



UN JOURNAL EN LIGNE SUR LE DROIT ET LA POLITIQUE DES INVESTISSEMENTS DANS LA PERSPECTIVE DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

NUMÉRO 1. VOLUME 12. MARS 2021



La refonte du droit de l'investissement à partir de la base : l'extractivisme, les droits humains et les traités d'investissement

Lorenzo Cotula



La corruption et la confidentialité dans le RDIE fondé sur un contrat : l'affaire P&ID c. Nigeria

Jonathan Bonnitcha



Parlons encore une fois de proportionnalité : intégrer le droit international de l'investissement dans le droit national et gérer la vulnérabilité

Daria Davitti



Le futur incertain du Traité sur la Charte de l'énergie : la Belgique demande à la Cour de justice européenne de se prononcer sur la compatibilité du TCE modernisé avec le droit européen

Stefanie Schacherer





Sommaire

ARTICLE 1 La refonte du droit de l'investissement à partir de la base : l'extractivisme, les droits humains et les traités d'investissement.....	4
ARTICLE 2 La corruption et la confidentialité dans le RDIE fondé sur un contrat : l'affaire P&ID c. Nigeria.....	11
ARTICLE 3 Parlons encore une fois de proportionnalité : intégrer le droit international de l'investissement dans le droit national et gérer la vulnérabilité.....	15
ARTICLE 4 Le futur incertain du Traité sur la Charte de l'énergie : la Belgique demande à la Cour de justice européenne de se prononcer sur la compatibilité du TCE modernisé avec le droit européen	19
NOUVELLES EN BREF	22
Le rapport à mi-parcours sur les négociations pour la modernisation du TCE fait état de divisions bien connues entre les délégations alors que la pression pour le retrait de l'UE s'accroît	22
L'UE et la Chine annoncent un accord de principe sur les investissements	23
Un consortium français d'entreprises lance un arbitrage contre le Chili après avoir perdu 37 millions USD suite à la pandémie de Covid-19.....	24
Groupe de travail III de la CNUDCI : la 40 ^{ème} session a mis l'accent sur les éléments de la réforme structurelle	25
Le système juridictionnel des investissements de l'AECG progresse vers la mise en œuvre tandis que les militants irlandais lancent une campagne pour stopper sa ratification.....	25
SENTENCES ET DÉCISIONS	27
Le Kenya obtient gain de cause dans un arbitrage portant sur le secteur géothermique lancé par WalAm Energy : le tribunal CIRDI rejette toutes les allégations du demandeur.....	27
Un tribunal CPA conclut que l'Inde a violé le TBI Inde-Royaume-Uni dans une procédure lancée par le groupe Cairn.....	30
RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS	34

INVESTMENT TREATY NEWS

Institut international du développement durable
Maison internationale de l'environnement 2
9, Chemin de Balexert, 6e étage
1219, Châtelaine, Genève, Suisse

Tel +41 22 917-8748
Fax +41 22 917-8054
Email itn@iisd.org
Twitter [iisd_news](https://twitter.com/iisd_news)

Directrice Principale du Groupe - Droit et Politique Économique
Nathalie Bernasconi

Traduction Française
Isabelle Guinebault

Directrice de publication
Zoe Phillips Williams

Traduction Espagnole
María Candela Conforti

Editrice, Version Française
Suzy Nikièma

Attachée de presse et de communication
Sofia Baliño

Editrice, Version Espagnole
Marina Ruete

Nouvelles en Bref
Cesar Henrique Arrais

Design (PDF)
PortoDG



LISTE D'ACRONYMES

ACEUM	Accord Canada–États-Unis–Mexique
AECG	Accord économique et commercial global
AII	Accord international d'investissement
ALE	Accord de libre-échange
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
ANASE	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
CAE	Communauté d'Afrique de l'Est
CCI	Chambre de commerce internationale
CCS	Chambre de commerce de Stockholm
CE	Commission européenne
CEDEAO	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
COMESA	Marché commun de l'Afrique orientale et australe
Convention CIRDI	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
IDE	Investissement direct étranger
IISD	Institut international du développement durable
ITN	Investment Treaty News
NPF	Nation la plus favorisée
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODD	Objectifs de développement durable
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
PPP	Partenariat public-privé
PTPGP	Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste
RCEP	Partenariat économique régional global
RDIE	Règlement des différends investisseur-État
RSE	Responsabilité sociale des entreprises
SADC	Communauté de développement d'Afrique australe
SJI	Système juridictionnel des investissements
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TCE	Traité sur la Charte de l'énergie
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TJE	Traitement juste et équitable
TMI	Tribunal multilatéral d'investissement
UE	Union européenne



ARTICLE 1

La refonte du droit de l'investissement à partir de la base : l'extractivisme, les droits humains et les traités d'investissement

Lorenzo Cotula



Les efforts de réforme du régime des traités d'investissement ont pris de l'ampleur, mais ils sont beaucoup trop restreints, comme si les traités existaient indépendamment des cadres plus larges de gouvernance¹. La spécialisation pousse les juristes vers des mandats limités, tandis que les discours dominants en faveur des politiques d'investissement mettent l'accent sur les relations investisseur-État et sur des questions générales, telles que les flux d'investissement transfrontières. L'intérêt renouvelé quant à la manière dont les traités interagissent avec d'autres normes internationales, notamment les droits humains², doit encore se traduire en une refonte profonde des traités d'investissement.

¹ Cet article est un résumé d'un article plus long : Cotula, L. (2020) "(Dis) integration in Global Resource Governance: Extractivism, Human Rights, and Investment Treaties", *Journal of International Economic Law* 23(2):431–454, <https://academic.oup.com/jiel/article/23/2/431/5875706>. L'article plus long présente des références plus complètes en soutien de ses arguments. L'auteur remercie Jesse Coleman, Nicolás Perrone et Zoe Phillips Williams pour leurs observations sur l'article pour ITN.

² Le groupe de travail des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme a organisé une consultation sur ces questions, <https://www.ohchr.org/FR/Issues/Business/Pages/IAs.aspx>. Voir également la lettre ouverte de plusieurs titulaires de mandats au titre des procédures spéciales des Nations Unies, relative aux travaux du Groupe de travail III de la Commission des Nations unies sur le droit commercial international (CNUDCI) sur la réforme du règlement des différends investisseur-État (7 mars 2019), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/public_-_ol_arm_07.03.19_1.2019_0.pdf

Ces tendances contrastent avec les réalités locales des relations d'investissement. Même si l'État joue un rôle central dans la réglementation et le contrôle des investissements, les projets à grande échelle impliquent ou affectent souvent un éventail plus large de parties-prenantes, chacune avec ses propres intérêts, potentiellement contraires. De plus, l'application des traités d'investissement recoupe généralement d'autres règles du droit national et international, et les implications pratiques d'un traité dépendent en partie de ces règles. Les arrangements de gouvernance posent des problèmes pour la réconciliation des intérêts commerciaux et du développement économique, de la justice sociale et de la protection de l'environnement. Et si le règlement des différends investisseur-État s'intéresse aux réparations éventuellement dues par l'État à l'investisseur, ces procédures peuvent avoir des ramifications sur l'ensemble de la gouvernance, et affecter d'autres acteurs et droits au-delà la dyade conventionnelle investisseur-État³.

Les investissements à grande échelle dans le secteur des ressources naturelles illustrent bien ces complexités. Les opérations minières, pétrolières, de foresterie et agricoles peuvent avoir des effets profonds sur les petits exploitants agricoles, les habitants des forêts, les bergers et les pêcheurs artisanaux, ainsi que pour les groupes reconnus par le droit international comme les peuples autochtones. Les relations entre les entreprises, les personnes affectées et les diverses branches du gouvernement impliquent souvent des instruments juridiques variés qui soutiennent des recours contraires, des dispositions constitutionnelles et de la législation sectorielle, aux traités internationaux protégeant l'investissement étranger, les droits humains ou

³ Voir également Perrone, N. M. (2016) "The International Investment Regime and Local Populations: Are the Weakest Voices Unheard?", *Transnational Legal Theory* 7(3):383–405 ; Williams, Z. P. (2016) "Investor-State Arbitration in Domestic Mining Conflicts", *Global Environmental Politics* 16(4):32–49.



l'environnement. Par ailleurs, l'approche adoptée par le gouvernement pour le développement des ressources naturelles peut largement diverger des souhaits des groupes locaux. Aussi, lorsqu'un État se défend, par exemple dans le cadre d'un arbitrage investisseur-État, il ne va pas nécessairement protéger les mêmes intérêts que les groupes locaux.

À cet égard, les investissements dans les industries extractives peuvent exposer les tensions systémiques qui s'infiltrent dans la gouvernance de l'investissement étranger. Le fait de bien comprendre comment les traités d'investissement fonctionnent dans ces contextes peut transformer notre compréhension des relations d'investissement et la manière dont nous les abordons. Cela peut également nous aider à réformer le régime des traités d'investissement et sa relation avec d'autres normes internationales, notamment en matière d'environnement et de droits humains.

Le droit et l'économie politique de l'extractivisme

Dans les pays qui dépendent des ressources naturelles, les activités extractives ont une relation profonde avec l'État : les autorités publiques dépendent souvent largement des recettes provenant des ressources, et plus important encore, l'allocation des droits sur les ressources permet à l'État d'exercer une occupation effective, et donc d'asseoir sa souveraineté au titre du droit international⁴. Certaines ressources telles que le pétrole, l'or et l'huile de palme peuvent soutenir les mythes de l'identité nationale et du développement, ainsi que les exportations et le change. La gouvernance des ressources naturelles peut impliquer des consultations publiques extensives quant aux voies du développement, et diverses formes de coordination et de résistance de la part des groupes affectés par les activités extractives.

"Ces arrangements, qui trouvent souvent leurs racines dans l'héritage colonial, facilitent les investissements qui, par le biais de réseaux complexes de contrats, intègrent les sites d'extraction à l'économie mondiale. "

⁴ Weinar, L. (2016) *Blood Oil: Tyrants, Violence, and the Rules that Run the World* (Oxford University Press), pages 67–79.

Même si les modèles de gouvernance varient beaucoup, certaines caractéristiques tendent à faciliter les projets à grande échelle. Les institutions de l'État ont souvent le contrôle sur les ressources naturelles et ont le pouvoir de les allouer à des investisseurs prospectifs. Divers arrangements juridiques encouragent les investissements commerciaux tout en marginalisant les droits locaux sur les ressources naturelles qui pourraient les freiner. Par exemple, des notions larges ou mal définies de « l'objectif public » peuvent permettre aux autorités d'exproprier des terres et d'accorder des droits à des projets extractifs, donnant en effet la priorité à certaines activités privées, par rapport à d'autres⁵. Par ailleurs, au titre de certaines législations, les droits fonciers sont conditionnels, en échange d'une preuve « d'utilisation productive », fondée sur une notion biaisée de la productivité – souvent mesurée uniquement en termes de changement à long-terme dans l'utilisation des terres, et affaiblissant les droits des cultivateurs, des bergers et des chasseurs-cueilleurs itinérants⁶.

Ces arrangements, qui trouvent souvent leurs racines dans l'héritage colonial, facilitent les investissements qui, par le biais de réseaux complexes de contrats, intègrent les sites d'extraction à l'économie mondiale. Ils sont intégrés dans de nombreuses économies politiques variables faisant le lien entre l'État et les élites nationales, cherchant à satisfaire des intérêts publics ou personnels au moyen de l'extraction des ressources ; des marchés d'exportation en mal d'approvisionnement garanti des matières premières ; le capital étranger cherchant des opportunités commerciales ; des institutions financières internationales soutenant ou imposant des réformes politiques favorables aux entreprises ; et des acteurs locaux, comme les autorités traditionnelles, cherchant un compromis sur l'accès aux sites riches

⁵ Voir par ex. Gebremichael, B. (2016) "Public Purpose as a Justification for Expropriation of Rural Land Rights in Ethiopia", *Journal of African Law* 60(2):190-212. S'agissant de l'interface entre les droits fonciers et les droits sur les ressources souterraines, voir Bastida, A. E. (2020) *The Law and Governance of Mining and Minerals: A Global Perspective* (Hart), p. 161–163.

⁶ Voir par ex. Nguiffo, S., Kenfack, P. E. et Mballa, N. (2009) *L'incidence des lois foncières historiques et modernes sur les droits fonciers des communautés locales et autochtones du Cameroun* (Forest Peoples Programme), <https://www.forestpeoples.org/fr/topics/rights-land-natural-resources/publication/2010/les-droits-fonciers-et-les-peuples-des-foret-2>.



en ressources⁷. Ces arrangements figurent parmi les causes profondes des conflits associés à l'expansion des sites extractifs à des zones qui n'ont pas connu d'investissements à grande échelle, car la loi sape le lien traditionnel que les personnes ont avec le territoire qu'elles occupent. Elle donne plutôt des droits sur les ressources en priorité aux opérateurs commerciaux. Dans de tels contextes juridiques, même les investissements conformes au droit national peuvent systématiquement nuire aux droits locaux sur les ressources.

Les conflits naissent souvent d'une distribution biaisée des coûts et des bénéfices, ainsi que de la dépossession matérielle et de la dislocation imposées aux acteurs locaux par les grands projets. Mais ces conflits peuvent également trouver leur source dans les transitions plus profondes que de tels projets représentent, où les impératifs commerciaux et de développement national prennent le pas sur les valeurs sociales, culturelles et spirituelles que de nombreuses personnes attachent à leur environnement immédiat. Compte tenu de ces enjeux, les différends en matière d'investissement peuvent susciter d'âpres conflits entre les entreprises, les personnes dont le mode de vie est menacé, et les diverses agences gouvernementales nationales et locales, mais aussi des divisions au sein des communautés, et entre elles.

Le rôle du droit international

Le droit international est le fondement juridique des stratégies extractives. Il organise les peuples et les territoires en États⁸, et accorde aux États « la souveraineté permanente » sur les ressources naturelles situées dans leur juridiction⁹. Le droit international exige des États qu'ils exercent leur souveraineté « dans l'intérêt [...] du bien-être de la population »¹⁰. La population d'un pays représente généralement des intérêts et souhaits divergents, et les États ont l'autorité juridique de réconcilier ces intérêts et de

les représenter sur la scène internationale. Dans la pratique, l'expérience met en avant les intérêts variés que diverses institutions étatiques mettront en avant¹¹, tandis que les normes internationales sur des questions telles que les droits humains, les peuples autochtones, et la gouvernance environnementale affirment la nature pluraliste des organisations politiques dans la réalité.

Le droit international impose des obligations aux États et prévoit des réparations en cas de violations, permettant aux acteurs non-étatiques d'invoquer le libellé du droit international pour tenter d'influencer les autorités publiques. Le recours au droit international dans les différends portant sur les ressources naturelles a également donné lieu à de réelles procédures juridiques visant à reconnaître la responsabilité des États pour des violations alléguées, notamment à des litiges relatifs aux droits humains et des arbitrages investisseur-État. Ces procédures découlent souvent de différends complexes où des univers distincts s'affrontent : les conseils d'administration d'une part, et les modes de vie traditionnels des personnes ayant un lien fort avec leur terre et leur territoire, d'autre part.

Compte tenu des contextes social et juridique desquels elles émanent, ces procédures peuvent mettre au jour les tensions entre les concepts local et international, et entre les diverses normes internationales. Par exemple, les procédures internationales relatives aux droits humains peuvent exiger des demandeurs qu'ils présentent leur recours relatif aux ressources naturelles sous forme de notion des droits humains, tels que le droit à la propriété, qui sont contraires aux conceptions autochtones. Et si la jurisprudence en matière de droits humains a mis en avant les liens des peuples avec leur territoire, les cosmovisions traditionnelles, l'auto-détermination et à la réalisation des droits socio-économiques¹², les normes de protection de l'investissement considèrent les ressources naturelles principalement comme des actifs commerciaux, dont la valeur s'exprime en termes monétaires.

⁷ Voir également Bebbington, A., Abdulai, A.G., Humphreys Bebbington, D., Hinfelaar, M. et Sanborn, C.A. avec Achberger, J., Grisi Huber, C., Hurtado, V., Ramirez T., et Odell, S.D. (2018), *Governing Extractive Industries: Politics, Histories, Ideas* (Oxford University Press), <https://fdslive.oup.com/www.oup.com/academic/pdf/openaccess/9780198820932.pdf>.

⁸ Eslava, L. et Pahuja, S. (2020) "The State and International Law: A Reading from the Global South", *Humanity* 11 (1):118–138, 145–146.

⁹ Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations unies du 14 décembre 1962.

¹⁰ Ibid., para. 1.

¹¹ Sands, A. (2020, 21 décembre) "Unpacking Regulatory Chill: The Case of Mining in the Santurbán Paramo in Colombia", *International Institute for Environment and Development*, <https://www.iied.org/unpacking-regulatory-chill-case-mining-santurban-paramo-colombia>.

¹² Voir par ex. les sentences suivantes de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : *Communauté autochtone Yakye Axa c. Paraguay* (2005), para. 124, 131, 135 ; *Peuple Saramaka c. Suriname* (2007), para. 82, 93, 95 ; et *Peuple autochtone Kichwa de Sarayaku c. Équateur* (2012), para. 145–146, 155, 176.



Les tensions au sein du droit international sont particulièrement apparentes dans les affaires où les droits humains et les traités d'investissement protègent des recours concurrents fondés sur les ressources. Dans le cadre de procédures auprès de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, les peuples autochtones ont contesté la gestion de la restitution des terres et l'octroi de concessions commerciales. Ces recours peuvent entrer en conflit avec les normes de protection de l'investissement. Dans l'affaire *Communauté autochtone Sawhoyamaya c. Paraguay*, par exemple, une communauté autochtone réclamait la restitution des terres détenues par un investisseur étranger protégé par un traité bilatéral d'investissement¹³. Inversement, dans plusieurs arbitrages investisseur-État, des entreprises ont contesté des mesures que les États prétendaient avoir prises, au moins en partie, ou pour la forme, pour répondre aux préoccupations ou tensions locales quant à l'impact d'un projet, tandis que les États et les parties non contestantes ont développé des arguments fondés sur les droits humains pour convaincre les tribunaux arbitraux de rejeter les recours des investisseurs. Dans l'affaire *Bear Creek c. Pérou*, pour n'en citer qu'une, le tribunal a abordé les implications de l'obligation de tenir des consultations préalables établie par les instruments juridiques internationaux protégeant les droits des peuples autochtones, parvenant au final à des conclusions divisées, tant sur le droit que sur les faits¹⁴.

L'Intégration systémique et ses problèmes

D'un côté, le droit international offre des outils pour gérer ces tensions. Par exemple, « l'intégration systémique » exige des tribunaux qu'ils tiennent compte des autres règles pertinentes applicables du droit international à l'heure d'interpréter un traité¹⁵.

Les tribunaux arbitraux ont reconnu que les traités d'investissement faisaient partie du droit international général, et dans certains, ont appliqué l'intégration systémique et pris en compte les droits humains¹⁶. Toutefois, l'intégration systémique ne modifie pas la portée de la compétence d'un tribunal, et laisse une place considérable à la discrétion, par exemple s'agissant de déterminer les règles pertinentes et le poids à leur attribuer. L'on peut se demander alors si les tribunaux d'investissement sont bien placés pour interpréter la législation relative aux droits humains.

Plus fondamentalement, ces tensions entre les arguments en faveur des droits humains et ceux en faveur du droit des investissements reflètent des problèmes systémiques, plutôt que des incidents isolés, et les stratagèmes de coordination de l'interprétation des normes internationales ne suffiront pas à y remédier. Le recours aux droits humains est souvent une réponse à la marginalisation structurelle des acteurs locaux dans la gouvernance nationale, qui peut donner lieu à des situations où les autorités octroient des concessions sans consultation ou indemnisation, sans parler du respect des droits sur les ressources et des croyances locales. En parallèle, la mobilisation publique contre un projet d'investissement perçu comme ayant été approuvé sans consultation légitime peut donner lieu à des manifestations, à des mesures gouvernementales visant à annuler ou à renégocier le projet, et finalement à l'arbitrage investisseur-État.

"Plus fondamentalement, ces tensions entre les arguments en faveur des droits humains et ceux en faveur du droit des investissements reflètent des problèmes systémiques, plutôt que des incidents isolés, et les stratagèmes de coordination de l'interprétation des normes internationales ne suffiront pas à y remédier "

¹³ *Communauté autochtone Sawhoyamaya c. Paraguay*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Sentence (2006), para. 115(b), 125, 137. Voir, en général, Van Ho, T.L., (2016) "Is it Already Too Late for Colombia's Land Restitution Process? The Impact of International Investment Law on Transitional Justice Initiatives", *International Human Rights Law Review* 5(1):60-85.

¹⁴ *Bear Creek Mining Corporation c. la République du Pérou*, Sentence (30 novembre 2017), para. 203, 208, 257-264, 406-412, 565-569, 656-668, et Opinion divergente partielle du Professeur Philippe Sands QC (12 septembre 2017).

¹⁵ Article 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), 1155 U.N.T.S. 331.

¹⁶ Par ex. *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. la République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/26, Sentence (8 décembre 2016), para. 1190, 1200, 1204.



Ces considérations indiquent un décalage entre la nature des différends et les règles et procédures internationales établies pour les régler. Si les différends relatifs aux ressources naturelles impliquent souvent une multitude d'acteurs et abordent des questions diverses, la compétence des tribunaux d'arbitrage investisseur-État consiste principalement à déterminer si un État a manqué à certaines de ses obligations relatives au traitement dû aux investisseurs étrangers. Cela réduit les limites du différend et écarte d'autres arguments, tels que ceux fondés sur les droits humains, les reléguant par exemple aux discussions relatives au montant que l'État devra payer à une entreprise¹⁷. Les militants locaux ont la possibilité, qu'ils saisissent souvent, de lancer leur propre recours auprès des tribunaux nationaux, des organes internationaux des droits humains et des mécanismes de plainte établis par des bailleurs ou des organes communautaires. Cette absence de coordination entre les procédures relatives aux recours fondés sur l'investissement et aux recours fondés sur les droits humains peuvent donner lieu à une fragmentation des procédures et des conclusions.

Les conséquences du droit des investissements sur la répartition

Dans les différends complexes relatifs aux ressources naturelles, les contours étroits du droit des investissements ont des conséquences sur la répartition, marginalisant structurellement les acteurs locaux dont les droits peuvent être directement en jeu, des personnes victimes de dépossession ou de dommages environnementaux aux bénéficiaires éventuels de réformes agraires. D'un point de vue procédural, les acteurs qui auraient contesté les politiques de l'État dans la rue ou même auprès des tribunaux nationaux doivent maintenant compter sur les agences de l'État pour représenter leur point de vue. Même si le règlement d'arbitrage leur permet de présenter un dossier d'amicus curiae, celui-ci n'est qu'une simple contribution informative ponctuelle pour aider le tribunal dans ses délibérations. Les tribunaux ont toute discrétion pour l'accepter ou non, et attribuer un poids, s'ils les utilisent, aux arguments qu'il contient. Compte

tenu de l'accès restreint aux documents et audiences de l'affaire, il est difficile pour les auteurs des amicus de cibler leurs arguments, réduisant la probabilité que le tribunal les prenne en compte¹⁸. Aussi, les points de vue locaux sont généralement « invisibles » dans les procédures de règlement des différends¹⁹.

Le régime des traités d'investissement a également de l'importance sur le fond, car il peut affecter à la fois la gamme d'intérêts protégés et la force de cette protection juridique. En élevant au plan international les droits et intérêts de certains acteurs privés, sans leur imposer d'obligations proportionnelles²⁰, il altère l'équilibre des droits et obligations entre les entreprises transnationales, les agences étatiques, et les acteurs locaux. Par exemple, bien que l'acquisition des droits sur des ressources naturelles soient typiquement réglementé par le droit national, le droit international protège les intérêts des investisseurs, intérêts qui ne sont pas nécessairement reconnus comme des droits légaux au titre du droit national. En effet, les tribunaux arbitraux ont interprété les traités d'investissement comme protégeant les « attentes légitimes » des investisseurs, que les représentants de l'État peuvent susciter s'ils garantissent que des terres sont disponibles et que les permis nécessaires seront octroyés, par exemple.

Si des représentants de l'État font de telles promesses avant de consulter les personnes affectées, des tensions peuvent émerger entre les attentes de l'investisseur et les droits locaux sur les ressources. En élevant les attentes des investisseurs en revendications juridiques, la doctrine des attentes légitimes peut faire pencher la balance entre ces intérêts contraires²¹. L'indemnisation est la réparation la plus commune dans l'arbitrage

¹⁷ *Copper Mesa Mining Corporation c. la République d'Équateur*, Affaire CPA n° 2012-2, Sentence (15 mars 2016).

¹⁸ Dans *Pac Rim Cayman LCC c. la République de El Salvador*, Affaire CIRDI n° ARB/09/12, Sentence (14 octobre 2016), le tribunal considéra qu'il n'était « pas nécessaire » de tenir compte des arguments contenus dans un dossier d'amicus curiae, notant que les auteurs n'avaient « pas connaissance de la masse de preuves factuelles présentées dans la troisième phase du présent arbitrage, notamment lors de l'audience » (para. 3.30).

¹⁹ Perrone, N. M. (2018), "The 'Invisible' Local Communities: Foreign Investor Obligations, Inclusiveness, and the International Investment Regime", *AJIL Unbound* 113:16–21.

²⁰ Pour une discussion, voir Gathii, J. & Puig, S. (2019). Introduction to the symposium on investor responsibility: the next frontier in international investment law, *AJIL Unbound* 113:1–3.

²¹ Johnson, L. (2017-18) "A Fundamental Shift in Power: Permitting International Investors to Convert Their Economic Expectations into Rights", *UCLA Law Review Discourse* 65:106–123.



investisseur-État, ce qui signifie que les États peuvent sauvegarder les droits locaux et indemniser les investisseurs. Mais les procédures arbitrales peuvent avoir des effets directs sur les droits de tierces parties, par exemple lorsqu'un investisseur demande une forme de réparation qui interfère avec l'exécution de sentences en faveur de tierces parties et émanant des tribunaux nationaux²² ; le risque d'être empêtré dans un arbitrage coûteux pourrait même tout simplement décourager l'État d'agir²³.

Si les acteurs locaux peuvent se tourner vers les organes internationaux des droits humains, les traités d'investissement offrent aux investisseurs étrangers des protections plus importantes et plus faciles à exécuter. Contrairement aux traités d'investissement, les instruments relatifs aux droits humains exigent des demandeurs qu'ils épuisent toutes les voies de recours internes avant de pouvoir accéder à la réparation internationale, et les procédures nationales peuvent durer des années. D'autres asymétries peuvent également découler des normes de fond ou des normes d'examen. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que les États jouissent d'« une marge d'appréciation » dans l'application des normes internationales, définissant sa propre compétence comme s'intéressant uniquement à déterminer si les autorités ont atteint un « équilibre juste » général entre les intérêts privés et publics. À l'inverse, la plupart des tribunaux arbitraux n'ont pas suivi la doctrine de la marge d'appréciation, et dans des affaires fondées sur l'expropriation, ont cherché à déterminer si la conduite de l'État satisfaisait à l'ensemble des conditions généralement imposées par les traités d'investissement pour une expropriation légale. S'agissant des dommages, les tribunaux investisseur-État octroient généralement des montants bien plus importants que les tribunaux des droits humains²⁴. Ces différences sont encore plus marquées lorsque la région concernée ne dispose pas d'un tribunal des droits humains effectif.

Les droits plus forts et les moyens de réparation plus efficaces dont disposent les entreprises transnationales pourraient leur donner plus de poids dans leurs relations avec les gouvernements que les personnes affectées par leurs activités, aggravant les déséquilibres dans la capacité des acteurs d'influencer les décisions publiques. Même si l'on considère que le droit international ne fait que réguler les relations internationales, il peut ainsi se propager aux sphères de la politique nationale.

La nécessité d'une approche holistique

Les débats concernant la gouvernance de l'investissement sont fonction de la perspective et de la position des parties-prenantes. Les experts juridiques conseillant les entreprises transnationales pourraient être préoccupés par les mesures étatiques sapant leurs retours commerciaux. Ils pourraient percevoir la remise en cause du régime des traités d'investissement, et la suppression par les États des arrangements juridiques régissant l'investissement transfrontière, comme un processus de désintégration économique²⁵. Mais pour de nombreuses personnes affectées par l'extraction des ressources, c'est ce régime juridique qui casse et qui désintègre, car les traités d'investissement peuvent protéger des projets qui, même s'ils sont conformes à la loi nationale, bouleversent leur vies, leur laissant peu de chance de se faire entendre ou d'obtenir réparation.

Pour répondre à ces problèmes, il faut adopter une vision holistique des diverses sphères du droit national et international, c'est-à-dire examiner le régime des traités d'investissement non pas en isolement, mais dans ses relations avec les arrangements de gouvernance plus larges, et ses effets sur ceux-ci. En fonction du contexte, des réformes du droit national pourraient être nécessaires pour protéger les droits traditionnels sur les ressources et faciliter la participation du public dans l'approbation des investissements ; par ailleurs, les négociations en cours sur un traité multilatéral sur les entreprises et les droits humains pourraient contribuer à rééquilibrer les droits et obligations de chacun.

²² Sachs, L., Johnson L. et Merrill, E. (2020) "Environmental Injustice: How Treaties Undermine Human Rights Related to the Environment", *Revue des Juristes de Sciences Po* 18:90-100.

²³ Pour une discussion sur ce point, voir Tienhaara, K., (2018) "Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Change Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement", *Transnational Environmental Law* 7(2):229-250.

²⁴ Voir, par ex., De Brabandere, E. (2015) "Complementarity or Conflict? Contrasting the Yukos Case before the European Court of Human Rights and Investment Tribunals", *ICSID Review* 30(2):345-355.

²⁵ Montanaro, F. et Violi, F. (2020) "The Remains of the Day: The International Economic Order in the Era of Disintegration", *Journal of International Economic Law* 23(2):299-322.



S'agissant du droit international, les options incluent l'extinction des anciens traités, les réformes impliquant la refonte des protections de l'investissement, l'affirmation des obligations des investisseurs, par exemple vis-à-vis de l'environnement et des droits humains, et le refus d'accorder les protections aux investissements qui ne respectent pas ces obligations²⁶. Les options réformistes incluent également la refonte du règlement des différends afin de mieux tenir compte des droits des personnes affectées par un investissement ou un différend, non pas seulement en termes de procédure, mais aussi en rejetant ou en ajustant les recours des investisseurs en fonction des circonstances²⁷. Les références croisées entre institutions pourraient améliorer la cohérence du droit international, par exemple au moyen de dispositions relatives au conflit précisant que les obligations relatives aux droits humains prennent le pas sur les traités d'investissement, et obliger les tribunaux arbitraux à renvoyer aux organes des droits humains les questions exigeant l'interprétation des normes relatives aux droits humains²⁸.

À l'heure où les professionnels juridiques sont amenés à se spécialiser dans des domaines de plus en plus étroits, les réponses effectives exigent une vision globale des divers ensembles de droit impliqués, et des mesures créatives aux échelons local et international.

Auteur

Lorenzo Cotula est chercheur principal sur le droit et le développement durable à l'Institut international pour l'environnement et le développement (IIED) et professeur invité à la faculté de droit de l'Université de Strathclyde.

²⁶ Voir également Deva, S. (2018, 13 août) "Managing States' 'Fatal Attraction' to International Investment Agreements", *Investment Policy Hub*, <https://investmentpolicy.unctad.org/blogs/75/managing-states-fatal-attraction-to-international-investment-agreements->.

²⁷ CCSI, IIED et IISD, *Third Party Rights in Investor-State Dispute Settlement: Options for Reform* (soumission au Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du règlement des différends investisseur-État, 2019), <http://ccsi.columbia.edu/files/2019/07/uncitral-submission-third-party-participation-en.pdf>.

²⁸ Krajewski, M. (2017) *Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies: Model Clauses for a UN Treaty on Transnational Corporations, Other Businesses and Human Rights*, CIDSE, https://www.cidse.org/wp-content/uploads/2017/03/CIDSE_Study_Primacy_HR_Trade_Investment_Policies_March_2017.pdf; Coleman, J., Cordes, K.Y. et Johnson, L. (2019, 2 juin), "Human Rights Law and the Investment Treaty Regime" CCSI Working Paper, <http://ccsi.columbia.edu/files/2019/06/Coleman-Cordes-and-Johnson-Human-Rights-Law-and-the-Investment-Treaty-Regime.pdf>. S'agissant de la coordination institutionnelle entre les organes des droits humains et le régime des traités d'investissement, voir également Simma, B. et Desierto, D. (2013) "Bridging the Public Interest Divide: Committee Assistance for Investor-host State Compliance with the ICESCR", *Transnational Dispute Management* 1.



ARTICLE 2

La corruption et la confidentialité dans le RDIE fondé sur un contrat : l'affaire *P&ID c. Nigeria*¹

Jonathan Bonnitcha



En septembre 2020, la Haute cour britannique a rendu une décision clé dans l'affaire *P&ID c. le Nigeria*. La cour examinait la demande par le Nigeria d'annuler une sentence le condamnant à verser 10 milliards USD et rendue dans un arbitrage au titre d'un contrat entre un investisseur étranger et le Nigeria². Bien que le Nigeria n'ait pas formulé d'allégations de corruption au cours de la procédure, il allègue maintenant que l'investisseur avait obtenu le contrat en question en soudoyant des représentants nigériens, et que l'investisseur avait par la suite soudoyé le conseiller juridique du Nigeria pour veiller à ce que le pays ne conteste pas l'arbitrage de manière trop vigoureuse. La cour a conclu qu'il existait un « argument *prima facie* solide » indiquant que le contrat avait été obtenu au moyen de la corruption et que le principal témoin de l'investisseur dans l'arbitrage avait donné un faux témoignage³. Elle conclut

également qu'il était possible que le conseiller juridique du Nigeria dans l'affaire ait été corrompu⁴. Une audience sera donc tenue pour revoir l'ensemble des faits et déterminer s'il convient d'annuler la sentence, mais probablement pas avant 2022.

En l'espèce, que les allégations de corruption soient avérées ou non, la saga met en avant des préoccupations politiques plus larges quant à la relation de l'arbitrage investisseur-État avec la corruption. Compte tenu des intérêts publics majeurs en jeu dans l'arbitrage investisseur-État, notamment la possibilité que l'arbitrage facilite le transfert corrompu de fonds publics à des acteurs privés, ces procédures ne devraient pas être menées dans le secret. En plus de ces préoccupations quant au manque de transparence dans l'arbitrage investisseur-État fondé sur un contrat, l'affaire soulève la question plus profonde de savoir si l'arbitrage est le forum approprié pour le règlement des différends investisseur-État.

Le contexte de l'arbitrage

En 2010, le ministère nigérien des Ressources pétrolières signa un contrat pour la construction et l'exploitation d'une nouvelle installation de traitement du gaz avec P&ID, une entreprise enregistrée dans les Îles vierges britanniques.

Au titre du contrat, le Nigeria devait fournir du gaz naturel (gaz humide) à l'installation de P&ID à titre gratuit. De son côté, P&ID devait construire et exploiter l'installation. L'entreprise devait traiter le gaz pour en extraire les liquides, que P&ID pouvait conserver, et renvoyer, là encore à titre gratuit, le gaz pauvre au Nigeria, gaz qui peut être utilisé pour la production d'énergie ou d'autres usages⁵.

Le contrat et les circonstances de sa conclusion étaient tous deux inhabituels. D'abord, le contrat découlait

¹ Cet article s'appuie sur une recherche collaborative plus longue. Voir Bonnitcha, J. & Mathew, A. (2020). *Corruption in investor-state arbitration*. Transparency International. <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/corruption-in-investor-state-arbitration>. Toutefois, les opinions exprimées ici sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles de Transparency International ou de toute autre personne ou organisation.

² Le différend a fait l'objet de plusieurs articles de fond détaillés de Bloomberg et du Financial Times. Voir "The \$6bn judgment pitting Nigeria against a London court." (2020.) <https://www.bloomberg.com/news/features/2019-09-04/is-one-of-the-world-s-biggest-lawsuits-built-on-a-sham> <https://www.ft.com/content/91ddb53-a754-4190-944e-d472921bb81e>

³ *République fédérale du Nigeria c. Process & Industrial Developments Limited* [2020] EWHC 2379 (Comm), para 226.

⁴ *Ibid.*, para. 225.

⁴ *Ibid.*, para. 225.

⁵ *Ibid.*, para. 21.



d'une proposition spontanée soumise au gouvernement nigérian par P&ID⁶. Il n'y a pas eu d'appel d'offre. Par ailleurs, P&ID ne semblait pas avoir l'expérience dans le secteur gazier qu'une entreprise en charge d'un projet de plusieurs milliards de dollars devrait avoir : c'était une entreprise étrangère, « sans actifs, comptant avec une poignée d'employés, et sans site Internet ou autre présence commerciale »⁷.

Au titre de la clause 20 du contrat, les parties s'étaient convenues que le contrat était régi par le droit nigérian et que les différends seraient réglés dans un arbitrage dans le « lieu » de Londres, en Angleterre⁸. En août 2012, P&ID lança un arbitrage, alléguant que le Nigeria avait refusé d'exécuter le contrat. À l'époque, P&ID n'avait pas commencé la construction de l'installation, ni même acheté le site de construction⁹. Toutefois, l'entreprise argua qu'elle se tenait prête à remplir ses obligations au titre du contrat et que le projet avait échoué du fait du manquement du Nigeria à réaliser ses obligations.

Comme il est de coutume dans les arbitrages investisseur-État fondés sur un contrat, l'arbitrage s'est tenu à huis clos. En effet, même la tenue de l'arbitrage n'a pas été rendue publique avant 2015, à la suite d'un changement de gouvernement au Nigeria, et à l'époque, l'examen de la compétence et du fond de l'affaire avaient déjà été conclus. Malgré plusieurs « signaux d'alarme » indiquant l'existence de corruption dans le contrat¹⁰, le Nigeria ne souleva pas directement la question de la corruption dans sa défense dans l'arbitrage (les avocats du Nigeria dans l'arbitrage avaient décrit le ministre des Ressources pétrolières qui avait signé le contrat à l'époque comme « un ministre « avenant » qui prétendait engager le gouvernement au titre d'obligations et de concessions, ce qui excédait ses pouvoirs »)¹¹. Sur la base des documents

publiquement disponibles, il semblerait que le tribunal n'ait pas non plus cherché à déterminer si le contrat aurait pu être obtenu par la corruption.

Compte tenu des milliards de dollars en jeu, la manière dont l'arbitrage s'est tenu était également inhabituelle. Les avocats du Nigeria n'ont pas déposé de preuves émanant d'experts sur les questions de compétences dans le droit nigérian¹², ou insisté pour la tenue d'une audience verbale sur la compétence leur donnant l'opportunité de mener le contre-interrogatoire des preuves présentées par P&ID¹³. À l'étape de l'examen quant au fond, le Nigeria n'a pas contesté les principaux arguments du témoin central de P&ID, le président de l'entreprise, Michael Quinn¹⁴. Il ne présenta qu'un seul témoin inutile qui « ne prétendait pas avoir connaissance directe des faits pertinents »¹⁵. Le tribunal tint une audience sur le fond, mais elle ne dura que quelques heures¹⁶. Le tribunal conclut que le Nigeria avait refusé d'exécuter le contrat.

La décision du tribunal sur le montant des dommages ne se fondait que sur une seule déclaration de témoin présentée par l'investisseur. Il n'exigea pas la production de documents qui auraient pu prouvé (ou infirmé) ces allégations intéressées¹⁷. Sur la base du poids des preuves présentées par l'investisseur, il accorda à P&ID 6,6 milliards USD plus un intérêt de 7 % par an. Le montant de cette sentence est hallucinant, compte tenu que l'investisseur n'avait pas commencé à construire l'installation de traitement du gaz et estimé ses propres dépenses en lien avec le projet à environ 40 millions USD¹⁸ (dans les procédures juridiques britanniques suivantes, l'investisseur a reconnu que ces dépenses n'avaient pas été réalisées par P&ID, mais par une autre entreprise détenue par un ancien général nigérian¹⁹).

⁶ *P&ID v Nigeria*, Dernière partie de la Sentence sur la responsabilité, ¶37(e) (15 juillet 2015).

⁷ *Supra* note 3, para. 6.

⁸ *P&ID v Nigeria*, Dernière partie de la Sentence sur la compétence, ¶7 (3 juin 2014).

⁹ *Supra* note 3, para 209.

¹⁰ Le terme « signaux d'alarme » fait référence aux preuves circonstancielles qui suggèrent une corruption possible. L'existence de signaux d'alarme ne signifie pas nécessairement qu'une transaction était corrompue, mais indique plutôt la nécessité de mener d'autres vérifications pour déterminer si une transaction était en effet corrompue. Voir Sayne, A., Gillies, A., & Watkins, A., (2017). *Twelve red flags: Corruption risks in the award of extractive sector licenses and contracts*. Natural Resource Governance Institute <https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/corruption-risks-in-the-award-of-extractive-sector-licenses-and-contracts.pdf>

¹¹ *Supra* note 6, ¶41 (15 juillet 2015).

¹² *Supra* note 8, ¶ 33. (3 juin 2014).

¹³ *Ibid.*, ¶¶ 30-31 (3 juin 2014).

¹⁴ *Ibid.*, ¶29 (3 juin 2014).

¹⁵ *Supra* note 6, ¶68 (15 juillet 2015).

¹⁶ *Supra* note 3, para 52.

¹⁷ *Supra* note 3, para 205.

¹⁸ Première déclaration de témoin de Michael Quinn, 10 février 2014, para 47.

¹⁹ *Supra* note 3, para 204.



La demande du Nigeria d'annulation de la sentence auprès des cours britanniques

La sentence du tribunal arbitral donna lieu à d'autres procédures dans d'autres juridictions. Toutefois, ce n'est qu'en novembre 2019 que le Nigeria avança pour la première fois les allégations de corruption pour tenter de convaincre les cours britanniques d'annuler la sentence. Puisque le tribunal arbitral avait interprété le contrat comme désignant Londres comme siège de l'arbitrage, les cours britanniques avaient compétence sur la demande d'annulation. La corruption est l'un des rares motifs permettant aux cours britanniques d'annuler une sentence arbitrale²⁰. Si, au final, le Nigeria obtient gain de cause et que la sentence est annulée, il sera quasiment impossible pour P&ID de faire exécuter la sentence quelque part dans le monde.

Le premier obstacle face au Nigeria était que le délai imparti pour entamer une procédure d'annulation d'une sentence dans les cours britanniques est fixé à 28 jours à partir de la date de la sentence. Le Nigeria a dépassé ce délai de près de trois ans. Dans ce contexte, la cour britannique devait examiner s'il existait suffisamment de preuves *prima facie* de corruption pour justifier d'accorder au Nigeria une extension exceptionnelle et sans précédent du délai pour déposer sa demande d'annulation de la sentence.

Pour franchir cet obstacle élevé, le Nigeria s'est appuyé sur de nouvelles preuves obtenues dans le cadre d'une demande de divulgation de documents bancaires déposée à New York dans l'année 2020²¹. Suite aux ordonnances de divulgation émanant des tribunaux étasuniens, le Nigeria a pu présenter des preuves de transferts bancaires à des représentants gouvernementaux réalisés par des entités affiliées à P&ID²², ainsi que des preuves d'importants retraits d'espèces injustifiés du compte bancaire nigérian d'une entité affiliée à P&ID au moment de la signature du contrat²³. Examinées à la lumière des nombreux autres éléments inhabituels de l'affaire, ces preuves ont incité la cour à conclure qu'il existait un « argument *prima facie* solide » indiquant que le contrat avait été obtenu au moyen de la corruption, et à accorder une extension au Nigeria.

L'arbitrage privé est-il un forum approprié pour régler les différends investisseur-État ?

Le fait que les questions de corruption soient examinées maintenant, près d'une décennie après le début de l'arbitrage, n'est pas idéal. Et le fait qu'une sentence de 10 milliards USD obtenue dans ces circonstances fut tout près d'être exécutée, sans que la question de la corruption ne soit examinée, est encore plus préoccupant. Le fardeau du paiement d'une telle sentence retomberait sur les citoyens et les contribuables nigériens, pas sur les épaules des représentants gouvernements impliqués dans la transaction corrompue alléguée.

Que les allégations de corruption avancées par le Nigeria soient avérées exactes ou non, l'affaire *P&ID c. le Nigeria* met en lumière deux préoccupations connexes quant à l'arbitrage comme méthode de règlement des différends opposant les États aux investisseurs. Comme pour l'affaire *P&ID c. le Nigeria*, ces arbitrages sont généralement menés à huis clos. Cela empêche tout examen public opportun. Un tel examen pourrait accroître la pression sur le gouvernement pour le forcer à justifier ses propres actes, notamment les circonstances de la négociation et de la conclusion d'un contrat avec un investisseur étranger. Dans l'affaire *P&ID c. le Nigeria*, par exemple, il est difficile d'imaginer que les questions de corruption auraient été évitées si longtemps si le public avait eu connaissance du fait que l'investisseur demandait des milliards de dollars de compensation pour une installation de traitement du gaz qui n'a jamais vu le jour. Une plus grande transparence pourrait aussi susciter l'intervention dans le différend de tierces parties, présentant de nouvelles preuves.

Le règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage investisseur-État fondé sur des traités de 2014 offre un modèle de ce à quoi pourrait ressembler l'arbitrage investisseur-État fondé sur un contrat plus transparent²⁴. Ce règlement établit des présomptions générales en faveur de la transparence, assujetties de rares exceptions, comme par exemple pour protéger les informations commerciales sensibles. Le fait qu'un

²⁰ Arbitration Act (1996) (Loi sur l'arbitrage) section 68(2)(g).

²¹ *Supra* note 3, paras 111–112.

²² *Supra* note 3, paras 196–199.

²³ *Supra* note 3, para 191.

²⁴ CNUDCI (2014). Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/rules-on-transparency-f.pdf>



règlement similaire sur la transparence ne s'applique pas encore aux arbitrages investisseur-État fondés sur un contrat reflète les particularités de l'évolution du débat sur la transparence dans le temps ; le fait que l'arbitrage investisseur-État *fondé sur un contrat* soit exempté des mêmes exigences de transparence que l'arbitrage investisseur-État *fondé sur un traité* ne résulte pas d'arguments réfléchis.

Ensuite, l'affaire *P&ID c. le Nigeria* met en lumière des préoccupations plus larges quant à l'arbitrage comme forum de règlement des différends investisseur-État. Il existe notamment des tensions entre l'économie politique de la corruption, et les doctrines, pratiques disciplinaires et hypothèses ancrées dans le domaine de l'arbitrage. Elles incluent le fait que :

- L'arbitrage est un mécanisme de règlement des différends fondé sur le consentement des parties. C'est pourquoi les tribunaux se limitent en général à examiner les questions soulevées par les parties. Cela signifie que les tribunaux auront tendance à ne pas examiner la possibilité de la corruption, à moins qu'une allégation claire en ce sens soit présentée par l'une ou l'autre des parties au différend.
- Les avocats et les représentants de l'État dans l'arbitrage pourraient être eux-mêmes les bénéficiaires de la corruption, ou l'objet de contraintes institutionnelles les empêchant de s'exprimer sur la question. Cela explique pourquoi le fait que les personnes représentant l'État n'aient pas présenté d'allégations de corruption ne signifie pas nécessairement que la transaction était légitime.
- La doctrine internationale tend à considérer l'État comme un acteur unique, plutôt qu'un forum de contestation politique entre plusieurs groupes. Ces idées préconçues pourraient encourager les arbitres à attribuer la corruption et l'incompétence de certains représentants officiels à l'État lui-même. Cette manière de voir les choses rend les arbitres moins sympathiques aux allégations de corruption d'un État par les investisseurs, lorsqu'elles sont présentées, car les arbitres considèrent alors que l'État met en avant *sa propre* faute d'avoir accepté un pot-de-vin, dans le but de se défendre contre le recours à son encontre.
- Les arbitres internationaux ont tendance à considérer les arguments fondés sur le droit de l'État d'accueil comme techniques et non pertinents, même si l'objet de ces lois est d'empêcher la corruption ou de mettre en œuvre un système de contrôle des décisions impliquant des ressources publiques²⁵.

Ces défis n'ont pas de solution facile dans le cadre existant de l'arbitrage investisseur-État. C'est pourquoi les États pourraient peut-être aller plus loin et étudier s'il ne vaudrait pas mieux régler les différends découlant de contrats auprès des cours nationales plutôt que dans un arbitrage.

Auteur

Jonathan Bonnitche est associé du Programme droit et politique économiques de l'IISD, basé à Sydney, en Australie. Il est également professeur à la Faculté de droit de l'Université de Nouvelle-Galles du Sud.

²⁵ Par exemple, dans la sentence sur la compétence de l'affaire *P&ID c. le Nigeria*, le tribunal a balayé les arguments du Nigeria selon lequel le ministère des Ressources pétrolières avait la capacité de conclure des contrats au nom du gouvernement nigérian : *P&ID c. le Nigeria*, Dernière partie de la sentence sur la compétence, ¶¶ 39-41 (3 juin 2014). Dans la sentence sur le fond, le tribunal décrivait l'argument du Nigeria selon lequel seule la Compagnie nationale pétrolière du Nigeria avait le pouvoir d'engager le Nigeria au titre de contrats gaziers (et donc que le ministère des Ressources pétrolières n'en avait pas le pouvoir) comme « technique au plus haut point » : *P&ID c. le Nigeria*, Dernière partie de la sentence sur la compétence, ¶48 (3 juin 2014). Il est vrai qu'aucune de ces arguments n'est lié à une allégation concrète de corruption. Mais quand bien même, la manière dont le tribunal a pesé ces arguments ne reconnaît pas que les limites substantives et procédurales à la capacité des représentants gouvernementaux de conclure des contrats pourraient un rôle important pour garantir la probité des contrats conclus par le gouvernement.

ARTICLE 3

Parlons encore une fois de proportionnalité : intégrer le droit international de l'investissement dans le droit national et gérer la vulnérabilité¹

Daria Davitti



La proportionnalité a été présentée comme la panacée pour résoudre bon nombre des tensions entre le droit international des investissements (DII) et le droit international des droits humains (DIDH) dans les situations où l'investissement étranger a des effets néfastes sur les droits humains des communautés des États d'accueil, et où ces derniers font face à des obligations concurrentes. Il semble toutefois nécessaire de relancer ces débats puisque l'attrait de la proportionnalité est toujours aussi fort dans les négociations pour un instrument contraignant sur les entreprises et les droits humains et dans les travaux du Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du RDIE. Dans le présent article, nous essayerons d'abord de comprendre comment nous en sommes arrivés là, encore une fois, dans le débat plus large sur les droits humains et le DII.

L'attrait fatal de l'équilibre

La relance de la proportionnalité s'appuie sur le désir d'atteindre un « équilibre » entre ce que l'on appelle les droits des investisseurs, protégés par les AII pertinents, et les droits humains des communautés et des individus affectés par l'investissement étranger. Un tel équilibre requiert essentiellement la juxtaposition controversée des protections de l'investissement et des protections des droits humains. Les appels à l'équilibre étant de nouveau en vogue, je reviens à cet argument car à l'heure actuelle, entre l'effondrement du climat et une pandémie qui

s'intensifie, nous devons plus que jamais réfuter les hypothèses autour de l'usage de l'équilibrage et de la proportionnalité dans l'arbitrage international des investissements comme manière de réconcilier avec succès des intérêts concurrents et des obligations conflictuelles de protection des États d'accueil.

La suggestion que les tribunaux d'investissement seront capables d'équilibrer efficacement des intérêts conflictuels semble découler de l'argument selon lequel les obligations concurrentes découlant du DII et du DIDH peuvent être harmonisées avec succès par les tribunaux au moyen de l'interprétation des traités. Les chercheurs ont en effet suggéré que les normes vagues de protection de l'investissement des traités peuvent être interprétées² de manière plus efficace en invoquant le principe de l'intégration systémique pour « aider à clarifier les normes des AII au bénéfice des investisseurs » ou pour « élucider les limites de la protection des investisseurs et, donc, *minimiser les frictions* entre des intérêts publics concurrents »³.

"Nous devons plus que jamais réfuter les hypothèses autour de l'usage de l'équilibrage et de la proportionnalité dans l'arbitrage international des investissements comme manière de réconcilier avec succès des intérêts concurrents et des obligations conflictuelles de protection des États d'accueil. ?"

¹ Le présent article est un résumé d'un article approfondi publié dans le *Nordic Journal of International Law* (2020) 89(3–4). L'auteure remercie Paolo Vargiu, Anil Yilmaz Vastardis et Mavluda Sattarova pour leurs observations précieuses sur le projet de texte du présent article.

² Davitti D. (2020). *Investment and human rights in armed conflict. Charting an elusive intersection*. Hart Publishing.

³ Shill, S. & Djanic V. (2018). Wherefore art thou? Towards a public interest-based justification of international investment law. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 33(1), 29–55.



Le mantra de l'équilibrage (ou du rééquilibrage) du DIDH et du DII comporte généralement deux étapes : d'abord, l'opérationnalisation du DIDH au moyen de l'interprétation des traités ; deuxièmement, une approche différente des accords d'investissement étranger qui clarifie dès le départ les obligations de l'État d'accueil en matière de droits humains. Le présent article est structuré autour de la viabilité et de la désirabilité d'utiliser l'analyse de la proportionnalité à l'heure d'examiner ces deux pseudo-solutions, puisque divers chercheurs soutiennent cette approche avec enthousiasme depuis quelques années. Point essentiel, ces deux alternatives sont également la porte d'entrée à l'adoption de l'analyse de la proportionnalité dans l'arbitrage international des investissements. Pour réconcilier la protection de l'investissement et les droits humains, certains proposent d'élaborer des dispositions des AII respectueuses des droits, supposément capables de répondre à l'asymétrie du système⁴. Ils arguent que de telles clauses garantiraient la prise en compte des droits humains par les tribunaux internationaux de l'investissement ainsi que par les investisseurs étrangers. À mon sens, le fait de s'appuyer sur l'interprétation des traités et sur des libellés respectueux des droits s'est avéré déplacé et peu clairvoyant⁵. Je pense que ces approches mettent l'accent sur *l'intégration* du DII dans le droit national et sur *la gestion de la vulnérabilité*⁶, plutôt que sur la garantie que les droits réels des communautés affectées par l'investissement étranger sont effectivement respectés, protégés et réalisés.

L'« équilibrage » est-il possible ? La gestion de la vulnérabilité

Cette question n'est pas purement rhétorique. Les partisans de l'équilibrage suggèrent que le DIDH pourrait peser sur l'interprétation du traité international d'investissement pertinent au moyen du « principe de l'interprétation évolutive, ou dynamique » à condition

que les parties aient envisagé la possibilité que le sens d'un terme évolue avec le temps⁷. Sur cette base, le droit international peut être utilisé pour déterminer le sens d'un terme spécifique lorsque le traité en question utilise « des termes juridiques connus, dont le contenu pourrait changer dans le temps, ce à quoi les parties s'attendent »⁸. L'on fera donc référence au droit international tenant compte de son évolution et son statut actuel, plutôt qu'au statut du droit à l'époque où le traité avait été conclu. En outre, le DIDH peut également être considéré comme pertinent pour le traité d'investissement en question grâce à

la présomption interprétative que les traités sont destinés à produire des effets qui s'harmonisent avec les règles existantes du droit international. Cette présomption est utilisée pour résoudre les questions d'interprétation relatives au contenu normatif plus large d'un traité, plutôt qu'au sens d'un terme spécifique⁹.

D'après l'argument, l'un des principaux outils permettant de tenir compte du DIDH dans l'interprétation d'un traité international d'investissement est l'article 31(3)(c) de la CVDT, qui représente un moyen d'interprétation d'un traité plutôt qu'un instrument potentiel permettant de modifier la portée et le contenu d'un traité, par exemple pour introduire des considérations ex novo relatives aux droits humains. Donc, même s'ils reconnaissent que l'arbitrage au titre des traités d'investissement est incapable de répondre au défi de l'harmonisation, il va sans dire que les partisans de l'interprétation évolutive se contentent du statu quo quant au fait que le DII est un système, en pratique, fondamentalement incontesté.

"Si l'on y réfléchit un peu, quels sont les éléments que nous aimerions voir les arbitres « équilibrer » ?"

⁴ Arcuri, A. & Montanaro F. (2018). Justice for all? Protecting the public interest in investment treaties. *Boston College Law Review*, 59(8). <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol59/iss8/10/>

⁵ Sattorova, M., Erkan, M., & Omiuno, O. (2019). How do host states respond to investment treaty law? Some empirical observations. In M. Sattorova, (Ed.), *European Yearbook of International Economic Law*. Hart Publishing.

⁶ Eslava, L. & Buchely, L. (2018). Security and development? A story about petty crime, the petty state and its petty law. *Revista de Estudios Sociales*. <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/full/10.7440/res67.2019.04>

⁷ Simma, B. (2011). Foreign investment arbitration. A place for human rights? *International & Comparative Law Quarterly*, 60, p. 538

⁸ Simma, *supra* note 7, p. 583. Voir également *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*. <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/53>

⁹ Simma, *supra* note 7, p. 583.



Cela signifie que les droits humains et la vulnérabilité environnementale sont donc mieux « gérés » par la discrétion suprême des arbitres d'investissement ou des nouvelles « cours » dans le cadre d'un système qui, en essence, est idéologiquement et en pratique inapproprié pour examiner l'exercice par un État de ses pouvoirs réglementaires. Si l'on y réfléchit un peu, quels sont les éléments que nous aimerions voir les arbitres « équilibrer » ? Un rapport récent de l'IIED révèle que, sur un ensemble de 257 centrales à charbon détenues par des investisseurs étrangers, au moins 75 % d'entre elles sont protégées par au moins un AII qui donne aux investisseurs l'accès à l'arbitrage international des investissements¹⁰. À l'heure où les efforts de lutte contre le changement climatique reposent nécessairement sur notre capacité d'abandonner rapidement notre dépendance à l'égard des combustibles fossiles, les AII entérinent juridiquement le droit des investisseurs de réclamer une indemnisation à chaque fois que les États chercheront à démanteler ces centrales à charbon¹¹. Cette situation suffit à soulever des préoccupations quant au gel réglementaire et à l'équité intergénérationnelle, mais devrait être examinée à la lumière des preuves récentes que dans les années 1980, les plus grandes entreprises de combustibles fossiles prédisant déjà les dégâts que leurs produits causeraient, minimisaient les preuves scientifiques du lien entre la consommation de combustibles fossiles et le changement climatique, et plaidaient pour retarder et bloquer l'introduction de législations climatiques¹². Des différends portant sur les mesures politiques visant à abandonner progressivement les centrales à charbon émergent déjà, notamment au titre du TCE¹³.

¹⁰ Tienhaara, K. & Cotula, L. (2020). *Raising the cost of climate action? Investor-state dispute settlement and compensation for stranded fossil fuel assets*. IIED Land, Investment and Rights Series. <https://pubs.iied.org/sites/default/files/pdfs/migrate/17660IIED.pdf>

¹¹ Pistor, K. (2019). *The code of capital. How the law creates wealth and inequality*. Princeton University Press.

¹² Voir par ex., Franta, B. (2018). Shell and Exxon's secret 1980s climate change warnings. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/environment/climate-consensus-97-per-cent/2018/sep/19/shell-and-exxons-secret-1980s-climate-change-warnings> ; Influence Map. (2016). *An investor enquiry: how much big oil spends on climate change lobbying*. https://influencemap.org/site/data/000/173/Lobby_Spend_Report_March_2016.pdf

¹³ Khan M. (2021). EU urged to quit energy treaty. *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/b37312fb-410a-4958-a887-8f9bd7c5e33b>

Malgré ce scénario accablant, les partisans de l'équilibrage, ou les gestionnaires de la vulnérabilité, ainsi que je préfère les appeler ici, ne perdront pas de temps et indiqueront que les défenses et les exceptions pourraient certainement être utilisées par les arbitres d'affaires d'investissement pour reconnaître les recours des États d'accueil et des communautés affectées. Entre temps, les entreprises majeures continuent leur plaidoyer contre les réglementations relatives au changement climatique et prétendent soutenir les mesures de réduction des émissions carbone en échange de l'immunité juridique contre leur responsabilité pour les émissions historiques. Compte tenu de ces éléments, et des preuves scientifiques croissantes indiquant qu'il nous reste peut-être une dizaine d'années pour limiter les conséquences dévastatrices du réchauffement climatique¹⁴, je suis sûre que je ne suis pas la seule à être mal à l'aise avec l'idée que l'« équilibrage » est tout ce qu'il nous reste pour garantir les droits humains et la protection de l'environnement dans les circonstances actuelles.

Les dispositions des AII respectueuses des droits : l'incorporation du DII dans le droit national et sa légitimation

L'on ressent le même malaise face aux appels renouvelés en faveur de la négociation d'accords d'investissement respectueux des droits. Les évaluations et normes environnementales, sociales et de la gouvernance (ESG) font fureur en tant que nouvel outil d'évaluation de la diligence raisonnable veillant à ce que l'investissement soit non seulement durable, mais également consciencieux. Les chercheurs ont en effet lancé le défi des formulations respectueuses des droits dans l'espoir qu'elles répondent à la nature asymétrique du DII et pour veiller à ce que les droits humains soient correctement pris en compte dans l'arbitrage international de l'investissement. Toutefois, les exemples récents d'interprétation des clauses relatives aux droits humains par les tribunaux démontrent que la conception d'AII et de contrats d'investissement respectueux des droits ne suffit pas à garantir la protection des droits humains. Certaines affaires ont été célébrées comme représentant une victoire

¹⁴ Letzer, R. (2019). Are we really running out of time to stop climate change? *Live Science*. <https://www.livescience.com/12-years-to-stop-climate-change.html>



pour l'État d'accueil¹⁵ ou comme révolutionnaires¹⁶ s'agissant de la protection des droits humains dans le DII, mais en réalité, elles ont étendu et amplifié les protections accordés aux investisseurs au titre du DII. Cela est particulièrement vrai des affaires pour lesquelles les tribunaux arbitraux ont été amenés à examiner des questions de santé publique¹⁷, du droit à l'eau¹⁸, de l'accès aux médicaments¹⁹, et des droits des peuples autochtones²⁰. Comme on peut le comprendre, des questions de légitimité ont été soulevées en lien avec ces affaires, lorsqu'il est devenu apparent que des questions cruciales concernant le bien public, étaient, dans le meilleur des cas, réduites à une question de priorité politique ou du montant de l'indemnisation.

Ainsi, quelles que soient l'agilité et la complexité des libellés de ces dispositions, la protection efficace des droits humains au moyen du libellé des AII dépendra principalement de l'interprétation par le tribunal, dans un système qui n'est pas le mieux placé pour mener à bien des fonctions d'examen public. Plus spécifiquement, il est clair que l'on ne peut protéger réellement les droits humains et l'environnement dans un forum conçu pour offrir des voies de recours contre les violations des normes de protection de l'investissement, où l'analyse de la proportionnalité n'est qu'un outil créatif d'interprétation visant à limiter l'espace réglementaire des États hôtes. En parallèle, la proportionnalité est également utilisée pour justifier et entretenir la pertinence du système juridique de l'investissement lui-même. Comme nous l'avons vu, l'on continue de voir apparaître des propositions en faveur de traités d'investissement ou de [contrats à la conception](#) innovante pour éventuellement [orienter](#) l'interprétation des tribunaux d'investissement, en donnant plus de poids aux droits humains par le

biais de l'intégration systémique et du libellé des AII, notamment par le recours à l'analyse de la proportionnalité. Toutefois, comme le présent article l'explique, plutôt que de garantir une protection significative des droits humains, ces propositions risquent de contribuer à un projet plus large visant à intégrer le DII dans le droit national et à le légitimer, et à gérer, plutôt que d'éradiquer, la vulnérabilité.

Auteur

Daria Davitti est professeure associée en droit public international à la faculté de droit de l'Université de Lund, en Suède.

¹⁵ *Philip Morris Brand Sàrl (Suisse), Philip Morris Products S.A. (Suisse) et Abal Hermanos S.A. (Uruguay) c. la République orientale de l'Uruguay*, Affaire CIRDI n° ARB/10/7.

¹⁶ *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. la République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB 07/26.

¹⁷ *Philip Morris Asia Limited c. le Commonwealth d'Australie*, Affaire CNUDCI, CPA n° 2012-12.

¹⁸ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c. la République d'Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/19.

¹⁹ *Eli Lilly and Company c. le Gouvernement du Canada*, Affaire CNUDCI, CIRDI n° UNCT/14/2.

²⁰ *Bear Creek Mining Corporation c. la République du Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/14/21

ARTICLE 4

Le futur incertain du Traité sur la Charte de l'énergie : la Belgique demande à la Cour de justice européenne de se prononcer sur la compatibilité du TCE modernisé avec le droit européen

Stefanie Schacherer



La relation entre le TCE et le droit européen est marquée par la complexité et l'incertitude juridique, notamment s'agissant de l'article 26, du mécanisme de règlement des différends du TCE et de son application dans le contexte intra-européen. La question de savoir si la décision sur *Achmea* quant à l'incompatibilité de l'arbitrage intra-européen des investissements au titre des TBI affecte également le mécanisme de règlement des différends au titre du TCE reste irrésolue¹. Compte tenu des négociations en cours sur la modernisation du TCE (note de l'éditeur : voir nos nouvelles en bref dans ce numéro pour les faits nouveaux dans ces négociations), la question de la compatibilité reçoit une fois de plus une attention particulière.

En présentant une demande d'avis de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur la compatibilité de l'application intra-UE des dispositions sur l'arbitrages du TCE avec les traités de l'UE, la Belgique cherche à obtenir des éclaircissements plus que nécessaires². La question de la Belgique porte

en particulier sur le projet de texte élaboré par l'UE, mais la décision que la Cour adoptera quant aux dispositions RDIE telles que présentées dernièrement aura également des conséquences pour la version actuellement applicable du TCE.

Le passé et le présent du TCE

Dans les années 1990, la Commission européenne était le principal moteur du TCE, dont l'objectif était de protéger les investisseurs d'Europe occidentale après l'effondrement de l'Union soviétique. À l'époque, personne n'aurait pu imaginer que la grande majorité des recours d'investissements au titre du TCE serait lancée à l'encontre des États membres de l'UE. Pourtant, à ce jour, la plupart des différends réglés au titre du TCE était de nature intra-européenne (c.-à-d. un recours contre un État membre de l'UE lancé par un investisseur ressortissant d'un autre État membre de l'UE).

Le TCE crée un réseau de relations juridiques entre l'ensemble des 52 parties contractantes, y compris l'UE et tous ses États membres. Il s'agit d'un AII intra-européen conclu entre les 26 États membres de l'UE (sans l'Italie), ainsi qu'un AII entre les États membres³ de l'UE et les 26 autres parties contractantes du TCE⁴. Puisque l'UE elle-même est partie à l'accord, le TCE fonctionne également comme AII entre l'UE et les 26 autres parties contractantes. Par conséquent, dans le contexte du TCE, surviennent parfois des questions d'incompatibilité des AII avec le droit européen.

¹ CJE, affaire C-284/16 République slovaque c. *Achmea* BV, EU:C:2018:158.

² Voir le communiqué de presse du 3 décembre 2020, https://diplomatie.belgium.be/fr/newsroom/nouvelles/2020/la_belgique_introduit_demande_avis_application_intra_europeenne_dispositions_arbitrales

³ L'Australie, le Belarus, la Norvège et la Russie ont signé le TCE mais ne l'ont jamais ratifié. <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>

⁴ L'Italie s'est retirée du TCE en 2016 mais le traité continuera de s'appliquer au pays du fait de sa clause de survie de 20 ans, voir TCE, art. 47(3).



Le dilemme juridique continu de l'UE

Dans l'arrêt de 2018 sur *Achmea*, la CJUE affirmait que le principe de l'autonomie empêchait deux États membres d'établir un mécanisme de règlement des différends investisseur-État au moyen d'un TBI conclu entre eux⁵. Toutefois, comme indiqué plus haut, *Achmea* n'a pas permis de mettre un terme à la controverse relative à l'applicabilité de l'article 26 du TCE. Après l'arrêt, les États membres ont adopté deux instruments :

- *La déclaration du 15 janvier 2019* : 22 États membres de l'UE ont réalisé une déclaration commune, exprimant l'avis que l'applicabilité intra-UE de l'article 26 du TCE est contraire au droit européen⁶.
- *L'Accord d'extinction du 5 mai 2020* : 23 États membres de l'UE s'engagent à éteindre tous les TBI intra-UE existants. Toutefois, l'applicabilité du TCE dans le contexte intra-UE n'est pas abordée et reportée « ultérieurement »⁷. L'Autriche, la Finlande, l'Irlande et la Suède n'ont pas signé l'accord d'extinction⁸.

Entre-temps, les démêlés juridiques se poursuivent auprès des tribunaux d'investissement, des cours nationales et de la CJUE. Dans de nombreuses affaires au titre du TCE, la Commission européenne n'a eu de cesse d'arguer pour l'incompatibilité du TCE avec le droit de l'Union au moyen de dossiers d'*amicus curiae*⁹. À ce jour, ces arguments n'ont incité aucun tribunal d'investissement à infirmer sa compétence. L'Espagne a cherché à faire annuler les sentences à son encontre auprès des Cours suédoises, comme dans les affaires *Novenergia II* ou *Foresight, Greentech et*

*GWM*¹⁰, également sans succès. Récemment, l'avocat-général Saugmandsgaard Øe affirmait, dans le cadre d'une procédure de décision préjudicielle devant la CJUE, que l'article 26 du TCE ne s'applique pas aux différends intra-UE¹¹.

L'article 26 du TCE s'applique-t-il aux différends intra-UE ?

D'après la Belgique, le projet de texte de l'UE sur la modernisation du TCE comporte un risque que le mécanisme de règlement des différends « pourrait être interprété comme permettant son application intra-Union européenne »¹². Compte tenu des difficultés juridiques continues, cette question est hautement pertinente, notamment du fait que le projet de texte de l'UE, publié en avril 2020, n'altère pas le libellé de l'article 26 du TCE de manière significative. La formulation proposée prévoit l'arbitrage des investissements et la conciliation ; il ajoute également la possibilité pour les États contractants de renvoyer leur différend au « tribunal multilatéral des investissements »¹³. Le projet de texte note également qu'aucun élément de la révision proposée n'affecte l'objectif de l'UE d'établir un tribunal multilatéral des investissements. Plus important toutefois, aucun élément du projet de texte n'évoque la question des différends intra-UE, et les négociations ne l'ont pas encore abordée non plus¹⁴. Cela signifie que le champ d'application *ratione personae* du projet de dispositions pour l'article 26 du TCE n'a pas été modifié.

La Commission européenne et la majorité des États membres de l'UE sont d'avis que la clause du TCE sur l'arbitrage investisseur-État, « si elle est correctement interprétée », n'est pas applicable entre les États membres de l'UE¹⁵. Ils arguent en particulier qu'en vertu de l'article

⁵ *Achmea*, supra note 1, para. 59.

⁶ Déclaration relative aux conséquences juridiques de l'arrêt *Achmea* rendu par la Cour de justice et à la protection des investissements dans l'Union européenne (2019). <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/1157b9e6-6d61-4a66-9c4c-6d7f9031c1c8/files/3b14af12-e268-46f5-81fc-9e6579c4e443> ; la Finlande, le Luxembourg, Malte, la Slovénie et la Suède ont émis une déclaration collective, et la Hongrie a émis sa propre déclaration. Toutes affirment qu'à l'époque de la déclaration, il était trop tôt pour rendre un avis sur la compatibilité de l'article 26 du TCE avec les traités de l'UE.

⁷ Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, préambule, alinéa 10. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A22020A0529%2801%29#>

⁸ Même si l'Autriche et la Suède n'ont pas signé l'Accord d'extinction, elles se sont engagées à éteindre leurs TBI bilatéraux. À l'inverse, l'inaction de la Finlande a poussé la Commission à entamer une procédure formelle de violation contre le pays. L'Irlande ne dispose pas de TBI applicables.

⁹ Voir, « Liste d'observations fournies par la Commission à d'autres entités, par ex. les tribunaux d'arbitrage ». <https://ec.europa.eu/competition/court/observations.html>

¹⁰ *Novenergia II - Energy & Environment (SCA)*, SICAR c. le Royaume d'Espagne, Affaire CCS n° 2015/063 ; *Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R.L.*, et al. c. le Royaume d'Espagne, Affaire CCS n° 2015/150 ; voir Happold, M. (2020). Belgium asks European Court of Justice to opine on the compatibility of Energy Charter Treaty's investor-State arbitration provisions with EU law. EJIL Talk!

¹¹ Affaires jointes C-798/18 et C-799/18, 29 octobre 2020, Conclusions de l'avocat général, renvoi 55. Il vaut la peine de noter, toutefois, qu'en l'espèce, le contexte intra-UE n'est pas pertinent puisqu'il s'agit d'une affaire nationale. Dans un contexte extra-UE, la CJUE pourrait être rapidement amenée à se prononcer sur la compatibilité des articles 1(6) et 26(1) du TCE avec le droit européen. Voir, CJUE, *République de Moldavie*, affaire C-741/19.

¹² Communiqué de presse, supra note 2.

¹³ Voir projet de texte de l'UE du TCE, art. 26(3)(a) et (4)(d), FN3. <https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/04/EU-Proposal-for-ECT-Modernisation-V2.pdf>

¹⁴ Happold, supra note 10.

¹⁵ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Protection des investissements intra-UE », COM/2018/547 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0547> ; Voir Déclaration, supra note 6.



26(6) du TCE et de l'article 42(1) de la Convention du CIRDI, le tribunal doit déterminer sa compétence conformément au TCE et « aux règles et principes du droit international applicables », qui incluraient le droit de l'UE ainsi que l'arrêt *Achmea*. De ce point de vue, le TCE n'invite pas les investisseurs intra-UE à arbitrer, et en l'absence d'un accord d'arbitrage, les tribunaux n'ont pas compétence.

Pourtant, les tribunaux d'investissement post-*Achmea* voient cette question sous un jour complètement distinct¹⁶. Dans l'affaire *Vattenfall c. l'Allemagne*, le tribunal a considéré que l'article 26(6), à l'instar de l'article 42(1) de la Convention du CIRDI, ne relate qu'au droit applicable au fond de l'affaire, et que par ailleurs, aucun élément de l'article 26 n'exclut les différends intra-UE de la portée de la disposition¹⁷. Le tribunal a ajouté que même à supposer que le droit européen était applicable aux fins de déterminer sa compétence, le tribunal ne considérerait pas que le raisonnement de la CJUE dans l'arrêt *Achmea* était applicable à l'arbitrage intra-UE au titre d'un accord auquel l'UE et tous ses États membres sont parties, tels que le TCE, et sur lequel la CJUE ne s'est pas prononcée. Comme d'autres tribunaux avant lui, le tribunal de l'affaire *Vattenfall* reniait également tout conflit entre l'article 26 du TCE et les articles 267 et 344 du TFUE, mais remarquait que même si un tel conflit avait existé, le droit de l'UE ne prendrait pas le pas sur le TCE.

Les arguments sont sujets à débat, et une clarification de la CJUE est nécessaire. Pourtant, le libellé « *les questions litigieuses* seront tranchées conformément au présent traité et aux règles et principes applicables de droit international » de l'article 26 du TCE indique le droit applicable plutôt que le droit applicable à l'accord d'arbitrage. Il en va de même pour l'article 42(1) de la Convention du CIRDI. Dans le projet de texte modernisé du TCE, l'UE ajoute un renvoi à l'article 26(6) indiquant que « aux fins d'accroître la certitude, le droit national de la Partie contractante ne formera pas partie du droit applicable ». Toutefois, cette note est sans effets sur la détermination de la compétence d'un tribunal si l'on accepte que la disposition fait référence au droit applicable au fond de l'affaire¹⁸.

Le projet de texte semble donc suggérer que l'UE ne peut exclure que l'article 26 du TCE puisse être interprété comme s'appliquant au contexte intra-UE. Cela, nonobstant le fait que, au titre du droit européen, l'arbitrage des investissements intra-UE est incompatible avec les traités de l'UE et principalement avec l'autonomie de l'ordre juridique européen. Compte tenu que la CJUE abordera cette question purement du point de vue du droit européen, il y a fort à parier qu'elle répondra par la négative à la question de la compatibilité.

Conclusion

Si la CJUE détermine que le projet de texte est incompatible avec les traités de l'UE, la Commission européenne devra modifier le contenu de l'article 26 du TCE et ensuite convaincre les autres parties contractantes du TCE de l'adopter. Un avis affirmant l'incompatibilité du TCE et du droit de l'UE affectera également la quarantaine d'affaires d'arbitrage intra-UE au titre du TCE en cours, en particulier si la force exécutoire de telles sentences peut être contestée dans les tribunaux nationaux des États membres de l'UE.

Finalement, remarquons que les conflits juridiques existants entre le TCE actuel et le droit de l'UE ne sont pas seulement d'ordre juridictionnel, mais portent également sur des questions de fond puisque le TCE n'est plus conforme aux objectifs de l'UE et à sa pratique en matière d'AII. L'on peut se demander si le projet de texte reflète suffisamment l'objectif de l'UE d'atténuation du changement climatique, ainsi que le pacte vert et les objectifs de transition énergétique¹⁹. Le 2 décembre 2020, la Commission européenne a confirmé pour la première fois que l'UE pourrait se retirer du TCE « [s]i les objectifs fondamentaux de l'UE, y compris l'alignement sur l'accord de Paris, ne sont pas atteints dans un délai raisonnable »²⁰. Si un retrait collectif de tous les États membres comporterait également des difficultés juridiques, nous pouvons conclure, sur la base des faits nouveaux, que l'avenir du TCE est de plus en plus incertain.

Auteur

Stefanie Schacherer est associée au programme droit et politiques économiques de l'IISD. Elle est également chercheuse postdoctorale auprès du Fonds nationale suisse de la recherche scientifique (FNS).

¹⁶ Par ex. *ESPF et autres c. Italie*, Affaire CIRDI n° ARB/16/5 ; *Eskosol c. Italie*, Affaire CIRDI n° ARB/15/50 ; *Masdar c. Espagne*, Affaire CIRDI n° v Spain ICSID Case No ARB/14/1.

¹⁷ *Vattenfall c. Allemagne*, Affaire CIRDI n° ARB/12/12, Décision sur la question *Achmea*, 31 août 2018.

¹⁸ L'ajout de ce renvoi est une conséquence de la pratique actuelle de l'UE en matière d'AII. Voir AECG, art. 8(31) et CJUE, avis 1/17 Accord ECG UE-Canada, EU:C:2019:341.

¹⁹ Sur la manière d'intégrer ces questions, voir Bernasconi-Osterwalder N. et Brauch M.D. (2019), 'Redesigning the Energy Charter Treaty to Advance the Low-Carbon Transition' TDM. <https://www.iisd.org/publications/redesigning-energy-charter-treaty-advance-low-carbon-transition>

²⁰ Réponse donnée par M. Dombrovskis, vice-président exécutif au nom de la CE, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2020-005555-ASW_FR.html



NOUVELLES EN BREF

Le rapport à mi-parcours sur les négociations pour la modernisation du TCE fait état de divisions bien connues entre les délégations alors que la pression pour le retrait de l'UE s'accroît

Après trois cycles de négociation sur la modernisation du TCE menés l'an dernier, le plus récent s'étant conclu le 6 novembre 2020, un rapport à mi-parcours de décembre 2020 ayant fait l'objet d'une fuite suggère que les États parties sont toujours divisés sur des questions majeures. Aussi, toute avancée dans les négociations, qui exige le consensus de toutes les délégations nationales, semble bien difficile à atteindre.

Pour compliquer les choses, ces négociations ont lieu alors que des affaires médiatisées sont lancées par des investisseurs contre des États membres de l'UE au titre du TCE. Récemment, l'entreprise allemande RWE a lancé un arbitrage contre les Pays-Bas du fait de l'élimination progressive de l'industrie charbon dans le pays. D'autres signes du mécontentement des États membres de l'UE incluent la demande d'avis de la CJUE sur la compatibilité du TCE avec le droit européen adressée par la Belgique, et un courrier récent des représentants français appuyant la possibilité de se retirer du traité.

Le rapport fait état des discussions en cours sur tout un éventail de questions, des dispositions classiques de protection de l'investissement telles que le TJE et la NPF, à l'introduction de nouvelles dispositions relatives à la RSE et au développement durable. Le rapport offre également un aperçu de ce que l'on peut considérer comme deux factions majeures au sein des membres, menées par l'UE et ses États membres d'une part, et par le Japon d'autre part, et dont les points de vue sur les bénéfices et les inconvénients du TCE sous sa forme actuelle divergent largement.

Pour sa part, le Japon est largement en faveur du maintien du statu quo, tandis que l'UE et ses États membres, souvent suivis par la Géorgie et la Turquie, souhaitent des changements importants. Par exemple, s'agissant des dispositions classiques que sont le TJE, la NPF et l'expropriation indirecte, le Japon semble

préférer le maintien de la formulation actuelle. En revanche, l'UE et ses États membres, et plusieurs autres pays penchent pour des définitions plus détaillées de ces normes de protection, par exemple en incluant dans la définition du TJE une liste fermée de violations. Ces mêmes tensions sont flagrantes dans les suggestions des parties portant sur la modification de la disposition NPF.

L'UE et ses États membres, ainsi que la Géorgie et la Turquie, souhaitent également une formulation plus stricte de la protection du droit de réglementer, de la RSE et du développement durable, et de l'environnement. (*Note de l'éditeur* : nous avons précédemment fait rapport de la proposition de l'UE relative à la modernisation du TCE, et une grande partie du libellé de cette proposition est incluse dans le rapport à mi-parcours). Toutefois, le Japon s'oppose à la plupart de ces propositions ; il avait indiqué, s'agissant de la limitation proposée de la disposition sur l'expropriation indirecte, que « les propositions semblent trop faire pencher la balance en faveur des intérêts de l'État ou du droit de réglementer » et pourraient « saper de manière inopportune le niveau de protection à atteindre de l'investissement ».

Le rapport à mi-parcours détaille la poursuite des négociations, indiquant que la pandémie de Covid-19 a ralenti les progrès réalisés en 2020. La présidence a invité le groupe à quatre cycles de négociation en 2021, et a également soulevé la possibilité de tenir des réunions et ateliers informels entre les cycles de négociation.



L'UE et la Chine annoncent un accord de principe sur les investissements

Le 30 décembre 2020, après sept années de discussions, Bruxelles et Pékin ont annoncé la conclusion des négociations pour un accord global sur les investissements (AGI) « de principe » entre la Chine et l'Union européenne. L'accord, dont le [projet de texte](#) a été rendu public le 22 janvier, a été salué par la Commission européenne compte tenu de l'engagement sans précédent de la Chine d'accorder un meilleur accès à son marché pour les investisseurs européens, notamment d'ouvrir de nouveaux marchés et de garantir un traitement juste des entreprises européennes basées dans le pays. Dans l'ensemble, l'AGI devrait générer un meilleur équilibre commercial entre la Chine et l'UE, et répondre aux asymétries quant à l'ouverture du marché européen. Bien qu'il y ait [place à amélioration](#) en ce qui concerne ses dispositions en matière de travail et d'environnement.

D'après la présidente de la [Commission européenne](#), l'AGI est « un jalon important dans nos relations avec la Chine et pour notre programme commercial fondé sur des valeurs. Il offrira aux investisseurs européens un accès sans précédent au marché chinois, ce qui permettra à nos entreprises de se développer et de créer des emplois. Il engagera également la Chine à respecter des principes ambitieux en matière de durabilité, de transparence et de non-discrimination. L'accord permettra de rééquilibrer nos relations économiques avec ce pays ».

Les Européens ont salué l'AGI, car il offre un meilleur accès aux investissements européens en Chine, rééquilibrant quelque peu les règles du jeu de la concurrence en Chine, et ont salué les engagements pris par le pays en faveur de la réglementation des entreprises d'État, de la transparence des subventions, et des règles contre le transfert technologique forcé. Certains secteurs clé de l'économie européenne devraient bénéficier de l'accord, tel que le secteur manufacturier, notamment la production de voitures électriques, la chimie, les télécommunications et les équipements sanitaires. Le gouvernement chinois s'est également engagé à accroître les investissements européens dans plusieurs secteurs des services, notamment les services de l'informatique en nuage, les services financiers, les soins de santé privés, les services environnementaux, et le transport international maritime et aérien.

Comme l'[a observé IISD](#), les attentes élevées de l'UE s'expliquent en partie par l'approche de la liste négative adoptée, ce qui signifie que tous les secteurs sont

couverts par l'accord, sauf s'ils figurent dans la liste. Ainsi, [selon](#) les experts, l'approche de la liste négative démontre « la détermination [de la Chine] à promouvoir une ouverture élargie, plus vaste et plus profonde au monde extérieur ».

Toutefois, compte tenu que les listes d'engagements et les annexes à l'accord n'ont pas encore été rendues publiques, il [est possible](#) que les engagements de la Chine n'aillent pas au-delà de la portée des réformes nationales réalisées, telles que la [Loi sur l'investissement étranger](#), entrée en vigueur l'année dernière.

La durabilité et les normes du travail

Dans le cadre de l'AGI, Bruxelles et Pékin ont également convenu d'engagements relatifs au développement durable, à l'environnement et au changement climatique, notamment la pleine mise en œuvre de l'Accord de Paris et l'interdiction de rabaisser les normes de protection environnementale pour attirer l'investissement. Selon la Commission européenne, les questions de développement durable feront l'objet d'un mécanisme d'application strict contrôlé par un panel d'experts indépendants.

Par ailleurs, l'accord prévoit que les deux parties adoptent les pratiques de la Responsabilité sociale des entreprises (RSE) et des pratiques commerciales responsables, et ratifient les conventions fondamentales de l'OIT, et s'engagent en particulier à ratifier les deux conventions sur le [travail forcé](#).

La mise en œuvre de tous les engagements pris dans le cadre de l'AGI sera contrôlée par le vice-président exécutif de l'UE et le vice-Premier ministre chinois. Actuellement en cours de traduction, le texte sera ensuite examiné par les deux parties avant d'être soumis à leurs parlements respectifs. L'UE et la Chine se sont engagées à parachever les négociations sur la protection de l'investissement et le règlement des différends investisseur-État dans les deux ans suivant la signature de l'AGI.



Un consortium français d'entreprises lance un arbitrage contre le Chili après avoir perdu 37 millions USD suite à la pandémie de Covid-19

Le 19 janvier 2021, les principaux actionnaires d'un consortium d'entreprises contrôlant la concession de plusieurs milliards USD de l'aéroport international Arturo Merino Benítez de Santiago, ont informé le président chilien Sebastián Piñera de leur intention de lancer un arbitrage CIRDI. Les investisseurs prétendent avoir subi des pertes suite aux mesures prises pour répondre à la pandémie de Covid-19.

Les groupes français ADP et Vinci Airports détiennent respectivement 45 % et 40 % des parts dans le consortium Nuevo Pudahuel, qui a remporté une concession de 20 ans pour l'aéroport de Santiago en 2015 ; l'entreprise italienne Astaldi détient les 15 % restants.

Dans leur recours fondé sur le [TBI Chili-France](#) de 1992, les concessionnaires français réclament l'indemnisation de leurs pertes nettes de 37 millions USD en 2020, ainsi que la renégociation du contrat dans le but d'empêcher l'expropriation de leur investissement. Les opérateurs du consortium ont indiqué que leur bénéfice avait chuté de 90 % en 2020, alors que le Chili a perdu 19 routes et 630 fréquences hebdomadaires depuis le début de la pandémie, entraînant une chute du nombre de passagers d'environ 70 %.

Le conflit s'est envenimé lorsque le ministère chilien des Travaux publics a refusé la demande d'aide financière du consortium, ainsi que l'extension de la concession dans le but de rétablir sa viabilité économique et de recouvrer l'investissement réalisé dans le nouveau terminal en cours de construction. Nuevo Pudahuel arguait que les revenus de l'aéroport seraient affectés par la pandémie pendant au moins cinq ans, période estimée pour le retour aux niveaux antérieurs du trafic de voyageurs.

D'après le site Internet [Pauta Bloomberg](#), le ministre des Travaux publics, Alfredo Moreno, avançait que l'État lui-même avait subi des pertes considérables dans le cadre du mécanisme de partage des bénéfices qui stipule que 77 % des bénéfices de l'aéroport doivent être transférés à l'État chilien. « Pour chaque peso perdu par les concessionnaires, l'État en a perdu trois fois plus », a-t-il indiqué. En outre, d'aucuns arguaient que la renégociation du contrat n'était pas permise par la loi, qui exige la tenue d'un nouvel appel d'offre.

Dans la [notification de leur différend](#), les opérateurs français mentionnent la politique gouvernementale

chilienne exigeant des mesures sanitaires supplémentaires à l'aéroport pour protéger les personnes contre la propagation du coronavirus, ainsi que les refus répétés de l'État de renégocier le contrat. Ils font également référence aux dispositions du TBI sur le TJE, le traitement national et la protection contre l'expropriation.

Dans un entretien accordé à [Pulso](#), le PDG du Groupe ADP, Fernando Echegaray, indiquait que le refus de la demande du consortium posait des risques graves à la concession, qui ne serait plus viable, puisque le contrat n'attribue pas la menace des pandémies au consortium.

« Les effets de la pandémie et le refus par l'État de restaurer l'équilibre économique-financier de la concession ont toutefois causé des dégâts imprévus qui vont non seulement empêcher d'autres investissements majeurs, mais aussi mettre en péril le fonctionnement de l'aéroport. Selon nous, le Chili n'a pas respecté ses obligations de protéger l'investissement étranger au titre de l'accord entre le Gouvernement de la République du Chili et le Gouvernement de la République française sur la promotion et la protection réciproques des investissements », a indiqué [Echegaray](#).

À l'inverse, le ministre Moreno a indiqué que l'aéroport ne court pas de risques puisque le concessionnaire peut être remplacé si Nuevo Pudahuel n'est pas en mesure de poursuivre. « Les entreprises doivent respecter ce qu'il a été demandé d'elles, et ne peuvent espérer utiliser d'autres mécanismes pour recevoir ce à quoi elles n'ont pas droit... ce qu'ils cherchent, c'est un prolongement du contrat, ce qui représente des milliards de dollars » a-t-il affirmé.

Après avoir examiné le recours RDIE au titre du TBI Chili-France, Rodrigo Yáñez, le sous-secrétaire chilien aux Relations économiques internationales, a souligné que la divergence entre le consortium et le ministère des Travaux publics dans le cadre du contrat de concession ne signifie pas nécessairement que l'État chilien a violé ses obligations internationales au titre de l'accord de protection des investissements Chili-France. « Un éventuel procès auprès du CIRDI repose sur ce dernier, et la sentence récente qui met un terme au recours des actionnaires d'[Alsacia](#) et d'[Express](#) contre l'État fait une distinction très claire entre les actions de nature contractuelle de l'État, et celles réalisées par l'État en qualité souveraine », a expliqué [Yáñez à La Tercera](#).

Avant d'affronter l'État chilien devant le CIRDI, les contrôleurs français de l'aéroport de Santiago ont commencé une période de négociation à l'amiable de six mois, comme l'exige le TBI Chili-France.



Groupe de travail III de la CNUDCI : la 40^{ème} session a mis l'accent sur les éléments de la réforme structurelle

Le Groupe de travail III de la CNUDCI s'est réuni virtuellement pour sa 40^{ème} session du 8 au 12 février 2021. Les délibérations du groupe au cours de cette session ont mis l'accent sur deux questions essentielles liées à la réforme structurelle du RDIE : la sélection et la nomination des membres des tribunaux de RDIE dans le contexte d'un « mécanisme permanent » ou « organe permanent » (A/CN.9/WG.III/WP.203), et un mécanisme d'appel (A/CN.9/WG.III/WP.202).

Figurant initialement à l'ordre du jour, les questions de l'exécution des décisions et du code de conduite à l'intention des décideurs juridiques du RDIE (A/CN.9/WG.III/WP.201) ont été reportées à une session ultérieure du GTIII, faute de temps.

En début de session, le GTIII a également convenu de retirer le point de discussion sur [un projet de plan de travail et de ressources](#) de l'ordre du jour, et il a été demandé aux délégations de soumettre des observations écrites sur la question avant le 1^{er} mars 2021. L'IISD, le CCSI, et l'IIED ont présenté une soumission conjointe sur le projet. Cette soumission, disponible [ici](#), constitue la quatrième d'une série de soumissions conjointes des trois organisations dans le cadre des travaux du GTIII sur la réforme sur RDIE.

La session a clarifié que les observations et suggestions sont réalisées sans préjudice de la position finale des délégations quant aux options spécifiques de réforme ; ainsi, les délibérations n'impliquent aucune décision quant à la désirabilité et à la faisabilité d'un mécanisme permanent ou d'un mécanisme d'appel.

Comme l'ont remarqué [certains observateurs](#), le président du groupe de travail a commencé à inciter les délégués à finaliser un ensemble de réformes proposées. Toutefois, certains d'entre eux estiment qu'il est prématuré de tenter de finaliser un texte, puisqu'il n'y a pas suffisamment de convergence quant à l'approche à adopter pour les réformes structurelles. En effet, certaines délégations restent opposées à certaines des options proposées, notamment l'organe permanent et un mécanisme d'appel. D'un autre côté, d'autres délégués semblent désireux de commencer à élaborer et réviser des projets de texte, notamment en vue d'un organe permanent composé d'un tribunal de première instance et d'un mécanisme d'appel.

Les discussions sur la réforme du système de RDIE reprendront officiellement en novembre prochain. D'ici

là, une série de réunions intersessions et de sessions informelles sur divers sujets sera organisée, dans le but de préparer et de faire avancer les points qui seront abordés lors des prochaines sessions officielles.

Un webinaire sur le [projet de code de conduite](#) s'est tenu les 3, 4 et 8 mars 2021.

Le système juridictionnel des investissements de l'AECG progresse vers la mise en œuvre tandis que les militants irlandais lancent une campagne pour stopper sa ratification

Quatre décisions adoptées par le Canada et l'Union européenne le 29 janvier ont permis aux parties de se rapprocher de la mise en œuvre du système juridictionnel des investissements (SJI) au titre de l'Accord économique et commercial global (AECG) Canada-UE. Les décisions relatives aux appels, à l'interprétation, au code de conduite et à la médiation ont été formellement adoptées par le Comité mixte et le Comité des services et de l'investissement (CSI) de l'AECG, et prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la disposition de l'accord sur le règlement des différends.

Si l'AECG est entrée en vigueur à titre provisoire en septembre 2017, la majeure partie de son chapitre huit, qui inclut les dispositions relatives au règlement des différends investisseur-État, entrera en vigueur seulement lorsque tous les États membres de l'UE auront ratifié l'accord ; à ce jour, 15 des 27 États membres ont notifié avoir ratifié l'accord.



Les décisions adoptées le 29 janvier établissent les [règles](#) relatives au fonctionnement du tribunal d'appel, notamment sa composition et les procédures visant à modifier et infirmer les constatations ou les conclusions juridiques du SJI. Les [règles en matière de médiation](#), qui vise à faciliter le règlement à l'amiable des différends, ont également été adoptées.

Le [code de conduite](#) à l'intention des membres du SJI qui a été adopté, établit des obligations explicites de déclaration, de confidentialité, d'indépendance et d'impartialité, et interdit également aux anciens membres du tribunal ou du tribunal d'appel d'intervenir en tant que représentant devant le tribunal ou le tribunal d'appel pendant une période de trois ans suivant la fin de leur mandat. La quatrième décision adoptée fixe les règles pour l'adoption d'[interprétations contraignantes](#) par le comité mixte de l'AECG, dans le but de garantir que les dispositions de l'accord soient interprétées telles qu'initialement prévu.

L'Irlande

Souvent décrit comme un accord commercial de « seconde génération », puisqu'il donne explicitement aux gouvernements la capacité de réglementer dans l'intérêt public, l'AECG fait toutefois face à une opposition croissante de la part de groupes militants en Irlande, où le parlement a reporté le vote portant sur la ratification de l'accord en décembre dernier, après l'indignation du public. Les militants sont notamment préoccupés par la question de la souveraineté alimentaire du pays, et les effets sur la viabilité à long terme des petits exploitants agricoles. Le groupe Stop Ceta Ireland, récemment créé, a lancé en février une campagne contre la ratification de l'AECG, qui rassemble déjà 1 500 followers sur [Twitter](#).

Pour [Attracta Uí Bhroin](#), du [Irish Environmental Network](#), la mise en œuvre du SJI pourrait permettre aux entreprises de poursuivre les États membres de l'UE s'ils « introduisent une réglementation progressive ». « Il est absolument essentiel que les individus préoccupés non seulement par l'environnement, mais également par les effets sur leurs bourses et leurs impôts, prennent contact avec leur représentant parlementaire local afin d'exprimer leurs préoccupations et de réclamer plus de débats publics », a-t-elle ajoutée lors d'un entretien avec la chaîne [YouTube](#) de [Action From Ireland \(Afri\)](#).



SENTENCES ET DÉCISIONS

Le Kenya obtient gain de cause dans un arbitrage portant sur le secteur géothermique lancé par WalAm Energy : le tribunal CIRDI rejette toutes les allégations du demandeur

WalAm Energy LLC c. la République du Kenya, Affaire CIRDI n° ARB/15/7

Maria Bisila Torao

Dans une décision du 10 juillet 2020, un tribunal CIRDI rejetait les recours lancés par WalAm Energy LCC (WalAm), une entreprise enregistrée aux États-Unis et dont le siège se trouve au Canada, portant sur un projet géothermique dans la République du Kenya après que le pays ait annulé la licence de WalAm pour l'exploration et le développement de la concession géothermique de Suswa. Selon le tribunal, le Kenya a valablement annulé la licence de WalAm en déclarant que l'entreprise en était déchue du fait qu'elle n'avait réalisé aucun travaux physique pendant une période continue de six mois.

Le contexte et les recours

Dans un courrier du 20 juillet 2017 adressé au ministre de l'Énergie, WalAm avait présenté une demande d'autorisation d'explorer. Le 5 septembre 2007, WalAm obtint une licence du ministère kényan de l'Énergie, lui accordant des droits exclusifs pour « entrer, explorer, forer et extraire, produire, utiliser et éliminer la vapeur géothermique et les ressources géothermiques connexes ». En parallèle, dans un courrier daté du 3 septembre 2007, mais signé par le ministre à la même date que la licence, WalAm obtenait le droit d'explorer les ressources géothermiques au titre de la section 6(1) de la Loi sur les ressources géothermiques (la LRG).

En février 2009, WalAm informait le ministre par courrier qu'elle avait terminé l'exploration de la concession géothermique de Suswa, ainsi que sa prospection et les analyses de pré faisabilité, et proposait de commencer le forage, au titre des droits conférés par sa licence géothermique. À l'époque, WalAm demandait également au gouvernement de discuter de la possibilité de conclure un accord d'achat d'énergie (AAE) compte tenu des ressources

financières limitées de WalAm. En mars de la même année, les représentants du gouvernement et ceux de WalAm se rencontrèrent. Mais si le Kenya prit part aux discussions préliminaires, l'AAE n'a jamais été conclu.

En mars 2009, GeothermEx rendit son rapport de faisabilité. Toutefois, WalAm ne présenta son programme de travail au gouvernement qu'en février 2011. En mars de cette année-là, le gouvernement approuva le programme de travail en échange de l'engagement de l'entreprise à strictement respecter le calendrier. Mais à la fin de l'année 2011, le projet de WalAm n'avait pas progressé et respecté le calendrier du programme pour cette année-là.

Le 18 mars 2012, le gouvernement écrivit une lettre de demande de justification soulignant que WalAm violait la licence puisqu'elle n'avait pas réalisé suffisamment de travaux à Suswa au cours des cinq années précédentes. Le gouvernement affirmait également que « Dans la pratique courante, il faut compter cinq ans entre l'exploration des ressources géothermiques et la construction de telles centrales » (para. 284). Le 30 octobre 2012, le ministre de l'Énergie émit une lettre de déchéance révoquant la licence de WalAm. En réponse, WalAm déposa une demande d'arbitrage contre le Kenya au titre de la disposition relative au règlement des différends de la licence, arguant en faveur d'une violation du droit international coutumier compte tenu de la déclaration abusive de la déchéance de la licence, réclamant des millions de dollars à titre d'indemnisation ainsi que le rétablissement de la licence.

Le droit national est le droit applicable. Le droit international coutumier peut s'appliquer au moyen du droit national

Puisque la licence ne comportait pas de disposition sur le droit applicable, WalAm affirmait qu'en consentant à l'arbitrage des différends « au titre » de la Convention du CIRDI, le Kenya acceptait d'arbitrer les différends découlant du droit kényan et des règles du droit international puisque la compétence du tribunal se fonde sur l'article 42(1) de la Convention du CIRDI et sur le droit kényan, qui incorpore le droit international coutumier. Cet article prévoit qu'en l'absence d'accord entre les parties quant au droit applicable, les différends devraient être évalués au titre du « droit de l'État



contractant partie au différend ainsi que [des] principes de droit international en la matière » (article 42(1) de la Convention du CIRDI). Le demandeur arguait en outre que le droit kényan et le droit international coutumier étaient applicables puisque le Kenya avait incorporé expressément le droit international dans sa constitution. Toutefois, le Kenya arguait que seul le droit national était applicable puisque c'était le droit au titre duquel la licence avait été émise.

Le tribunal approuva l'argument du défendeur et considéra qu'au titre de l'article 42(1) de la Convention, le droit kényan était le droit applicable puisqu'il s'agit du droit de l'État partie au différend et du droit qui sous-tend la légalité de la licence. Par ailleurs, l'existence et la validité de la licence découlent du droit national puisque c'est le gouvernement qui l'a émise. Le tribunal ajouta également que le droit international coutumier ne pouvait être pertinent que pour l'examen de questions spécifiques au moyen du droit local puisque « le droit international coutumier est incorporé dans le droit kényan [...], mais cela ne modifie pas le droit applicable » à une question spécifique. Le droit international coutumier ne peut s'appliquer qu'aux règles accessoires ou générales incorporées dans le droit national kényan (para. 348).

Le tribunal rejette les allégations du Kenya quant à la validité de la licence

Le Kenya arguait qu'au titre du droit national, WalAm n'avait jamais demandé de licence car sa lettre datée du 20 juillet 2007 était une demande d'autorisation d'explorer uniquement. Par conséquent, une licence valable n'a jamais été émise puisque le ministre de l'Énergie n'a jamais reçu de demande de licence. La licence était donc nulle dès le début, puisque les prescriptions de la LRG n'étaient pas qu'une « simple formalité » comme l'affirmait WalAm (para. 361). Le tribunal rejeta les arguments du Kenya puisque le ministère avait accordé ces deux types de licences bien que WalAm n'ait présenté qu'une demande d'autorisation. Le Kenya envisageait certainement d'accorder l'autorisation d'explorer et la licence. Le tribunal souligna en outre que malgré le manque de clarté quant aux circonstances dans lesquelles la licence avait été émise par le ministre compte tenu que le demandeur n'avait demandé qu'une autorisation d'explorer, WalAm souhaitait obtenir l'autorisation d'explorer et une licence. De même, le ministre avait l'intention d'accorder les deux, et l'a fait, considérant que WalAm respectait pleinement la LRG (para. 364).

La déclaration de déchéance est légitime : le tribunal rejette tous les recours présentés par le demandeur

WalAm contestait la validité de la déclaration de déchéance pour diverses raisons (ultra vires ; enrichissement injuste ; bonne foi ; caractère déraisonnable ; proportionnalité ; but illégitime ; considérations pertinentes et non pertinentes ; équité procédurale ; consentement ; estoppel ; et faute personnelle). Le tribunal les rejeta toutes.

Le gouvernement a agi dans la limite de ses pouvoirs juridiques

WalAm argua d'abord que le gouvernement avait outrepassé ses pouvoirs juridiques (c.-à-d. ultra vires) à l'heure de déclarer la déchéance de la licence au motif que WalAm n'avait pas construit la centrale en l'espace de cinq ans. Le tribunal considéra toutefois que, contrairement à ce que WalAm avançait, la notification de la déchéance ne pouvait être interprétée qu'au regard de la licence et de la LRG. Il conclut donc que le ministre de l'Énergie avait le droit de s'appuyer sur la section 11(1) de la LRG et sur la licence si aucune activité d'exploration n'était menée pendant une période continue de six mois, et le faisait expressément dans la notification de la déchéance (para. 412 à 428).

Le manquement à réaliser des activités physiques déclenche le droit à déchoir

WalAm avançait également que le ministre n'avait pas de cause factuelle pour s'appuyer sur la section 11(1)(a) car les activités réalisées par WalAm avant la notification de la déchéance pouvaient être interprétées comme des travaux, si l'on considère que les travaux recouvrent toutes les activités relatives à la licence. Pour déterminer si le demandeur avait réalisé de quelconques travaux, le tribunal se pencha sur l'interprétation et le sens des termes « sur ou sous le terrain » de la LRG, section 11(1)(a), et « sur ou sous la zone sous licence » de la licence, disposition 7(1)(a). Le tribunal accepta l'interprétation du défendeur selon laquelle les deux expressions exigeaient la réalisation d'activités physiques (para. 438 à 440). Il expliqua en outre que cette interprétation « considère la disposition sur la déchéance dans le contexte » et n'est donc pas étroite et littérale comme le suggérait WalAm, mais « conforme à l'objet et au but de la licence » et aux droits qu'elle confère (para. 411).

La révocation de la licence était de bonne foi, raisonnable et proportionnelle

WalAm arguait en outre que la révocation de la licence n'était pas de bonne foi puisque l'objectif ultime



du gouvernement était de transférer les droits de la licence à une entité publique. Le demandeur arguait en outre que la déchéance était disproportionnée et déraisonnable à la lumière du droit national. Le tribunal rejeta ces arguments au motif que WalAm n'avait pas strictement respecté le calendrier. Par ailleurs, compte tenu de l'incapacité passée de WalAm à respecter ses obligations depuis l'approbation du programme de travail le 7 septembre 2007, et d'acquiescer les ressources financières pour ce faire, la révocation de la licence était valable, et donc raisonnable et proportionnelle.

Pas de manquement à tenir compte des considérations pertinentes, ou lié à la prise en compte de considérations non pertinentes

WalAm arguait par ailleurs que le gouvernement n'avait pas pris en compte des « considérations pertinentes » à l'heure de décider de déclarer la déchéance de la licence. Le droit kényan établit clairement que l'exercice du pouvoir public discrétionnaire peut être jugé comme abusif si des « considérations non pertinentes » sont prises en compte ou des « considérations pertinentes » sont ignorées. Le tribunal rejeta cet argument, indiquant que comme indiqué précédemment dans son analyse, la déchéance avait été déclarée au motif qu'« aucun effort apparent d'exploration et d'exploitation des ressources géothermiques » n'avait été réalisé, et qu'il ne s'agissait pas là d'une considération non pertinente (para. 471). De même, le tribunal conclut également que le Kenya n'avait pas omis de prendre en compte toutes les « considérations pertinentes ». Le demandeur croyait que ses obligations au titre de la licence étaient suspendues compte tenu des attentes découlant de ses déclarations répétées quant à la nécessité de conclure un AAE pour lever les fonds nécessaires aux infrastructures et à l'avancement du projet.

Le tribunal considéra que cette déclaration n'était pas légitime puisque le ministre de l'Énergie avait expressément rejeté la possibilité d'un AAE à plusieurs occasions. D'abord, il avait explicitement supprimé la référence de WalAm à un AAE de sa demande lorsqu'il avait émis la licence d'exploration. Ensuite, lorsqu'ils ont approuvé le programme de travail en 2011, les représentants gouvernementaux n'ont pas adopté le calendrier suggéré par WalAm pour un AAE. Le tribunal considéra donc que l'incapacité du demandeur à lever suffisamment de fonds découlait de ses propres déficiences et inaptitude (para. 493).

Le consentement et l'estoppel : la conduite du Kenya n'aurait pu sous-tendre un estoppel ou une exemption comme le prétend le demandeur

WalAm arguait également que le Kenya avait consenti par écrit au fait que le demandeur ne réalise pas de travaux sur et sous le terrain jusqu'à la conclusion d'un AAE ou tant que les négociations pour un AAE seraient en cours, et que le Kenya ne devrait pas être autorisé à s'appuyer sur la non-réalisation des travaux et à prononcer la déchéance. Le tribunal rejeta cet argument car WalAm n'avait pas démontré que le gouvernement avait expressément indiqué dans ses communications ou lettres qu'il consentait au fait que l'investisseur ne réalise pas de travaux « sur et sous le terrain » jusqu'à la conclusion d'un AAE. Aucune déclaration de consentement ou représentation expresse ne justifiait l'estoppel en ce sens. En outre, le gouvernement avait informé WalAm de l'insatisfaction du ministre quant à l'absence de progrès et de travaux à de nombreuses reprises. Les communications indiquaient clairement que la licence était menacée de déchéance.

Pas d'attentes légitimes puisque le demandeur ne présente aucune preuve

Le tribunal considéra que le demandeur ne pouvait prétendre avoir des attentes légitimes qu'il ne serait pas tenu de commencer le forage avant la mise en place d'un AAE en raison de la conduite du gouvernement. Il conclut donc que WalAm « n'avait pas d'attentes légitimes au sens du droit public » puisqu'elle ne démontrait pas que « des déclarations suscitant une telle attente raisonnable avaient été faites par ou au nom du gouvernement » (para. 527).

Application du droit international coutumier : pas de violation de la norme minimale de traitement

WalAm invoquait des violations de la norme minimale de traitement du droit international coutumier, arguant que le Kenya avait violé son obligation d'accorder la norme minimale au demandeur au titre de l'article 47 de la constitution kényane et du droit international coutumier. Selon elle, la conduite obstructive du gouvernement et son refus de mauvaise foi de négocier un AAE empêchait WalAm d'avancer et de mettre le projet en production.

Le tribunal remarqua qu'il avait précédemment examiné tous les éléments avancés par WalAm et capables de constituer un traitement injuste, en violation de la norme du droit international, dans son analyse et les avait rejetés. Il ajouta que l'expropriation



ne s'appliquait pas, et que tout recours fondé sur ce point aurait échoué. Il conclut également que même si l'absence d'objection ou le silence du gouvernement peuvent parfois générer des attentes légitimes (voir *Gold reserve c. Venezuela*), en l'espèce, ils ne pouvaient donner lieu à aucune attente légitime en lien avec la conclusion d'un AAE, ou l'incapacité à le conclure, dans le contexte du traité d'investissement (para. 558 à 561).

Les coûts

Le défendeur arguait que WalAm devait payer l'intégralité des coûts de la procédure. Il ajouta en outre que même si le demandeur avait eu gain de cause sur la responsabilité, les coûts devaient être répartis de manière à refléter les coûts inutiles générés par la conduite du demandeur. Quant à lui, le demandeur arguait que le défendeur devait payer la totalité des coûts de l'arbitrage à la charge du demandeur.

Le tribunal indiqua que la Convention du CIRDI « donne la plus grande discrétion pour la répartition des coûts de l'arbitrage » et remarqua que les frais juridiques du défendeur étaient significativement inférieurs à ceux du demandeur.

Le tribunal ordonna à WalAm de verser 648 857,75 USD au défendeur au titre de sa part des coûts de la procédure, ainsi que les montants de 3 586 039,28 EUR et 252 262,82 USD au titre de ses frais et dépenses juridiques.

Remarques : le tribunal était composé de Joe Smouha (président, nommé par les parties, Britannique), de Swithin J. Munyantwali (nommé par le demandeur, Britannico-ougandais) et de James Spigelman (nommé par le défendeur, Australien). La décision du 10 juillet 2020 est disponible sur <https://www.iareporter.com/articles/revealed-award-in-dispute-over-kenyan-geothermal-energy-project-comes-to-light/>

Maria Bisila Torao est une avocate internationale basée à Londres. Elle détient un master en droit, arbitrage international au titre des traités, de l'Université d'Uppsala, un master en droit, arbitrage commercial international, de l'Université de Stockholm, et une licence en droit de l'Université de Malaga.

Un tribunal CPA conclut que l'Inde a violé le TBI Inde-Royaume-Uni dans une procédure lancée par le groupe Cairn

Cairn Energy PLC et Cairn UK Holdings Limited c. la République de l'Inde, Affaire CPA n° 2016-7

Trishna Menon

Un tribunal arbitral a rejeté les objections à la compétence de l'Inde et conclu que le pays avait violé la norme TJE du TBI Inde-Royaume-Uni, dans un arbitrage administré par la CPA aux Pays-Bas, selon le règlement d'arbitrage de la CNUDCI. L'affaire a été lancée par Cairn Energy PLC (Cairn Energy) et Cairn UK Holdings Limited (CUHL) (conjointement, Cairn). La sentence a été rendue le 21 décembre 2020.

Le contexte et les recours

Les recours portaient principalement sur une série de transactions réalisées au sein du groupe Cairn en 2006 (les transactions de 2006) dans le but de réorganiser les actifs du groupe en Inde. Dans le cadre de ces transactions, Cairn Energy consolida l'ensemble des actifs indiens du groupe dans neuf filiales britanniques (les 9 filiales), puis enregistra CUHL au Royaume-Uni avant de transférer ses parts dans les 9 filiales à CUHL, devenant ainsi des parts de CUHL. CUHL enregistra ensuite Cairn India Holdings Limited (CIHL) à Jersey, et transféra ses parts dans les 9 filiales à CIHL, devenant ainsi des parts de CIHL. La dernière étape de la réorganisation consistait à transférer l'ensemble des actifs indiens du groupe Cairn à Cairn India Limited (CIL), une filiale indienne, en transférant CIHL de CUHL à CIL en plusieurs étapes (l'acquisition de CIHL).

Selon Cairn, la section 9(1)(i) de la Loi indienne sur l'impôt sur le revenu de 1961 (LIR), contestée dans le différend, n'imposait pas les transferts indirects des immobilisations situées en Inde. Toutefois, un an plus tard, le département indien de l'impôt sur le revenu (DIR) tenta de changer l'interprétation convenue de la section 9(1)(i) en cherchant à imposer une taxe sur les plus-values sur le transfert indirect d'un non-résident dans la transaction Hutchinson-Vodafone. Cette tentative de « réinterprétation » de la section 9(1)(i) avait été rejetée par la Cour suprême en janvier 2012, dans l'affaire *Vodafone International Holdings BV c. Union de l'Inde & Anr. (Vodafone)*. Quelques mois plus tard, le parlement indien promulgua un amendement à la section 9(1)(i) (l'amendement de 2012), qui renversait effectivement l'affaire *Vodafone*, et amendait la section 9(1)(i), de manière rétroactive selon Cairn,



pour couvrir les transferts indirects des non-résidents.

En 2014, le DIR notifia CUHL qu'elle n'avait pas déclaré les gains de capital taxables en Inde et découlant de l'acquisition de CIHL, et émit un ordre de saisie-exécution des actions participatives de CUHL dans CIL, suivi d'une procédure d'examen qui culmina en une ordonnance finale d'examen (OFE) en janvier 2016, et en une mise en demeure de payer la taxe sur les plus-values d'un montant de 1,6 milliards USD, qui, en plus des intérêts et des pénalités, représentait un total d'environ 4,4 milliards USD (à la date des recours lancés par Cairn). Cairn prétendait que depuis, l'Inde avait procédé à la vente forcée d'environ 99 % des parts de CUHL dans CIL, et refusait d'autoriser CIL à distribuer les dividendes à CUHL.

Cairn lança l'arbitrage, arguant qu'une série de mesures imposées par l'Inde aux transactions de 2006 violait les obligations du pays au titre du TBI Inde-Royaume-Uni, et réclamait l'indemnisation intégrale des pertes découlant de ces violations. Cairn arguait en particulier que l'Inde (i) avait manqué à son obligation de créer des « conditions favorables » à son investissement et d'accorder à Cairn et son investissement le TJE, (ii) avait manqué à son obligation d'accorder à l'investissement du groupe le TJE en violation de l'article 3(2) du TBI, (iii) avait exproprié l'investissement de CUHL dans CIL de manière abusive et sans indemnisation juste et équitable, et avait soumis l'investissement de Cairn à des mesures équivalentes à une expropriation, et (iv) avait violé le droit de Cairn au titre de l'article 7 du TBI de « transférer sans limites ses investissements et gains » en privant CUHL de la capacité de vendre ses parts restantes dans CIL et de rapatrier les gains, ainsi que les dividendes connexes accumulés.

Le tribunal rejette les objections de l'Inde à la compétence et la recevabilité

L'Inde souleva plusieurs objections à la compétence du tribunal, qui furent toutes rejetées. L'Inde arguait que les actifs indiens de Cairn n'étaient pas un « investissement » au titre du TBI, d'abord, parce que le soi-disant investissement de CUHL n'avait pas été réalisé conformément au droit indien puisque les transactions de 2006 étaient un mécanisme d'évasion fiscale abusif en violation des lois en vigueur à l'époque. L'Inde ne contestait pas le fait que Cairn Energy avait réalisé un investissement en Inde en 1996 en acquérant une entreprise australienne détenant des intérêts dans un contrat de partage de production de

1994 portant sur un site pétrolier et gazier en Inde, puis divers autres actifs, notamment des contrats de partage de production et des accords d'exploitation conjointe. L'Inde n'alléguait pas que ces acquisitions étaient abusives. Le tribunal conclut que cet arbitrage portait sur cet investissement légal, et conclut ainsi que le différend relevait de sa compétence.

Le tribunal rejeta l'argument de l'Inde selon lequel l'investissement devait être évalué en sous-ensembles puisque CUHL n'avait acquis ces actifs que lors des transactions de 2006, et conformément au principe selon lequel, pour déterminer si un différend porte sur un investissement, il faut examiner l'investissement dans son ensemble. Puisque les recours de Cairn portaient sur l'investissement original de Cairn Energy, qui n'a quasiment pas changé de nature depuis, ces recours relevaient de la compétence matérielle du tribunal.

Ensuite, l'Inde affirmait que la définition de l'investissement à l'article 1(b) du TBI n'incluait pas les investissements indirects, et donc que les actifs de Cairn Energy en Inde n'étaient pas protégés par le TBI. L'Inde s'appuya sur l'article 5(3), qui garanti l'indemnisation des actionnaires de l'entreprise expropriée, arguant que cette disposition serait inutile si les investissements indirects étaient de toutes façons protégés par le TBI, et invoqua l'affaire *RosInvest c. Russie* qui examinait une situation similaire. Toutefois, le tribunal expliqua que le tribunal de l'affaire *RosInvest* n'avait pas suggéré que la présence d'une telle disposition dans le TBI niait le droit existant des actionnaires de lancer un recours pour leurs pertes indirectes et conclut que le contexte du TBI, à la lumière de ses autres dispositions, ne suggérait pas d'exclure les investissements indirects de son champ d'application.

L'Inde souleva plusieurs autres objections à la compétence, y compris le fait que les recours de Cairn ne relevaient pas de la compétence du tribunal au titre de l'article 9 du TBI puisqu'ils portaient sur les « retours » et non sur les « investissements », que les différends fiscaux ne pouvaient être réglés au moyen de l'arbitrage au titre du TBI compte tenu d'une exception tacite à son champ d'application, et compte tenu du fait que l'Inde et le Royaume-Uni avaient spécifiquement convenu que les différends fiscaux seraient réglés conformément à la procédure établie dans les accords modernes contre la double-imposition. L'Inde affirmait également que les différends fiscaux ne pouvaient faire l'objet d'un arbitrage, que ce soit au titre de la politique publique



internationale, du droit indien ou du droit néerlandais. Le tribunal rejeta également ces arguments.

La violation de la norme TJE est avérée ; les autres recours sont rejetés

Cairn arguait que les mesures fiscales indiennes équivalaient à un traitement injuste et inéquitable au titre du TBI. Le tribunal conclut que l'évaluation fiscale était fondée exclusivement sur la section 9(1) (i) de la LIR, telle que modifiée par l'amendement de 2012. S'agissant des effets de l'amendement de 2012, le tribunal affirma que le fait que le parlement ait qualifié l'amendement de « clarification » ne donnait pas d'effets juridiques internationaux à l'amendement. Le tribunal conclut également, après avoir examiné un large éventail de preuves, que l'amendement de 2012 modifiait de manière substantielle la portée ou le fonctionnement de la section 9(1)(i) et n'était donc pas une réelle clarification, comme le prétendait l'Inde. L'amendement de 2012 prétendait modifier le contenu de la section 9(1)(i) depuis la date de la promulgation de la LIR (c.-à-d. le 1er avril 1962). Le simple fait que les autorités fiscales n'étaient, en pratique, pas autorisées à prélever des impôts au-delà d'un délai de prescription de six ans ne changeait pas la période à laquelle l'amendement de 2012 prétendait s'appliquer de manière rétroactive.

L'Inde arguait que les transactions de 2006 auraient été soumises à l'impôt même sans l'amendement de 2012 puisqu'il s'agissait de transactions d'évasion fiscale et étaient donc imposables au titre de la doctrine de l'examen développée par les tribunaux indiens, qui met l'accent sur « le fond, pas sur la forme ». L'Inde arguait également que les transactions de 2006 étaient imposables, indépendamment de l'amendement de 2012, car elles portaient sur le transfert indirect de propriétés immobilisées et, en tant que telles, étaient imposables au titre de la section 2(47)(vi) de la LIR. Le tribunal conclut toutefois que l'Inde n'avait pas justifié ces arguments.

Après cela, le tribunal examina la question de savoir si la taxation rétroactive violait la norme TJE. Le tribunal affirma qu'il réaliserait une mise en balance des objectifs de politique publique de l'Inde et des intérêts de Cairn à bénéficier des principes de la certitude et la prévisibilité juridiques. Pour ce faire, il faudrait examiner les raisons spécifiques avancées pour justifier l'application rétroactive des mesures fiscales. Puisque l'Inde ne pouvait justifier l'application de l'amendement de 2012 aux transactions passées par un objectif public spécifique, son application rétroactive à l'acquisition

de CIHL n'équilibrait pas correctement les intérêts protégés de Cairn dans la certitude juridique, et le pouvoir réglementaire de l'Inde. En appliquant de manière rétroactive un nouveau fardeau fiscal à une transaction non imposable au moment où elle a été effectuée, Cairn avait été privé de la possibilité de tenir compte des conséquences juridiques de ses actions, en violation du principe de certitude juridique, qui, selon le tribunal, est l'un des éléments clé de la norme TJE. Par conséquent, le tribunal conclut que l'Inde avait violé la norme TJE du TBI.

Le tribunal décida qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les recours restants de Cairn fondés sur les articles 3(1), 5 et 7 du TBI. Puisque Cairn réclamait la même réparation pour tous ces recours, même si le tribunal les considérait comme bien-fondés, cela n'affecterait pas son évaluation de la réparation appropriée.

La réparation

Puisqu'il avait conclu à une violation de la norme TJE du TBI par l'Inde, le tribunal affirma qu'il devait accorder une réparation qui « effacerait » les conséquences de la violation par l'Inde du TBI, et placerait Cairn dans la position dans laquelle il aurait été si la violation n'avait pas eu lieu. Il faudrait pour cela comparer la réalité à la situation qui aurait, selon toute probabilité, existé si la violation n'avait pas eu lieu (test sine qua non). La différence entre les deux représente l'ampleur des dommages subis par Cairn. Considérant que sa compétence sur le différend incluait le pouvoir d'ordonner à l'Inde, à titre de restitution, de retirer sa réclamation fiscale internationalement abusive, le tribunal déclara que l'exigence fiscale contre Cairn telle que présentée dans l'OFÉ était contraire au TBI, et que Cairn était dégagé de l'obligation de la régler. Le tribunal ordonna également à l'Inde d'annuler l'OFÉ de manière permanente et de s'abstenir de chercher à recouvrer la soi-disant obligation fiscale ou tout intérêt et/ou pénalité en découlant.

Le tribunal autorisa également Cairn à réclamer l'indemnisation de la valeur des parts de CIL que l'Inde avait saisies et vendues en application de sa réclamation fiscale abusive au titre de l'OFÉ. Cairn se vit donc accorder, pour l'indemnisation de la valeur des parts, le produit net que le groupe aurait reçu pour la vente des parts de CIL dans le scénario sine qua non. Cairn réclamait également l'indemnisation du montant de l'impôt sur les sociétés qu'il devrait soi-disant payer au Royaume-Uni sur les montants accordés par le tribunal, au taux de 19 %, mais le tribunal conclut que



le groupe n'avait pas établi de manière certaine qu'il devrait payer l'impôt britannique sur les sociétés sur la totalité du montant accordé pour la vente des parts de CIL, et rejeta donc ce recours.

La décision et les coûts

Le tribunal détermina qu'il avait compétence sur le différend et que les recours de Cairn étaient recevables. Il détermina également que l'Inde avait manqué à ses obligations au titre du TBI Inde-Royaume-Uni et du droit international, et spécifiquement, qu'elle avait violé la norme TJE de l'article 3(2) du TBI. Il ne se prononça sur aucune des autres questions pour lesquelles Cairn réclamait réparation.

Le tribunal ordonna à l'Inde d'indemniser Cairn pour la totalité des pertes qu'il avait subies suite aux violations du traité, d'un montant d'environ 1 232 820 143 USD, en plus des intérêts au taux libor USD à six mois accompagnés d'une marge de 6 mois de 1,375 %, composés semi-annuellement. Le tribunal ordonna également à l'Inde de payer environ 22 395 114 USD au titre des coûts de l'arbitrage et des frais juridiques de Cairn.

Remarques : le tribunal était composé de Laurent Lévy (président, Brésilien et Suisse), de Stanimir A. Alexandrov (nommé par le demandeur, Bulgare) et de J. Christopher Thomas QC (nommé par le défendeur, Canadien). La sentence est disponible sur <https://www.iareporter.com/articles/a-1-2-billion-dollar-loss-for-india-as-cairn-energy-prevails-in-new-investment-treaty-award/>.

Trishna Menon est chercheuse principale auprès du Centre pour le droit commercial et d'investissement à New Delhi, en Inde.



RESSOURCES ET ÉVÈNEMENTS

RESSOURCES

Les accords internationaux d'investissement et leurs conséquences sur les mesures fiscales: ce que les décideurs doivent savoir UNCTAD (2021)

Disponible [ici](#)

Appel à contributions : « le futur du droit des investissements en Amérique latine » (Gestion des différends transnationaux)

Dépôt des contributions complètes avant le 31 mars 2021
Plus d'informations [ici](#).

Bangladesh and International Law (Le Bangladesh et le droit international)

Édité par Mohammad Shahabuddin, Routledge (2021).
Une analyse complète du droit international des points de vue du Sud Mondial, et notamment du Bangladesh.
Disponible [ici](#).

Observatoire des politiques d'investissement de la CNUCED (Février 2021)

Disponible [ici](#).

Judging at the Interface. Deference to State Decision-Making Authority in International Adjudication

Par Esme Shirlow, Cambridge University Press
(Février 2021). Disponible [ici](#).

Atlas de l'arbitrage africain

L'Association africaine d'arbitrage (AAfA) propose l'Atlas de l'arbitrage africain. L'atlas inclut :

- inclut La législation africaine relative à l'arbitrage (LAA)
- propose un répertoire non exhaustif des arbitres internationaux africains (RAIA)

Disponible [ici](#).

ÉVÈNEMENTS 2021

Simulation de l'arbitrage international des investissements directs étrangers

31 octobre – 3 novembre 2021
Séoul, Corée
Enregistrement

École internationale de recherche Max Planck pour un règlement des différends fructueux dans le droit international

Dépôt des candidatures avant le 31 mars 2021.
Dépôt des candidatures 2021

Conférence 2021 de la Société du droit économique international

8 au 10 juillet (en ligne)
Enregistrement



© 2021 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable.

Institut International du Développement Durable (IISD)

IISD est l'un des principaux centres mondiaux de recherche et d'innovation. L'Institut offre des solutions pratiques aux défis et aux possibilités croissantes que représentent l'intégration des priorités environnementales et sociales au développement économique. Nous rendons compte des négociations internationales et nous partageons les connaissances acquises par le biais de projets de collaboration, ce qui permet des recherches plus rigoureuses, des réseaux internationaux plus solides et une plus grande implication des chercheurs, des citoyens, des entreprises et des décideurs politiques.

IISD est enregistré en tant qu'organisme de bienfaisance au Canada et a le statut 501 (c) (3) aux États-Unis. IISD reçoit son principal soutien opérationnel de la part du gouvernement du Canada, fourni par le Centre international de recherche pour le développement international (CRDI) et de la province du Manitoba. L'Institut reçoit un financement pour les projets de la part de nombreux gouvernements à l'intérieur et à l'extérieur du Canada, des agences des Nations Unies, de fondations, du secteur privé et de particuliers.

Investment Treaty News (ITN)

Les opinions exprimées dans cette publication ne reflètent pas nécessairement celles de IISD ou de ses donateurs, et ne sauraient leur être attribuées.

ITN reçoit volontiers des soumissions de travaux originaux non publiés.

Les demandes doivent être adressées à Zoe Phillips Williams à zoe.williams@iisd.net

Pour souscrire à ITN, veuillez vous rendre à la page: www.iisd.org/itn/subscribe



Investment Treaty News



IISD

International Institute for
Sustainable Development