 14^è conférence annuelle à Addis Abeba, 18.10.24)

INTRODUCTION

La dette extérieure des pays du Sud est un réel fardeau qui impacte sérieusement tous les domaines de la vie de leurs populations ;

Les statistiques connues font état de ce qu'entre 2010 et 2022, **la dette publique en Afrique** a augmenté de 183 % et a atteint 1,8 trillion de dollars, un taux environ quatre fois plus élevé que le taux de croissance du PIB en dollars ; En pourcentage du PIB, la part de la dette extérieure de l'Afrique est passée d'environ 19 % en 2010 à près de 29 % en 2022 ;

Comme nous le savons, les institutions financières mondiales ont élaboré à l'endroit des Etats, des programmes qui leur ont imposé des politiques d'austérité ; ces Programmes d'ajustement structurel (PAS) tendent principalement à la réduction des dépenses publiques consacrées pourtant à des pans importants des services publics tels que l'éducation, la santé, le logement et créent des nouvelles taxes ou augmentent celles existantes sur les services essentiels au bien-être des populations ;

Du fait de ces programmes, les gouvernements ont perdu le contrôle qu'ils exerçaient sur leurs politiques budgétaires et pour ne rien arranger à la situation, les fonds vautours¹ sont montés en agressivité et mènent une prédation maximale des maigres recettes des Etats ;

Selon la Banque africaine de développement, 20 des 36 pays en développement les plus pauvres ont été menacés ou visés par une action en justice agressive intentée par des fonds vautours depuis 1999 et selon la Banque mondiale, plus d'un tiers des pays admis à bénéficier d'un allègement de leur dette à son égard ont été la cible d'actions en justice de la part d'au moins 38 créanciers, et 26 jugements ont été prononcés pour un montant total de 1 milliard de dollars des États-Unis.

¹ L'expression « fonds vautours » désigne « des entités commerciales privées qui font l'acquisition, par achat, cession ou toute autre forme de transaction, ou parfois par le biais de procédures judiciaires, des dettes impayées ou en déshérence en vue de réaliser un profit élevé. Dans le contexte de la dette souveraine, les fonds vautours (ou « fonds de créances sinistrées », comme ils s'appellent souvent eux-mêmes) acquièrent en général la dette souveraine de pays pauvres défaillants – dont beaucoup sont des pays pauvres très endettés (PPTE) – sur le marché secondaire à un prix très inférieur à la valeur nominale de celle-ci puis tentent, par la voie judiciaire, la saisie d'actifs ou des pressions politiques, d'en recouvrer le montant intégral, majoré d'intérêts, de pénalités et de frais de justice ».

Les fonds voutours et les créanciers inflexibles aux mesures de restructuration profitent de l'absence de cadre législatif international pour se tourner en particulier vers le système international d'arbitrage en matière d'investissement devant le CIRDI, sur le fondement des TBI qui lient leur Etat d'origine aux Etats défaillants.

Bien que ce système ne soit pas véritablement conçu pour connaître des différends liés à des actifs financiers, les arbitres du CIRDI ont ouvert la porte aux réclamations spéculatives des créanciers et des fonds voutours ;

Les tribunaux d'investissement se sont saisis de plus en plus des différends liés à la crise des dettes souveraines² et leurs décisions sont fondées sur des considérations purement économiques qui ne tiennent pas compte des répercussions plus larges que ces décisions peuvent avoir sur la capacité des Etats débiteurs à honorer leurs obligations vis-à-vis des droits fondamentaux de leurs populations.

Les traités bilatéraux d'investissement ne contiennent le plus souvent aucune disposition expressément relative aux droits de l'homme et les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissement se sont montrés assez réticents à invoquer avec autorité les droits de l'homme dans leurs décisions ; c'est pourtant une nécessité de tenir compte de cette approche.

Pourquoi faut-il absolument renforcer l'approche fondée sur les droits de l'homme dans l'arbitrage d'investissement et comment le faire ? Telles sont les questions qui guident notre intervention.

I. LE POURQUOI ?

Le critère d'appréciation actuel des différends liés à la dette souveraine étouffe les Etats débiteurs, privilégie à outrance les investisseurs et les créanciers au détriment des droits parfois élémentaires des populations.

Un tour d'horizon des quelques décisions rendues en matière des différends liés à la crise des dettes souveraines permet de constater cet étouffement des Etats :

² En principe, par "*dettes souveraines*", on désigne toutes les dettes dont un Etat est tenu envers des créanciers, qu'ils soient ou non-résidents sur son territoire, privés ou publics. Dans une approche plus extensive de l'expression "*dette souveraine*", on peut être amené à considérer que cette notion recouvre non seulement les dettes contractées par l'Etat lui-même, mais également par toutes les collectivités qui en relèvent. Ainsi, à titre d'exemple, Dans le cadre du Traité de Maastricht et de la mise en œuvre du pacte de stabilité, le caractère "*public*" de la dette et potentiellement du déficit d'un Etat membre est défini par référence à la notion "*d'administration publique*". Or, au regard du règlement SEC 95 du 25 juin 1996, la notion d'administration publique renvoie non seulement aux administrations centrales, mais également aux autorités régionales ou locales ainsi qu'aux fonds de sécurité sociale (Art. 1, §2, du Règlement 2223/96/CE du Conseil du 25 juin 1996 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux dans la communauté (JOCE L 310/1 du 30 nov. 1996).

1. Donegal International c. Zambie

Le Gouvernement zambien a déclaré qu'il n'était plus en mesure de rembourser à la Roumanie une dette de 30 millions de dollars qu'il avait contractée pour l'acquisition de matériel agricole et pendant que la Zambie était sur le point d'obtenir une décision d'allègement global de sa dette au titre de l'Initiative PPTE, la Roumanie a vendu la dette qu'elle détenait sur la Zambie à la société Donegal International pour environ 3 millions de dollars, soit 11 % seulement de sa valeur nominale.

Quelques mois seulement avant l'annulation de la dette de la Zambie au titre de l'Initiative PPTE, Donegal International a engagé une action en justice contre ce pays devant les tribunaux anglais, lui réclamant un montant de 55 millions de dollars, soit près de 17 fois le montant versé pour le rachat de la dette. Donegal a obtenu une décision favorable sur 15,4 millions de dollars.

Le Gouvernement zambien a accepté le jugement et a alloué au service de la dette environ 65 % du montant correspondant à son effacement, qui avait déjà été affecté à des programmes de santé.

Cette procédure a permis aux fonds voutours de soutirer à la Zambie d'importantes sommes correspondantes à ses dépenses de protection sociale, qui auraient pu être consacrées à l'éducation, à la santé et à la lutte contre la pauvreté.

2. FG HEMISPHERE c. République Démocratique du Congo

Une société serbe (ENERGOINVEST) qui détient une créance sur la RDC a traduit ce pays devant la Chambre de commerce internationale et a obtenu une décision de condamnation de l'Etat défaillant.

ENERGOINVEST a immédiatement cédé sa créance à FG HEMISPHERE, une société établie dans un paradis fiscal, pour un montant estimé à 37 millions de dollars.

FG HEMISPHERE a entamé un recouvrement de créance agressif sur les avoirs de la RDC dans différentes parties du monde, par le gel de centaines de millions de dollars dus à la RDC, notamment :

- En Afrique du Sud, sur les paiements dus par ce pays à la RDC, en vertu d'un contrat de vente d'électricité ;
- A Hong Kong, sur la prime de signature d'un contrat de 6 milliards des dollars, relatif à des échanges des minerais contre les infrastructures, conclu entre la RDC et la Chine ;

FG HEMISPHERE a cherché à récupérer au titre de l'exécution de la sentence arbitrale, les sommes qui devaient être payées au Gouvernement congolais au titre des droits d'exploitation minière ; cette décision prive la RDC des ressources nécessaires à la réalisation des projets d'éducation, de la santé en faveur de ses populations.

3. République démocratique du Congo

La RDC, encore elle, a été condamnée en 2014 par un tribunal américain à payer près de 70 millions de dollars à un fonds vautour en remboursement d'une dette de 18 millions de dollars qui avait été rachetée par celui-ci en 2008 et qui avait été contractée dans les années 1980 ;

Comme on le voit à travers ces quelques cas, les pays concernés ont été contraints de sacrifier des pans importants de souveraineté pour payer les dettes et cette situation met en évidence les incidences négatives des activités des fonds vautours et des créanciers inflexibles sur la capacité de l'État à instaurer les conditions nécessaires au respect de ses obligations, puisqu'une partie non négligeable du revenu national souvent destinée à financer les dépenses sociales et économiques est réaffectée au service de la dette ;

Même avec des programmes d'allègement de la dette tels que l'initiative de suspension du service de la dette (DSSI), le cadre commun du G20 et les droits de tirage spéciaux du FMI, de nombreux pays africains sont tenus d'assurer le service de la dette bilatérale et de la dette du secteur privé, ce qui les empêche de répondre aux pressions socio-économiques nationales.

Parfois, même les fonds attribués aux pays au titre de l'aide publique au développement sont saisis par les fonds vautours qui intentent des procès devant les juridictions nationales concernées.

Lorsque les États débiteurs ne sont plus en mesure de financer les services publics essentiels et les institutions qui protègent le droit à la santé, à l'éducation, au logement, à la sécurité sociale ou à la sécurité physique, les droits de l'homme sont gravement compromis.

La situation mérite d'être prise au sérieux parce que cette année 2024, quatre (4) pays africains ont signalé un défaut de paiement (l'Éthiopie et le Tchad) ou ont fait défaut sur leur dette (le Ghana et la Zambie), tandis que vingt-neuf (29) autres sont classés comme présentant un risque élevé de surendettement³.

De plus, la configuration de l'identité des créanciers de l'Afrique change de plus en plus ; les créanciers privés représentaient 44 % en 2021, contre 30 % en 2010 et dans le même temps, la proportion de créanciers bilatéraux et multilatéraux a diminué,

³ Selon la carte thermique de la dette présentée par AFRODAD (Forum et réseau africain sur la dette et le développement) qui s'efforce d'influencer les gouvernements africains pour qu'ils instaurent et mettent en œuvre des politiques et des pratiques en faveur du développement durable et de l'éradication de la pauvreté par le biais de l'élaboration et de la mise en œuvre de politiques d'endettement durables, de mécanismes transparents, responsables et efficaces pour la mobilisation et l'utilisation des ressources nationales et une utilisation efficace des financements publics internationaux.

passant respectivement de 33 % à 23 % et de 37 % à 32 % au cours de la même période.

L'augmentation du nombre de créanciers privés inquiète puisqu'elle signifie que les conditions d'emprunt sont désormais plus strictes et que la marge de manœuvre politique de l'Etat emprunteur est fortement restreinte.

Le mal est donc profond et les risques d'enlissement de la pauvreté élevés dans nos pays, si des mesures fortes ne sont pas prises pour amener l'arbitrage d'investissement à prendre en compte les droits de l'homme dans les sentences qu'il rend concernant les dettes souveraines.

Les cas sus évoqués mettent en évidence l'impérieuse nécessité de réglementer les pratiques de l'investissement spéculatif afin de les mettre en conformité avec les approches axées sur les droits de l'homme et les exigences qui en découlent. Mais de quelle manière faut-il procéder pour y parvenir ? c'est la question du comment.

II. LE COMMENT

L'absence de dispositions expresses concernant les droits de l'homme dans les traités d'investissement ne devrait pas empêcher les arbitres d'appliquer le droit international des droits de l'homme.

La question du comment prendre en compte les droits de l'homme dans l'arbitrage d'investissement dans un tel cas tourne donc autour des fondements juridiques possibles qui peuvent être servis aux arbitres ;

Trois (3) arguments majeurs peuvent être signalés à ce stade :

- ❖ D'abord, la législation relative aux investissements internationaux fait partie du droit international public et devrait, en tant que telle, tenir compte des autres obligations qui y sont inscrites, notamment les droits de l'homme.

En effet, aux termes de l'article 31.3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de l'article 42 de la Convention CIRDI et des clauses générales reprises dans de nombreux traités d'investissement bilatéraux, les arbitres devraient non seulement prendre en considération le texte des traités, mais aussi « **toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties** ». Pour certains, cet article 31.3 c) de la Convention de Vienne est un élément important qui pourrait servir de base pour intégrer systématiquement les droits de l'homme dans l'arbitrage d'investissement.

- ❖ Ensuite, les instruments fondamentaux relatifs aux droits de l'homme tels que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont été ratifiés par un très grand nombre de pays.

Le plus souvent, ces traités font partie du droit international applicable à chacun des États parties au traité d'investissement bilatéral, ce qui permettrait aux tribunaux d'arbitrage de se pencher sur les questions touchant aux droits de l'homme dans le cadre des litiges portant sur des investissements.

- ❖ Enfin, pour les États qui ne seraient pas parties à un traité relatif aux droits de l'homme, on pourrait faire valoir le principe selon lequel, les normes fondamentales en matière de droits de l'homme sont réputées créer des obligations *erga omnes* (envers chacun), qui lient tous les États, en ce que la protection de ces droits relève d'un intérêt universel et indéniable.

Leur applicabilité ne souffre donc d'aucune exception. Les investisseurs ne peuvent raisonnablement s'attendre à ce que des traités bilatéraux les mettent à l'abri d'obligations *erga omnes* ancrées dans des traités multilatéraux fondamentaux relatifs aux droits de l'homme.

L'arbitrage d'investissement a donc des bonnes raisons de prendre en compte les droits de l'homme dans les décisions qu'il rend à l'occasion des différends liés aux dettes souveraines ;

Il faut rappeler qu'en 1999 déjà, la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies (devenue Conseil) avait adopté la résolution n°22 selon laquelle,

« L'exercice des droits fondamentaux de la population des pays débiteurs à l'alimentation, au logement, à l'habillement, à l'emploi, à l'éducation, aux services de santé et à un environnement salubre ne peut pas être subordonné à l'application de politiques d'ajustement structurel et des réformes économiques liées à la dette. »
Commission/Conseil des Droits de l'Homme, (Résolution 1999/22 § 3, de la CDH, adoptée le 23 avril 1999).

La CNUCED a aussi estimé qu'une dette n'était pleinement viable que lorsque son service n'engendrait pas de sacrifices intolérables pour la bonne santé de la société.

La conséquence logique de cette approche est qu'un État ne peut pas décider de servir sa dette aux dépens du respect de ses obligations en matière de droits de l'homme et que la restructuration d'une dette souveraine ne doit pas entraîner de violations des droits économiques ou sociaux, ni empêcher la réalisation des objectifs de développement convenus au niveau international.

Tout ceci revient à dire que les États créanciers ont également des obligations extraterritoriales en matière de droits de l'homme et les institutions financières internationales ne sauraient tirer prétexte de leurs statuts pour ne pas avoir à prendre en considération les droits de l'homme.

Des arguments de droit solides existent donc pour convaincre l'arbitrage d'investissement à aller dans cette voie ; et les États devraient collaborer de bonne foi au processus pour mettre en place un mécanisme international de restructuration des

dettes souveraines, en se dotant des outils juridiques appropriés devant permettre d'aboutir au résultat escompté.

a. Quels outils ?

1. Les Principes directeurs sur la dette extérieure et les droits de l'homme⁴

Ces principes sont basés sur la reconnaissance des obligations existantes des Etats, des institutions financières internationales et des sociétés privées de respecter, de protéger et de réaliser progressivement les droits de l'homme, ainsi que sur l'exigence d'une solution intégrale au problème de la dette extérieure des pays en développement qui soit basée sur les droits de l'homme.

Le processus de restructuration de la dette devrait avoir pour objectif la conclusion d'un accord qui permette aux États de servir leur dette sans compromettre leur capacité de satisfaire à leurs obligations en matière de droits de l'homme (Paragraphe 18 des principes).

Le mécanisme de résolution des différends relatifs à la dette doit être indépendant des créanciers et des débiteurs et il doit assurer que l'Etat-débiteur, pendant et après le processus de rééchelonnement, soit en mesure de remplir ses obligations au titre du droit international des droits de l'homme ;

2. La loi

La Belgique s'est dotée d'une législation interne en réponse aux nombreux procès intentés par des fonds vautours devant ses juridictions nationales pour saisir les fonds qu'elle attribuait à certains pays au titre de l'aide publique au développement. Elle semble être la pionnière sur la question.

Cette loi du 12 juillet 2015 relative à la lutte contre les activités des fonds vautours a institué un cadre plus détaillé, qui plafonne le montant que les fonds vautours peuvent légitimement réclamer et elle prend en compte les préoccupations relatives aux droits de l'homme et les intérêts publics en jeu lorsqu'il est question de la dette souveraine. Elle demande aux juges d'évaluer les répercussions que le remboursement des sommes réclamées pourrait avoir sur la situation socioéconomique de l'État débiteur et sur le bien-être de sa population ;

Les Etats devraient s'inspirer de cette législation belge, le CDH l'ayant recommandé par sa résolution 27/30 du 03 octobre 2014, en vertu de laquelle, les États sont invités à mettre en place des cadres nationaux pour restreindre les activités des fonds vautours, après avoir expressément reconnu que le remboursement de la dette dans des conditions abusives avait des incidences négatives sur la capacité des États à s'acquitter de leurs obligations en matière de droits de l'homme.

⁴ Conseil des droits de l'Homme des Nations unies en 2012

3. Les accords d'investissements

Lors de la négociation ou de la révision des accords d'investissement, il est important que les États veillent à ce que les clauses de ces accords comportent des dispositions faisant explicitement référence aux obligations en matière de droits de l'homme qui incombent aux investisseurs ainsi qu'aux États d'origine et d'accueil.

Les accords d'investissement doivent comporter des dispositions réaffirmant que les investisseurs sont tenus de respecter les droits de l'homme énoncés dans les traités internationaux y afférents, dans les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.

On peut signaler pour s'en féliciter que les récents traités bilatéraux types commencent à mettre en place des règles plus souples concernant la protection des investissements et des règles qui prennent en considération les droits de l'homme. Le traité d'investissement bilatéral type établi par l'Inde en 2016 comprend ainsi des dispositions qui visent à protéger les droits de l'homme et imposent des obligations allant dans ce sens, aux États d'origine.

b. Pour quels résultats ?

Quelques tribunaux d'investissement ont commencé à invoquer les droits de l'homme dans leurs décisions ; (Voir *Philip Morris Brands Sàrl and Abal Hermanos S.A c. République orientale de l'Uruguay*, CIRDI, affaire n°ARB/10/7, 8 juillet 2016⁵). Cette pratique reste malheureusement assez peu répandue et la décision signalée plus haut demeure encore marginale.

Un plaidoyer constant doit être fait pour soutenir cette mouvance afin que l'approche des droits de l'homme soit systématiquement prise en compte par l'arbitrage d'investissement des différends relatifs à la dette souveraine.

CONCLUSION

L'arbitrage d'investissement fondé sur une approche purement économique prend à peine la mesure du contexte général dans lequel s'inscrivent les restructurations des dettes.

Pourtant, la législation relative aux droits de l'homme est réputée applicable à tous, débiteurs comme créanciers et les restructurations de dettes souveraines doivent être soumises aux principes des droits de l'homme ; la résolution des différends en matière

⁵ Le tribunal affirma en outre qu'en adoptant la REU et la Réglementation 80/80, l'Uruguay avait respecté ses engagements nationaux et internationaux de protection de la santé publique. Il affirma que les deux mesures avaient été prises de bonne foi, de manière non-discriminatoire et qu'elles étaient proportionnelles à l'objectif recherché. Aussi, selon le tribunal, les mesures constituaient l'exercice légitime des pouvoirs politiques de l'Uruguay, ce qui ne peut constituer une expropriation. Le tribunal décida donc de rejeter le recours pour expropriation.

de dettes internationales doit s'appuyer sur les principes directeurs relatifs à la dette extérieure et aux droits de l'homme et sur les Principes fondamentaux des opérations de restructuration de la dette souveraine.

De même, les accords d'investissement devraient promouvoir cette dynamique en insérant des dispositions qui rappellent que les investisseurs ainsi que les États d'origine et d'accueil sont tenus de respecter les droits de l'homme énoncés dans les traités internationaux ; tout ceci donnera un visage plus humain à l'arbitrage d'investissement.